

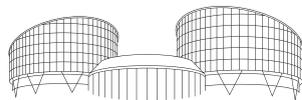
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME



REPORTS  
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL  
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2013-I



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

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

WOLF LEGAL PUBLISHERS

**Reports of Judgments and Decisions/Recueil des arrêts et décisions**  
**Volume 2013-I**



Published by/Publié par

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

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

ISBN: 978-9-462-40202-7

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2015  
© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2015

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

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

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

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

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

### *Examples*

Judgment on the merits delivered by a Chamber

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

Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber

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

Decision on admissibility delivered by a Chamber

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

Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber

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

Judgment striking the case out delivered by a Chamber

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

Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

#### *Exemples*

Arrêt rendu par une chambre sur le fond

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

Arrêt rendu par la Grande Chambre sur le fond

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

Décision rendue par une chambre sur la recevabilité

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

Décision rendue par la Grande Chambre sur la recevabilité

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

Arrêt rendu par une chambre rayant l'affaire du rôle

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

Arrêt rendu par une chambre sur un règlement amiable

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

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

---

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

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

## Contents/Table des matières

	<i>Page</i>
Subject matter/Objet des affaires .....	VII
<i>Willcox and Hurford v. the United Kingdom</i> , nos. 43759/10 and 43771/12, decision of 8 January 2013.....	1
<i>Willcox et Hurford c. Royaume-Uni</i> , n <sup>os</sup> 43759/10 et 43771/12, décision du 8 janvier 2013 .....	35
<i>Oleksandr Volkov v. Ukraine</i> , no. 21722/11, judgment of 9 January 2013.....	73
<i>Oleksandr Volkov c. Ukraine</i> , n <sup>o</sup> 21722/11, arrêt du 9 janvier 2013 ...	143
<i>Eweida and Others v. the United Kingdom</i> , nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, judgment of 15 January 2013 (extracts) ...	215
<i>Eweida et autres c. Royaume-Uni</i> , n <sup>os</sup> 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, arrêt du 15 janvier 2013 (extraits).....	275
<i>Zolotas c. Grèce (n<sup>o</sup> 2)</i> , n <sup>o</sup> 66610/09, arrêt du 29 janvier 2013 (extraits).....	337
<i>Zolotas v. Greece (no. 2)</i> , no. 66610/09, judgment of 29 January 2013 (extracts) .....	359
<i>Fabris c. France</i> [GC], n <sup>o</sup> 16574/08, arrêt du 7 février 2013 (extraits).....	381
<i>Fabris v. France</i> [GC], no. 16574/08, judgment of 7 February 2013 (extracts) .....	425



## Subject matter/Objet des affaires

### Article 3

Continued enforcement in Contracting State pursuant to prisoner-transfer agreement of lengthy sentence imposed in non-Contracting State

*Willcox and Hurford v. the United Kingdom* (dec.), p. 1

Exécution dans un État contractant, en vertu d'un accord de transfèrement de détenus, d'une peine d'emprisonnement de longue durée prononcée dans un État non contractant

*Willcox et Hurford c. Royaume-Uni* (déc.), p. 35

### Article 5

#### Article 5 § 1

Prisoner-transfer arrangements resulting in longer *de facto* term of imprisonment in receiving State for prisoners who had pleaded guilty – Detention pursuant to prisoner-transfer agreement following allegedly unfair trial in transferring State

*Willcox and Hurford v. the United Kingdom* (dec.), p. 1

Modalités du transfèrement de détenus se traduisant pour ceux qui avaient plaidé coupables par un allongement *de facto* de la durée de leur incarcération dans l'État d'exécution – Placement en détention en application d'un accord de transfèrement de détenus condamnés dans l'État de condamnation à l'issue de procès dont l'équité est mise en cause

*Willcox et Hurford c. Royaume-Uni* (déc.), p. 35

### Article 6

#### Article 6 § 1

Structural defects of the system of judicial discipline – Absence of limitation period for imposing disciplinary penalty on judges

*Oleksandr Volkov v. Ukraine*, p. 73

Défauts structurels dans le système de discipline judiciaire – Absence de délai de prescription pour l'imposition de sanctions disciplinaires aux juges

*Oleksandr Volkov c. Ukraine*, p. 143

### Article 8

Dismissal of a judge for “breach of oath” in absence of consistent interpretation of that offence and of requisite procedural safeguards

*Oleksandr Volkov v. Ukraine*, p. 73

Révocation d’un juge pour « rupture de serment » en l’absence d’une interprétation cohérente de cette notion et des garanties procédurales requises

*Oleksandr Volkov c. Ukraine*, p. 143

### Article 9

Manifestation of religion or belief in the workplace

*Eweida and Others v. the United Kingdom*, p. 215

Manifestation d’une religion ou d’une conviction sur le lieu de travail

*Eweida et autres c. Royaume-Uni*, p. 275

### Article 9 alone or in conjunction with Article 14/

#### Article 9 isolément ou combiné avec l’article 14

Disciplinary measures against employees for wearing religious symbols (cross) at work or refusing to perform duties they considered incompatible with their religious beliefs

*Eweida and Others v. the United Kingdom*, p. 215

Mesures disciplinaires contre des employés ayant porté des symboles religieux (une croix) au travail ou refusé d’accomplir des tâches considérées par eux comme incompatibles avec leurs convictions religieuses

*Eweida et autres c. Royaume-Uni*, p. 275

### Article 14 in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1/

#### Article 14 combiné avec l’article 1 du Protocole n° 1

Difference in treatment for inheritance purposes between child born outside and child born within marriage

*Fabris v. France* [GC], p. 425

Différence de traitement successoral entre enfant naturel et enfant légitime

*Fabris c. France* [GC], p. 381

### Article 46

Respondent State required to reform the system of judicial discipline

*Oleksandr Volkov v. Ukraine*, p. 73

Nécessité pour l'État défendeur de réformer le système de discipline judiciaire

*Oleksandr Volkov c. Ukraine*, p. 143

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

Transfer to State of money in dormant bank accounts owing to operation of statutory limitation period

*Zolotas v. Greece (no. 2)*, p. 359

Attribution à l'État du solde des comptes bancaires inactifs soumis à prescription

*Zolotas c. Grèce (n° 2)*, p. 337



WILLCOX AND HURFORD v. THE UNITED KINGDOM  
*(Applications nos. 43759/10 and 43771/12)*

FOURTH SECTION

DECISION OF 8 JANUARY 2013<sup>1</sup>

---

1. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Continued enforcement in Contracting State pursuant to prisoner-transfer agreement of lengthy sentence imposed in non-Contracting State**

A prisoner's continued detention pursuant to a prisoner-transfer agreement will not be arbitrary for the purposes of Article 5 § 1 (a) where the difference in outcome in the sentence to be served does not arise from the arbitrary application of different rules to different prisoners, but is the result of the interaction between the law of the transferring State on sentencing and the practice of the receiving State on transfer (see paragraphs 91-92 of the decision).

**Article 3**

*Inhuman punishment – Degrading punishment – Continued enforcement in Contracting State pursuant to prisoner-transfer agreement of lengthy sentence imposed in non-Contracting State – Grossly disproportionate sentence – Purpose of prisoner-transfer agreements – Requirement to take into account degree of humiliation or suffering inherent in serving sentence abroad when assessing whether its continued enforcement in receiving State amounts to proscribed treatment*

**Article 5 § 1**

*Deprivation of liberty – Prisoner-transfer arrangements resulting in longer de facto term of imprisonment in receiving State for prisoners who had pleaded guilty – Arbitrariness – Interaction between sentencing law of transferring State and rules on early release in receiving State – Consent to and benefits of transfer for prisoner*

*Deprivation of liberty – After conviction by a competent court – Detention pursuant to prisoner-transfer agreement following allegedly unfair trial in transferring State – Flagrant denial of justice – Presumptions of fact or of law – Irrebuttable presumption under foreign law precluding defence that drugs were for personal use did not destroy very essence of right to fair trial*

\*

\*   \*

*Facts*

The two applicants had been transferred to the United Kingdom pursuant to a prisoner-transfer agreement between the United Kingdom and Thailand to serve

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

the remainder of prison sentences that had been imposed by the Thai courts for drugs possession. They had both pleaded guilty to the charges against them and had been informed that upon their transfer to the United Kingdom they would not be able to challenge the duration of their sentences.

In their applications to the European Court, the applicants contended that the sentences imposed by the Thai courts were grossly disproportionate, being four to five times longer than the sentences they would have been likely to receive had they been convicted of the same offences in the United Kingdom, and that their continued enforcement violated their rights under Article 3 of the Convention. They further complained under Article 5 that their continued detention was arbitrary as, owing to the way the prisoner-transfer agreement worked, had they in fact pleaded not guilty, they would have ended up serving less time in prison. The first applicant also argued that an “irrebuttable presumption” had been applied in his case which had rendered his trial flagrantly unfair, such that his continued detention in the United Kingdom was arbitrary.

#### *Law*

(1) Article 3: While in principle matters of appropriate sentencing largely fell outside the scope of the Convention, the Court accepted that a grossly disproportionate sentence could amount to ill-treatment contrary to Article 3 at the moment of its imposition. However, gross disproportionality was a strict test and would only be met in very exceptional circumstances. Further, due regard must be had for the fact that sentencing practices vary greatly between States owing to different domestic conditions and approaches. When considering the degree of humiliation or suffering inherent in the impugned acts, it was necessary to have regard to the degree of humiliation or suffering inherent in the alternative option.

In the present case the sentences had been imposed and, had they not been transferred, the applicants’ conditions of continued detention in Thailand may well have been harsh and degrading. It would in the Court’s view be paradoxical if the protection afforded by Article 3 operated to prevent prisoners being transferred to serve their sentences in more humane conditions. Therefore the question to be asked was whether any suffering or humiliation involved in the continued enforcement of a sentence would go beyond that connected with the enforcement of the sentence imposed by the foreign court. In assessing that level of suffering, the fact that the transfer had occurred within a framework of international cooperation in the administration of justice which was in principle in the interests of the persons concerned was to be taken into account. Prisoner-transfer agreements were generally intended to serve the aims of eliminating the adverse effects of serving a sentence in an environment which was socially, culturally or linguistically unfamiliar and facilitating future reintegration into society.

There was no suggestion in the instant case that the sentences imposed on the applicants were outside the range of sentences generally imposed on others convicted in Thailand of similar offences. They also fell within the permitted maximum

applicable to equivalent convictions in England. It was relevant too that Thailand faced a serious drugs problem, and for this reason punished drugs offences severely. Likewise, the impugned sentences were being enforced by the United Kingdom pursuant to requests from the applicants for their transfer, in circumstances where both applicants had been advised of the length of the sentences they would have to serve and their inability to challenge the convictions or sentences imposed. Lastly, had the transfer requests been refused, both applicants would have been eligible for early release only at the two-thirds point of their sentences, instead of at the halfway point applicable to them under English law. Having regard to all the circumstances, the Court was not satisfied that any suffering or humiliation involved in the enforcement of the applicants' sentences until their entitlement to early release under English law went beyond that inevitable element of suffering and humiliation connected with the sentences imposed by the Thai courts and, in particular, that the manner and method of the execution of the measure subjected them to distress or hardship exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention.

*Conclusion:* inadmissible (manifestly ill-founded).

(2) Article 5 § 1:

(a) *Effect of the guilty pleas* – The applicants argued that their guilty pleas ought to have resulted in a significant reduction of sentence. However, although in Thailand their sentences had been reduced from life imprisonment to determinate sentences, the impact of this reduction had effectively been inverted by their transfer to the United Kingdom. This was because, if they had pleaded not guilty and been sentenced in Thailand to life imprisonment, it would have fallen to the English High Court to determine an appropriate minimum term for them to serve before they were considered for release on licence. In carrying out that exercise, the High Court would have had regard to local sentencing guidelines and the tariffs imposed in each of their cases would have been dramatically lower than the determinate sentences imposed by the Thai courts. As such, had they not pleaded guilty, they would now have had the prospect of immediate release.

However, the Court observed that in the case of the first applicant, life imprisonment was not the only sentence available to the Thai court had it convicted him after a plea of not guilty. He could have been sentenced to death. In so far as his guilty plea had reduced a death sentence to a determinate sentence of imprisonment, he had reaped a significant benefit from it. Further, royal amnesties were common in Thailand and could operate to reduce a sentence of life imprisonment to a determinate sentence. Both applicants had already benefited from a reduction in sentence as a result of a royal amnesty. It had therefore not been established that had the applicants pleaded not guilty, they would have still been subject to life sentences of imprisonment at their point of transfer, such that the fixing of a minimum term by the High Court would be required. Additionally, in the case of the first applicant, had he been sentenced to life imprisonment he would have been required to serve a minimum term

of eight years in Thailand before being eligible for transfer, rather than the four he had actually served. Although no such information had been provided in respect of the second applicant, it was likely that similar limitations would have applied. Moreover, it was not accurate to compare the tariff period under a life sentence with the term of a determinate sentence. In particular, a life sentence entailed obligations and restrictions which extended beyond the mere period spent in detention, both in the form of parole conditions and the risk of being returned to custody in the event of a breach of those conditions. These restrictions made a life sentence a more stringent sentence in principle. Finally, any differences in outcome which had arisen were not due to the arbitrary application of different rules to different prisoners. Clear rules were applied in prisoner-transfer cases, and had been applied in the applicants' cases. That different outcomes had occurred was the result of the interaction between the law of the transferring State on sentencing and the practice of the receiving State on transfer. In these circumstances, the continued detention of the applicants by the United Kingdom could not be said to have been arbitrary within the meaning of Article 5 § 1 (a) as a result of the effect of their guilty pleas. *Conclusion*: inadmissible (manifestly ill-founded).

(b) *The "irrebuttable presumption"* – The first applicant had also complained that owing to the irrebuttable presumption in Thai law that drugs beyond a certain quantity were for distribution, he had not been able to argue that they were in fact for his personal use. In his submission, therefore, his trial had been flagrantly unfair and his subsequent detention arbitrary.

The Court observed that the test whether there had been a "flagrant denial of justice" was a stringent standard and went beyond mere irregularities to require a destruction of the very essence of the right to a fair trial.

Presumptions of fact or of law operated in every legal system. Such presumptions had to be confined within reasonable limits which took into account the importance of what was at stake and maintained the rights of the defence, so it could not be excluded that there might be circumstances in which a provision of the nature in question in the first applicant's case would give rise to a violation. However the purpose of that provision had been to increase the penalty that could be imposed on those in possession of more than a certain quantity of narcotics, in order to act as a deterrent. The offence had arisen essentially from the possession of the narcotics, and this still had to be proved by the prosecution. The first applicant had had the benefit of a number of procedural guarantees in the Thai proceedings. He had been tried in public before two independent judges; he had been present throughout the proceedings and was legally represented; he had been acquitted of some of the charges in accordance with the presumption of innocence and, despite the fact that possession of heroin and ecstasy was not contested, evidence was led to demonstrate that the drugs were in his possession; and he had been sentenced in accordance with the applicable law and given a significant reduction for his guilty plea. In any event, it was a material factor when assessing the impact of the irrebuttable presumption

on the overall fairness of the trial that the first applicant had not alerted the United Kingdom authorities, either during his trial or when making his request for a transfer, to the alleged flagrant denial of justice in his case.

*Conclusion:* inadmissible (manifestly ill-founded).

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

*Airey v. Ireland*, 9 October 1979, Series A no. 32

*Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, ECHR 2001-XI

*Cioek v. Poland* (dec.), no. 498/10, 23 October 2012

*Csozásznszki v. Sweden* (dec.), no. 22318/02, 27 June 2006

*Drozd and Janousek v. France and Spain*, 26 June 1992, Series A no. 240

*Giza v. Poland* (dec.), no 1997/11, 23 October 2012

*Harkins and Edwards v. the United Kingdom*, nos. 9146/07 and 32650/07,  
17 January 2012

*Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], no. 27765/09, ECHR 2012

*James, Wells and Lee v. the United Kingdom*, nos. 25119/09, 57715/09 and 57877/09,  
18 September 2012

*Kafkaris v. Cyprus* [GC], no. 21906/04, ECHR 2008

*Krajišnik v. the United Kingdom* (dec.), no. 6017/11, 23 October 2012

*Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, ECHR 2000-XI

*Léger v. France*, no. 19324/02, 11 April 2006

*Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, no. 8139/09, ECHR 2012

*Rantsev v. Cyprus and Russia*, no. 25965/04, ECHR 2010

*Saadi v. the United Kingdom* [GC], no. 13229/03, ECHR 2008

*Salabiaku v. France*, 7 October 1988, Series A no. 141-A

*Stoichkov v. Bulgaria*, no. 9808/02, 24 March 2005

*Veermae v. Finland* (dec.) no. 38704/03, ECHR 2005-VII



**In the case of Willcox and Hurford v. the United Kingdom,**

The European Court of Human Rights (Fourth Section), sitting on 8 January 2013 as a Chamber composed of:

Ineta Ziemele, *President*,  
David Thór Björgvinsson,  
Päivi Hirvelä,  
George Nicolaou,  
Paul Mahoney,  
Krzysztof Wojtyczek,  
Faris Vehabović, *judges*,

and Fatoş Aracı, *Deputy Section Registrar*,

Having regard to applications nos. 43759/10 and 43771/12 lodged on 2 August 2010 and 29 June 2012 respectively,

Having deliberated, decides as follows:

**THE FACTS**

1. Mr Steven Willcox (“the first applicant”) is a British national who was born in 1964 and is currently detained at HM Prison Rye Hill. Mr Scott Hurford (“the second applicant”) is a British national who was born in 1975 and is currently detained at HM Prison Full Sutton. Both applicants were represented before the Court by Stevens Solicitors, a firm of solicitors based in Stafford.

**A. The circumstances of the case**

2. The facts of the case, as submitted by the applicants, may be summarised as follows.

*1. The first applicant***(a) The arrest, conviction and transfer**

3. In April 2003 the first applicant was arrested and detained in Thailand, the country in which he then resided, on drugs charges. In November 2004 he pleaded guilty to an offence of possession for distribution of 24 grams of pure heroin and 1.4 grams of pure MDMA in the form of ecstasy tablets. Both were Category 1 narcotics under Thai law (see paragraph 36 below). The quantity of drugs gave rise to an “irrebuttable presumption” that they were for the purpose of distribution (see paragraph 40 below). The first applicant was acquitted of a charge of possessing for distribution about 760 grams of pure heroin because there was insufficient proof of possession.

He was sentenced to life imprisonment. However, he was given credit for his guilty plea in the form of a one-third reduction in his sentence. Equating the life sentence with fifty years' imprisonment, the court sentenced the first applicant to thirty-three years and four months' imprisonment in respect of the above conviction.

4. In June 2007 the first applicant sought a transfer to the United Kingdom to serve the remainder of his sentence, pursuant to a bilateral prisoner-transfer agreement between Thailand and the United Kingdom ("the Prisoner-Transfer Agreement" – see paragraphs 49-56 below). The request was agreed to by both governments.

5. The terms of the transfer were spelt out to the first applicant in a letter from the National Offender Management Service of England and Wales, which explained that the United Kingdom would enforce the sentence imposed, subject to the prevailing parole and early-release provisions of the relevant United Kingdom legislation. It also stated that, after transfer, the first applicant could not challenge his conviction or sentence in the United Kingdom courts: the right to review remained with the sentencing State, and any challenge had to be made before transfer. The first applicant consented to the terms and signed a consent form.

6. On 6 November 2007 the first applicant was transferred to a prison in England having served the required four-year minimum term in Thailand. A warrant authorising his detention in the United Kingdom was issued by the Ministry of Justice under the Repatriation of Prisoners Act 1984 ("the 1984 Act" – see paragraphs 57-63 below).

7. In June 2008 the first applicant's sentence was reduced by a Thai royal decree to twenty-nine years and three months. This led to a new warrant for his detention being issued, on 9 June 2008, by the Ministry of Justice under the 1984 Act. The warrant authorised his detention in custody for a further period of 8,901 days (just over twenty-four years). The first applicant's current early-release date, at the halfway point in his sentence, is 5 December 2017.

**(b) The judicial review proceedings**

8. The first applicant applied for judicial review of the Ministry of Justice's warrant of 9 June 2008 to authorise his detention. He argued, firstly, that the "irrebuttable presumption" under Thai law that possession was for the purpose of distribution had led to a flagrant denial of justice and that the enforcement of the sentence was therefore arbitrary under Article 5 of the Convention. Secondly, also under Article 5, he argued that the sentence was arbitrary because the effect of the transfer meant that by pleading guilty the time spent in custody was longer than it would have been had

he pleaded not guilty. Finally, he argued that the continued enforcement of his sentence in the United Kingdom violated his rights under Article 3 of the Convention because the sentence itself was grossly disproportionate. Although he accepted that he had consented to the terms of the transfer, he claimed that he had had no choice but to agree to transfer on any terms because of the terrible conditions in which he was being held in the Thai prison, and so his consent was not freely given.

9. On 1 July 2009 the Divisional Court handed down its judgment dismissing the claim. Mr Justice Ouseley noted at the outset that it was agreed that the impugned presumption was irrebuttable. He further observed that the Thai court had made no comment about the first applicant's consistent contention that the drugs had been for personal use because, under Thai law, it was irrelevant.

10. The judge reviewed the provisions of the Prisoner-Transfer Agreement. He considered that their effect was that the part of the sentence imposed by the transferring State which remained unserved at transfer had to be served in the receiving State, subject to the latter's early-release provisions. In the first applicant's case, this meant that while he would have been released after serving two-thirds of his sentence in Thailand, he would benefit from release at the halfway point in the United Kingdom. He would also benefit from any royal amnesties or pardons granted by Thailand.

*(i) The presumption arising from the quantity of drugs in the applicant's possession*

11. Turning to consider the challenge to the lawfulness of the first applicant's continued detention based on the trial process in Thailand, Ouseley J agreed that the continued enforcement of a sentence following a trial which involved a flagrant denial of justice would be unlawful, and that the prisoner's consent to the transfer could not make it otherwise. It was therefore necessary for the United Kingdom to ask before transfer whether there was, in substance as well as in form, a conviction by a competent court. The judge indicated that instances where this was in issue were likely to be obvious and known to the diplomatic representatives of the United Kingdom at the time of trial. He noted that the consequence of the Prisoner-Transfer Agreement, the domestic legislation and the approach of this Court was that the more unfair the trial, the more likely it would be that the receiving State would have to refuse cooperation and the prisoner would have to remain where he was, as in other cases where the prisoner did not meet the criteria for transfer.

12. Turning to the circumstances of the first applicant's case, the judge observed that he had been granted a transfer which, on his own arguments as analysed above, ought to have been refused on the grounds that a flagrant

denial of justice had occurred at trial. However, this did not prevent his challenging the lawfulness of his continued detention once within the jurisdiction of the United Kingdom. The judge explained that the risk of undermining the Prisoner-Transfer Agreement was reduced by the very high threshold which would have to be met before release could be sought and the probability that any trial that met it would already have come to the attention of the United Kingdom authorities and would have resulted in the refusal of a request for a transfer. He continued:

“37. ... Indeed, the court should be astute to avoid lowering the threshold. It would only apply in those cases where the reaction of the court is that a particular prisoner simply cannot be detained in the UK to continue a sentence following such a trial.

38. ... If Mr Willcox is right that his trial was a flagrant denial of justice, he should not have been transferred under the PTA [Prisoner-Transfer Agreement] at all and should have been left in prison in Thailand. There is no provision for his retrial in the UK. Mr Willcox may have benefited from what he must assert to be the want of alertness of the UK authorities, but if so others must not. His actions, if he is right, in highlighting the limitations on the power of transfer under the PTA, and so on his evidence disadvantaging others in life[-]threatening ways to achieve his own release, cannot subvert the law. It can encourage however its careful application.”

13. As to whether there was a flagrant denial of justice in the applicant’s case, the judge observed that on the evidence there was a reasonably arguable case that the drugs were for personal use only. He examined the nature and effect of the presumption, and found that it was a “very important irrebuttable presumption on a commonplace issue in drugs cases” which led to markedly increased sentences. However, he concluded that despite the significant diminution of the presumption of innocence, the proceedings in Thailand could not be described as a complete denial or nullification of the right to a fair trial. He noted that a trial had been held in public before two independent judges; that the first applicant had been present and legally represented; that he had been acquitted of some very grave offences; that the court had heard evidence proving his possession of the drugs even though that fact was not contested; that domestic sentencing procedures were followed and a significant discount allowed for the guilty plea; and that a reasoned judgment was provided.

14. Referring to a ruling of the Thai Supreme Court on the compatibility of the “irrebuttable presumption” with the presumption of innocence (see paragraphs 41-42 below), the judge noted that the reasoning behind the “irrebuttable presumption” was that the Thai courts were in effect sentencing for quantity possessed. He emphasised that Thailand faced a scourge from drugs and that courts in the United Kingdom should be slow

to pass judgment on the way in which States that were not parties to the Convention grappled with major problems in their countries.

15. Dismissing the Article 5 complaint based on the trial process, the judge concluded:

“51. An overall view is required of the trial. I conclude that it plainly was a trial, fair within the limits created by the local narcotics legislation in relation to one, albeit important, ingredient. Those limits dent the right but do not completely nullify or deny it, nor in my view do they come close to that ...”

16. Mr Justice Davis agreed that the complaint should be dismissed. In respect of the “irrebuttable presumption”, he said:

“91. ... I can accept that, by European law standards, an irrebuttable (not rebuttable) presumption of intent to distribute may well be objectionable. But the relevant Thai statutory provision has been tested in the Thai constitutional court and has been held constitutional in that court and not incompatible with the presumption of innocence applicable in Thailand. I do not think the United Kingdom courts should be astute to seek to impose and substitute their own views of the matter. Moreover, as the Thai constitutional court also pointed out, the practical reality is that such presumption exists in order to have the practical effect that on conviction the resulting sentence is much increased. That reflects the deterrent approach the Thai legislation had adopted to deal with drug problems in Thailand.

92. Further, Mr Willcox undoubtedly had in Thailand what can properly be recognised as a proper trial. He was legally represented; evidence was received and evaluated; the judicially constituted court applied the presumption of innocence; and in fact, in a fully reasoned judgment, the court, having received the evidence, found that the prosecution had not proved the far more grave charge with which he was charged and of which his co-defendant was convicted. Mr Willcox thus was convicted on the lesser count, on his plea, and sentenced by way of due process; and the sentence complied with Thai law ...”

*(ii) The effect of the guilty plea*

17. The first applicant also argued that his continued detention was arbitrary in light of his guilty plea. He contended that he would have received a life sentence had he pleaded not guilty and, on transfer, a minimum term would have been set by the High Court (see paragraph 63 below). In fixing the minimum term, the High Court would have had regard to the United Kingdom context and it would therefore have fixed a far shorter minimum term than the fixed term imposed in Thailand. Ouseley J found:

“54. There is nothing in this argument. Had he been sentenced to life, and not death, after a plea of not guilty, he would have had to serve a minimum of 8 years in Thailand before his transfer was considered, rather than the 4 which he actually served. After release in the UK, he would remain on licence. The life sentence is intended to have a continuing impact after release and to pose risks of return to custody

which would not otherwise exist. It should be regarded as the more severe sentence in principle. The difference in outcomes is not the result of arbitrary action by the Thai Court but of the application of Thai law to his plea, then interacting with UK sentencing practice on transfer.”

18. He therefore concluded that it was not arbitrary for the United Kingdom courts to enforce the sentence after transfer.

19. Davis J added:

“94. ... In Thailand, a life sentence is – generally speaking and subject to amnesties or pardons – just that. It is only because in English law the tariff system is imposed that the alleged arbitrariness can even begin to result. In any event, it is by no means clear-cut that the Thai authorities would have agreed to transfer Mr Willcox as a life-sentence prisoner; in any case, the evidence showed that Thailand requires such a prisoner to serve at least 8 years in a Thai jail before even being considered for repatriation. The evidence also shows that, in practice, by virtue of the general amnesties or pardons frequently granted in Thailand, a life sentence is often reduced to a determinate sentence.”

*(iii) The “gross disproportionality” of the sentence*

20. Finally Ouseley J addressed the first applicant’s argument that the sentence imposed was so grossly disproportionate as to amount to a violation of Article 3. He agreed that had the first applicant been sentenced in the United Kingdom for simple possession of the relevant quantity of heroin and ecstasy, his sentence could not have exceeded a maximum term of seven years (see paragraph 46 below) and would have been substantially less than that. Even if the first applicant been sentenced in the United Kingdom for possession of such a quantity of drugs with intent to supply, which was equivalent to the offence of which he was convicted, the sentence would not have exceeded about six years, having regard to the sentences imposed in other similar cases (although the offence carried a maximum sentence of life). He continued:

“60. ... It does not seem to me of any value to consider whether a determinate sentence is or may be so grossly disproportionate as to breach Article 3 simply by virtue of its length. That is because there will always be other factors present to affect the judgment. These will include the nature of the offence, the rationale for the sentencing framework, as well as the specific way in which the offence was committed, and the personal circumstances of the offender.”

21. The judge noted that the first applicant had provided evidence which, if accepted, showed his conditions of imprisonment to be very harsh and degrading, and possibly in breach of Article 3 standards. He continued:

“64. ... Success for Mr Willcox could prove very damaging for the interests of other prisoners languishing in the same sort of circumstances he described, and not just in Thailand. He was not convicted of an unusual offence in Thailand. ...

[A] Senior Manager in the Ministry of Justice, gave evidence that 33 prisoners had been transferred from Thailand since 1991 under the PTA, most serving sentences for drug offences, ranging up to 50 years. It is not to be supposed that Thailand would be indifferent to the UK releasing someone from detention after transfer to the UK because the sentence to be served was thought to be grossly disproportionate. Thailand did not agree and would not have agreed to a UK court substituting its own sentence for that of the Thai court. Thailand refused to conclude a bilateral agreement with the Netherlands until it abandoned its preference for ‘*conversion of sentence*’. The good faith of the UK could be put in question in my judgment in the light of the PTA and of what the UK government said at the time of transfer; and the transfer of other prisoners could thereby be inhibited or prevented.”

22. The judge further observed that the attitude towards transfer of other States with which the United Kingdom had concluded bilateral or multilateral prisoner-transfer agreements might be affected by the way in which the United Kingdom dealt with transferred prisoners. He therefore considered that if the first applicant were right that a sentence could be so grossly disproportionate as to make its continued enforcement in the United Kingdom a breach of Article 3 of the Convention, then the United Kingdom would be bound to refuse to accept the transfer on that basis in order to avoid undermining the Prisoner-Transfer Agreement. It would be required to conduct an assessment of proportionality before transfer, in order to decide whether to allow a transfer request. The judge observed:

“66. ... It would mean that fewer prisoners would be transferred, however much they protested that they consented to the transfer on the terms agreed in the PTA. It might well lead to defensive judgments by the UK about who could be transferred, in the interests of upholding the agreed application of the PTA. It is also unlikely that prisoners would say anything which might inhibit their transfer until after return anyway. But keeping their powder dry until return would only delay the problem which this would bring for the PTA, undermining the good faith necessary for its effective and beneficial operation. Mr Willcox, if his arguments are right, would have benefited from a want of legal perspicuity which his arguments would require to be applied to others in the future. There is therefore a considerable dilemma created by the very principle of [the applicant’s] arguments ...”

23. The judge emphasised that the Prisoner-Transfer Agreement as a whole was designed, on transfer, to enforce the sentence of the transferring court and not to go through trial and sentence again, this time adopting the receiving State’s values and judgments. He considered that for the United Kingdom to review sentence after transfer would be to do that which the Prisoner-Transfer Agreement rejected, and that to interpret the agreement as containing such a power would be to misinterpret its terms. He continued:

“69. The solution to this dilemma cannot readily be found either in the short unreasoned obiter sentence of the ECtHR in *Drozdz and Janousek [v. France and Spain]*, 26 June 1992, § 110, Series A no. 240], requiring the receiving state not to co-operate

with transfers. It did not have to face the problem arising here. It did not have to deal with the problem that, on the basis of his arguments, this claimant should have remained in custody and in very much worse conditions than those from which he has benefited on transfer. Nor did it have to deal with the problem that the consequence of his success in persuading the UK Government to co-operate with Thailand, to his own advantage and in a way which he now says it should not have done, is that others may well be left to languish in Thailand and elsewhere, after trials and for terms and in conditions which could infringe the very principles his arguments would uphold for him. Mr Willcox's argument if correct necessitates acceptance of the proposition that he should still be in prison in Thailand and, now that the UK Government is alerted to the gross violations of human rights his case involved, others in the like position should stay there so that their human rights are not infringed in the UK. The application of what the ECtHR said in these circumstances could thus be to achieve the very opposite of what it thought would be achieved in *Drozd and Janousek*. It did not have to deal with the way in which its obiter comment on the obligation to refuse co-operation could require the UK to undermine the intent of its international agreements as the alternative, for what probable short term difference it would make, until the transferring states refused their continued co-operation under the PTA, as they are entitled to do. The ECtHR cannot have envisaged that the obligation not to co-operate should mean that transfers should be agreed on one basis and then given effect on another, in a way which would undermine the good faith of the requesting state. These very real problems were simply not before it and were therefore understandably not addressed."

24. The judge concluded that in fact the treatment being imposed on the first applicant by the United Kingdom for the purposes of Article 3 was not the imposition of the sentence but the transfer to which the first applicant had agreed for the purpose of the continued enforcement of the Thai sentence in the United Kingdom. Thus, the judge held, the allegedly cruel, inhuman or degrading treatment, which gave rise to the alleged breach of Article 3, was the acting on the request for a transfer, with the necessary consequence that the sentence would continue to be enforced. He continued:

"70. ... It is irrelevant to ask whether this sentence would be so grossly disproportionate as to breach Article 3. Mr Willcox had a choice as to where he served his sentence, Thailand or the UK. He chose to serve that sentence in the UK for the benefits which he knew that would bring him, and on that basis agreed to transfer. He knew that those benefits did not include a review of sentence. The concept of 'gross disproportion' in sentence is not a substitute for the language of Article 3 but an illustration of what it could cover; the underlying treatment still has to be cruel, inhuman or degrading. I cannot accept that the operation of this humane provision, which the claimant has benefited from through his own fully informed choice, can be described as, or as capable of leading to, treatment which is cruel, inhuman or degrading. The continued enforcement of the sentence on transfer simply does not breach Article 3, however gross the disproportion in the sentence to UK eyes, or however arbitrary the sentence might have been."

25. In these circumstances, the United Kingdom was not required to examine before transfer whether the sentence imposed by the court of the transferring State was so severely disproportionate that it would breach Article 3 if enforced.

26. As to the first applicant's submission that his consent was not freely given and should be disregarded, the judge noted that for prisoners abroad seeking transfer, there would always be some circumstances of hardship which affected their consent; that was why they sought transfer. The mere fact that Article 3 rights were breached in any particular transferring country could not mean that prisoner transfer had to be refused on the grounds that the prisoner's consent could not be effectively given. Were the court to hold that the first applicant's consent was vitiated by prison conditions, the same would be true of other British prisoners in Thailand held in the same conditions, who could therefore never give their effective consent. He concluded:

“74. Nothing in the ECtHR jurisprudence requires international agreements, entered into for a beneficial purpose, operating to the benefit of the individual in question, to be undermined in this way, let alone to be characterised as breaches of Article 3 ...”

27. Finally, the judge held that even if the continued enforcement of a sentence were capable of breaching Article 3 because of the length of the sentence, the sentence imposed on the first applicant was not so grossly disproportionate to the offence or so arbitrary that its continued enforcement by the United Kingdom would breach that Article. Although by United Kingdom sentencing standards the sentence was harsh, the first applicant had not committed the offences in the United Kingdom: he had committed them in Thailand, where there was a serious drugs problem and where the government and legislature were entitled to take the view that harsh sentences were legitimate and necessary. The judge noted in this regard:

“77. ... It would be quite wrong to ignore the fact that the sentence was not passed by the UK dealing with a UK drugs problem with the values and standards of the UK. It was passed by another country with its own values, judgments and objectives for dealing with what is recognised internationally as a scourge, and the significance of which to Thailand, Thailand alone is well placed to judge. The judgment as to a disproportion in sentencing so severe as to amount to a breach of Article 3 when enforced in the UK cannot ignore that dimension and proceed as if the offence was committed or sentenced in the UK. Gross disproportion relates to the gravity of the offence and the circumstances of the offender. If disproportion is the key to the analysis it cannot be considered in a vacuum, or as if the whole world shared the same problems to the same extent and shared the same views as to how to tackle them. Still less would it make sense to judge the degree of disproportion by assuming that the

sentence was imposed in the UK, when it was not. Disproportion requires account to be taken of the position in the transferring country or it will lead to a false view of disproportion. The problems and outlook of the country where the offence was committed and where sentence was passed are of crucial importance.”

28. Davis J observed that it was important to bear in mind that, under English law, the maximum sentence for the offence for which the applicant was convicted was life imprisonment. Although he accepted that in a Crown Court in England the applicant could not have expected, having pleaded guilty, and even assuming intent, to receive much more than around four or five years’ imprisonment, he considered that enforcement of a sentence by a contracting State on transfer was not, for Article 3 purposes, to be equated with putative imposition of the sentence by the contracting State. He agreed with Ouseley J that the relevant treatment by the United Kingdom authorities for the purposes of Article 3 was their agreement to the applicant’s transfer. He continued:

“96. Once it is looked at in that way, as in my view it should be, this argument on behalf of Mr Willcox falls away. Mr Willcox has to serve subject to English law as to early release, which works in his favour, the balance of the sentence just because that is what the PTA requires ... If he does not serve the balance, then the application of the terms of the PTA will have been breached and ... the policy behind the Repatriation of Prisoners Act 1984 will have been frustrated and the PTA itself could soon become a dead letter, to the detriment of other prisoners in Thailand in the future hoping for repatriation ...

97. In my view, set in context, it cannot be said that this sentence imposed on Mr Willcox was such that to enforce it would render the United Kingdom in breach of Article 3. Thailand has clearly decided to impose deterrent sentences for drug misuse; a properly constituted court, after a proper trial process, has passed sentence on Mr Willcox, an adult, in accordance with Thai law, the validity of which has been upheld by the Thai Constitutional Court. For good measure, he stands – quite apart from any diplomatic initiatives that may be made – to benefit from the periodic amnesties or pardons that periodically are published in Thailand and he also does benefit from the early release provisions under English law.”

29. On 3 February 2010 the Supreme Court refused permission to appeal the judgment of the Divisional Court.

## *2. The second applicant*

30. The second applicant was arrested in Thailand on 19 March 2005 for crossing the Cambodia/Thailand border with 240 methamphetamine pills. He pleaded guilty to the criminal charge of unlawfully importing 240 methamphetamine pills and was sentenced to thirty years’ imprisonment. A royal amnesty subsequently reduced his sentence to twenty-six years and eight months’ imprisonment.

31. The second applicant requested to be transferred to the United Kingdom to serve the remainder of his sentence. He further requested that his sentence be reduced on transfer to that of the maximum sentence applicable in the United Kingdom for the offence for which he was convicted. At the time of the commission of the second applicant's offence, methamphetamine was a Class B drug under United Kingdom legislation. Had the second applicant committed the offence in the United Kingdom, his sentence would have been a maximum of fourteen years' imprisonment. On 18 January 2007 methamphetamine was reclassified as a Class A drug in the United Kingdom. The maximum sentence for importation of Class A drugs was life imprisonment (see paragraph 44 below).

32. On 24 July 2009 the Ministry of Justice agreed to the second applicant's request to be transferred to the United Kingdom to serve the remainder of his sentence. As regards his request for a reduction in sentence, the Ministry explained:

"As you may be aware, at the time you committed your offence in Thailand a similar offence in the United Kingdom would have constituted an offence of importation of a Class 'B' drug. As such it would have carried a maximum sentence of 14 years' imprisonment. However, under the terms of the Prisoner Transfer Agreement between the United Kingdom and Thailand we are required to enforce the sentence imposed on you by the Thai courts. There is no requirement under English law to adapt or reduce a sentence imposed abroad where that sentence exceeds the statutory maximum sentence where such an adaptation is not provided for by the relevant international agreement."

33. The second applicant was given the opportunity to withdraw his transfer request. He did not do so and, both States and the second applicant having agreed to the transfer pursuant to the Prisoner-Transfer Agreement, the second applicant arrived in England on 11 November 2009. His current early-release date is August 2020.

34. In February 2010 the second applicant sought a conditional pardon from the Secretary of State for Justice under the latter's royal prerogative of mercy. On 27 April 2010 the second applicant received a response stating, *inter alia*:

"The Justice Secretary has concluded that he has no power in the international agreement with Thailand to grant a conditional pardon. To do so would amount to a breach of that agreement as well as being contrary to the UK's policy as expressed by it."

35. The second applicant applied for permission to seek judicial review of this decision, arguing that the Secretary of State had wrongly interpreted his powers under the royal prerogative of mercy and that he had failed to disclose material relevant to his decision. On 17 November 2011 permission

was refused. The second applicant's application to certify a point of law of general public importance for the Supreme Court was refused on 2 March 2012.

## **B. Relevant law and practice**

### *1. Thai legislation on drugs offences*

36. Section 15 of Thailand's Narcotics Act 1979 contains a general prohibition on producing, importing, exporting, disposing of or possessing Category 1 narcotics without a government permit. Heroin, methamphetamine and ecstasy are Category 1 narcotics.

37. Section 65 provides that the punishment for production, import and export of Category 1 narcotics is life imprisonment and a fine. The death penalty applies if the offence was committed for the purpose of disposal.

38. Section 67 deals with simple possession of 3 grams or below of Category 1 narcotics: the required term of imprisonment is between one and ten years or a fine.

39. Section 66 deals with disposal, and possession for disposal, of Category 1 narcotics. Where the pure quantity is below 3 grams, a term of imprisonment is to be imposed within the range of four to fifteen years, or a fine. Between 3 and 20 grams, the term of imprisonment must be four years to life and a fine. In excess of 20 grams, the sentence is life imprisonment and a fine, or death.

40. Paragraph 3 of section 15 provides that the production, import, export or possession of 3 grams or more of Category 1 narcotics is to be regarded as production, import, export or possession for the purpose of disposal.

41. In 2001 the Thai Constitutional Court considered the compatibility of this "irrebuttable presumption" with the constitutional provision that a person charged with an offence was presumed innocent and had to be proved guilty. At that time the presumption applied at 20 grams pure rather than at 3 grams. The court concluded that the "irrebuttable presumption" and the constitutional provision were compatible. It noted that the purpose of the Act was:

"to enable efficient suppression and control of narcotics and to show accordance with the international narcotics convention to which Thailand is a member. This is because nowadays narcotics are an international concern and pose serious risks against human health and life. Therefore, punishments must be harsher than usual and the punitive measures must be absolute."

42. The aim of the legislation was to punish the possessors of more than 20 grams pure as if their acts were for the purpose of distribution.

Category 1 narcotics posed a great danger to society and their production and possession was not allowed. The more that was produced and possessed, the greater the danger. However, the court explained that the determination by law of the quantity of Category 1 narcotics only served as a benchmark for the offence which would lead to punishment. The law set out the penalties, showing the steps by which they increased with the amounts involved. Regardless of whether the drugs were held in possession for use or for distribution, different penalties would be imposed on the amount in possession as provided by law. A person upon whom a penalty was imposed would have had to be shown to be in possession of the requisite amount.

*2. United Kingdom legislation and practice on drugs offences*

43. Section 3(1) of the Misuse of Drugs Act 1971 (“the 1971 Act”) provides that the importation or exportation of a controlled drug is prohibited. Pursuant to section 50(3) of the Customs and Excise Management Act 1979 (“the 1979 Act”), a person is guilty of an offence if he imports or is concerned in importing any goods contrary to any prohibition.

44. Section 50(4) and (5) and Schedule 1 to the 1979 Act provide that for the offence of importation of a Class A drug, the maximum sentence is life imprisonment and a fine. For importation of a Class B drug, the maximum sentence is fourteen years’ imprisonment and a fine.

45. Section 5 of the 1971 Act makes it an offence for a person to have a controlled drug in his possession, subject to limited exceptions. It further provides that a person who has a controlled drug in his possession, whether lawfully or not, with intent to supply it to another commits an offence, again subject to limited exceptions.

46. Section 25 and Schedule 4 to the 1971 Act address the punishment and sentencing of offenders. For possession of a Class A drug, the maximum sentence is seven years’ imprisonment and a fine. For possession of a Class A drug with intent to supply, the maximum sentence is life imprisonment and a fine.

47. Heroin, ecstasy and methamphetamine are Class A drugs. Until 18 January 2007, methamphetamine was a Class B drug.

48. The most recent sentencing guideline on drug offences was issued by the Sentencing Council in February 2012. Sentencing courts in the United Kingdom are required to follow the guideline when sentencing anyone after 27 February 2012, unless it would be contrary to the interests of justice to do so. The guideline requires an assessment of the offender’s role and takes into account the weight of drugs involved to provide an appropriate starting-point and sentencing range.

3. *Agreement between the United Kingdom and Thailand on the Transfer of Offenders and on Co-operation in the Enforcement of Penal Sentences, 1990*

49. The Prisoner-Transfer Agreement between the United Kingdom and Thailand came into force in February 1991. In its recitals, reference is made to the parties' desire to enhance cooperation efforts in law enforcement and the administration of justice, to cooperate in the enforcement of penal sentences, and to facilitate the successful reintegration of offenders into society.

50. Article 2 provides for the transfer of sentenced persons from the transferring State to the receiving State to serve the sentences imposed on them.

51. Article 3 sets out the scope of application of the Agreement. It imposes a number of conditions, including that the acts for which the sentence was imposed are criminal in both States; the offender is a national of the receiving State; any minimum term has been served; the judgment is final and there are no pending proceedings; and both the States involved and the prisoner agree to the transfer.

52. Article 5 provides that the transferring State retains exclusive jurisdiction regarding the judgments of its courts, the sentences imposed by them and any procedures for revision, modification or cancellation of those judgments and sentences.

53. Article 6 § 1 provides that the continued enforcement of the sentence after transfer is governed by the laws and procedures of the receiving State, including those governing conditions of imprisonment and those providing for the reduction of the term of imprisonment by parole, conditional release, remission or otherwise.

54. Article 6 § 2 stipulates that, subject to Article 6 § 3, the receiving State is bound by the legal nature and duration of the sentence as determined by the transferring State.

55. Article 6 § 3 provides that no sentence of deprivation of liberty is to be enforced by the receiving State in such a way as to extend it beyond the period specified in the sentence of the court of the transferring State. It stipulates that enforcement shall "as far as possible" correspond to the sentence imposed in the transferring State.

56. Article 6 § 6 requires the receiving State to inform the transferring State of any grant of conditional release, of the completion of the sentence or of any escape.

#### 4. Procedure on transfer

57. Section 1(1) of the Repatriation of Prisoners Act 1984 provides that, subject to the other provisions of section 1, the relevant Secretary of State must issue a warrant providing for the transfer of a prisoner to the United Kingdom where, pursuant to a prisoner-transfer agreement, the States concerned and the prisoner (if required) have consented to the transfer.

58. Section 1(2) prohibits the Secretary of State from issuing a warrant where he is of the opinion that it is inappropriate for the transfer to take place.

59. Section 1(4) provides that the Secretary of State shall not issue a warrant unless he is satisfied that all reasonable steps have been taken to inform the prisoner in writing in his own language:

“(a) of the substance, so far as relevant to the prisoner’s case, of the international arrangements in accordance with which it is proposed to transfer him,

(b) of the effect in relation to the prisoner of the warrant which it is proposed to issue in respect of him under this Act,

(c) ..., of the effect in relation to the prisoner of the law relating to his detention under that warrant (including the effect of any enactment or instrument under which he may be released earlier than provided for by the terms of the warrant),

...

(e) of the powers of the relevant Minister under section 6 of this Act [revocation of warrants];”

60. Pursuant to section 3(1) of the 1984 Act, the effect of the warrant is to authorise the bringing of the prisoner into the United Kingdom and his detention in accordance with provisions appropriate for giving effect to the international arrangements in accordance with which the prisoner was transferred.

61. Section 3(3) provides that in determining what provisions are appropriate, the Secretary of State shall, to the extent that it appears to him consistent with the prisoner-transfer agreement to do so, have regard to the inappropriateness of the warrant’s containing provisions which, *inter alia*:

(a) are equivalent to more than the maximum penalties (if any) that may be imposed on a person who, in the part of the United Kingdom in which the prisoner is to be detained, commits an offence corresponding to that in respect of which the prisoner is required to be detained in the country ... from which he is to be transferred; ...”

62. Section 6 of the 1984 Act authorises the Secretary of State to revoke a warrant and issue a new warrant if at any time it appears to him to be appropriate to give effect to the relevant prisoner-transfer agreement or in a case falling within section 1(2) (see paragraph 58 above).

63. Pursuant to section 273 of the Criminal Justice Act 2003, where a life prisoner has been transferred to the United Kingdom in pursuance of a warrant issued under the 1984 Act, the Secretary of State must refer his case to the High Court for it to set the minimum term which has to be served before eligibility for release on licence.

## COMPLAINTS

64. Both applicants complained under Article 3 of the Convention that their sentences were grossly disproportionate to the offences committed.

65. Both applicants also complained under Article 5 § 1 of the Convention that their continued detention in the United Kingdom was arbitrary as by pleading guilty they were effectively required to serve a longer period in custody than they would have had they pleaded not guilty.

66. Finally, the first applicant argued that, as a result of an “irrebuttable presumption” applied by Thai law in his case, his trial was flagrantly unfair and his continued detention was therefore arbitrary and unlawful under Article 5 § 1.

## THE LAW

### **A. Joinder**

67. Given their similar factual and legal background, the Court decides that the two applications should be joined pursuant to Rule 42 § 1 of the Rules of Court.

### **B. The second applicant’s compliance with Article 35 § 1**

68. The Court notes at the outset that the second applicant was transferred to the United Kingdom on 11 November 2009. He did not challenge the warrant issued by the Secretary of State to authorise his continued detention in the United Kingdom. Instead he sought judicial review of the Secretary of State’s later decision of 27 April 2010 to refuse him a conditional pardon. He lodged an application with this Court within six months of the refusal on 2 March 2012 of his application for a point of law of general public importance to be certified. The Court observes that a question arises in the case of the second applicant as to whether he has complied with the requirements of Article 35 § 1 of the Convention, which provides:

“The Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law, and within a period of six months from the date on which the final decision was taken.”

69. However, it is not necessary for the Court to determine this question, as his application is in any event inadmissible for the reasons set out below.

### **C. The complaints under Article 3 of the Convention**

70. The applicants contended that their sentences were grossly disproportionate and that the continued enforcement of the sentences by the United Kingdom violated their rights under Article 3 of the Convention, which provides:

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

71. The applicants argued that the finding of the Divisional Court that only the decision to accept the transfer was reviewable under Article 3 was incorrect, and that continuing enforcement was equally capable of violating that Article. They considered that a grossly disproportionate sentence could give rise to a violation of Article 3, relying on *Harkins and Edwards v. the United Kingdom*, nos. 9146/07 and 32650/07, § 133, 17 January 2012. There was no margin of appreciation in Article 3 and it was accordingly well established that extraneous objectives, albeit legitimate or even laudable, did not affect the absolute nature of Article 3. The fact that the sentence was imposed in Thailand was not relevant to the assessment of whether there was a violation: once a sentence was deemed grossly disproportionate, it could not be saved by deference to an alternative sentencing context. It applied in an absolute way in the context of transferred prisoners.

72. As to the disproportionate nature of the sentences imposed in their cases, they pointed out that their sentences were four to five times as long as the sentences which they would likely have received had they been convicted of the same offences in the United Kingdom. They claimed that their continued detention no longer served a legitimate penological purpose, having regard to the time that they had already spent in detention.

73. The Court notes at the outset that ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim (see *Léger v. France*, no. 19324/02, § 89, 11 April 2006, and *Kafkaris v. Cyprus* [GC], no. 21906/04, § 95, ECHR 2008). The Court has consistently stressed that the suffering and humiliation involved must go beyond that inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate

treatment or punishment. Thus in cases involving a deprivation of liberty, the State must ensure that a person is detained under conditions which are compatible with respect for his human dignity and that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention (see *Kafkaris*, cited above, § 96, and *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, §§ 92 and 94, ECHR 2000-XI).

74. While, in principle, matters of appropriate sentencing largely fall outside the scope of the Convention, the Court accepts that a grossly disproportionate sentence could amount to ill-treatment contrary to Article 3 at the moment of its imposition. However, gross disproportionality is a strict test and it will only be on rare and unique occasions that the test will be met (see *Harkins and Edwards*, cited above, § 133). In *Harkins and Edwards*, which involved the applicants' complaint that grossly disproportionate sentences would be imposed by the State which requested their extradition, the Court explained that in a removal case a violation would arise if an applicant were able to demonstrate that he was at real risk of receiving a grossly disproportionate sentence in the receiving State. However, it emphasised that the Convention was not a means of requiring the Contracting States to impose Convention standards on other States. Due regard had to be had for the fact that sentencing practices varied greatly between States and that there would often be legitimate and reasonable differences between States as to the length of sentences which were imposed, even for similar offences. Accordingly, it would only be in "very exceptional" cases that an applicant would be able to demonstrate that the sentence he would face in a non-Contracting State would be grossly disproportionate and thus contrary to Article 3 (*ibid.*, § 134).

75. The Court emphasises that different considerations arise in cases in which a Contracting State is asked to refuse extradition to a jurisdiction where a grossly disproportionate sentence might be imposed; and in cases where that same State is confronted with a request by a prisoner for transfer to serve a sentence imposed by a foreign court, that might have been considered grossly disproportionate had it been assessed in the context of a prior extradition request. In the former case, it is within the State's power to prevent the offending sentence being imposed. In the latter, the sentence has been imposed and might have to be served in harsh and degrading conditions, subject to limited early-release provisions. When considering the degree of humiliation and suffering inherent in the impugned acts, it is necessary to have regard to the degree of humiliation and suffering inherent in the alternative option. It would in the Court's view be paradoxical, and anathema to its obligation to interpret and apply the Convention rights

in a manner that renders the guarantees practical and effective and not theoretical and illusory (see, among many other authorities, *Airey v. Ireland*, 9 October 1979, § 26, Series A no. 32, and *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], no. 27765/09, § 175, ECHR 2012), if the protection afforded by Article 3 operated to prevent prisoners being transferred to serve their sentences in more humane conditions.

76. It follows from the preceding paragraphs that when examining whether a sentence violates Article 3 in the context of the continued enforcement of a sentence under a prisoner-transfer agreement, the focus must be on whether any suffering or humiliation involved go beyond that inevitable element of suffering and humiliation connected with the enforcement of the sentence of imprisonment imposed by the foreign court. In assessing the degree of suffering and humiliation, it is necessary to make allowance for the varying sentencing practices adopted by States and the legitimate and reasonable differences between States as to the appropriate length of sentences. The Court must also take into account the fact that the transfer has occurred within the framework of international cooperation in the administration of justice, which is in principle in the interests of the persons concerned (see *Drozd and Janousek v. France and Spain*, 26 June 1992, § 110, Series A no. 240, and *Veermae v. Finland* (dec.), no. 38704/03, ECHR 2005-VII). Prisoner-transfer agreements in particular are generally intended to serve the laudable aims of eliminating the adverse effects of serving a sentence in an environment which is socially, culturally or linguistically unfamiliar and facilitating future reintegration into society (see for example the objectives of the Prisoner-Transfer Agreement, paragraph 49 above). Thus, where a measure of international cooperation is directed at promoting and protecting the fundamental rights of those subject to criminal sanctions abroad, the benefit enjoyed by the applicant as a result of the execution of that measure is an important factor in favour of finding that the manner and method of the execution of the sentence do not subject the applicant to distress or hardship exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention.

77. In the present case, the Court emphasises, firstly, that there is no suggestion that the sentences imposed on the applicants were outwith the range of sentences generally imposed on others convicted in Thailand for similar offences. The sentences imposed on the applicants also fall within the permitted maximum sentences applicable to equivalent convictions in England under the 1971 and 1979 Acts (see paragraphs 44 and 46 above).

78. The Court also emphasises that the applicants' sentences were imposed by Thai courts for drugs offences committed in Thailand. In this regard the Court draws attention to the vast differences in the civil, political,

economic, social and cultural conditions prevailing in countries across the globe. As a consequence of these significant differences, States have constructed their criminal-justice systems around principles and approaches which are often equally varied. It is in principle for sovereign States to decide how best to tackle the problems which arise in their respective territories, provided always that the responses remain within the range of approaches considered to be acceptable by democratic States. The solutions applied in one State may not be suited to another, and it follows that a sentence cannot be deemed grossly disproportionate simply because it is more severe than the sentence which would be imposed in another State. It is not contested that Thailand faces a serious drugs problem, and that for this reason drugs offences are severely punished. The Court agrees with the judge in the Divisional Court that the Thai government and legislature were entitled to take the view that harsher sentences than those applicable in the United Kingdom were legitimate and necessary (see paragraph 27 above).

79. It is further of relevance that the impugned sentences are being enforced by the United Kingdom pursuant to requests from the applicants for their transfer. It is clear that both applicants expressly consented to the transfer, having been advised of the consequences of doing so in terms of the length of the sentences that they would have to serve and their inability to challenge the convictions or sentences imposed (see paragraphs 5 and 31-33 above). The Court notes that, had the transfer requests been refused by the United Kingdom, both applicants would have remained incarcerated in Thai prisons where their conditions of detention are likely to have been far inferior to those currently enjoyed, and might themselves have constituted a breach of Article 3. They would have been eligible for early release only at the two-thirds point of their sentences, instead of the halfway point under English law. Their transfers were clearly directed at promoting and protecting their fundamental rights to the greatest possible extent in the particular context, and have achieved that aim.

80. Having regard to all the circumstances, no case has been made out to the satisfaction of the Court that any suffering or humiliation involved in the enforcement of the applicants' sentences until their entitlement to early release under English law goes beyond that inevitable element of suffering and humiliation connected with the sentences imposed by the Thai courts and, in particular, that the manner and method of the execution of the measure subjects them to distress or hardship exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention. The applicants' complaints under Article 3 of the Convention are accordingly manifestly ill-founded and must be rejected pursuant to Article 35 §§ 3 (a) and 4.

#### D. The complaints under Article 5 § 1 of the Convention

81. The applicants complained that their continued detention was arbitrary as, had they pleaded not guilty, they would have ended up serving less time in prison. They relied on Article 5 § 1 of the Convention, which provides:

“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; ...”

82. The first applicant also argued that an “irrebuttable presumption” was applied in his case which rendered his trial flagrantly unfair, such that his continued detention in the United Kingdom was arbitrary.

##### 1. General considerations

83. It can be seen from the details provided as to the nature of the applicants’ complaints that they do not challenge the compliance of their continued detention with domestic law, nor do they dispute the existence of a causal connection between their convictions and the deprivations of liberty in issue. Their complaints focus instead on the alleged arbitrariness of their continued detention.

84. The Court will therefore examine whether the deprivation of liberty in their cases is arbitrary, within the meaning of Article 5 § 1 of the Convention. It has previously indicated that arbitrariness may arise where there has been an element of bad faith or deception on the part of the authorities; where the order to detain and the execution of the detention did not genuinely conform with the purpose of the restrictions permitted by the relevant sub-paragraph of Article 5 § 1; where there was no connection between the ground of permitted deprivation of liberty relied on and the place and conditions of detention; and where there was no relationship of proportionality between the ground of detention relied upon and the detention in question (see *Krajišnik v. the United Kingdom* (dec.), no. 6017/11, § 53, 23 October 2012; see also *Saadi v. the United Kingdom* [GC], no. 13229/03, § 69, ECHR 2008, and *James, Wells and Lee v. the United Kingdom*, nos. 25119/09, 57715/09 and 57877/09, §§ 192-95, 18 September 2012 and the references therein). The applicants have not argued that any of these elements are present in their respective cases, and the Court does not consider them to be so present.

85. It remains to be examined, therefore, whether there are any other indications of arbitrariness in the applicants’ cases arising as a result of the effect of their guilty pleas or, in the case of the first applicant, the operation

of the “irrebuttable presumption” as applied in Thailand. In assessing the question of arbitrariness, the Court reiterates that the Convention cannot be interpreted in a vacuum but should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part (see *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI; *Csozászski v. Sweden* (dec.), no. 22318/02, 27 June 2006; and *Rantsev v. Cyprus and Russia*, no. 25965/04, § 274, ECHR 2010). In the present case regard must therefore be had to the general context of prisoner transfers and to the specific terms of the Prisoner-Transfer Agreement applicable in the present case.

## 2. *The effect of the guilty pleas*

86. The applicants argued that their guilty pleas ought to have resulted in a significant reduction of sentence. However, although in Thailand their sentences were reduced from life imprisonment to determinate sentences, the impact of this reduction was inversed by their transfer to the United Kingdom. This was because if they had pleaded not guilty and been sentenced to life imprisonment, it would have fallen to the High Court to determine an appropriate minimum term for them to serve before being considered for release on licence (see paragraph 63 above). In carrying out this exercise, it would have had regard to local sentencing guidelines and the tariffs imposed in each of their cases would have been dramatically lower than the determinate sentences imposed by the Thai courts. As such, had they not pleaded guilty, they would now have the prospect of immediate release.

87. The Court observes that in the case of the first applicant, life imprisonment was not the only sentence available to the Thai court had it convicted him after a plea of not guilty. He was convicted of being in possession of 24 grams of heroin with intent to supply; the two possible sentences for such an offence were a life sentence or a sentence of death (see paragraph 39 above). In so far as his guilty plea reduced a death sentence to a determinate sentence of imprisonment, he has reaped a significant benefit from it.

88. The Court further observes that royal amnesties are common in Thailand and that they may operate to reduce a sentence of life imprisonment to a determinate sentence of imprisonment (see paragraph 19 above). It is to be noted that both applicants have already benefited from a reduction in sentence as a result of a royal amnesty (see paragraphs 7 and 30 above). It has therefore not been established that had the applicants pleaded not guilty, they would still have been subject to life sentences of imprisonment

at the point of their transfer, such that the fixing of a minimum term by the High Court would be required.

89. Further, as the Divisional Court noted in the case of the first applicant, had he been sentenced to life imprisonment, he would have been required to serve a minimum term of eight years in Thailand before being eligible for transfer, rather than the four that he actually served (see paragraphs 17 and 19 above). Although no such information has been provided in respect of the second applicant, it is likely that similar limitations would have applied to him. Had life sentences been imposed, the applicants would therefore have been deprived of the possibility of transfer for an additional four years, time which would have been spent in detention in the harsher conditions prevailing in Thai prisons.

90. The Court also agrees with the Divisional Court's observations that it is not accurate to compare the tariff period under a life sentence with the term of a determinate sentence (see paragraph 17 above). In particular, a life sentence entails obligations and restrictions which extend beyond the mere period spent in detention, both in the form of parole conditions and the risk of being returned to custody in the case of a breach of those conditions. These restrictions make a life sentence the more stringent sentence in principle.

91. The Court accepts that there may be differences in outcome for prisoners who have been transferred from the State in which they were sentenced to serve their sentences elsewhere. It has previously found that detention was not arbitrary where, as a result of the interaction of the sentencing law of the transferring State and the rules on early release in the receiving State, the transfer of a prisoner resulted in a longer *de facto* term of imprisonment being served (see *Veermäe*, cited above; *Csozásnszki*, cited above; *Ciok v. Poland* (dec.), no. 498/10, § 26, 23 October 2012; and *Giza v. Poland* (dec.), no. 1997/11, § 23, 23 October 2012). In the present case it seems likely that had life sentences been imposed on the applicants in Thailand and not been converted to determinate sentences by royal amnesty prior to their transfers, the applicants would have benefited from a significantly reduced period of detention after transfer to the United Kingdom because the High Court would have fixed a relatively short minimum term (see paragraph 17 above). However, the difference in outcome does not arise from the arbitrary application of different rules to different prisoners. Clear rules, set out in the applicable prisoner-transfer agreement, the 1984 Act and the Criminal Justice Act 2003, are applied in prisoner-transfer cases, and were applied in the applicants' cases. That different outcomes may occur is the result of the interaction between the law of the transferring State on sentencing and the practice of the receiving

State on transfer. Such differences are inherent in any prisoner-transfer arrangements, which are essentially based on the principle that the sentence imposed by the transferring State will be enforced by the receiving State. The Court reiterates that the applicants consented to their transfers, in the knowledge of what that entailed in terms of the time they would be required to serve in detention, doubtless to enjoy the many benefits attached to the enforcement of their sentences in the United Kingdom, including more favourable rules on early release and better conditions of detention.

92. In these circumstances, the continued detention of the applicants by the United Kingdom cannot be said to be arbitrary within the meaning of Article 5 § 1 (a) as a result of the effect of their guilty pleas. Their complaints are manifestly ill-founded and therefore inadmissible pursuant to Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

### 3. *The “irrebuttable presumption”*

93. Although the first applicant pleaded guilty, he maintained that despite the quantity involved, the drugs were for his own personal use. As a result of the “irrebuttable presumption” set out in Thai law, he was not able to challenge the charge that they were for distribution. As a consequence, he argued that his trial was flagrantly unfair and that his subsequent detention was arbitrary, within the meaning of Article 5 § 1 (a) of the Convention.

94. As the Convention does not require Contracting States to impose its standards on third countries, the requirement of Article 5 § 1 (a) that a person be lawfully detained after “conviction by a competent court” does not imply that the Court has to subject proceedings in third countries leading to that conviction to comprehensive scrutiny and verify whether they have fully complied with all the requirements of Article 6 of the Convention (see *Stoichkov v. Bulgaria*, no. 9808/02, § 51, 24 March 2005, and *Drozd and Janousek*, cited above, § 110). To require such a review of the manner in which a court not bound by the Convention had applied the principles enshrined in Article 6 would thwart the current trend towards strengthening international cooperation in the administration of justice, which the Court has already reiterated is generally in the interests of the persons concerned (see *Drozd and Janousek*, cited above, § 110).

95. However, the Court has also held that if a conviction is the result of proceedings which were a “flagrant denial of justice”, that is, were “manifestly contrary to the provisions of Article 6 or the principles embodied therein”, the resulting deprivation of liberty would not be justified under Article 5 § 1 (a) (see *Stoichkov*, cited above, § 51, and *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, no. 8139/09, § 259, ECHR 2012). The Court has indicated that “flagrant denial of justice” is a stringent test of unfairness. It goes beyond

mere irregularities or lack of safeguards in the trial procedures such as might result in a breach of Article 6 if occurring within the Contracting State itself. What is required is a breach of the principles of a fair trial guaranteed by Article 6 which is so fundamental as to amount to a nullification, or destruction of the very essence, of the right guaranteed by that Article (see *Othman (Abu Qatada)*, cited above, § 260). Although it has not yet been required to define the term in more precise terms, the Court has nonetheless indicated that certain forms of unfairness could amount to a flagrant denial of justice. These have included: conviction *in absentia* with no possibility subsequently to obtain a fresh determination of the merits of the charge; a trial which is summary in nature and conducted with a total disregard for the rights of the defence; detention without any access to an independent and impartial tribunal to have the legality of the detention reviewed; the deliberate and systematic refusal of access to a lawyer, especially for an individual detained in a foreign country; and the admission of evidence obtained by torture (see *Othman (Abu Qatada)*, cited above, § 259 and the references therein, and § 267). It follows from the examples given and from the nature of the test itself that instances where there has been a flagrant denial of justice will be obvious and known to the diplomatic representatives of the receiving State prior to the transfer taking place.

96. The question in the present case is whether the “irrebuttable presumption” in Thai law led to a breach of Article 6 which was so fundamental as to amount to a nullification, or destruction of the very essence, of the applicant’s right to a fair trial. In this regard, the Court observes that presumptions of fact or of law operate in every legal system and that the Convention does not prohibit such presumptions in principle. However, Article 6 § 2 does not regard presumptions of fact or of law provided for in the criminal law with indifference. It requires States to confine them within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence (*Salabiaku v. France*, 7 October 1988, § 28, Series A no. 141-A).

97. The operation of section 15(3) of the Thai Act in question (see paragraph 40 above), a provision that went to the definition of the particular offence with which a suspected offender could be charged, tried and sentenced, precluded the first applicant from arguing that the quantity of drugs in his possession was for personal use only. The Court further notes the finding of the judge in the High Court that there was a reasonably arguable case on the evidence that the drugs were for the first applicant’s own use (see paragraph 13 above). It cannot be excluded that there may be circumstances in which a provision of the nature of section 15(3) of the Thai Act would be capable of giving rise to an issue under Article 6 § 2. However, as the Thai

Constitutional Court explained in its judgment of 2001, the purpose of the Thai Act was to punish more harshly those in possession of more than a certain quantity of narcotics, and the intended impact of the application of section 15(3) of the Act was to increase the penalty that could be imposed on a defendant in possession of such an amount of narcotics. The offence arose essentially from the possession of the narcotics, and this still had to be proved by the prosecution (see paragraphs 41-42 above). In the present case, the first applicant had the benefit of a number of procedural guarantees in the Thai proceedings. He was tried in public before two independent judges; he was present throughout the proceedings and was legally represented; he was acquitted of some of the charges in accordance with the presumption of innocence and, despite the fact that possession of heroin and ecstasy was not contested, evidence was led to demonstrate that the drugs were in his possession; and he was sentenced in accordance with the applicable law and was given a significant reduction for his guilty plea (see paragraphs 13 and 16 above). In any event, it is a material factor, when assessing the impact of the “irrebuttable presumption” on the overall fairness of the trial, that the first applicant did not alert the United Kingdom authorities, either during his trial or when making his request for a transfer, to the alleged flagrant denial of justice in his case.

98. The Court concludes that while the applicant’s defence rights were restricted by the operation of the “irrebuttable presumption” in his case, it cannot be said that the very essence of his right to a fair trial was destroyed. Having regard to all the circumstances of the case, the Court considers that the applicant has failed to demonstrate that there has been a flagrant denial of justice in his case. The applicant’s continued detention therefore discloses no violation of Article 5 § 1 (a). His complaint is accordingly manifestly ill-founded and therefore inadmissible pursuant to Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

For these reasons, the Court, unanimously,

*Decides* to join the applications;

*Declares* the applications inadmissible.

Fatoş Aracı  
Deputy Registrar

Ineta Ziemele  
President

WILLCOX ET HURFORD c. ROYAUME-UNI  
*(Requêtes n<sup>os</sup> 43759/10 et 43771/12)*

QUATRIÈME SECTION

DÉCISION DU 8 JANVIER 2013<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Exécution dans un État contractant, en vertu d'un accord de transfèrement de détenus, d'une peine d'emprisonnement de longue durée prononcée dans un État non contractant**

La poursuite de l'exécution d'une peine d'emprisonnement selon les modalités prévues par un accord de transfèrement de détenus ne revêt pas un caractère arbitraire au regard de l'article 5 § 1 a) de la Convention dès lors que les modifications qui peuvent en résulter pour la peine à purger ne découlent pas de l'application arbitraire de règles distinctes à différents détenus mais de l'interaction des règles de fixation de la peine applicables dans l'État de condamnation et de la pratique de l'État d'exécution en matière de mise à exécution de la peine après transfèrement (paragraphe 91-92 de la décision).

**Article 3**

*Peine inhumaine – Traitement dégradant – Exécution dans un État contractant, en vertu d'un accord de transfèrement de détenus, d'une peine d'emprisonnement de longue durée prononcée dans un État non contractant – Peine manifestement disproportionnée – Objectif poursuivi par les accords de transfèrement de détenus – Obligation de tenir compte du degré de souffrance et d'humiliation que comporte la poursuite de l'exécution de la peine à l'étranger pour apprécier si la mise à exécution de celle-ci dans l'État d'exécution s'analyse ou non en un traitement interdit*

**Article 5 § 1**

*Privation de liberté – Modalités du transfèrement de détenus se traduisant pour ceux qui avaient plaidé coupables par un allongement de facto de la durée de leur incarcération dans l'État d'exécution – Arbitraire – Interaction des règles de fixation de la peine applicables dans l'État de condamnation et de celles régissant la libération anticipée dans l'État d'exécution – Consentement du détenu transféré et avantages découlant pour lui du transfèrement*

*Privation de liberté – Après condamnation par un tribunal compétent – Placement en détention en application d'un accord de transfèrement de détenus condamnés dans l'État de condamnation à l'issue de procès dont l'équité est mise en cause – Déni de justice flagrant – Présomptions de fait ou de droit – Une présomption irréfragable de la législation étrangère sur les stupéfiants interdisant aux accusés de détention de drogue de plaider l'usage personnel ne détruit pas l'essence même du droit à un procès équitable*

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

*En fait*

Les requérants furent transférés au Royaume-Uni en application d'un accord de transfèrement conclu entre le Royaume-Uni et la Thaïlande afin d'y purger le restant de la peine d'emprisonnement qui leur avait été infligée par les juridictions thaïlandaises pour détention de stupéfiants. Ils avaient tous deux plaidé coupables des accusations portées contre eux et avaient été informés qu'ils ne pourraient pas contester la durée de leur peine après leur transfèrement au Royaume-Uni.

Dans leur requête respective devant la Cour européenne, les intéressés alléguaient que les tribunaux thaïlandais les avaient condamnés à une peine manifestement disproportionnée en ce qu'elle était quatre à cinq fois plus longue que les peines qu'ils se seraient vraisemblablement vu infliger s'ils avaient été condamnés pour les mêmes infractions au Royaume-Uni, et que la poursuite de l'exécution de cette peine au Royaume-Uni emportait violation de leurs droits au titre de l'article 3 de la Convention. Sous l'angle de l'article 5, ils se plaignaient également du caractère à leurs yeux arbitraire de leur maintien en détention, arguant que, compte tenu des effets de l'accord de transfèrement, ils auraient en définitive passé moins de temps en détention s'ils avaient plaidés non coupables plutôt que coupables. Le premier requérant alléguait en outre que la « présomption irréfragable » qui lui avait été appliquée dans le cadre de son procès s'analysait en un déni de justice flagrant conférant à son maintien en détention au Royaume-Uni un caractère arbitraire.

*En droit*

1. Article 3 : quoiqu'en principe les questions se rapportant au caractère approprié de la peine sortent en général du champ d'application de la Convention, une peine manifestement disproportionnée peut s'analyser en un mauvais traitement contraire à l'article 3 au moment de son prononcé. Toutefois, la disproportion manifeste est un critère très strict, auquel il ne sera que très rarement satisfait. En outre, il convient de tenir compte de la disparité des pratiques respectives des États en matière de fixation de la peine, qui reflète la diversité des situations et des politiques nationales. Pour apprécier le degré d'humiliation ou de souffrance que comportent les mesures litigieuses, il faut tenir compte du degré d'humiliation ou de souffrance inhérente à l'autre mesure qui aurait pu être prise.

En l'espèce, les requérants s'étaient vu infliger une peine qu'ils auraient dû continuer à purger en Thaïlande dans des conditions peut-être éprouvantes et dégradantes s'ils n'avaient pas bénéficié d'un transfèrement. Aux yeux de la Cour, il serait paradoxal que la garantie accordée par l'article 3 eût pour effet d'empêcher des détenus d'obtenir un transfèrement pour purger leur peine dans des conditions plus humaines.

Dans ces conditions, il convient de rechercher si la souffrance et l'humiliation inhérentes à la poursuite de l'exécution de la peine dans l'État d'exécution dépassent celles que comporte l'exécution de cette peine dans l'État de condamnation. Pour apprécier ce degré de souffrance, il convient de tenir compte du fait que les transfèrements litigieux s'inscrivent dans le cadre de l'entraide internationale dans le

domaine judiciaire, normalement favorable aux personnes concernées. Les accords de transfèrement de détenus visent généralement à éviter aux condamnés concernés les effets négatifs qui résulteraient pour eux de l'exécution de leur peine dans un environnement dont ils ignorent les réalités sociales, la culture ou la langue, et à faciliter leur réinsertion dans la société.

En l'espèce, rien ne donne à penser que la durée de la peine prononcée contre les requérants est supérieure à celle des peines que les tribunaux thaïlandais imposent communément aux personnes condamnées pour des infractions similaires. Par ailleurs, la peine infligée aux intéressés n'excède pas la peine maximale encourue au Royaume-Uni par les personnes condamnées pour des infractions analogues. Il convient également de relever que la drogue est un grave problème en Thaïlande, raison pour laquelle les infractions à la législation sur les stupéfiants y sont sévèrement réprimées. En outre, les peines litigieuses sont en cours d'exécution au Royaume-Uni conformément à une demande de transfèrement formulée par les requérants après qu'ils eurent été avertis de la durée de la peine qu'ils auraient à purger et de l'absence de tout recours au Royaume-Uni contre leur condamnation et leur peine. Enfin, si les intéressés s'étaient vu refuser leur transfèrement, ils n'auraient pu prétendre à une mesure de libération anticipée qu'après avoir purgé les deux tiers de leur peine, tandis qu'ils pourront bénéficier de cette mesure à mi-peine au Royaume-Uni. Au vu de l'ensemble des circonstances de la cause, la Cour n'aperçoit aucune raison de penser que la souffrance et l'humiliation éprouvées par les requérants pendant l'exécution de leur peine au Royaume-Uni jusqu'à ce qu'ils puissent bénéficier d'une libération anticipée en vertu du droit anglais excèdent l'élément inévitable de souffrance ou d'humiliation inhérent aux peines prononcées par les juridictions thaïlandaises et que les modalités de mise à exécution de leur peine les soumettent à une épreuve ou une souffrance dépassant le degré de souffrance inévitable inhérent à la détention.

*Conclusion*: irrecevable (défaut manifeste de fondement).

## 2. Article 5 § 1 :

a) *Effets de la reconnaissance de culpabilité* – Les requérants considéraient qu'ils auraient dû obtenir une importante réduction de leur peine en contrepartie de la reconnaissance de leur culpabilité. Ils soutenaient que, bien que les juridictions thaïlandaises eussent commué leur peine de réclusion à perpétuité en peine à temps, leur transfèrement au Royaume-Uni a eu des effets inverses sur cette réduction de peine. À cet égard, ils faisaient valoir que, s'ils avaient été condamnés en Thaïlande à la réclusion à perpétuité après avoir plaidé non coupables, la *High Court* anglaise aurait dû fixer la durée minimale d'incarcération qu'ils auraient eu à purger avant de pouvoir bénéficier d'une mesure de libération anticipée. La *High Court* aurait dû alors tenir compte des dispositions du droit anglais en matière de fixation de la peine, et aurait fixé une durée minimale d'incarcération beaucoup moins longue que celle de la peine à temps prononcée par les juridictions thaïlandaises. Par

conséquent, si les intéressés n'avaient pas plaidé coupables, la perspective d'une libération immédiate leur serait ouverte.

Toutefois, la Cour observe que la réclusion à perpétuité n'était pas la seule peine que le tribunal thaïlandais aurait pu prononcer contre le premier requérant s'il l'avait reconnu coupable après que celui-ci se fut déclaré innocent. Il aurait pu être condamné à mort. Le choix du premier requérant de plaider coupable lui a valu de se voir infliger une peine d'emprisonnement à temps en lieu et place de la peine capitale, à son grand avantage. En outre, les amnisties royales, qui ne sont pas rares en Thaïlande, peuvent avoir pour effet de commuer une peine de réclusion à perpétuité en une peine d'emprisonnement à temps. D'ailleurs, les requérants ont déjà obtenu une réduction de leur peine en vertu d'une amnistie royale. Partant, les intéressés n'ont pas démontré qu'ils auraient été condamnés à la réclusion à perpétuité avant leur transfèrement s'ils avaient plaidé non coupables et que la *High Court* aurait dû fixer une durée minimale d'emprisonnement. En outre, le premier requérant aurait dû être incarcéré pendant huit ans au moins en Thaïlande avant de pouvoir bénéficier d'un transfèrement s'il avait été condamné à la réclusion à perpétuité, au lieu des quatre années qu'il y a effectivement purgées. Si la Cour ne dispose d'aucune information de cet ordre en ce qui concerne la situation du deuxième requérant, il est probable qu'il aurait dû subir le même inconvénient. De plus, la durée minimale d'incarcération applicable à la réclusion à perpétuité n'est pas comparable avec celle d'une peine à temps. Outre la seule durée de la détention, la réclusion à perpétuité impose notamment au condamné des obligations et des contraintes en ce qui concerne les conditions de la libération conditionnelle et le risque de réincarcération auquel l'expose un manquement à ces conditions. Eu égard à ces restrictions, la réclusion à perpétuité est en théorie la plus lourde des peines. Enfin, les modifications qui ont été apportées à la situation des intéressés ne résultent pas de l'application arbitraire de règles distinctes à différents détenus. Le transfèrement de détenus obéit à des dispositions claires qui ont été appliquées aux intéressés. Les aléas survenus dans la situation des requérants résultent de l'interaction des règles de fixation de la peine applicables dans l'État de condamnation et de la pratique de l'État d'exécution en matière de mise à exécution de la peine après transfèrement. Par conséquent, le maintien en détention des requérants au Royaume-Uni ne saurait passer pour arbitraire au sens de l'article 5 § 1 a).

*Conclusion* : irrecevable (défaut manifeste de fondement).

b) *La « présomption irréfragable »* – Le premier requérant avançait que la « présomption irréfragable » instaurée par la législation thaïlandaise sur les stupéfiants – selon laquelle les stupéfiants trouvés en la possession d'un contrevenant sont destinés au trafic dès lors qu'ils dépassent une certaine quantité – lui avait interdit de soutenir devant le tribunal qu'ils étaient destinés à son usage personnel. Il en concluait que

son procès était manifestement inéquitable et que sa détention ultérieure était arbitraire.

La Cour observe que, pour qu'il y ait « déni de justice flagrant », il faut que soient réalisés certains critères stricts allant au-delà de simples irrégularités et conduisant à la destruction de l'essence même du droit à un procès équitable.

Tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit. Celles-ci devant être enserrées dans des limites raisonnables qui prennent en compte la gravité de l'enjeu et préservent les droits de la défense, on ne saurait exclure qu'une disposition telle que celle qui a été appliquée dans l'affaire du premier requérant puisse donner lieu à une violation. Toutefois, la disposition litigieuse vise à sanctionner de manière plus sévère la détention d'une quantité de stupéfiants atteignant un certain seuil, dans un but dissuasif. Le principal élément constitutif de l'infraction demeure la détention de stupéfiants, qui doit être démontrée par le ministère public. Le premier requérant a bénéficié d'un certain nombre de garanties procédurales en Thaïlande. Il a été jugé en public par deux juges indépendants, il a assisté à l'ensemble de la procédure et a été représenté par un avocat, il a été relaxé de certaines accusations au titre de la présomption d'innocence, le ministère public a produit des éléments de preuve établissant que l'intéressé avait été trouvé en possession d'héroïne et d'ecstasy alors même que la détention de ces stupéfiants n'était pas contestée et, après avoir été condamné conformément au droit applicable, l'intéressé a obtenu une importante réduction de peine pour avoir plaidé coupable. En tout état de cause, pour apprécier l'incidence de cette présomption irréfragable sur l'équité globale du procès, il importe de relever que le premier requérant n'avait pas signalé aux autorités britanniques pendant son procès ou lors du dépôt de sa demande de transfèrement le déni de justice flagrant dont il s'est plaint par la suite.

*Conclusion* : irrecevable (défaut manifeste de fondement).

### Jurisprudence citée par la Cour

*Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, série A n° 32

*Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI

*Ciok c. Pologne* (déc.), n° 498/10, 23 octobre 2012

*Csozszánszki c. Suède* (déc.), n° 22318/02, 27 juin 2006

*Drozd et Janousek c. France et Espagne*, 26 juin 1992, série A n° 240

*Giza c. Pologne* (déc.), n° 1997/11, 23 octobre 2012

*Harkins et Edwards c. Royaume-Uni*, n°s 9146/07 et 32650/07, 17 janvier 2012

*Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], n° 27765/09, CEDH 2012

*James, Wells et Lee c. Royaume-Uni*, n°s 25119/09, 57715/09 et 57877/09, 18 septembre 2012

*Kafkaris c. Chypre* [GC], n° 21906/04, CEDH 2008

*Krajišnik c. Royaume-Uni* (déc.), n° 6017/11, 23 octobre 2012

*Kudła c. Pologne* [GC], n° 30210/96, CEDH 2000-XI

*Léger c. France*, n° 19324/02, 11 avril 2006

*Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09, CEDH 2012  
*Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, CEDH 2010  
*Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, CEDH 2008  
*Salabiaku c. France*, 7 octobre 1988, série A n° 141-A  
*Stoichkov c. Bulgarie*, n° 9808/02, 24 mars 2005  
*Veermäe c. Finlande* (déc.), n° 38704/03, CEDH 2005-VII

**En l'affaire Willcox et Hurford c. Royaume-Uni,**

La Cour européenne des droits de l'homme (quatrième section), siégeant le 8 janvier 2013 en une chambre composée de :

Ineta Ziemele, *présidente*,  
Davíd Thór Björgvinsson,  
Päivi Hirvelä,  
George Nicolaou,  
Paul Mahoney,  
Krzysztof Wojtyczek,  
Faris Vehabović, *juges*,

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

Vu les requêtes n<sup>os</sup> 43759/10 et 43771/12 introduites le 2 août 2010 et le 29 juin 2012 respectivement,

Après en avoir délibéré, rend la décision suivante :

**EN FAIT**

1. M. Steven Willcox («le premier requérant») et M. Scott Hurford («le second requérant») sont des ressortissants britanniques nés en 1964 et 1975 respectivement. Ils sont actuellement détenus, l'un dans la prison de Rye Hill, l'autre dans la prison de Full Sutton. Devant la Cour, les intéressés ont été représentés par le cabinet Stevens Solicitors, établi à Stafford.

**A. Les circonstances de l'espèce**

2. Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

*1. Le premier requérant***a) L'arrestation, la condamnation et le transfèrement du premier requérant**

3. En avril 2003, le premier requérant fut arrêté et placé en détention en Thaïlande – où il résidait à l'époque pertinente – pour détention et trafic de stupéfiants. En novembre 2004, il plaida coupable de détention, à des fins de trafic, de 24 grammes d'héroïne pure et de 1,4 gramme de MDMA pure (sous forme de comprimés d'ecstasy), drogues classées dans la catégorie 1 du tableau des stupéfiants en droit thaïlandais (paragraphe 36 ci-dessous). L'intéressé avait été trouvé en possession d'une quantité de stupéfiants laissant «irréfragablement présumer» qu'ils étaient destinés au trafic (paragraphe 40 ci-dessous). Également accusé de la détention de près de 760 grammes d'héroïne pure destinés au trafic, l'intéressé fut acquitté

de cette accusation faite pour le ministère public d'avoir prouvé que le requérant avait effectivement été trouvé en possession de ces stupéfiants. Condamné à la réclusion à perpétuité, il obtint une réduction d'un tiers de sa peine pour avoir plaidé coupable. Après avoir commué la réclusion à perpétuité en une peine d'emprisonnement de cinquante ans, le tribunal ramena la peine à purger par l'intéressé à trente-trois ans et quatre mois.

4. En juin 2007, l'intéressé demanda son transfèrement au Royaume-Uni pour y purger le reste de sa peine en application d'un accord bilatéral de transfèrement de détenus conclu par la Thaïlande et le Royaume-Uni («l'accord de transfèrement de détenus», paragraphes 49-56 ci-dessous). Ces deux pays y consentirent.

5. Le service de l'application des peines britannique (*National Offender Management Service*) informa le requérant des conditions de son transfèrement par une lettre où il lui indiquait que la peine infligée serait mise à exécution au Royaume-Uni sous réserve des règles de libération conditionnelle et anticipée qui y étaient en vigueur. Il y était également précisé que l'État de condamnation était seul compétent pour revenir sur la condamnation ou la peine de l'intéressé, que celui-ci ne pourrait donc pas les contester devant les tribunaux britanniques après son transfèrement et qu'un éventuel recours devrait être exercé avant ce transfèrement. Le requérant consentit aux conditions énoncées dans cette lettre et signa un formulaire d'acceptation.

6. Le 6 novembre 2007, après avoir purgé quatre années d'emprisonnement en Thaïlande – durée minimale prévue par le droit thaïlandais, l'intéressé fut transféré dans une prison anglaise. Le ministère de la Justice délivra contre l'intéressé un mandat de détention en application de la loi de 1984 sur le rapatriement des détenus (*Repatriation of Prisoners Act 1984* – «la loi de 1984», paragraphes 57-63 ci-dessous).

7. En juin 2008, un décret royal thaïlandais ramena la peine d'emprisonnement infligée au requérant à vingt-neuf ans et trois mois. Le 9 juin 2008, en application de la loi de 1984, le ministère de la Justice décerna un nouveau mandat ordonnant l'incarcération de l'intéressé pour une durée de 8 901 jours (soit un peu plus de vingt-quatre ans). Le requérant pourra bénéficier d'une mesure de libération anticipée lorsqu'il aura purgé la moitié de sa peine, c'est-à-dire le 5 décembre 2017 en l'état actuel de son dossier.

#### **b) La procédure de contrôle juridictionnel**

8. Le premier requérant sollicita un contrôle juridictionnel du mandat ordonnant sa détention décerné par le ministère de la Justice le 9 juin 2008. Dans son recours, il alléguait en premier lieu que la «présomption

irréfragable» posée par le droit thaïlandais selon laquelle les stupéfiants détenus étaient destinés au trafic s'analysait en un déni de justice flagrant et que l'exécution de sa peine était en conséquence arbitraire au sens de l'article 5 de la Convention. Invoquant la même disposition, il avançait en deuxième lieu que son transfèrement avait rendu sa condamnation arbitraire en ce qu'il aurait passé moins de temps en détention s'il avait plaidé non coupable plutôt que coupable. En troisième et dernier lieu, il soutenait que la poursuite de l'exécution de sa condamnation au Royaume-Uni portait atteinte à ses droits au titre de l'article 3 de la Convention en raison du caractère manifestement disproportionné de sa peine. Tout en reconnaissant qu'il avait consenti aux conditions de son transfèrement, il alléguait qu'il l'aurait accepté dans n'importe quelles conditions tant ses conditions de détention en Thaïlande étaient éprouvantes, et qu'il n'avait donc pas donné un consentement libre à cette mesure.

9. Le 1<sup>er</sup> juillet 2009, la *Divisional Court* débouta le requérant. Relevant d'emblée que la présomption litigieuse édictée par le droit thaïlandais était irréfragable, le juge Ouseley constata ensuite que le tribunal thaïlandais n'avait pas tenu compte de ce que le requérant avait toujours déclaré que les stupéfiants trouvés en sa possession étaient destinés à son usage personnel, circonstance sans intérêt au regard du droit thaïlandais.

10. Après avoir examiné les clauses de l'accord de transfèrement de détenus, le juge Ouseley observa que cet instrument prévoyait que le reste de la peine à exécuter dans l'État de condamnation devait être purgé dans l'État d'exécution sans préjudice de l'application du régime de libération anticipée en vigueur dans ce dernier État. Il déclara que, en application de cet accord, le requérant aurait été libéré après avoir purgé les deux tiers de sa peine en Thaïlande tandis qu'il serait libéré à mi-peine au Royaume-Uni. Il releva enfin que l'intéressé bénéficierait des amnisties et grâces royales qui pourraient lui être accordées par la Thaïlande.

*i. Sur la présomption tirée de la quantité de stupéfiants trouvée en la possession du requérant*

11. Relevant que le requérant avançait que son maintien en détention était illégal eu égard à la manière dont il avait été jugé en Thaïlande, le juge Ouseley estima que la poursuite de l'exécution d'une condamnation prononcée à l'issue d'un procès marqué par un déni de justice flagrant aurait été irrégulière, que le consentement du requérant à son transfèrement n'aurait pu remédier à cette irrégularité, et que le Royaume-Uni devait rechercher avant tout transfèrement si le détenu concerné avait fait l'objet, tant sur la forme que sur le fond, d'une condamnation par un tribunal compétent. Il estima que les affaires où la question d'un déni de justice

flagrant pourrait se poser seraient vraisemblablement évidentes et connues des représentants diplomatiques britanniques au moment du procès. Il ajouta que, au regard de l'accord de transfèrement, de la législation britannique et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, plus le procès était inéquitable plus il était probable que l'État d'exécution devrait s'abstenir de coopérer et laisser le détenu concerné purger sa peine dans l'État de condamnation, comme il devait le faire lorsqu'un détenu ne satisfaisait pas aux conditions d'un transfèrement.

12. Il observa que le requérant se plaignait d'avoir obtenu un transfèrement qui, à l'en croire, aurait dû lui être refusé au motif que son procès avait été marqué par un déni de justice flagrant. Il ajouta toutefois que cela n'empêchait pas l'intéressé de contester la légalité de son maintien en détention à partir du moment où celui-ci se trouvait sous juridiction britannique, tout en précisant que l'accord de transfèrement ne risquait guère d'être affecté car il fallait qu'un procès fût particulièrement inéquitable pour qu'une remise en liberté pût être envisagée au Royaume-Uni et que, en toute vraisemblance, les autorités britanniques l'auraient su et auraient en conséquence refusé le transfèrement. Il poursuivit ainsi :

« 37. (...) Les tribunaux seraient bien avisés de se garder d'abaisser ce seuil, qui ne sera atteint que lorsqu'ils jugeront tout simplement impossible qu'un détenu soit incarcéré au Royaume-Uni pour y purger sa condamnation après un tel procès.

38. (...) À supposer que M. Willcox ait raison de dire que son procès était entaché d'un déni de justice flagrant, il n'aurait pas dû obtenir un transfèrement en vertu du PTA [l'accord de transfèrement de détenus] et aurait dû rester en Thaïlande. Aucune disposition ne permet que M. Willcox soit rejugué au Royaume-Uni. Il est possible que l'intéressé ait profité de ce qu'il veut faire passer pour un manque de vigilance des autorités britanniques, mais d'autres que lui ne doivent pas pouvoir en faire autant. Même s'il a raison, sa démarche – qui souligne les limites du pouvoir de transfèrement défini par le PTA – et les arguments qu'il avance au risque de mettre en danger la vie d'autrui dans le but d'obtenir sa propre libération ne doivent pas conduire à un détournement de la loi mais au contraire à une application rigoureuse de celle-ci. »

13. Relevant que le requérant se plaignait d'un déni de justice flagrant, le juge Ouseley estima que l'intéressé pouvait raisonnablement soutenir que les stupéfiants trouvés en sa possession étaient destinés à son usage personnel au regard des preuves fournies. Après avoir analysé la nature et les effets de la présomption critiquée par le requérant, il jugea qu'il s'agissait là d'une « présomption irréfragable très importante applicable à une question se posant fréquemment dans les affaires de stupéfiants » qui conduisait à un alourdissement notable des peines. Toutefois, il considéra que la procédure suivie en Thaïlande ne pouvait être qualifiée de déni complet ou de négation du droit à un procès équitable malgré l'importante restriction que cette

présomption apportait à la présomption d'innocence. Pour se prononcer ainsi, il observa que le requérant avait été jugé en audience publique par deux magistrats indépendants, qu'il avait comparu personnellement, qu'il avait été représenté par un avocat, qu'il avait été acquitté de graves accusations, que le tribunal avait examiné des preuves de la détention de stupéfiants alors même que celle-ci n'était pas contestée, que les normes internes régissant la fixation de la peine avaient été respectées, que l'intéressé avait bénéficié d'une importante réduction de peine pour avoir plaidé coupable, et que le jugement rendu contre lui était correctement motivé.

14. Renvoyant à un arrêt de la Cour suprême thaïlandaise portant sur la question de la compatibilité de la « présomption irréfragable » avec la présomption d'innocence (paragraphe 41-42 ci-dessous), le juge Ouseley observa que l'existence d'une telle présomption se justifiait par le fait que les tribunaux thaïlandais fixaient bel et bien les peines en fonction des quantités de stupéfiants trouvées en la possession des accusés. Soulignant que la drogue était un véritable fléau en Thaïlande, il déclara que les juridictions britanniques devaient se garder de porter un jugement hâtif sur la manière dont des États non parties à la Convention s'efforçaient de résoudre les problèmes majeurs auxquels ils étaient confrontés.

15. Rejetant le grief du requérant tiré de l'article 5 de la Convention, le juge parvint à la conclusion suivante :

« 51. Le procès litigieux doit faire l'objet d'une appréciation globale. J'estime qu'il s'agissait là d'un véritable procès et qu'il a été aussi équitable que possible compte tenu des restrictions imposées par la législation interne sur un point isolé – quoique important – de la procédure. Si ces restrictions ont nui aux droits de l'intéressé, elles ne sauraient s'analyser en une abolition ou en une privation de ces droits, tant s'en faut (...) »

16. Le juge Davis conclut lui aussi au rejet du grief du requérant. En ce qui concerne la présomption d'innocence, il s'exprima ainsi :

« 91. (...) J'admets volontiers que le fait qu'une personne puisse être irréfragablement présumée avoir voulu se livrer à un trafic de stupéfiants soit critiquable à l'aune du droit des pays d'Europe. Toutefois, la disposition litigieuse du droit thaïlandais a été soumise au contrôle de la Cour constitutionnelle thaïlandaise, qui ne l'a pas jugée incompatible avec la présomption d'innocence telle qu'on la conçoit en Thaïlande. Je pense que la justice britannique serait mal avisée de chercher à imposer son point de vue sur cette question et à le substituer à celui des tribunaux thaïlandais. En outre, comme l'a souligné la Cour constitutionnelle thaïlandaise, la raison d'être de cette présomption est à rechercher dans son effet pratique, qui consiste à alourdir considérablement la peine lorsque l'accusé est reconnu coupable. Cette présomption reflète la politique dissuasive adoptée par le législateur thaïlandais pour lutter contre la drogue en Thaïlande.

92. En outre, il ne fait aucun doute que M. Willcox a bénéficié en Thaïlande d'un procès digne de ce nom. Il a été représenté par un avocat, les preuves ont été

produites et examinées, et un tribunal légalement constitué a appliqué la présomption d'innocence. Force est aussi de constater que celui-ci a jugé, dans une décision dûment motivée après examen des preuves produites, que l'accusation n'avait pas établi la réalité de charges beaucoup plus graves retenues contre l'intéressé et son coaccusé – et pour lesquelles ce dernier a été condamné, raison pour laquelle M. Willcox a été déclaré coupable de l'infraction la moins grave, dont il s'était reconnu coupable, et condamné à une peine conforme au droit thaïlandais à l'issue d'un procès en bonne et due forme (...)

*ii. Sur les effets de la reconnaissance de culpabilité*

17. Faisant valoir qu'il avait plaidé coupable, le premier requérant soutient que son maintien en détention est arbitraire. Il avance que, s'il avait plaidé non coupable en Thaïlande, il y aurait été condamné à la réclusion à perpétuité et que, après son transfèrement au Royaume-Uni, la *High Court* aurait été appelée à fixer la durée minimale de la peine qu'il aurait dû purger dans une prison britannique (paragraphe 63 ci-dessous). À cet effet, la *High Court* aurait tenu compte du contexte national et aurait en conséquence réduit considérablement la peine à temps prononcée contre lui en Thaïlande. Sur ce point, le juge Ouseley s'exprima ainsi :

« 54. Cet argument est fallacieux. Même à supposer que l'intéressé ait été condamné à la réclusion à perpétuité plutôt qu'à la peine capitale en Thaïlande après y avoir plaidé non coupable, il aurait dû y être incarcéré pendant huit ans avant d'être éligible à un transfèrement, au lieu des quatre ans qu'il y a effectivement purgés. Au Royaume-Uni, il sera remis en liberté sous le régime de la libération conditionnelle. La peine de réclusion à perpétuité continue à produire des effets après la remise en liberté du condamné et expose celui-ci à un risque de réincarcération qui n'existe pas dans les autres peines. Elle est en théorie la plus lourde des peines. Les différences entre les effets produits par une reconnaissance de culpabilité et ceux qui découlent d'une déclaration d'innocence ne résultent pas d'un acte arbitraire du tribunal thaïlandais mais de l'application des dispositions pertinentes du droit thaïlandais à la ligne de défense adoptée par le requérant ainsi que de l'interaction de ces dispositions avec la pratique suivie par le Royaume-Uni en matière de fixation des peines après un transfèrement. »

18. En conséquence, il conclut que les juridictions britanniques ne pouvaient être taxées d'arbitraire pour avoir mis à exécution la peine infligée au requérant après le transfèrement de celui-ci.

19. Le juge Davis ajouta :

« 94. (...) De manière générale et sous réserve des amnisties ou des grâces pouvant être accordées, la perpétuité est réelle en Thaïlande. Si la disposition de droit anglais qui prévoit la fixation d'une durée minimale d'incarcération n'existait pas, la question de l'arbitraire ne pourrait même pas se poser. En tout état de cause, il n'est pas du tout certain que les autorités thaïlandaises auraient consenti au transfèrement de M. Willcox s'il avait été condamné à la réclusion à perpétuité. Quoi qu'il en soit, il est constant que les autorités thaïlandaises imposent aux condamnés à la réclusion à

perpétuité de purger au moins huit ans d'emprisonnement en Thaïlande avant que ceux-ci ne puissent être éligibles à un transfèrement. Il est également établi que, par le jeu des amnisties générales et des grâces fréquemment accordées en Thaïlande, les peines de réclusion à perpétuité sont souvent commuées en peines à temps.»

*iii. Sur le caractère « manifestement disproportionné » de la peine infligée au premier requérant*

20. Enfin, en ce qui concerne le grief du premier requérant selon lequel la peine qui lui avait été infligée était si manifestement disproportionnée qu'elle s'analysait en une violation de l'article 3, le juge Ouseley concéda que si l'intéressé avait été reconnu coupable au Royaume-Uni de la simple détention de la même quantité d'héroïne et d'ecstasy que celle trouvée en sa possession en Thaïlande, il aurait été passible d'une peine d'emprisonnement de sept ans au plus (paragraphe 46 ci-dessous) et qu'il aurait en fait été condamné à une peine bien inférieure. Il ajouta que, même si l'intéressé avait été reconnu coupable au Royaume-Uni de détention à des fins de trafic de cette quantité de stupéfiants, infraction équivalente à celle qui lui avait valu sa condamnation et passible de la réclusion à perpétuité, les peines prononcées par les juridictions britanniques dans des affaires analogues laissaient penser que celle qui lui aurait été infligée n'aurait guère excédé six ans. Il poursuivit ainsi :

« 60. (...) À mes yeux, il est sans intérêt de rechercher si une peine est – ou peut être – si manifestement disproportionnée par sa seule durée qu'elle porte atteinte à l'article 3. Il existera toujours d'autres facteurs entrant en ligne de compte dans l'appréciation de la peine, tels que la nature de l'infraction, la raison d'être du cadre de fixation de la peine, les circonstances précises de la commission de l'infraction et les éléments propres à la personne du condamné. »

21. Il releva que le premier requérant avait produit des éléments de preuve qui, s'ils avaient été retenus, auraient démontré que ses conditions de détention étaient très éprouvantes et dégradantes, voire attentatoires à l'article 3. Il poursuivit ainsi :

« 64. (...) Si M. Willcox obtenait gain de cause, d'autres détenus incarcérés en Thaïlande ou ailleurs dans des conditions aussi éprouvantes que celles qu'il a décrites pourraient en pâtir énormément. L'infraction pour laquelle l'intéressé a été condamné en Thaïlande n'a rien d'exceptionnel. (...) Selon la déposition [d'un] cadre du ministère de la Justice, trente-trois détenus – pour la plupart condamnés à des peines allant jusqu'à cinquante ans d'emprisonnement pour infraction à la législation sur les stupéfiants – ont été transférés de Thaïlande depuis 1991 en application de l'accord de transfèrement de détenus. Nous aurions tort de croire que la Thaïlande ne réagirait pas si les autorités britanniques remettaient un détenu en liberté après son transfèrement au Royaume-Uni au motif que la peine à laquelle il a été condamné est manifestement disproportionnée. La Thaïlande n'a pas consenti et n'aurait pas consenti à ce que le juge britannique substitue sa propre peine à celle prononcée par le tribunal thaïlandais. Elle

a refusé de conclure un accord de transfèrement avec les Pays-Bas jusqu'à ce que ce pays renonce à sa politique de « *conversion de condamnation* ». J'estime que la bonne foi du Royaume-Uni quant à l'application de l'accord de transfèrement et aux assurances données par le gouvernement britannique au moment du transfèrement pourrait être mise en doute. Le transfèrement d'autres détenus pourrait s'en trouver entravé ou empêché.»

22. Le juge releva également que les autres États ayant conclu avec le Royaume-Uni des accords bilatéraux ou multilatéraux de transfèrement de détenus pourraient revoir leur politique en la matière au vu du comportement du Royaume-Uni à l'égard des détenus bénéficiaires de pareille mesure. En conséquence, il conclut que s'il fallait accueillir la thèse du premier requérant selon laquelle une condamnation pouvait être si manifestement disproportionnée que la poursuite de son exécution au Royaume-Uni emporterait violation de l'article 3, les autorités britanniques seraient tenues de refuser le transfèrement de la personne condamnée sous peine de risquer de porter atteinte à l'accord de transfèrement applicable. Il ajouta que les autorités britanniques devraient alors procéder au préalable à une appréciation de la proportionnalité de la condamnation pour déterminer si elles pouvaient ou non autoriser tel ou tel transfèrement. Il formula les observations suivantes :

« 66. (...) [L'admission de la thèse de M. Willcox] conduirait à une diminution du nombre de détenus transférés quand bien même les intéressés feraient valoir qu'ils ont consenti à être transférés dans les conditions posées par l'accord de transfèrement. Soucieuses d'en respecter les termes, les autorités britanniques pourraient devoir se montrer circonspectes dans leur choix des personnes aptes à bénéficier d'un transfèrement. Par ailleurs, il est probable que ces dernières s'abstiendraient de tout propos susceptible de faire obstacle à leur transfèrement avant leur retour au Royaume-Uni. Mais la réserve dont elles feront preuve jusqu'à leur retour ne servira qu'à repousser le problème qui en résulterait pour l'accord et nuira à la loyauté qui est de mise si l'on veut qu'il ait des effets utiles et salutaires. Le triomphe de la thèse de M. Willcox autoriserait l'intéressé à tirer parti d'un manque de perspicacité juridique de la part des autorités britanniques et obligerait celles-ci à faire preuve de circonspection à l'avenir en ce qui concerne d'autres condamnés. Le postulat sur lequel s'appuie la thèse [du requérant] pose donc un dilemme considérable (...)»

23. Le juge souligna que l'accord de transfèrement avait pour seul objet de mettre à exécution la peine prononcée par le tribunal ayant condamné le détenu bénéficiaire du transfèrement et non de faire rejurer et condamner ce détenu conformément aux valeurs et principes de l'État d'exécution. Il estima que si les autorités britanniques entreprenaient de réexaminer une peine après un transfèrement, elles s'engageraient dans une voie interdite par l'accord de transfèrement, et que celui-ci ne pouvait être interprété comme leur conférant ce pouvoir, sauf à en dénaturer les termes. Il poursuivit ainsi :

«69. L'*obiter dictum* laconique et non motivé formulé par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Drozd et Janousek* [c. France et Espagne, 26 juin 1992, § 110, série A n° 240] – selon lequel les États doivent se garder de prêter leur concours à certains transfèrements – n'offre pas non plus de solution évidente à ce dilemme. La question à laquelle la Cour européenne était appelée à répondre dans cette affaire n'était pas la même que celle qui se pose en l'espèce, où la position de l'intéressé aurait dû aboutir à son maintien en détention dans des conditions carcérales beaucoup plus éprouvantes que celles dont il bénéficie depuis son transfèrement. La Cour n'était pas davantage confrontée au problème que soulève la présente espèce, où le fait que l'intéressé ait réussi à convaincre le Royaume-Uni de coopérer avec la Thaïlande dans son propre intérêt – ce qu'il dit regretter aujourd'hui – pourrait conduire les autorités britanniques à laisser dépérir dans les prisons de la Thaïlande ou d'autres pays des détenus dont le procès, la durée de la peine et les conditions d'incarcération pourraient être contraires aux principes mêmes sur lesquels il s'appuie pour défendre sa thèse. Si l'on devait accueillir la thèse de M. Willcox, force serait d'en déduire que celui-ci aurait dû être maintenu en détention en Thaïlande et que, désormais conscientes des violations manifestes des droits de l'homme commises à l'encontre de l'intéressé par le Royaume-Uni, les autorités britanniques devraient laisser en Thaïlande les autres détenus se trouvant dans une situation analogue pour éviter de violer leurs droits fondamentaux au Royaume-Uni. L'application des directives de la Cour européenne en pareilles circonstances pourrait aboutir à un résultat diamétralement opposé à celui auquel celle-ci pensait être parvenue dans l'arrêt *Drozd et Janousek*. Dans cette affaire, la Cour n'avait pas à se poser la question de savoir si son *obiter dictum* sur l'obligation de refus de coopération pourrait un jour conduire le Royaume-Uni à aller à l'encontre de l'esprit de ses accords internationaux pour éviter d'opposer à ses partenaires un refus de coopération – à supposer que cela fasse une différence à court terme –, jusqu'à ce que ceux-ci refusent de continuer à coopérer, comme ils en ont le droit en vertu des accords de transfèrement. La Cour n'a pas pu envisager que l'obligation de refus de coopérer mise à la charge des États puisse impliquer qu'un accord de transfèrement conclu sur la base de certains principes soit appliqué sur la base d'autres principes, pratique qui nuirait au crédit de l'État d'exécution. La Cour n'ayant pas été saisie de ces difficultés bien réelles, on peut comprendre qu'elle ne les ait pas abordées.»

24. Il précisa que le traitement que l'intéressé reprochait au Royaume-Uni de lui infliger et qu'il critiquait sur le terrain de l'article 3 n'avait pas trait à la condamnation du premier requérant mais au transfèrement auquel celui-ci avait consenti en vue de la poursuite au Royaume-Uni de l'exécution de la peine prononcée par le tribunal thaïlandais. En conséquence, le juge déclara que l'allégation de traitement cruel, inhumain ou dégradant contraire à l'article 3 portait sur les suites données par les autorités britanniques à la demande de transfèrement dont la poursuite de l'exécution de la peine était une conséquence inéluctable. Il poursuivit ainsi :

«70. (...) La question de savoir si la peine litigieuse est disproportionnée au point d'emporter violation de l'article 3 est sans intérêt. M. Willcox pouvait choisir de purger sa peine en Thaïlande ou au Royaume-Uni. Il a opté pour une incarcération au Royaume-Uni en raison des avantages qu'il savait pouvoir en retirer, et a consenti

à son transfèrement dans cette optique tout en sachant qu'il ne pourrait pas bénéficier d'un réexamen de sa peine. La notion de « disproportion manifeste » d'une peine n'a pas vocation à se substituer au libellé de l'article 3 mais à qualifier une situation qui pourrait tomber sous le coup de cette disposition, à condition toutefois que le traitement à l'origine de cette situation puisse être qualifié de cruel, d'inhumain ou de dégradant. Pour ma part, je ne puis croire que la mesure humanitaire dont le demandeur a choisi de bénéficier en toute connaissance de cause puisse être qualifiée de traitement cruel, inhumain ou dégradant ou considérée comme susceptible d'aboutir à un tel traitement. Il est tout simplement impossible que la poursuite de l'exécution d'une condamnation après un transfèrement puisse porter atteinte à l'article 3 quand bien même la peine pourrait paraître disproportionnée aux yeux d'un citoyen britannique ou serait arbitraire.»

25. Il conclut que les autorités britanniques n'étaient pas tenues de rechercher avant un transfèrement si la peine imposée par l'État de condamnation était si manifestement disproportionnée que la poursuite de son exécution au Royaume-Uni aurait emporté violation de l'article 3.

26. Relevant que le premier requérant alléguait qu'il n'avait pas consenti librement à son transfèrement et que son consentement ne devait pas entrer en ligne de compte, le juge observa que tous les condamnés détenus à l'étranger qui réclamaient un transfèrement y enduraient des épreuves influençant leur consentement et que celles-ci étaient à l'origine de leur demande. Il jugea que la seule violation des droits d'une personne au titre de l'article 3 dans l'État de condamnation ne pouvait obliger l'État d'exécution à refuser le transfèrement de cette personne au motif qu'elle n'avait pu y consentir librement. Il ajouta qu'une décision établissant que les conditions de détention du premier requérant avaient vicié le consentement de celui-ci vaudrait pour tous les ressortissants britanniques incarcérés en Thaïlande dans les mêmes conditions, et que ceux-ci ne pourraient donc jamais être réputés avoir valablement consenti à leur transfèrement. Il s'exprima ainsi :

«74. Rien dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'impose qu'il soit porté une telle atteinte à un accord international à visées humanitaires appliqué dans l'intérêt de l'individu, et *a fortiori* qu'un tel accord soit réputé emporter violation de l'article 3 (...)»

27. Enfin, le juge déclara que, même si la poursuite de l'exécution d'une peine pouvait porter atteinte à l'article 3 eu égard à sa durée, la peine infligée au premier requérant n'était pas si manifestement disproportionnée au regard de l'infraction qu'elle réprimait que la poursuite de son exécution au Royaume-Uni emporterait violation de cette disposition. Il ajouta que cette peine était certes sévère au regard de l'échelle des peines en vigueur au Royaume-Uni, mais que ce n'était pas au Royaume-Uni mais en Thaïlande que l'intéressé avait commis l'infraction qui lui avait valu sa condamnation, que la Thaïlande était un pays où la drogue faisait des ravages et que son

gouvernement et son Parlement pouvaient à juste titre estimer légitime et nécessaire d'imposer des peines sévères. À cet égard, il formula les observations suivantes :

« 77. (...) Ce serait une grave erreur de ne pas tenir compte du fait que la condamnation litigieuse n'a pas été prononcée au Royaume-Uni en réponse à un problème de drogue se posant au Royaume-Uni et déterminée selon les critères et les valeurs ayant cours au Royaume-Uni. C'est un autre pays – la Thaïlande – qui l'a prononcée au regard de ses valeurs, de son appréciation d'un problème internationalement reconnu comme étant un fléau, de la politique qu'il entend mettre en œuvre pour y remédier, et de l'ampleur qu'il y a pris, ce dont il est seul apte à juger. On ne peut répondre à la question de savoir si l'exécution au Royaume-Uni d'une peine aussi lourde emporte ou non violation de l'article 3 en faisant abstraction de ces circonstances, comme si l'infraction avait été commise ou réprimée au Royaume-Uni. La disproportion manifeste s'apprécie à l'aune de la gravité de l'infraction et des éléments propres à la personne du condamné. Si la notion de disproportion est bien l'élément clé de l'analyse, elle ne peut être appréciée *in abstracto*, comme si tous les pays du monde souffraient de ce problème dans la même mesure et avaient une position identique quant à la manière de le régler. Il serait *a fortiori* absurde de mesurer le degré de disproportion d'une telle peine au regard de celle qui aurait été prononcée au Royaume-Uni. La position de l'État de condamnation doit entrer en ligne de compte dans l'appréciation de la disproportion sans quoi cette appréciation s'en trouvera faussée. C'est pourquoi il est crucial de tenir compte des difficultés que connaît le pays où l'infraction a été commise et la peine prononcée. »

28. Le juge Davis rappela que, en droit anglais, la peine maximale dont était passible l'infraction pour laquelle le requérant avait été condamné était la réclusion à perpétuité. Il reconnut que si le requérant avait plaidé coupable devant une *Crown Court* britannique, la peine infligée n'aurait sans doute guère excédé quatre ou cinq ans d'emprisonnement même si l'intention de trafic avait été retenue contre lui. Toutefois, il précisa que, au regard de l'article 3, la mise à exécution d'une condamnation par un État contractant après un transfèrement ne pouvait être assimilée à celle que l'État en question aurait prononcée. Il déclara souscrire à l'avis du juge Ouseley selon lequel la décision reprochée aux autorités britanniques sur le terrain de l'article 3 portait sur leur accord au transfèrement du requérant. Il poursuivit ainsi :

« 96. Dès lors qu'on l'examine sous cet angle, à juste titre me semble-t-il, la thèse de M. Willcox s'effondre. L'intéressé doit purger le reste de sa peine – sous réserve de l'application des dispositions du droit anglais relatives à la libération anticipée, qui lui sont favorables – tout simplement parce que l'accord de transfèrement l'exige (...) La non-exécution par l'intéressé du reste de sa peine violerait les termes de l'accord en question (...) mettrait en échec la politique à l'origine de la loi de 1984 sur le rapatriement des détenus et pourrait priver à bref délai l'accord de transfèrement de tout effet utile, au détriment des autres personnes détenues en Thaïlande qui espèrent un rapatriement (...)

97. J'estime que, dans ce contexte, la mise à exécution par le Royaume-Uni de la peine infligée à M. Willcox ne saurait s'analyser en un manquement de cet État à ses obligations au titre de l'article 3. La Thaïlande a clairement choisi de réprimer les infractions à la législation sur les stupéfiants par des peines dissuasives. Après un procès équitable mené par un tribunal légalement constitué, M. Willcox, qui était majeur au moment des faits, s'est vu infliger une peine conforme au droit thaïlandais et dont la validité a été confirmée par la Cour suprême thaïlandaise. Pour parachever le tout, l'intéressé est éligible – indépendamment de toute démarche diplomatique qui pourrait être tentée – au bénéfice des amnisties et des grâces périodiquement accordées en Thaïlande et aux mesures de libération anticipée prévues par le droit anglais.»

29. Le 3 février 2010, la Cour suprême refusa au requérant l'autorisation de se pourvoir contre le jugement de la *Divisional Court*.

## 2. *Le second requérant*

30. Le second requérant fut arrêté en Thaïlande le 19 mars 2005 pour avoir franchi la frontière entre ce pays et le Cambodge en possession de deux cent quarante comprimés de méthamphétamine. Il plaida coupable du chef d'importation illégale de ces comprimés et fut condamné à une peine d'emprisonnement de trente ans. Par la suite, il bénéficia d'une amnistie royale qui ramena cette peine à vingt-six ans et huit mois.

31. L'intéressé demanda aux autorités compétentes de le transférer au Royaume-Uni pour qu'il y purge le reste de la peine qu'il s'était vu infliger en Thaïlande et de substituer à cette peine la peine maximale dont l'infraction pour laquelle il y avait été condamné était passible au Royaume-Uni. Au moment des faits commis par le second requérant, la méthamphétamine était considérée par le Royaume-Uni comme un stupéfiant de catégorie B. Si l'intéressé avait commis l'infraction au Royaume-Uni, il aurait encouru au plus quatorze ans d'emprisonnement. Le 18 janvier 2007, le Royaume-Uni classa la méthamphétamine parmi les stupéfiants de catégorie A, stupéfiants dont l'importation est passible de la réclusion à perpétuité (paragraphe 44 ci-dessous).

32. Le 24 juillet 2009, le ministre de la Justice consentit à ce que le second requérant fût transféré au Royaume-Uni pour y purger le reste de sa peine. En ce qui concerne la réduction de peine demandée par l'intéressé, le ministre s'exprima ainsi :

« Comme vous le savez sans doute, l'infraction pour laquelle vous avez été condamné en Thaïlande aurait été qualifiée au Royaume-Uni d'importation de stupéfiants de catégorie « B », délit passible d'une peine d'emprisonnement de quatorze ans au plus. Toutefois, les dispositions de l'accord de transfèrement de détenus conclu entre le Royaume-Uni et la Thaïlande imposent aux autorités britanniques de mettre à exécution la peine prononcée contre vous en Thaïlande. Le droit anglais ne permet pas aux autorités britanniques d'adapter ou de réduire les peines prononcées à l'étranger

qui excèdent les peines maximales applicables au Royaume-Uni, sauf si elles y sont autorisées par l'accord international pertinent.»

33. Le second requérant fut informé qu'il pouvait se désister de sa demande de transfèrement. Il la maintint et arriva en Angleterre le 11 novembre 2009 après que le Royaume-Uni et la Thaïlande eurent consenti à son rapatriement en application de l'accord de transfèrement. Il bénéficiera d'une mesure de libération anticipée en août 2020.

34. En février 2010, l'intéressé demanda au ministre de la Justice de lui accorder une grâce conditionnelle au titre de la prérogative royale de clémence dont ce dernier disposait. Le 27 avril 2010, il reçut une réponse dont les passages pertinents étaient ainsi libellés :

« Le ministre de la Justice estime que l'accord international conclu avec la Thaïlande exclut l'octroi d'une grâce conditionnelle. Pareille mesure emporterait violation de l'accord en question et irait à l'encontre de la politique britannique dont il est un instrument. »

35. Le requérant sollicita un contrôle juridictionnel de cette décision, arguant que le ministre de la Justice avait mal interprété les pouvoirs que lui conférait la prérogative royale de clémence et qu'il n'avait pas fait état de certains des éléments sur lesquels sa décision était fondée. La demande de l'intéressé fut rejetée le 17 novembre 2011. Le 2 mars 2012, le requérant fut débouté de sa demande tendant à faire déclarer que son affaire soulevait un point de droit d'intérêt général à porter devant la Cour suprême.

## **B. Le droit et la pratique internes pertinents**

### *1. Les dispositions du droit thaïlandais relatives aux infractions à la législation sur les stupéfiants*

36. L'article 15 de la loi thaïlandaise de 1979 sur les stupéfiants interdit de manière générale la production, l'importation, l'exportation, la cession et la détention sans autorisation administrative de stupéfiants de catégorie 1. L'héroïne, la méthamphétamine et l'ecstasy relèvent de cette catégorie.

37. L'article 65 de cette loi punit de la réclusion à perpétuité et d'une peine d'amende la production, l'importation et l'exportation de stupéfiants de catégorie 1. Ces faits sont passibles de la peine capitale si les stupéfiants sont destinés au trafic.

38. L'article 67 punit d'une peine de un à dix ans d'emprisonnement ou d'une amende la simple détention d'une quantité de stupéfiants de catégorie 1 n'excédant pas trois grammes.

39. L'article 66 punit d'une peine d'emprisonnement de quatre à quinze ans ou d'une peine d'amende le trafic et la détention à des fins de trafic d'une quantité de stupéfiants purs de catégorie 1 inférieure à trois grammes.

Ces faits sont passibles d'une peine d'emprisonnement allant de quatre ans à la perpétuité et d'une peine d'amende pour une quantité de stupéfiants allant de trois à 20 grammes. Au-delà de 20 grammes, les peines applicables sont la réclusion à perpétuité assortie d'une amende ou la peine capitale.

40. L'article 15 § 3 dispose que tout producteur, importateur, exportateur ou détenteur d'une quantité de stupéfiants de catégorie 1 au moins égale à trois grammes est présumé avoir l'intention d'en faire le trafic.

41. En 2001, la Cour constitutionnelle thaïlandaise fut saisie de la question de savoir si cette « présomption irréfragable » était compatible avec le principe constitutionnel voulant qu'un accusé soit présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit prouvée. À l'époque, la présomption litigieuse s'appliquait à partir de 20 grammes de stupéfiants purs, non à partir de trois grammes. La Cour constitutionnelle jugea que cette « présomption irréfragable » était compatible avec le principe constitutionnel invoqué. Elle releva que la législation sur les stupéfiants

« [visait] à permettre une élimination et un contrôle efficaces des stupéfiants dans le respect de la Convention internationale sur les substances psychotropes ratifiée par la Thaïlande, car les stupéfiants [étaient] un problème international menaçant gravement la santé et la vie humaines dont l'usage d[evait] être puni plus sévèrement que d'autres infractions, par des mesures répressives revêtant un caractère absolu. »

42. La Cour constitutionnelle jugea que la loi visait à imputer aux personnes trouvées en possession de plus de 20 grammes de stupéfiants purs l'intention d'en faire le trafic et à les punir en tant que trafiquants. Elle ajouta que les rédacteurs de la loi avaient estimé que les stupéfiants de catégorie 1 représentaient une grave menace pour la société, que leurs production et possession devaient être interdites, et que cette menace allait s'aggravant avec l'augmentation des quantités de drogue produites et détenues. Toutefois, elle précisa que les quantités de stupéfiants définies par la loi n'étaient qu'un point de référence pour qualifier le délit à réprimer. Elle souligna que la loi fixait l'échelle des peines en fonction des quantités détenues par le contrevenant. Elle ajouta que la loi prévoyait que la peine à prononcer dans chaque affaire devait être fixée en fonction de la quantité de stupéfiants détenue, indépendamment de la question de savoir si ces stupéfiants étaient destinés à un usage personnel ou au trafic, et que nul ne pouvait être condamné sans que la preuve de la détention n'ait été rapportée.

## 2. La législation et la pratique britanniques en matière d'infractions à la législation sur les stupéfiants

43. L'article 3 § 1 de la loi de 1971 sur l'abus des drogues (*Misuse of Drugs Act 1971* – « la loi de 1971 ») interdit l'importation et l'exportation de stupéfiants réglementés. L'article 50 § 3 de la loi de 1979 sur les douanes

et les droits d'accises (*Customs and Excise Management Act 1979* – «la loi de 1979») réprime le fait d'importer un produit en contravention d'une quelconque disposition ainsi que le fait d'avoir contribué à l'importation d'un tel produit.

44. L'article 50 §§ 4 et 5 de la loi de 1979 et son annexe 1 disposent que l'importation de stupéfiants de catégorie A est passible au plus de la réclusion à perpétuité et d'une amende. L'importation de stupéfiants de catégorie B est passible d'une peine d'emprisonnement de quatorze ans au plus et d'une amende.

45. L'article 5 de la loi de 1971 punit la détention de stupéfiants réglementés, sauf rares exceptions. En outre, il érige en infraction le fait de détenir – licitement ou illicitement – de tels stupéfiants à des fins de trafics, sous certaines réserves là encore.

46. L'article 25 de la loi de 1971 et son annexe 4 régissent la condamnation des délinquants et la fixation des peines qui leur sont applicables. La détention de stupéfiants de catégorie A est passible d'une peine d'emprisonnement de sept ans au plus et d'une amende. Ces faits sont passibles au plus de la réclusion à perpétuité et d'une amende lorsque les stupéfiants sont destinés au trafic.

47. L'héroïne, l'ecstasy et la méthamphétamine sont des stupéfiants de catégorie A. Jusqu'au 18 janvier 2007, la méthamphétamine était un stupéfiant de catégorie B.

48. La dernière en date des circulaires de fixation des peines à imposer aux contrevenants à la législation sur les stupéfiants a été adoptée en février 2012 par le Conseil de détermination des peines (*Sentencing Council*). Les juridictions répressives britanniques doivent se conformer à cette circulaire pour fixer la peine des personnes condamnées après le 27 février 2012, sauf lorsque cela serait contraire à l'intérêt de la justice. La circulaire dispose que le degré d'implication du contrevenant dans la commission de l'infraction doit être évalué et établi, pour chaque catégorie d'infractions, une base de départ pertinente pour la fixation de la peine et une échelle des peines fondées sur la quantité de stupéfiants trouvée en la possession de l'intéressé.

3. *L'accord entre le Royaume-Uni et la Thaïlande relatif au transfèrement de détenus et à la coopération en matière de mise à exécution des condamnations pénales (1990)*

49. L'accord de transfèrement de détenus conclu par le Royaume-Uni et la Thaïlande est entré en vigueur en février 1991. Son préambule énonce que ces deux États entendent renforcer leur coopération en matière d'application du droit et d'administration de la justice, coopérer pour la mise à exécution des peines et faciliter la réinsertion sociale des condamnés.

50. L'article 2 de cet accord pose le principe du transfèrement des condamnés depuis l'État de condamnation vers l'État d'exécution en vue de la mise à exécution de leur peine.

51. L'article 3 définit le champ d'application de l'accord. Il subordonne le transfèrement à un certain nombre de conditions, exigeant notamment que les faits à l'origine de la condamnation soient pénalement répréhensibles dans chacun des États parties, que le condamné soit ressortissant de l'un ou l'autre de ces États, qu'une partie déterminée de la peine ait été purgée dans l'État de condamnation, que le jugement soit définitif, qu'il ne reste plus aucune procédure pendante dans l'affaire du condamné concerné et que tant les États parties que le condamné consentent au transfèrement.

52. L'article 5 énonce que l'État de condamnation demeure seul compétent en ce qui concerne les décisions de ses juridictions, les peines prononcées par elles et les procédures en révision, réformation et annulation de ces décisions et peines.

53. L'article 6 § 1 énonce que la mise à exécution de la peine après transfèrement est régie par les dispositions de la législation et les procédures applicables dans l'État d'exécution, notamment celles qui concernent les conditions de détention et autorisent la réduction de la durée de l'incarcération par voie de libération conditionnelle, de libération sous caution, de remises de peine ou de mesures d'une autre nature.

54. L'article 6 § 2 énonce que, sans préjudice de l'article 6 § 3, l'État d'exécution est lié par la nature et la durée de la peine prononcée dans l'État de condamnation.

55. L'article 6 § 3 dispose que la mise à exécution d'une peine privative de liberté dans l'État d'exécution ne peut avoir pour effet de prolonger la durée de celle-ci au-delà de la durée fixée dans le jugement rendu par les juridictions de l'État de condamnation. Selon cette disposition, la peine mise à exécution par l'État d'exécution doit correspondre « autant que possible » à la peine prononcée dans l'État de condamnation.

56. L'article 6 § 6 impose à l'État d'exécution d'informer l'État de condamnation des mesures de libération conditionnelle éventuellement accordées aux détenus transférés et, le cas échéant, de leur évasion, ainsi que de la fin de leur peine.

#### *4. La procédure de transfèrement*

57. L'article 1 § 1 de la loi de 1984 sur le rapatriement de détenus dispose que, sans préjudice des autres dispositions de cette loi, le ministre de la Justice doit délivrer un mandat de transfèrement vers le Royaume-Uni dès lors que les États parties à un accord de transfèrement et – le cas échéant – le détenu concerné par le transfèrement ont consenti au transfèrement.

58. L'article 1 § 2 interdit au ministre de la Justice de délivrer un mandat s'il estime qu'un transfèrement n'est pas opportun.

59. L'article 1 § 4 énonce que le ministre de la Justice ne peut délivrer un mandat de transfèrement d'un détenu qu'après s'être assuré que toutes les mesures raisonnables ont été prises pour informer l'intéressé, par écrit et dans sa langue :

« a) du contenu des dispositions pertinentes – au regard de sa situation – de l'accord international en vertu duquel il pourrait être transféré ;

b) des effets qu'un mandat de transfèrement délivré en application de [la loi de 1984] auraient à son égard ;

c) (...) des effets qu'auraient à son égard les dispositions juridiques régissant sa détention fondée sur le mandat de transfèrement, y compris ceux de toute loi ou de tout texte d'une autre nature en vertu duquel il pourrait bénéficier d'une libération anticipée par rapport à la durée de sa détention telle que fixée dans le mandat ;

(...)

e) des pouvoirs conférés au ministre compétent par l'article 6 de la [loi de 1984] [révocation d'un mandat]. »

60. L'article 3 § 1 de la loi de 1984 dispose que le mandat a pour effet de permettre aux autorités de faire entrer le détenu qu'il vise sur le territoire britannique et de l'y maintenir en détention selon des modalités propres à assurer la mise en œuvre de l'accord international en vertu duquel l'intéressé a été transféré.

61. L'article 3 § 3 énonce que, pour arrêter les modalités de la détention du détenu en question, le ministre de la Justice doit, dans la mesure où cela lui semble compatible avec l'accord de transfèrement, s'interroger sur le caractère éventuellement inapproprié de dispositions d'un mandat qui auraient notamment pour effet :

« a) d'imposer au détenu concerné une peine supérieure à la peine maximale éventuellement applicable à une personne qui, dans la région du Royaume-Uni où le détenu en question doit être incarcéré après son transfèrement, aurait commis une infraction correspondant à celle pour laquelle il aurait été détenu dans le pays (...) depuis lequel il doit être transféré (...) »

62. L'article 6 de la loi autorise le ministre de la Justice à révoquer à tout moment un mandat de transfèrement et à en délivrer un nouveau dès lors que pareilles mesures lui paraissent propres à donner effet à l'accord de transfèrement pertinent ainsi que dans les situations relevant de l'article 1 § 2 (paragraphe 58 ci-dessus).

63. L'article 273 de la loi de 2003 sur la justice pénale (*Criminal Justice Act 2003*) dispose que lorsqu'un condamné à la réclusion à perpétuité a été transféré au Royaume-Uni en exécution d'un mandat délivré sur le

fondement de la loi de 1984, le ministre de la Justice doit saisir la *High Court* pour qu'elle détermine la durée minimale de la peine que le condamné en question devra purger dans ce pays avant d'être éligible à une mesure de libération conditionnelle.

## GRIEFS

64. Invoquant l'article 3 de la Convention, les deux requérants allèguent que leur peine est manifestement disproportionnée par rapport aux infractions commises.

65. Par ailleurs, ils soutiennent tous deux que leur maintien en détention est arbitraire et attentatoire à l'article 5 § 1 de la Convention en ce que leur choix de plaider coupables en Thaïlande a abouti en pratique à augmenter la durée de leur incarcération au Royaume-Uni par rapport à celle qu'ils auraient dû y subir s'ils avaient plaidé non coupables.

66. Enfin, le premier requérant avance que la « présomption irréfragable » du droit thaïlandais qui lui a été appliquée lors de son procès a conféré à celui-ci un caractère manifestement inéquitable. Son maintien en détention serait dès lors arbitraire et contraire à l'article 5 § 1.

## EN DROIT

### A. Jonction

67. Les requêtes présentant des similitudes en fait et en droit, la Cour décide de les joindre, en application de l'article 42 § 1 de son règlement.

### B. Sur l'observation par le second requérant de l'article 35 § 1 de la Convention

68. La Cour observe d'emblée que le second requérant a fait l'objet d'un transfèrement au Royaume-Uni le 11 novembre 2009. L'intéressé n'a pas contesté le mandat de transfèrement que le ministre de la Justice avait délivré pour autoriser son incarcération au Royaume-Uni. Au lieu de cela, il a sollicité un contrôle juridictionnel de la décision prise par le ministre de la Justice le 27 avril 2010 de lui refuser une grâce conditionnelle. Le 2 mars 2012, sa demande tendant à faire déclarer que son affaire soulevait un point de droit d'intérêt général fut rejetée. Sa requête devant la Cour européenne des droits de l'homme a été introduite dans les six mois qui ont suivi cette décision de rejet. La Cour relève que la question se pose de

savoir si le second requérant a respecté les exigences de l'article 35 § 1 de la Convention, ainsi libellé :

« La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive. »

69. Toutefois, la Cour n'estime pas nécessaire de statuer sur ce point, la requête du second requérant étant irrecevable pour les raisons exposées ci-après.

### **C. Sur les griefs tirés de l'article 3 de la Convention**

70. Les requérants soutiennent que leur peine est manifestement disproportionnée et que la mise à exécution de celle-ci par le Royaume-Uni porte atteinte à leurs droits au titre de l'article 3, ainsi libellé :

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

71. Les requérants avancent que la *Divisional Court* a conclu à tort que seule l'acceptation du transfèrement pouvait être examinée sur le terrain de l'article 3, la mise à exécution de leur peine au Royaume-Uni étant selon eux tout aussi susceptible de porter atteinte à cette disposition. S'appuyant sur l'arrêt *Harkins et Edwards c. Royaume-Uni*, nos 9146/07 et 32650/07, § 133, 17 janvier 2012, ils arguent qu'une peine manifestement disproportionnée peut emporter violation de l'article 3. Ils plaident que cet article ne laisse aucune marge d'appréciation aux États contractants et qu'il revêt un caractère absolu qu'aucune considération étrangère ne peut remettre en cause, aussi respectable ou louable fût-elle. Selon eux, le fait que leur peine a été prononcée en Thaïlande est sans intérêt quant au point de savoir s'il y a eu ou non violation de la Convention, car le vice de disproportion manifeste ne saurait être couvert par le respect dû à un autre contexte de répression pénale. Ce principe ne souffrirait aucune exception en matière de transfèrement de détenus.

72. Par ailleurs, la peine infligée aux requérants étant quatre à cinq fois plus longue que celle que leur auraient vraisemblablement infligé les juridictions du Royaume-Uni s'ils y avaient été reconnus coupables des mêmes infractions, force serait de conclure que la peine prononcée contre eux est manifestement disproportionnée. Compte tenu du temps que les intéressés ont déjà passé en prison, leur maintien en détention n'aurait plus de légitimité du point de vue pénologique.

73. La Cour rappelle d'emblée que, pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum de gravité dépend de l'ensemble des données

de la cause, et notamment de la durée du traitement, de ses effets physiques et/ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime (*Léger c. France*, n° 19324/02, § 89, 11 avril 2006, et *Kafkaris c. Chypre* [GC], n° 21906/04, § 95, CEDH 2008). La Cour a toujours souligné que la souffrance et l'humiliation infligées doivent aller au-delà de celles que comporte inévitablement une forme donnée de traitement ou de peine légitimes. En cas de privation de liberté, la Convention impose à l'État de veiller à ce que tout prisonnier soit détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine et que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention (*Kafkaris*, précité, § 96, et *Kudla c. Pologne* [GC], n° 30210/96, §§ 92 et 94, CEDH 2000-XI).

74. Quoiqu'en principe les questions se rapportant au caractère approprié de la peine sortent en général du champ d'application de la Convention, une peine manifestement disproportionnée peut s'analyser en un mauvais traitement contraire à l'article 3 au moment de son prononcé. Toutefois, la « disproportion manifeste » est un critère très strict, auquel il ne sera que « très rarement » satisfait (*Harkins et Edwards*, précité, § 133). Dans l'arrêt *Harkins et Edwards* – où les requérants alléguaient que l'État ayant requis leur extradition les aurait condamnés à une peine manifestement disproportionnée –, la Cour a déclaré qu'elle pourrait être amenée à conclure à une violation de la Convention dans une affaire d'éloignement si un requérant démontrait qu'il serait exposé dans l'État de renvoi à un risque réel de se voir infliger une peine manifestement disproportionnée. Toutefois, elle a souligné que la Convention n'obligeait pas les Parties contractantes à imposer ses règles aux États tiers. Il convient de tenir compte de la diversité des pratiques des États en matière de fixation des peines et de leurs différences d'appréciation légitimes et raisonnables quant à la durée des peines prononcées, même pour des infractions analogues. Par conséquent, il serait « tout à fait exceptionnel » qu'un requérant parvînt à prouver que la peine dont il est passible dans un État tiers serait manifestement disproportionnée, et contraire de ce fait à l'article 3 (*ibidem*, § 134).

75. La Cour souligne qu'il faut distinguer entre, d'une part, le cas où un État contractant est invité à rejeter une demande d'extradition émanant d'un pays où la personne visée par cette demande risque une peine manifestement disproportionnée et, d'autre part, le cas où un État contractant est saisi d'une demande de transfèrement par un condamné qui souhaite y purger une peine prononcée par un tribunal étranger, peine qui aurait pu être jugée manifestement disproportionnée si elle avait d'abord été examinée dans le cadre de l'examen d'une demande d'extradition, car les considérations qui

valent dans un cas ne valent pas dans l'autre. Dans le premier cas, il est du pouvoir de l'État contractant d'empêcher le prononcé de la peine litigieuse. Dans le second, une peine a été prononcée, que le condamné pourrait devoir purger dans des conditions éprouvantes et dégradantes offrant des perspectives limitées de libération anticipée. Pour apprécier l'intensité de l'humiliation ou de la souffrance que comporte la mesure critiquée en l'espèce, il faut tenir compte de l'intensité de l'humiliation ou de la souffrance inhérente à l'autre mesure qui aurait pu être prise. Eu égard au devoir de la Cour d'interpréter et d'appliquer la Convention d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives et non pas théoriques et illusoire (voir, parmi beaucoup d'autres, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 26, série A n° 32, et *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], n° 27765/09, § 175, CEDH 2012), il serait paradoxal et inadmissible que la garantie accordée par l'article 3 eût pour effet d'empêcher des détenus d'obtenir un transfèrement pour purger leur peine dans des conditions plus humaines.

76. Il résulte de ce qui précède que, pour répondre à la question de savoir si une peine d'emprisonnement prononcée par les juridictions d'un État étranger emporterait ou non violation de l'article 3 si son exécution se poursuivait selon les modalités fixées par un accord de transfèrement de détenus, il faut avant tout rechercher si l'humiliation et la souffrance qui en résulteraient dépassent celles qui découleraient inévitablement de l'exécution de cette peine dans l'État de condamnation. L'appréciation du degré de souffrance et d'humiliation doit prendre en compte la disparité des pratiques des États en matière de fixation des peines et les différences d'appréciation – légitimes et raisonnables – qui peuvent se faire jour entre eux en ce qui concerne la durée de la peine à prononcer dans tel ou tel cas. La Cour doit aussi tenir compte du fait que le transfèrement litigieux s'inscrit dans le cadre de l'entraide internationale dans le domaine judiciaire, normalement favorable aux personnes concernées (*Drozd et Janousek c. France et Espagne*, 26 juin 1992, § 110, série A n° 240, et *Veermae c. Finlande* (déc.), n° 38704/03, CEDH 2005-VII). À cet égard, la Cour relève que les accords de transfèrement de détenus visent généralement – objectifs louables – à éviter aux détenus concernés les effets négatifs qui résulteraient pour eux de l'exécution de leur peine dans un environnement dont ils ignorent les réalités sociales, la culture ou la langue et à faciliter leur réinsertion dans la société (voir, par exemple, les objectifs de l'accord de transfèrement exposés au paragraphe 49 ci-dessus). Dans ces conditions, les avantages qu'un requérant retire de l'application d'une mesure d'entraide internationale visant à défendre et à protéger les droits fondamentaux des personnes pénalement condamnées incitent fortement la Cour à considérer que la voie et les modalités d'exécution de la condamnation ne le

soumettent pas à une détresse ou à une épreuve excédant le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention.

77. En l'espèce, rien ne donne à penser que la durée des peines prononcées contre les requérants est supérieure à celle des peines que les tribunaux thaïlandais imposent communément aux personnes condamnées pour des infractions similaires. Par ailleurs, les peines infligées aux intéressés n'excèdent pas les peines maximales dont sont passibles au Royaume-Uni les infractions analogues définies par les lois de 1971 et de 1979 (paragraphes 44 et 46 ci-dessus).

78. Il convient également de souligner que les peines critiquées par les requérants leur ont été infligées par des juridictions thaïlandaises pour des infractions commises en Thaïlande. Or il existe entre les pays du globe de grandes différences sur les plans civil, politique, économique et social. Ces importantes différences ont conduit les États à se doter de systèmes de justice répressive fondés sur des principes et des conceptions tout aussi différents. Il appartient par principe aux États souverains de choisir ce qui leur semble la meilleure manière de répondre aux problèmes qui se posent à eux, pourvu que les réponses qu'ils y apportent restent dans le champ de ce que les États démocratiques peuvent accepter. Les réponses de tel ou tel État pouvant ne pas convenir à tel ou tel autre État, on ne saurait qualifier la peine fixée par un État de manifestation disproportionnée au seul motif qu'elle est plus sévère que celle qui aurait été prononcée dans un autre État. La drogue est sans nul doute un grave problème en Thaïlande, raison pour laquelle les infractions à la législation sur les stupéfiants y sont sévèrement réprimées. À l'instar de la *Divisional Court*, la Cour estime que le gouvernement et le législateur thaïlandais pouvaient à juste titre estimer légitime et nécessaire d'imposer des peines plus sévères que celles applicables au Royaume-Uni (paragraphe 27 ci-dessus).

79. Il importe également de relever que les peines litigieuses sont mises à exécution au Royaume-Uni conformément à une demande de transfèrement formulée par les requérants. Il est constant que les intéressés ont expressément consenti à leur transfèrement après avoir été informés des effets de cette mesure sur la durée de leur incarcération et de l'absence de tout recours au Royaume-Uni contre leur condamnation et leur peine (paragraphes 5 et 31-33 ci-dessus). Si leur demande de transfèrement avait été rejetée par les autorités britanniques, ils auraient été maintenus tous deux en détention en Thaïlande dans des conditions vraisemblablement médiocres par rapport à celles qu'ils connaissent au Royaume-Uni, voire attentatoires à l'article 3. En Thaïlande, les intéressés n'auraient pu prétendre à une mesure de libération anticipée qu'après avoir purgé les deux tiers de leur peine, tandis qu'ils pourront bénéficier de cette mesure à mi-peine au

Royaume-Uni. Leur transfèrement visait clairement à défendre et à protéger autant que possible leurs droits fondamentaux dans la situation particulière où ils se trouvaient, objectif qui a été atteint.

80. Au vu de l'ensemble des circonstances de la cause, la Cour n'aperçoit aucune raison de penser que la souffrance et l'humiliation éprouvées par les requérants pendant l'exécution de leur peine au Royaume-Uni jusqu'à ce qu'ils puissent bénéficier d'une libération anticipée en vertu du droit anglais excèdent le niveau inévitable de souffrance ou d'humiliation inhérent aux peines prononcées par les juridictions thaïlandaises, et que les modalités de mise à exécution de leur peine les soumettent à une épreuve ou une souffrance excédant l'élément de souffrance inévitable inhérent à la détention. Partant, les griefs des requérants tirés de l'article 3 sont manifestement mal fondés et doivent être rejetés en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4.

#### **D. Sur les griefs tirés de l'article 5 § 1 de la Convention**

81. Les requérants avancent que leur maintien en détention est arbitraire et qu'ils auraient en définitive passé moins de temps en détention s'ils avaient plaidés non coupables. Ils invoquent l'article 5 § 1 de la Convention, ainsi libellé :

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

a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent (...)

82. Le premier requérant soutient en outre que la « présomption irréfragable » appliquée dans son affaire a conféré à son procès un caractère manifestement inéquitable. Il en déduit que son maintien en détention au Royaume-Uni est arbitraire.

##### *1. Considérations générales*

83. L'analyse des griefs des requérants opérée ci-dessus montre que ceux-ci ne remettent en cause ni la régularité de leur maintien en détention au regard du droit interne ni l'existence d'un lien de causalité entre leur condamnation et la privation de liberté dont ils se plaignent. Leurs griefs portent principalement sur leur maintien en détention, qu'ils estiment arbitraire.

84. Par conséquent, la Cour est appelée à se prononcer sur la question de savoir si la privation de liberté litigieuse est arbitraire au sens de l'article 5 § 1 de la Convention. Elle a déjà jugé qu'une détention pouvait être arbitraire lorsqu'il existe un élément de mauvaise foi ou de tromperie de la part des autorités, lorsque l'ordre de placement en détention et l'exécution de cette décision ne cadrent pas véritablement avec le but des restrictions autorisées

par l'alinéa pertinent de l'article 5 § 1, et lorsqu'il n'y a pas de lien de proportionnalité entre le motif sur lequel se fonde la détention et la détention elle-même (*Krajišnik c. Royaume-Uni* (déc.), n° 6017/11, § 53, 23 octobre 2012, *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, § 69, CEDH 2008, et *James, Wells et Lee c. Royaume-Uni*, nos 25119/09, 57715/09 et 57877/09, §§ 192-195, 18 septembre 2012, ainsi que les références qui s'y trouvent citées). En l'espèce, les requérants n'ont pas allégué que leur détention présentait ce genre d'irrégularités, et la Cour n'en a décelé aucune.

85. Il reste dès lors à rechercher si les effets produits par la reconnaissance de leur culpabilité par les requérants, et – en ce qui concerne le premier d'entre eux seulement – par la « présomption irréfragable » applicable en droit thaïlandais, recèlent d'autres signes d'arbitraire. À cet égard, la Cour rappelle que la Convention doit s'interpréter non pas dans le vide mais, autant que faire se peut, de manière à la concilier avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie intégrante (*Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 55, CEDH 2001-XI, *Csozásnszki c. Suède* (déc.), n° 22318/02, 27 juin 2006, et *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, § 274, CEDH 2010). En l'espèce, la Cour devra donc tenir compte du contexte général du transfèrement de détenus et des clauses de l'accord de transfèrement pertinent.

## 2. Effets de la reconnaissance de culpabilité

86. Les requérants considèrent qu'ils auraient dû obtenir une réduction importante de leur peine en contrepartie de la reconnaissance de leur culpabilité sur certains chefs d'accusation. Ils soutiennent que, bien que les juridictions thaïlandaises eussent commué leur peine de réclusion à perpétuité en peine à temps, leur transfèrement au Royaume-Uni a eu des effets inverses sur cette réduction de peine. Ils avancent à cet égard que, s'ils avaient été condamnés en Thaïlande à la réclusion à perpétuité après avoir plaidé non coupables, la *High Court* aurait dû fixer la durée minimale qu'ils auraient eu à purger avant de pouvoir bénéficier d'une mesure de libération anticipée (paragraphe 63 ci-dessus). Selon eux, la *High Court* aurait dû alors tenir compte des dispositions du droit anglais en matière de fixation de la peine, et déterminer une durée minimale d'incarcération beaucoup moins longue que celle de la peine à temps prononcée par les juridictions thaïlandaises. Par conséquent, si les intéressés n'avaient pas plaidé coupables, la perspective d'une libération immédiate leur serait ouverte.

87. La Cour observe que la réclusion à perpétuité n'était pas la seule peine que le tribunal thaïlandais aurait pu prononcer contre le premier requérant s'il l'avait reconnu coupable après que celui-ci se fut déclaré innocent. Trouvé en possession de 24 grammes d'héroïne destinés au trafic,

l'intéressé était passible de la réclusion à perpétuité ou de la peine capitale (paragraphe 39 ci-dessus). Le choix du requérant de plaider coupable lui a valu de se voir infliger une peine d'emprisonnement à temps en lieu et place de la peine capitale, à son grand avantage.

88. La Cour relève en outre que les amnisties royales, qui ne sont pas rares en Thaïlande, peuvent avoir pour effet de commuer une peine de réclusion à perpétuité en une peine d'emprisonnement à temps (paragraphe 19 ci-dessus). D'ailleurs, les requérants ont obtenu une réduction de leur peine en vertu d'une amnistie royale (paragraphe 7 et 30 ci-dessus). Ils n'ont donc pas démontré qu'ils auraient été condamnés à une peine de réclusion à perpétuité avant leur transfèrement et que la *High Court* aurait dû fixer une durée minimale d'emprisonnement s'ils avaient plaidé non coupables.

89. En outre, comme la *Divisional Court* l'a relevé, le premier requérant aurait dû être incarcéré pendant huit ans au moins en Thaïlande avant de pouvoir être éligible à un transfèrement s'il avait été condamné à la réclusion à perpétuité, au lieu des quatre années qu'il y a purgées (paragraphe 17 et 19 ci-dessus). Si la Cour ne dispose d'aucune information de cet ordre en ce qui concerne la situation du deuxième requérant, il est probable qu'il aurait dû subir le même inconvénient. Si des peines de réclusion à perpétuité avaient été infligées aux requérants, ils auraient été privés de toute possibilité de transfèrement pendant encore quatre ans, qu'ils auraient passés en détention dans les conditions éprouvantes qui sont celles des prisons thaïlandaises.

90. À l'instar de la *Divisional Court*, la Cour considère que la durée minimale d'incarcération en cas de condamnation à la réclusion à perpétuité n'est pas comparable à celle d'une peine à temps (paragraphe 17 ci-dessus). Outre la seule durée de la détention, la réclusion à perpétuité impose notamment au condamné des obligations et des contraintes en ce qui concerne les conditions de la libération conditionnelle et le risque de réincarcération auquel l'expose un manquement à ces conditions. Eu égard à ces restrictions, la réclusion à perpétuité est en théorie la plus lourde des peines.

91. La Cour admet que les personnes détenues dans l'État de condamnation peuvent connaître un sort différent après leur transfèrement dans l'État d'exécution. Elle a déjà jugé que le transfèrement d'un détenu qui s'était traduit par un allongement *de facto* de la durée de l'incarcération à purger du fait de l'interaction des règles de fixation de la peine applicables dans l'État de condamnation avec celles régissant la libération anticipée dans l'État d'exécution ne conférait pas à la détention un caractère arbitraire (*Veermäe*, décision précitée, *Csoszánszki*, décision précitée, *Ciok c. Pologne* (déc.), n° 498/10, § 26, 23 octobre 2012, et *Giza c. Pologne* (déc.), n° 1997/11, § 23, 23 octobre 2012). En l'espèce, si les requérants

avaient été condamnés à la réclusion à perpétuité en Thaïlande et si leur peine n'avait pas été commuée en peine d'emprisonnement à temps en vertu d'une amnistie royale avant leur transfèrement, il est vraisemblable que la durée de leur incarcération s'en serait trouvée notablement réduite après leur transfèrement au Royaume-Uni puisque la *High Court* aurait alors été appelée à fixer une période minimale d'incarcération relativement courte (paragraphe 17 ci-dessus). Bien que le résultat eût été différent pour les intéressés, cette différence ne résulte pas de l'application arbitraire de règles distinctes à différents détenus. Le transfèrement de détenus obéit à des dispositions claires figurant dans l'accord de transfèrement pertinent et dans la loi de 1984 et la loi de 2003 sur la justice pénale, règles qui ont été appliquées aux intéressés. Les aléas qui peuvent survenir résultent de l'interaction des règles de fixation de la peine applicables dans l'État de condamnation avec la pratique de l'État d'exécution en matière de mise à exécution de la peine après transfèrement. Ils sont inhérents à tous les accords de transfèrement de détenus, qui visent principalement à ce que les peines prononcées dans l'État de condamnation soient purgées dans l'État d'exécution. La Cour rappelle que les requérants ont consenti à leur transfèrement après avoir été informés des effets de celui-ci sur la durée de leur détention, de toute évidence pour pouvoir bénéficier des nombreux avantages découlant de la mise à exécution de leur peine au Royaume-Uni, notamment d'un régime de libération anticipée plus favorable et de meilleures conditions de détention.

92. Dans ces conditions, les effets produits par la reconnaissance de la culpabilité des requérants ne sauraient conférer au maintien en détention des intéressés au Royaume-Uni un caractère arbitraire au sens de l'article 5 § 1 a). Partant, les griefs des intéressés sont manifestement mal fondés et doivent être déclarés irrecevables en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

### 3. La « présomption irréfragable »

93. Bien qu'il eût plaidé coupable, et en dépit de la quantité de stupéfiants trouvée en sa possession, le premier requérant soutient que ceux-ci étaient destinés à son usage personnel. Il avance que la « présomption irréfragable » instaurée par le droit thaïlandais lui interdisait de contester l'accusation de trafic qui pesait sur lui. Selon lui, force est d'en conclure que son procès était manifestement inéquitable et que sa détention ultérieure était arbitraire au sens de l'article 5 § 1 a) de la Convention.

94. La Convention n'obligeant pas les Parties contractantes à imposer ses règles aux États ou territoires tiers, la Cour n'est pas tenue de vérifier en détail si une personne condamnée à l'issue d'une procédure menée dans un

État tiers est détenue régulièrement « après condamnation par un tribunal compétent » – comme elle devrait l'être en vertu de l'article 5 § 1 a) si elle était détenue dans un État contractant – ni de s'assurer que cette procédure remplissait chacune des conditions de l'article 6 de la Convention (*Stoichkov c. Bulgarie*, n° 9808/02, § 51, 24 mars 2005, et *Drozd et Janousek*, précité, § 110). Exiger un tel contrôle de la manière dont une juridiction non liée par la Convention applique les principes se dégageant de cette disposition contrecarrerait la tendance actuelle au renforcement de l'entraide internationale dans le domaine judiciaire, tendance dont la Cour a déjà rappelé qu'elle était en principe favorable aux personnes concernées (*Drozd et Janousek*, précité, § 110).

95. Toutefois, la Cour a également jugé qu'une privation de liberté ne peut passer pour justifiée dès lors qu'elle découle d'une condamnation prononcée à l'issue d'un procès entaché d'un « déni de justice flagrant », c'est-à-dire manifestement contraire aux dispositions de l'article 6 ou aux principes consacrés par cet article (*Stoichkov*, précité, § 51, et *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09, § 259, CEDH 2012). En outre, elle a déclaré que, pour qu'il y ait « déni de justice flagrant », il faut que soient réalisés certains critères stricts d'injustice allant au-delà de simples irrégularités ou de l'absence de garanties dans le déroulement du procès susceptibles d'emporter violation de l'article 6 si elles étaient constatées dans un État contractant. Il faut qu'il y ait une violation du principe d'équité du procès garanti par l'article 6 qui soit tellement grave qu'elle entraîne l'annulation, voire la destruction de l'essence même du droit protégé par cet article (*Othman (Abu Qatada)*, précité, § 260). Même si elle n'a pas encore eu à définir cette expression en termes plus précis, la Cour a néanmoins eu l'occasion de dire que pouvaient être constitutives d'un déni de justice flagrant certaines formes d'injustice telles qu'une condamnation *in absentia* sans possibilité de réexamen au fond de l'accusation, un procès sommaire mené dans le mépris total des droits de la défense, une détention dont il n'est pas possible de faire examiner la régularité par un tribunal indépendant et impartial, un refus délibéré et systématique de laisser un individu – en particulier s'il est détenu dans un pays étranger – avoir accès à son avocat, ou l'admission de preuves obtenues par la torture (*Othman (Abu Qatada)*, précité, § 259 et les références qui s'y trouvent citées, et § 267). Il ressort de ces exemples et de la nature même de la notion de déni de justice flagrant que les cas où pareille situation se présentera seront patents et connus des représentants diplomatiques de l'État d'exécution avant que le transfèrement envisagé n'ait eu lieu.

96. La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si la « présomption irréfragable » édictée par la législation thaïlandaise a porté atteinte à l'article 6

au point d'avoir entraîné l'annulation, voire la destruction de l'essence même du droit du requérant à un procès équitable. La Cour relève que tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit et que la Convention n'y met pas obstacle en principe. Toutefois, l'article 6 § 2 ne se désintéresse pas des présomptions de fait ou de droit qui se rencontrent dans les lois répressives. Il commande aux États de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense (*Salabiaku c. France*, 7 octobre 1988, § 28, série A n° 141-A).

97. L'article 15 § 3 de la loi thaïlandaise pertinente (paragraphe 40 ci-dessus) – qui définissait une infraction dont la commission pouvait donner lieu à une accusation, à des poursuites et à une condamnation – interdisait à l'intéressé de plaider que les stupéfiants trouvés en sa possession étaient destinés à son usage personnel. La Cour relève en outre que l'un des juges de la *High Court* ayant connu de l'affaire du requérant a déclaré que celui-ci pouvait raisonnablement soutenir, au regard des preuves disponibles, que les stupéfiants trouvés en sa possession étaient destinés à son usage personnel (paragraphe 13 ci-dessus). On ne saurait exclure qu'une disposition telle que l'article 15 § 3 de la loi thaïlandaise pertinente puisse dans certaines circonstances soulever une question sur le terrain de l'article 6 § 2 de la Convention. Toutefois, comme l'a précisé la Cour constitutionnelle thaïlandaise dans son arrêt de 2001, la loi applicable tend à sanctionner de manière plus sévère la détention d'une quantité de stupéfiants atteignant un certain seuil, l'article 15 § 3 visant pour sa part à alourdir la peine infligée à un accusé trouvé en possession d'une telle quantité de stupéfiants. L'accusation n'en doit pas moins démontrer dans chaque affaire que l'élément principal de l'infraction en question, à savoir la détention de stupéfiants, est constitué (paragraphe 41-42 ci-dessus). En l'espèce, le procès du premier requérant en Thaïlande était assorti d'un certain nombre de garanties procédurales. Il a été jugé en public par deux juges indépendants, il a assisté à l'ensemble de la procédure et a été représenté par un avocat, il a bénéficié de la présomption d'innocence et a été relaxé à ce titre de certaines accusations, le ministère public a produit des éléments de preuve établissant que l'intéressé avait été trouvé en possession d'héroïne et d'ecstasy alors même que la détention de stupéfiants n'était pas contestée et, après avoir été condamné conformément au droit applicable, le requérant a obtenu une réduction de peine importante pour avoir plaidé coupable (paragraphe 13 et 16 ci-dessus). En tout état de cause, la Cour estime que, pour apprécier l'incidence de cette « présomption irréfragable » sur l'équité globale du procès, il importe de relever que l'intéressé n'avait pas signalé aux autorités britanniques pendant son procès ou lors du dépôt de sa demande de transfèrement le déni de justice flagrant dont il s'est plaint par la suite.

98. La Cour conclut que si la « présomption irréfragable » litigieuse a restreint les droits de la défense du requérant, on ne saurait dire qu'elle a détruit l'essence même du droit de l'intéressé à un procès équitable. Au vu de l'ensemble des circonstances de la cause, la Cour estime que l'intéressé n'a pas établi que son procès était entaché d'un déni de justice flagrant. Dès lors, la Cour conclut que le maintien du requérant en détention n'emporte pas violation de l'article 5 § 1 a). En conséquence, le grief de l'intéressé est manifestement mal fondé et doit être déclaré irrecevable en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

*Décide* de joindre les requêtes ;

*Déclare* les requêtes irrecevables.

Fatoş Aracı  
Greffière adjointe

Ineta Ziemele  
Présidente



OLEKSANDR VOLKOV v. UKRAINE  
*(Application no. 21722/11)*

FIFTH SECTION

JUDGMENT OF 9 JANUARY 2013<sup>1</sup>

---

1. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Structural defects of the system of judicial discipline**

Systems of judicial discipline should ensure sufficient separation of the judiciary from the other branches of State power and provide appropriate guarantees against abuse and misuse of disciplinary measures to the detriment of judicial independence (see paragraph 199 of the judgment). Appropriate safeguards could include the substantial participation of judges on the disciplinary body, the exclusion of the Prosecutor General from such a body, a limitation period for bringing disciplinary proceedings and an appropriate scale of sanctions applied in accordance with the principle of proportionality (see paragraphs 109, 114, 139 and 182). It may not be compatible with the requirements of independence and impartiality of a tribunal and the principle of legal certainty under Article 6 for Members of Parliament (MPs) to adopt a binding decision on a judge's dismissal, especially where they are not required to have any legal or judicial experience and where they have abused the electronic voting system (see paragraphs 122 and 145). A respondent State may be required to reinstate at the earliest possible date a judge who has been removed from office in breach of Articles 6 and 8 (see paragraph 208).

**Article 6 § 1**

*Civil proceedings – Structural defects of the system of judicial discipline – Impartial tribunal – Independent tribunal – Composition of bodies deciding on dismissal of a judge – Separation of powers between the political organs of government and the judiciary – Objective impartiality – Subjective impartiality – Personal bias – Plenary meeting of Parliament not an appropriate forum for examining questions of law and fact – Insufficiency of judicial review*

*Fair hearing – Absence of limitation period for imposing disciplinary penalty on judges – Legal certainty – Abuse of electronic voting system in Parliament when adopting decision on judge's dismissal – Tribunal established by law – Composition of chamber examining applicant's case defined by a judge whose term of office as court's president had expired*

**Article 8**

*Respect for private life – Dismissal of a judge for “breach of oath” in absence of consistent interpretation of that offence and of requisite procedural safeguards – Prescribed by law – Foreseeability – Safeguards against abuse – Principle of proportionate application of disciplinary sanctions on judges – Lack of independent and impartial judicial review*

---

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

## Article 46

*Execution of judgment – Respondent State required to reform the system of judicial discipline – Measures of a general character – Individual measures – Respondent State required to secure applicant’s reinstatement to the post of judge of the Supreme Court at the earliest possible date*

\*

\* \*

### *Facts*

From 2003 the applicant was a judge of the Supreme Court of Ukraine and from 2007 President of the Military Chamber of that court. In 2007 he was elected to the post of member of the High Council of Justice (“the HCJ”), but did not assume the office following the refusal of the Chairman of the Parliamentary Committee on the Judiciary (“the Parliamentary Committee”) to allow him to take the oath. In 2008 and 2009 two members of the HCJ – one of whom was later elected President of the HCJ – conducted preliminary inquiries into possible misconduct by the applicant. They concluded that he had reviewed decisions delivered by his wife’s brother – some of them dating back to 2003 – and that he had been culpable of gross procedural violations, some of which dating back to 2006. Following these inquiries, the President of the HCJ submitted two applications to Parliament for the applicant’s dismissal from the post of judge. In 2010 Parliament, having considered these applications by the HCJ and a recommendation by the Parliamentary Committee, voted for the applicant’s dismissal for “breach of oath”. According to the applicant, during the electronic vote the majority of the MPs were absent and those present used voting cards which belonged to their absent colleagues. The applicant challenged his dismissal before the Higher Administrative Court, which found that the HCJ’s application to dismiss him following the inquiry of the President of the HCJ had been lawful and substantiated. The Higher Administrative Court further found that the HCJ’s decision based on the results of the other inquiry had been unlawful, because the applicant and his wife’s brother had not been considered relatives under the legislation in force at the time. However, it refused to quash the HCJ’s acts in that case, noting that under the applicable provisions it had no power to do so. The Higher Administrative Court further noted that there had been no procedural violations either before the Parliamentary Committee or Parliament.

### *Law*

(1) Article 6 § 1:

(a) *Applicability* – In determining the applicant’s case and taking a binding decision, the HCJ, the Parliamentary Committee, and the plenary meeting of Parliament had been performing a judicial function in combination. The binding decision on the applicant’s dismissal had further been reviewed by the Higher Administrative Court,

which was a classic court within the domestic judiciary. It could not therefore be concluded that national law “expressly excluded access to court” for the applicant’s claim. Article 6 therefore applied under its civil head.

The sanction imposed on the applicant was a classic disciplinary measure for professional misconduct and, in terms of domestic law, contrasted with criminal-law sanctions for the adoption of a knowingly wrongful decision by a judge. It was also relevant that the applicant’s dismissal from the post of judge had not formally prevented him from practising law in another capacity within the legal profession. Article 6 was not, therefore, applicable under its criminal head.

(b) *Independence and impartiality of the bodies determining the applicant’s case –*

(i) The HCJ: With respect to disciplinary proceedings against judges, the necessity of the substantial participation of judges in the relevant disciplinary body had been recognised in the European Charter on the Statute for Judges. However, the HCJ consisted of twenty members who were appointed by different bodies. Three members were directly appointed by the President of Ukraine, three by the Parliament of Ukraine and two by the All-Ukrainian Conference of Prosecutors. The Minister of Justice and the Prosecutor General were *ex officio* members of the HCJ. Non-judicial staff appointed directly by the executive and the legislative authorities comprised the vast majority of the HCJ’s members. As a result, the applicant’s case had been determined by sixteen members of the HCJ who had attended the hearing, only three of whom were judges. Moreover, only four members of the HCJ worked there on a full-time basis. The other members continued to work and receive a salary outside the HCJ, which inevitably involved their material, hierarchical and administrative dependence on their primary employers and endangered both their independence and impartiality. The Court referred also to the opinion of the Venice Commission that the presence of the Prosecutor General on a body concerned with the appointment, disciplining and removal of judges created a risk that judges would not act impartially in such cases or that the Prosecutor General would not act impartially towards judges of whose decisions he disapproved. Furthermore, the members of the HCJ who had carried out the preliminary enquiries in the applicant’s case and submitted requests for his dismissal had subsequently taken part in the decisions to remove the applicant from office. One of those members had been appointed President of the HCJ and had presided over the hearing of the applicant’s case. The role of those members in bringing disciplinary charges against the applicant, based on the results of their own preliminary inquiries, cast objective doubt on their impartiality when deciding on the merits of the applicant’s case. Accordingly, the facts of the present application disclosed a number of serious issues pointing both to structural deficiencies in the proceedings before the HCJ and to the appearance of personal bias on the part of certain members of the HCJ determining the applicant’s case. The proceedings before the HCJ had thus not

been compatible with the principles of independence and impartiality required by Article 6 § 1.

(ii) The Parliamentary Committee: The Chairman of the Committee and one of its members were also members of the HCJ and had taken part in deciding the applicant's case at both levels. Accordingly, they may not have acted impartially when examining the submissions by the HCJ. In addition, the Court's considerations concerning the lack of personal impartiality were equally pertinent to this stage of the procedure. Moreover, proper account should be taken of the fact that the Chairman, together with two members of the Parliamentary Committee, had applied to the HCJ seeking the initiation of preliminary inquiries into possible misconduct by the applicant. At the same time, the HCJ's members had not been able to withdraw as no withdrawal procedure was envisaged by the relevant legislation. This pointed to the lack of appropriate guarantees for the proceedings' compliance with the test of objective impartiality.

(iii) The plenary meeting of Parliament: At that stage, the determination of the case had been limited to the adoption of a binding decision based on the findings previously reached by the HCJ and the Parliamentary Committee. On the whole, the procedure at the plenary meeting was not an appropriate forum for examining issues of fact and law, assessing evidence and making a legal qualification of facts. The role of the politicians sitting in Parliament, who were not required to have any legal or judicial experience, had not been sufficiently clarified by the Government and had not been justified as being compatible with the requirements of independence and impartiality of a tribunal.

(iv) The Higher Administrative Court: The Higher Administrative Court had been vested with powers to declare the decisions of the HCJ and Parliament unlawful without being able to quash them or take any further steps. There was no automatic reinstatement to the post of judge exclusively on the basis of the Higher Administrative Court's declaratory decision. Moreover, important arguments advanced by the applicant had not been properly addressed by the Higher Administrative Court. The judicial review of the applicant's case had thus not been sufficient. Furthermore, the judges of the Higher Administrative Court were also under the disciplinary jurisdiction of the HCJ and could also be subjected to disciplinary proceedings before the HCJ. They were therefore unable to demonstrate "the independence and impartiality" required by Article 6.

The domestic authorities had thus failed to ensure independent and impartial determination of the applicant's case and the subsequent judicial review had not remedied those defects.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(c) *Absence of a limitation period for imposing a disciplinary penalty* – The applicant had been placed in a difficult position, as he had had to mount his defence before the HCJ in 2010 with respect to events some of which had occurred in the

distant past (in 2003 and 2006). Domestic law did not provide any time bars on proceedings for dismissal of a judge for “breach of oath”. While the Court did not find it appropriate to indicate how long the limitation period should be, such an open-ended approach to disciplinary cases involving the judiciary posed a serious threat to the principle of legal certainty.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(d) *Voting procedure at the plenary meeting of Parliament* – The decision on the applicant’s dismissal had been voted on in the absence of the majority of the MPs. The MPs present had deliberately and unlawfully cast multiple votes belonging to their absent peers. The decision had therefore been taken in breach of the Constitution, the Status of Members of Parliament Act and the Rules of Parliament. The vote had therefore undermined the principle of legal certainty. The Higher Administrative Court had failed to address that issue properly.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(e) *Composition of the chamber of the Higher Administrative Court* – Under domestic law, the personal composition of the special chamber that was to examine the applicant’s case was to be defined by the President of the Higher Administrative Court, but his five-year term as President had already expired when this was done. The relevant provisions of national law regulating the procedure for appointing presidents of the courts had been declared unconstitutional and new provisions had not yet been introduced. In the meantime, the appointment of presidents of the courts had been a matter of serious controversy among the Ukrainian authorities. The Court could not find that the chamber deciding the case had been composed in a manner satisfying the requirement of a “tribunal established by law”.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(2) Article 8: The applicant’s dismissal had constituted interference with his right to respect for private and family life. The Court’s finding that the parliamentary vote on the decision to remove him from office had not been lawful under national law was sufficient to find that the interference in question had not been justified and was therefore in breach of Article 8. At the time the applicant’s case had been decided there were no guidelines or practice establishing a consistent interpretation of the notion of “breach of oath” and no adequate procedural safeguards had been put in place to prevent arbitrary application of the relevant provisions. In particular, national law had not set any time-limits for proceedings against a judge for “breach of oath”, which had made the discretion of the disciplinary authorities open-ended and had undermined the principle of legal certainty. Moreover, national law had not set out an appropriate scale of sanctions for disciplinary offences and had not developed rules ensuring their application in accordance with the principle of proportionality. Finally, there had been no appropriate framework for independent and impartial review of a dismissal for “breach of oath”.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(3) Article 46:

(a) *General measures* – The case disclosed serious systemic problems as regards the functioning of the Ukrainian judiciary. In particular, the system of judicial discipline did not ensure the sufficient separation of the judiciary from the other branches of State power. Moreover, it did not provide appropriate guarantees against abuse and misuse of disciplinary measures to the detriment of judicial independence. The respondent State would therefore be required to take a number of general measures aimed at reforming the system of judicial discipline. Those measures should include legislative reform involving the restructuring of the institutional basis of the system. The measures should also entail the development of appropriate forms and principles of coherent application of domestic law in that field.

(b) *Individual measures* – Having regard to the necessity of reforming the system of judicial discipline, reopening the domestic proceedings would not constitute an appropriate form of redress for the violations found. There were no grounds to assume that the applicant's case would be retried in accordance with the principles of the Convention in the near future. The Court saw no point in indicating such a measure. Having regard to the very exceptional circumstances of the case and the urgent need to put an end to the violations of Articles 6 and 8, the Court held that the respondent State must secure the applicant's reinstatement to the post of judge of the Supreme Court at the earliest possible date.

Article 41: 20,000 euros in respect of non-pecuniary damage. Question of just satisfaction in respect of pecuniary damage reserved.

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

- A. v. Norway*, no. 28070/06, 9 April 2009  
*Ajdarić v. Croatia*, no. 20883/09, 13 December 2011  
*Albert and Le Compte v. Belgium*, 10 February 1983, Series A no. 58  
*Aleksanyan v. Russia*, no. 46468/06, 22 December 2008  
*Argyrou and Others v. Greece*, no. 10468/04, 15 January 2009  
*Assanidze v. Georgia* [GC], no. 71503/01, ECHR 2004-II  
*Bayer v. Germany*, no. 8453/04, 16 July 2009  
*Bigaeva v. Greece*, no. 26713/05, 28 May 2009  
*Bogatova v. Ukraine*, no. 5231/04, 7 October 2010  
*Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, ECHR 2004-V  
*Brudnicka and Others v. Poland*, no. 54723/00, ECHR 2005-II  
*Brumărescu v. Romania* (just satisfaction) [GC], no. 28342/95, ECHR 2001-I  
*Bryan v. the United Kingdom*, 22 November 1995, Series A no. 335-A  
*Buscarini v. San Marino* (dec.), no. 31657/96, 4 May 2000  
*C. v. Belgium*, 7 August 1996, Reports 1996-III  
*C.G. and Others v. Bulgaria*, no. 1365/07, 24 April 2008  
*De Cubber v. Belgium*, 26 October 1984, Series A no. 86

*Diya 97 v. Ukraine*, no. 19164/04, 21 October 2010  
*Engel and Others v. the Netherlands*, 8 June 1976, Series A no. 22  
*Fatullayev v. Azerbaijan*, no. 40984/07, 22 April 2010  
*Fey v. Austria*, 24 February 1993, Series A no. 255-A  
*Findlay v. the United Kingdom*, 25 February 1997, *Reports* 1997-I  
*Fruni v. Slovakia*, no. 8014/07, 21 June 2011  
*Goodwin v. the United Kingdom*, 27 March 1996, *Reports* 1996-II  
*Gorzelik and Others v. Poland* [GC], no. 44158/98, ECHR 2004-I  
*Gurov v. Moldova*, no. 36455/02, 11 July 2006  
*Huseyn and Others v. Azerbaijan*, nos. 35485/05, 45553/05, 35680/05 and 36085/05, 26 July 2011  
*Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], no. 48787/99, ECHR 2004-VII  
*Kleyn and Others v. the Netherlands* [GC], nos. 39343/98, 39651/98, 43147/98 and 46664/99, ECHR 2003-VI  
*Kopp v. Switzerland*, 25 March 1998, *Reports* 1998-II  
*Kyprianou v. Cyprus* [GC], no. 73797/01, ECHR 2005-XIII  
*Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 23 June 1981, Series A no. 43  
*Lungoci v. Romania*, no. 62710/00, 26 January 2006  
*Maestri v. Italy* [GC], no. 39748/98, ECHR 2004-I  
*Matyjek v. Poland* (dec.), no. 38184/03, ECHR 2006-VII  
*Micallef v. Malta* [GC], no. 17056/06, ECHR 2009  
*Niemietz v. Germany*, 16 December 1992, Series A no. 251-B  
*Oberschlick v. Austria (no. 1)*, 23 May 1991, Series A no. 204  
*Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, ECHR 2005-IV  
*Olujić v. Croatia*, no. 22330/05, 5 February 2009  
*Özpinar v. Turkey*, no. 20999/04, 19 October 2010  
*P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, no. 44787/98, ECHR 2001-IX  
*Papamichalopoulos and Others v. Greece* (Article 50), 31 October 1995, Series A no. 330-B  
*Pfeifer v. Austria*, no. 12556/03, 15 November 2007  
*Posokhov v. Russia*, no. 63486/00, ECHR 2003-IV  
*Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, ECHR 2002-III  
*Pullar v. the United Kingdom*, 10 June 1996, *Reports* 1996-III  
*Sacilor-Lormines v. France*, no. 65411/01, ECHR 2006-XIII  
*Savino and Others v. Italy*, nos. 17214/05, 20329/05 and 42113/04, 28 April 2009  
*Scordino v. Italy (no. 1)* [GC], no. 36813/97, ECHR 2006-V  
*Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, ECHR 2000-VIII  
*Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, nos. 55480/00 and 59330/00, ECHR 2004-VIII  
*Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, ECHR 2002-IV  
*Stubbings and Others v. the United Kingdom*, 22 October 1996, *Reports* 1996-IV  
*Suküt v. Turkey* (dec.), no. 59773/00, 11 September 2007  
*Tepeli and Others v. Turkey* (dec.), no. 31876/96, 11 September 2001

*Tsfayo v. the United Kingdom*, no. 60860/00, 14 November 2006  
*Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria*, 19 December  
1994, Series A no. 302  
*Vilho Eskelinen and Others v. Finland* [GC], no. 63235/00, ECHR 2007-II  
*Werner v. Poland*, no. 26760/95, 15 November 2001  
*Wettstein v. Switzerland*, no. 33958/96, ECHR 2000-XII

**In the case of Oleksandr Volkov v. Ukraine,**

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,

Ganna Yudkivska,

Angelika Nußberger,

André Potocki, *judges*,

and Claudia Westerdiek, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 11 December 2012,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 21722/11) against Ukraine lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Ukrainian national, Mr Oleksandr Fedorovych Volkov (“the applicant”), on 30 March 2011.

2. The applicant was represented by Mr P. Leach and Ms J. Gordon, lawyers of the European Human Rights Advocacy Centre in London. The Ukrainian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms V. Lutkovska, succeeded by Mr N. Kulchytsky, from the Ministry of Justice.

3. The applicant complained of violations of his rights under the Convention during his dismissal from the post of judge of the Supreme Court. In particular, he alleged under Article 6 of the Convention that (i) his case had not been considered by an “independent and impartial tribunal”; (ii) the proceedings before the High Council of Justice (“the HCJ”) had been unfair, in that they had not been carried out pursuant to the procedure envisaged by domestic law providing important procedural safeguards, including limitation periods for disciplinary penalties; (iii) Parliament had adopted a decision on his dismissal at a plenary meeting without a proper examination of the case and by abusing the electronic voting system; (iv) his case had not been heard by a “tribunal established by law”; (v) the decisions in his case had been taken without a proper assessment of the evidence,

and important arguments raised by the defence had not been properly addressed; (vi) the lack of sufficient competence on the part of the Higher Administrative Court (“the HAC”) to review the acts adopted by the HCJ had run counter to his “right to a court”; and (vii) the principle of equality of arms had not been respected. The applicant also complained that his dismissal had not been compatible with Article 8 of the Convention and that he had had no effective remedy in that respect, in contravention of Article 13 of the Convention.

4. On 18 October 2011 the application was declared partly inadmissible and the above complaints were communicated to the Government. It was also decided to give priority to the application (Rule 41 of the Rules of Court).

5. The applicant and the Government each filed observations (Rule 54 § 2 (b)).

6. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 12 June 2012 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr N. Kulchytskyy,	<i>Agent,</i>
Mr V. Nasad,	
Mr M. Bem,	
Mr V. Demchenko,	
Ms N. Sukhova,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicant*

Mr P. Leach,	<i>Counsel,</i>
Ms J. Gordon,	
Ms O. Popova,	<i>Advisers.</i>

The applicant was also present.

The Court heard addresses by Mr Kulchytskyy, Mr Leach and Ms Gordon, as well as the answers by Mr Kulchytskyy and Mr Leach to questions put to the parties.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

7. The applicant was born in 1957 and lives in Kyiv.

### A. Background to the case

8. In 1983 the applicant was appointed to the post of judge of a district court. At the material time, domestic law did not require judges to take an oath upon taking office.

9. On 5 June 2003 the applicant was elected to the post of judge of the Supreme Court.

10. On 2 December 2005 he was also elected Deputy President of the Council of Judges of Ukraine (a body of judicial self-governance).

11. On 30 March 2007 the applicant was elected President of the Military Chamber of the Supreme Court.

12. On 26 June 2007 the Assembly of Judges of Ukraine found that another judge, V.P., could no longer act as a member of the HCJ and that her office should be terminated. V.P. challenged that decision before the courts. She further complained to the Parliamentary Committee on the Judiciary (*Комітет Верховної Ради України з питань правосуддя*)<sup>1</sup> (“the Parliamentary Committee”) in relation to the matter.

13. On 7 December 2007 the Assembly of Judges of Ukraine elected the applicant to the post of member of the HCJ and asked Parliament to arrange for the applicant to take the oath as a member of the HCJ in order to allow him to take up office, as required by section 17 of the HCJ Act 1998. A similar proposal was also submitted by the President of the Council of Judges of Ukraine.

14. In reply, the Chairman of the Parliamentary Committee, S.K., who was also a member of the HCJ, informed the Council of Judges of Ukraine that that issue had to be carefully examined together with V.P.’s submissions alleging that the decision of the Assembly of Judges of Ukraine to terminate her office as a member of the HCJ had been unlawful.

15. The applicant did not assume office as a member of the HCJ.

### B. Proceedings against the applicant

16. Meanwhile, S.K. and two members of the Parliamentary Committee lodged requests with the HCJ, asking that it carry out preliminary inquiries into possible professional misconduct by the applicant, referring, among other things, to V.P.’s complaints.

17. On 16 December 2008 R.K., a member of the HCJ, having conducted preliminary inquiries, lodged a request with the HCJ asking it to determine whether the applicant could be dismissed from the post of judge for “breach of oath”, claiming that on several occasions the applicant,

1. Rectified on 9 April 2013. The following text was added: “(*Комітет Верховної Ради України з питань правосуддя*)”.

as a judge of the Supreme Court, had reviewed decisions delivered by Judge B., who was his relative, namely his wife's brother. In addition, when participating as a third party in proceedings instituted by V.P. (concerning the above-mentioned decision of the Assembly of Judges of Ukraine to terminate her office), the applicant had failed to request the withdrawal of the same judge, B., who was sitting in the chamber of the court of appeal hearing that case. On 24 December 2008 R.K. supplemented his request by giving additional examples of cases which had been determined by Judge B. and then reviewed by the applicant. Some of the applicant's actions which served as a basis for the request dated back to November 2003.

18. On 20 March 2009 V.K., a member of the HCJ, having conducted preliminary inquiries, lodged another request with the HCJ seeking the applicant's dismissal from the post of judge for "breach of oath", claiming that the applicant had committed a number of gross procedural violations when dealing with cases concerning corporate disputes involving a limited liability company. Some of the applicant's actions which served as a basis for the request dated back to July 2006.

19. On 19 December 2008 and 3 April 2009 these requests were communicated to the applicant.

20. On 22 March 2010 V.K. was elected President of the HCJ.

21. On 19 May 2010<sup>2</sup> the HCJ invited the applicant to a hearing on 25 May 2010 concerning his dismissal. In a reply of 20 May 2010<sup>3</sup>, the applicant informed the HCJ that he could not attend that hearing as the President of the Supreme Court had ordered him to travel to Sevastopol from 24 to 28 May 2010 to provide advice on best practice to a local court. The applicant asked the HCJ to postpone the hearing.

22. On 21 May 2010 the HCJ sent a notice to the applicant informing him that the hearing concerning his dismissal had been postponed until 26 May 2010. According to the applicant, he received the notice on 28 May 2010.

23. On 26 May 2010 the HCJ considered the requests lodged by R.K. and V.K. and adopted two decisions on making submissions to Parliament to have the applicant dismissed from the post of judge for "breach of oath". V.K. presided at the hearing. R.K. and S.K. also participated as members of the HCJ. The applicant was absent.

24. The decisions were voted on by the sixteen members of the HCJ who were present, three of whom were judges.

2. Rectified on 9 April 2013. The text was formerly "20 May 2010".

3. Rectified on 9 April 2013. The text was formerly "the same date".

25. On 31 May 2010 V.K., as President of the HCJ, introduced two submissions to Parliament for the dismissal of the applicant from the post of judge.

26. On 16 June 2010, during a hearing presided over by S.K., the Parliamentary Committee examined the HCJ's submissions concerning the applicant and adopted a recommendation for his dismissal. The members of the committee who had requested that the HCJ conduct preliminary inquiries in respect of the applicant also voted on the recommendation. In addition to S.K., another member of the Committee had previously dealt with the applicant's case as a member of the HCJ and had subsequently voted on the recommendation as part of the Committee. According to the file as it stood on the date of the Court's deliberations,<sup>4</sup> the applicant was absent from the Committee hearing.

27. On 17 June 2010 the HCJ's submissions and the recommendation of the Parliamentary Committee were considered at a plenary meeting of Parliament. The floor was given to S.K. and V.K., who reported on the applicant's case. The applicant was present at the meeting. After deliberation, Parliament voted for the dismissal of the applicant from the post of judge for "breach of oath" and adopted a resolution to that effect.

28. According to the applicant, during the electronic vote, the majority of Members of Parliament (MPs) were absent. The MPs present used voting cards which belonged to their absent peers. Statements by MPs about the misuse of voting cards and a video recording of the relevant part of the plenary meeting have been submitted to the Court.

29. The applicant challenged his dismissal before the HAC. The applicant claimed that: the HCJ had not acted independently and impartially; it had not properly informed him of the hearings in his case; it had failed to apply the procedure for dismissal of a judge of the Supreme Court provided for in Chapter 4 of the HCJ Act 1998, which offered a set of procedural guarantees such as notification of the judge concerned about the disciplinary proceedings and his active participation therein, a time frame for the proceedings, secret ballot voting, and a limitation period for disciplinary penalties; the HCJ's findings had been unsubstantiated and unlawful; the Parliamentary Committee had not given him a hearing and had acted in an unlawful and biased manner; and Parliament had adopted a resolution on the applicant's dismissal in the absence of a majority of the MPs, which was in breach of Article 84 of the Constitution, section 24 of

---

4. Rectified on 9 April 2013; the following text was added: "According to the file as it stood on the date of the Court's deliberations,".

the Status of Members of Parliament Act 1992 and Rule 47 of the Rules of Parliament.

30. The applicant therefore requested that the impugned decisions and submissions made by the HCJ and the parliamentary resolution be declared unlawful and quashed.

31. In accordance with Article 171-1 of the Code of Administrative Justice (“the Code”), the case was allocated to the special chamber of the HAC.

32. The applicant sought the withdrawal of the chamber, claiming that it was unlawfully constituted and that it was biased. His application was rejected as unsubstantiated. According to the applicant, a number of his requests for various pieces of evidence to be collected and admitted and for witnesses to be summoned were rejected.

33. On 6 September 2010 the applicant supplemented his claim with the statements of MPs about the misuse of voting cards during the vote on his dismissal and a video recording of the relevant part of the plenary meeting.

34. After several hearings, on 19 October 2010 the HAC considered the applicant’s claim and adopted a judgment. It found that the applicant had taken up the office of judge in 1983, when domestic law had not envisaged the taking of an oath by a judge. The applicant had, however, been dismissed for a breach of the fundamental standards of the judicial profession, which were set forth in sections 6 and 10 of the Status of Judges Act 1992 and had been legally binding at the time of the actions committed by the applicant.

35. The court further found that the HCJ’s decision and submission made in respect of R.K.’s request had been unlawful, because the applicant and Judge B. had not been considered relatives under the legislation in force at the material time. In addition, as to the proceedings in relation to which the applicant had been a third party, he had had no obligation to seek the withdrawal of Judge B. However, the HAC refused to quash the HCJ’s acts in respect of R.K.’s request, noting that in accordance with Article 171-1 of the Code it was not empowered to take such a measure.

36. As regards the decision and submission made by the HCJ in respect of V.K.’s request, they were found to be lawful and substantiated.

37. As to the applicant’s contentions that the HCJ should have applied the procedure provided for in Chapter 4 of the HCJ Act 1998, the court noted that in accordance with section 37 § 2 of that Act that procedure applied only to cases involving such sanctions as reprimands or downgrading of qualification class. Liability for “breach of oath” in the form of dismissal was envisaged by Article 126 § 5 (5) of the Constitution and the procedure

to be followed was different, namely the one described in section 32 of the HCJ Act 1998, contained in Chapter 2 of that Act. The court concluded that the procedure cited by the applicant did not apply to the dismissal of a judge for “breach of oath”. There had therefore been no grounds to apply the limitation periods referred to in section 36 of the Status of Judges Act 1992 and section 43 of the HCJ Act 1998.

38. The court then found that the applicant had been absent from the hearing at the HCJ without a valid reason. It further noted that there had been no procedural violations in the proceedings before the Parliamentary Committee. As to the alleged procedural violations at the plenary meeting, the parliamentary resolution on the applicant’s dismissal had been voted for by the majority of Parliament and this had been confirmed by roll-call records. The court further noted that it was not empowered to review the constitutionality of the parliamentary resolutions, as this fell within the jurisdiction of the Constitutional Court.

39. The hearings at the HAC were held in the presence of the applicant and the other parties to the dispute.

### **C. Events connected with the appointment of presidents and deputy presidents of the domestic courts and, in particular, the president of the HAC**

40. On 22 December 2004 the President of Ukraine, in accordance with section 20 of the Judicial System Act 2002, appointed Judge P. to the post of president of the HAC.

41. On 16 May 2007 the Constitutional Court found that section 20(5) of the Judicial System Act 2002, concerning the procedure for appointing and dismissing presidents and deputy presidents of the courts by the President of Ukraine, was unconstitutional. It recommended that Parliament adopt relevant legislative amendments to regulate the issue properly.

42. On 30 May 2007 Parliament adopted a resolution introducing a temporary procedure for the appointment of presidents and deputy presidents of the courts. The resolution provided the HCJ with the power to appoint the presidents and deputy presidents of the courts.

43. On the same date, the applicant challenged the resolution before the court claiming, *inter alia*, that it was inconsistent with the HCJ Act 1998 and other laws of Ukraine. The court immediately delivered an interlocutory decision suspending the effect of the resolution.

44. On 31 May 2007 the Council of Judges of Ukraine, having regard to the legislative gap resulting from the Constitutional Court’s decision of 16 May 2007, adopted a decision assigning itself temporary power to appoint the presidents and deputy presidents of the courts.

45. On 14 June 2007 the parliamentary gazette published an opinion by the Chairman of the Parliamentary Committee, S.K., stating that the local courts had no power to review the above-mentioned resolution of Parliament and that the judges reviewing that resolution would be dismissed for “breach of oath”.

46. On 26 June 2007 the Assembly of Judges of Ukraine endorsed the decision of the Council of Judges of Ukraine of 31 May 2007.

47. On 21 February 2008 the court reviewing the parliamentary resolution quashed it as unlawful.

48. On 21 December 2009 the Presidium of the HAC decided that Judge P. should continue performing the duties of president of the HAC after the expiry of the five-year term provided for in section 20 of the Judicial System Act 2002.

49. On 22 December 2009 the Constitutional Court adopted a decision interpreting the provisions of section 116(5)(4) and section 20(5) of the Judicial System Act 2002. It found that those provisions were only to be understood as empowering the Council of Judges of Ukraine to give recommendations for the appointment of judges to administrative posts by another body (or an official) defined by the law. The court further obliged Parliament to comply immediately with the decision of 16 May 2007 and to introduce relevant legislative amendments.

50. On 24 December 2009 the Conference of Judges of the Administrative Courts decided that Judge P. should continue to act as President of the HAC.

51. On 25 December 2009 the Council of Judges of Ukraine quashed the decision of 24 December 2009 as unlawful and noted that, by virtue of section 41(5) of the Judicial System Act 2002, the First Deputy President of the HAC, Judge S., was required to perform the duties of president of that court.

52. On 16 January 2010 the General Prosecutor’s Office issued a press release noting that the body or public official empowered to appoint and dismiss presidents of the courts had not yet been specified in the laws of Ukraine, while the Council of Judges of Ukraine was only entitled to give recommendations on those issues. Judge P. had not been dismissed from the post of president of the HAC and therefore continued to occupy it lawfully.

53. Judge P. continued to act as President of the HAC.

54. On 25 March 2010 the Constitutional Court found that the parliamentary resolution of 30 May 2007 was unconstitutional.

55. The Chamber of the HAC dealing with the cases referred to in Article 171-1 of the Code was set up in May and June 2010 through the use of the procedure provided for in section 41 of the Judicial System Act 2002.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW

### A. Constitution of 28 June 1996

56. Article 6 of the Constitution proclaims that the State power in Ukraine is exercised on the basis of its separation into legislative, executive and judicial branches.

57. Article 76 of the Constitution provides that MPs are to be elected from the citizens of Ukraine who have reached the age of twenty-one, have the right to vote and have lived in Ukraine for the last five years.

58. Article 84 of the Constitution provides that MPs are to vote in person at sittings of Parliament.

59. Article 126 § 5 of the Constitution reads as follows:

“A judge shall be dismissed from office by the body which elected or appointed him or her in the event of:

- (1) the expiry of the term for which he or she was elected or appointed;
- (2) the judge’s attainment of the age of sixty-five;
- (3) inability to continue his or her duties for health reasons;
- (4) violation by the judge of the requirements concerning judicial incompatibility;
- (5) breach of oath by the judge;
- (6) the entry into legal force of a conviction against him or her;
- (7) the termination of his or her citizenship;
- (8) a declaration that he or she is missing, or a pronouncement that he or she is dead;
- (9) submission by the judge of a statement of resignation or of voluntary dismissal from office.”

60. Articles 128 and 131 of the Constitution provide as follows:

#### **Article 128**

“The initial appointment of a professional judge to office for a five-year term shall be made by the President of Ukraine. All other judges, except for the judges of the Constitutional Court, shall be elected by Parliament for an indefinite term in accordance with the procedure established by law. ...”

#### **Article 131**

“The High Council of Justice shall operate in Ukraine. Its tasks shall comprise:

- (1) making submissions on the appointment or dismissal of judges;
- (2) adopting decisions with regard to the violation by judges and prosecutors of the requirements concerning judicial incompatibility;

(3) conducting disciplinary proceedings in respect of judges of the Supreme Court and judges of higher specialised courts, and considering complaints against decisions imposing disciplinary liability on judges of courts of appeal and local courts and on prosecutors.

The High Council of Justice shall consist of twenty members. The Parliament of Ukraine, the President of Ukraine, the Assembly of Judges of Ukraine, the Assembly of Advocates of Ukraine, and the Assembly of Representatives of Higher Legal Educational Establishments and Scientific Institutions, shall each appoint three members to the High Council of Justice, and the All-Ukrainian Conference of Prosecutors shall appoint two members to the High Council of Justice.

The President of the Supreme Court, the Minister of Justice and the Prosecutor General shall be *ex officio* members of the High Council of Justice.”

## **B. Criminal Code of 5 April 2001**

61. Article 375 of the Code provides:

“1. The adoption by a judge (or judges) of a knowingly wrongful conviction, judgment, decision or resolution –

shall be punishable by restriction of liberty for up to five years or by imprisonment from two to five years.

2. The same acts, if they resulted in serious consequences or were committed for financial gain or for other personal interest –

shall be punishable by imprisonment from five to eight years.”

## **C. Code of Administrative Justice of 6 July 2005**

62. The relevant provisions of the Code read as follows:

### **Article 161 – Questions to be determined by a court when deciding on a case**

“1. When deciding on a case, a court shall determine:

(1) whether the circumstances referred to in the claim and objections took place and what evidence substantiates these circumstances;

(2) whether there is any other factual information relevant to the case and evidence in support of that information;

(3) which provision of law is to be applied to the legal relations in dispute;

...”

**Article 171-1 – Proceedings in cases concerning acts, actions or omissions of the Parliament of Ukraine, the President of Ukraine, the High Council of Justice and the High Qualification Commission of Judges  
[the provision in force as from 15 May 2010]**

“1. The rules set down in this Article shall apply to proceedings in administrative cases concerning:

(1) the lawfulness (but not constitutionality) of resolutions of Parliament, and decrees and orders of the President of Ukraine;

(2) acts of the High Council of Justice;

...

2. Acts, actions or omissions of the Parliament of Ukraine, the President of Ukraine, the High Council of Justice and the High Qualification Commission of Judges may be challenged before the Higher Administrative Court. For this purpose a separate chamber shall be set up in the Higher Administrative Court.

...

4. Administrative cases concerning acts, actions or omissions of the Parliament of Ukraine, the President of Ukraine, the High Council of Justice and the High Qualification Commission of Judges shall be considered by a bench composed of at least five judges ...

5. Following the consideration of the case, the Higher Administrative Court may:

(1) declare the act of the Parliament of Ukraine, the President of Ukraine, the High Council of Justice or the High Qualification Commission of Judges unlawful in full or in part;

(2) declare the actions or omissions of the Parliament of Ukraine, the President of Ukraine, the High Council of Justice or the High Qualification Commission of Judges unlawful and oblige [it or them] to take certain measures. ...”

**D. The Law on the judicial system of 7 February 2002 with further amendments (“the Judicial System Act 2002”) (in force until 30 July 2010)**

63. The relevant provisions of the Act provide as follows:

**Section 20 – The procedure for the setting up of courts**

“ ...

(5) The president and deputy president of a court shall be judges appointed to the relevant post for a five-year term, who may be dismissed from that post by the President of Ukraine on application by the President of the Supreme Court (and, in respect of the specialised courts, on application by the president of the relevant higher

specialised court), on the basis of a recommendation by the Council of Judges of Ukraine (and, in respect of the specialised courts, a recommendation by the relevant council of judges). ...”

By a decision of the Constitutional Court of 16 May 2007, the provision of section 20(5) of the Act concerning the appointment of presidents and deputy presidents of the courts by the President of Ukraine was declared unconstitutional.

**Section 41 – The president of a higher specialised court**

“(1) The president of a higher specialised court shall:

...

3. ... set up the chambers of the court; make proposals for the individual composition of the chambers, to be approved by the Presidium of the court;

...

(5) In the absence of the president of the higher specialised court, his duties shall be performed by the first deputy president, or, in the absence of the latter, by one of the deputy presidents of the court, according to the distribution of administrative powers.”

**Section 116 – The Council of Judges of Ukraine**

“(1) The Council of Judges of Ukraine shall operate as a higher body of judicial self-governance in the period between the sessions of the Assembly of Judges of Ukraine.

...

(5) The Council of Judges of Ukraine shall:

...

4. decide on the appointment of judges to administrative posts and their dismissal from those posts in the cases and in accordance with the procedure provided for by this Act;

...

(6) The decisions of the Council of Judges of Ukraine shall be binding on all bodies of judicial self-governance. A decision of the Council of Judges of Ukraine may be repealed by the Assembly of Judges of Ukraine.”

**E. The Law on the status of judges of 15 December 1992 with further amendments (“the Status of Judges Act 1992”) (in force until 30 July 2010)**

64. The relevant provisions of the Act provided as follows:

**Section 5 – Requirements of compatibility**

“A judge may not be a member of a political party or trade union, participate in any political activity, have been given any mandate of representation, have any

other gainful occupation, or hold any other paid job with the exception of scientific, educational or artistic occupations.”

### **Section 6 – Duties of judges**

“Judges shall be obliged:

- to adhere to the Constitution and the laws of Ukraine when administering justice, and to ensure the full, comprehensive and objective consideration of cases within the time-limits fixed;
- to comply with the requirements of section 5 of this Act and internal regulations;
- not to divulge information which is classified as State, military, commercial or banking secrets ...
- to refrain from any acts or actions which dishonour the judicial office and which may cause doubt as to their objectivity, impartiality and independence.”

### **Section 10 – Judicial oath**

“Upon initial appointment, a judge shall solemnly take the following oath:

‘I solemnly declare that I will honestly and rigorously perform the duties of judge, abide only by the law when administering justice, and be objective and fair.’

The oath shall be taken before the President of Ukraine.”

### **Section 31 – Grounds for disciplinary liability of judges**

“(1) A judge shall be liable to a disciplinary penalty for a disciplinary offence, that is, for a breach of:

- legislation when considering a case;
- the requirements of section 5 of this Act;
- the duties set out in section 6 of this Act.

(2) The revocation or amendment of a judicial decision shall not entail disciplinary liability for a judge who participated in the adoption of that decision, provided that there was no intent to violate the law or the requirements of rigorosity and that no serious consequences were brought about by that decision.”

### **Section 32 – Types of disciplinary penalties**

“(1) The following disciplinary penalties may be imposed on judges:

- reprimand;
- downgrading of qualification class.

(2) For each of the violations described in section 31 of this Act, only one disciplinary penalty shall be imposed. ...”

**Section 36 – Time-limits for imposing a disciplinary penalty  
and removing a disciplinary record**

“(1) A judge shall receive a disciplinary penalty within six months of the date the offence became known, excluding any period of temporary disability or leave.

(2) If, within a year of the date the disciplinary measure was applied, the judge does not receive a new disciplinary penalty, that judge shall be treated as having no disciplinary record. ...”

**F. The Law on the High Council of Justice of 15 January 1998 (“the HCJ Act 1998”), as worded at the relevant time**

65. Section 6 of the Act, before the amendments of 7 July 2010, read as follows:

“A citizen of Ukraine aged from 35 to 60 may be recommended for the post of member of [the HCJ] if he or she has a good command of the national language, has a higher legal education and at least ten years of work experience in the field of law and has been living in Ukraine for the last ten years.

The requirements of subsection 1 of this section shall not be extended to individuals who are *ex officio* members of [the HCJ].

Any attempt to influence a member of [the HCJ] shall be prohibited.”

66. By the amendments of 7 July 2010, section 6 of the Act was supplemented with the following paragraph:

“If this Act requires that a member of [the HCJ] should be a judge, that member shall be appointed from among the judges who have been elected for an indefinite term.”

67. Sections 8 to 13 deal with the procedures for the appointment of members of the HCJ by the bodies designated in Article 131 of the Constitution.

68. By the amendments of 7 July 2010, these sections were supplemented with additional requirements to the effect that ten members of the HCJ were to be appointed from the judicial corps by the bodies designated in Article 131 of the Constitution.

69. Section 17 of the Act provides that, before entry into office, a member of the HCJ must take an oath at a sitting of Parliament.

70. Section 19 of the Act provides that the HCJ comprises two sections. The work of the HCJ is coordinated by its president or, in his or her absence, the deputy president. The president, deputy president and heads of sections of the HCJ work on a full-time basis.

71. The other relevant provisions of the Act provide as follows:

### **Section 24 – Hearings before the High Council of Justice**

“... A hearing before the High Council of Justice shall be public. A private hearing shall be held upon a decision of the majority of the constitutional composition of the High Council of Justice ...”

### **Section 26 – Withdrawal of a member of the High Council of Justice**

“A member of the High Council of Justice may not participate in the consideration of a matter and shall withdraw if it is established that he or she has a personal, direct or indirect interest in the outcome of the case ... In these circumstances the member of the High Council of Justice shall withdraw on his own initiative. In the same circumstances a person ... whose case is being considered ... shall be entitled to request the withdrawal of the member of the High Council of Justice. ...”

### **Section 27 – Acts of the High Council of Justice**

“... The acts of the High Council of Justice may be challenged exclusively before the Higher Administrative Court in accordance with the procedure provided for in the Code of Administrative Justice.”

72. Chapter 2 of the Act, “Consideration of matters concerning the dismissal of judges”, provides, in so far as relevant, as follows:

#### **Section 32 – A submission for the dismissal of a judge in special circumstances [wording of the section before 15 May 2010]**

“The High Council of Justice shall consider the question of dismissing a judge on the grounds provided for by Article 126 § 5 (4)-(6) of the Constitution upon receipt of the relevant opinion from the qualification commission or of its own motion. The judge concerned shall be sent a written invitation to attend the hearing before the High Council of Justice.

The decision of the High Council of Justice to apply for dismissal of a judge under Article 126 § 5 (4) and (5) of the Constitution shall be taken by a two-thirds majority of the members of the High Council of Justice participating in the hearing, and, in the cases provided for by Article 126 § 5 (6) of the Constitution, by a majority of the constitutional composition of the High Council of Justice.”

#### **Section 32 – A submission for the dismissal of a judge in special circumstances [wording of the section as from 15 May 2010]**

“The High Council of Justice shall consider the question of dismissing a judge on the grounds provided for by Article 126 § 5 (4)-(6) of the Constitution (violation of judicial incompatibility requirements, breach of oath, entry into legal force of a conviction against a judge) upon receipt of the relevant opinion from the qualification commission or of its own motion.

Breach of oath by a judge shall comprise:

(i) the commission of actions which dishonour the judicial office and which may call into question his or her objectivity, impartiality and independence, as well as the fairness and incorruptibility of the judiciary;

(ii) unlawful acquisition of wealth or expenditure by the judge which exceeds his or her income and the income of his family;

(iii) deliberate delaying of the consideration of a case exceeding the time-limits fixed; [or]

(iv) violation of the moral and ethical principles of the judicial code of conduct.

The judge concerned shall be sent a written invitation to attend a hearing before the High Council of Justice. If the judge cannot participate in the hearing for a valid reason, he or she shall be entitled to make written submissions, which shall be included in the case file. The written submissions by the judge shall be read out at the hearing before the High Council of Justice. A second failure on the part of the judge to attend a hearing shall be grounds for considering the case in his or her absence.

A decision of the High Council of Justice to apply for dismissal of a judge under Article 126 § 5 (4)-(6) of the Constitution shall be taken by a majority of the constitutional composition of the High Council of Justice.”

73. Chapter 4 of the Act, “Disciplinary proceedings against judges of the Supreme Court and the higher specialised courts”, provides, in so far as relevant, as follows:

**Section 37 – Types of penalties imposed by the High Council of Justice  
[wording of the section until 30 July 2010]**

“The High Council of Justice shall impose disciplinary liability ... on judges of the Supreme Court ... on the grounds provided for in Article 126 § 5 (5) of the Constitution and the Status of Judges Act.

The High Council of Justice may impose the following disciplinary penalties:

- (1) reprimand;
- (2) downgrading of qualification class.

The High Council of Justice may decide that a judge is not compatible with the post he or she occupies and lodge a submission for the judge’s dismissal with the body which appointed him or her.”

**Section 39 – Stages of disciplinary proceedings**

“Disciplinary proceedings shall comprise the following stages:

- (1) verification of information about a disciplinary offence;
- (2) institution of disciplinary proceedings;
- (3) consideration of the disciplinary case;

(4) adoption of a decision. ...”

#### **Section 40 – Verification of information about a disciplinary offence**

“Verification of information about a disciplinary offence shall be carried out by ... one of the members of the High Council of Justice by way of receiving written explanations from the judge and other persons, requesting and examining material from case files, and receiving other information from State bodies, organisations, institutions, associations and citizens.

Following the verification of information, a statement of facts with conclusions and proposals shall be prepared. The statement and other materials shall be communicated to the judge concerned. ...”

#### **Section 41 – Institution of disciplinary proceedings**

“If there are grounds to conduct disciplinary proceedings against ... a judge of the Supreme Court ... they shall be instituted by a decision of the High Council of Justice within ten days of the date of receipt of the information about the disciplinary offence or, if it is necessary to verify this information, within ten days of the date of the completion of the verification.”

#### **Section 42 – Consideration of a disciplinary case [wording of the section until 30 July 2010]**

“The High Council of Justice shall consider a disciplinary case at its next hearing after the receipt of a conclusion and other material resulting from the verification.

The decision in a disciplinary case shall be taken by a secret ballot vote without the judge concerned being present ...

The High Council of Justice shall hear evidence from a judge when determining his or her disciplinary liability. If the judge cannot participate in the hearing for a valid reason, he or she shall be entitled to make written submissions, which shall be included in the case file. The written submissions by the judge shall be read out at the hearing before the High Council of Justice. A second failure on the part of a judge to attend a hearing shall be grounds for considering the case in his absence.”

#### **Section 43 – Time-limits for imposing a disciplinary penalty**

“A judge shall receive a disciplinary penalty within six months of the date the offence became known, excluding any period of temporary disability or leave, but in any event not later than one year from the date of the offence.”

#### **Section 44 – Removal of disciplinary record**

“If, within a year of the date the disciplinary penalty was applied, the judge does not receive a further disciplinary penalty, that judge shall be treated as having no disciplinary record. ...”

**G. The Law of 18 March 2004 on the procedure for electing and dismissing judges by Parliament (“The Judges (Election and Dismissal) Act 2004”) (in force until 30 July 2010)**

74. The relevant provisions of the Act provided as follows:

**Section 19 – Procedure before the Parliamentary Committee concerning the consideration of the submission for the dismissal of a judge elected for an indefinite term**

“A submission [of the High Council of Justice] for the dismissal of a judge who has been elected for an indefinite term shall be considered by the Parliamentary Committee within a month of the date of receipt of the submission. ...

The Parliamentary Committee shall carry out inquiries in respect of applications made by citizens and other notifications concerning activities of the judge.

The Parliamentary Committee may request that additional inquiries be conducted by the Supreme Court, the High Council of Justice, the relevant higher specialised court, the State judicial administration, the Council of Judges of Ukraine or the relevant qualification commission of judges.

The results of the additional inquiries shall be provided to the Parliamentary Committee by the relevant authorities in writing within the time-limits set by the Parliamentary Committee but in any event not later than fifteen days after the request for inquiries.

The judge concerned shall be notified of the time and place of the hearing before the Parliamentary Committee.”

**Section 20 – Procedure before the Parliamentary Committee concerning the determination of the issue of the dismissal of a judge elected for an indefinite term**

“The hearing before the Parliamentary Committee on the dismissal of a judge elected for an indefinite term may be attended by members of Parliament and by representatives of the Supreme Court, the higher specialised courts, the High Council of Justice, the State judicial administration, other State authorities, local self-governing bodies and public institutions.

The judge concerned shall be present at the hearing, except in cases of dismissal under Article 126 § 5 (2), (3), (6), (7), (8) and (9) of the Constitution.

A second failure on the part of the judge concerned to attend a hearing without a valid reason shall be grounds for considering the case in his or her absence after the Parliamentary Committee has ascertained that the judge has received notice of the time and place of the hearing. The Parliamentary Committee shall assess the validity of any reasons for failure to appear. ...

A hearing before the Parliamentary Committee on the dismissal of a judge shall start with a report by the chairman.

The members of the Parliamentary Committee and other members of Parliament may put questions to the judge as regards the material resulting from [any] inquiries and the facts noted in [any] applications made by citizens.

The judge shall be entitled to study the material, the statements of facts and the conclusion of the Parliamentary Committee concerning his or her dismissal.”

**Section 21 – Tabling of a proposal for the dismissal of a judge  
... before a plenary meeting of Parliament**

“The Parliamentary Committee shall table before a plenary meeting of Parliament a proposal recommending or not recommending the dismissal of a judge elected for an indefinite term. The representative of the Parliamentary Committee shall be given the floor.”

**Section 22 – Invitation to attend the plenary meeting  
concerning the dismissal of a judge elected for an indefinite term**

“... The judge concerned shall be present at the plenary meeting of Parliament in the event of his or her dismissal under Article 126 § 5 (1), (4) and (5) of the Constitution. The judge’s failure to appear shall not hinder consideration of the matter on the merits.”

**Section 23 – Procedure at the plenary meeting of Parliament  
concerning the determination of the issue of the dismissal  
of a judge elected for an indefinite term**

“During the plenary meeting of Parliament, the representative of the Parliamentary Committee shall report on each candidate for dismissal.

If a judge does not agree with his or her dismissal, explanations shall be heard from him or her.

Members of Parliament shall be entitled to put questions to the judge.

If during the deliberations at the plenary meeting of Parliament it becomes necessary to carry out additional inquiries in respect of applications made by citizens or to request additional information, Parliament shall give relevant instructions to the Parliamentary Committee.”

**Section 24 – Parliament’s decision concerning the dismissal  
of a judge elected for an indefinite term**

“Parliament shall take a decision on the dismissal of a judge on the grounds defined in Article 126 § 5 of the Constitution.

The decision shall be taken by open vote by a majority of the constitutional composition of Parliament.

A decision on the dismissal of a judge shall be adopted in the form of a resolution.”

**H. The Law of 4 April 1995 on parliamentary committees (“the Parliamentary Committees Act 1995”)**

75. Section 1 of the Act provides that a parliamentary committee is a body of Parliament composed of members of Parliament with the task of drafting laws in particular fields, conducting preliminary reviews of matters which fall within the competence of Parliament, and carrying out oversight functions.

**I. The Law of 17 November 1992 on the status of Members of Parliament (“the Status of Members of Parliament Act 1992”)**

76. Section 24 of the Act provides that a member of Parliament must be present and personally participate in sittings of Parliament. He or she is obliged to vote in person on the matters that are considered by Parliament and its bodies.

**J. The Law of 10 February 2010 on the rules of Parliament (“the Rules of Parliament”)**

77. Rule 47 of the Rules of Parliament provides that when Parliament takes decisions, its members vote in person in the debating chamber by using an electronic voting system or, in the event of a secret vote, in a voting lobby near the debating chamber.

**III. COUNCIL OF EUROPE MATERIAL**

**A. European Charter on the statute for judges (Department of Legal Affairs of the Council of Europe, 8-10 July 1998 DAJ/DOC (98)23)**

78. The relevant extracts from Chapter 5 of the Charter, “Liability”, read as follows:

“5.1. The dereliction by a judge of one of the duties expressly defined by the statute, may only give rise to a sanction upon the decision, following the proposal, the recommendation, or with the agreement of a tribunal or authority composed of at least as to one half of elected judges, within the framework of proceedings of a character involving the full hearing of the parties, in which the judge proceeded against must be entitled to representation. The scale of sanctions which may be imposed is set out in the statute, and their imposition is subject to the principle of proportionality. The decision of an executive authority, of a tribunal, or of an authority pronouncing a sanction, as envisaged herein, is open to an appeal to a higher judicial authority.”

## B. Opinion of the Venice Commission

79. The relevant extracts from the Joint opinion by the Venice Commission and the Directorate of Co-operation within the Directorate General of Human Rights and Legal Affairs of the Council of Europe on the law amending certain legislative acts of Ukraine in relation to the prevention of abuse of the right to appeal, adopted by the Venice Commission at its 84th Plenary Session (Venice, 15-16 October 2010, CDL-AD(2010)029), read as follows (emphasis added in the original text):

“28. Apparently in a welcome effort to overcome the problem of the low number of judges in the High Council of Justice, the Final Provisions under Section XII;3 (Amendments to the legal Acts of Ukraine) of the Law on the Judiciary and the Status of Judges the amendments 3.11 to the Law of Ukraine ‘On the High Council of Justice’ now provide that two of the three members of the High Council for Justice, which are appointed by the Verkhovna Rada (Article 8.1) and the President of Ukraine (Article 9.1) respectively, one of three members appointed by the Congress of Judges (Article 11.1), and one of three members appointed by the Congress of Representatives of Legal Higher Education Institutions and Research Institutions (Article 12.1) are appointed from the ranks of judges. The All-Ukrainian Conference of Prosecutors shall appoint two members to the HCJ, one of whom shall be appointed from among the judges (Article 13.1).

29. Nonetheless, *the composition of the High Council of Justice of Ukraine still does not correspond to European standards because out of 20 members only three are judges elected by their peers*. The final provisions in effect acknowledge that the judicial element in the High Council of Justice should be higher, but the solution chosen is to require the Parliament, the President, the educational institutions and the prosecutors to elect or appoint judges. ... In the current composition, one judge is a member *ex officio* (the Chairman of the Supreme Court) and some of the members appointed by the President and Parliament are *de facto* judges or former judges, but there is no legal requirement for this to be the case until the mandates of the present members expire. Together with the Minister of Justice and the General Prosecutor, 50% of the members belong to or are appointed by the executive or legislature. Therefore the High Council of Justice cannot be said to consist of a substantial part of judges. It may sometimes be the case in older democracies that the executive power has a decisive influence and in some countries, such systems may work acceptably in practice. The Ukrainian authorities themselves during the meetings in Kyiv referred to Ukraine as a transition democracy which is happy to use the experience of other countries. As it has been stated in former opinions, ‘New democracies, however, did not yet have a chance to develop these traditions, which can prevent abuse and therefore, at least in these countries, explicit constitutional and legal provisions are needed as a safeguard to prevent political abuse in the appointment of judges’.

30. The actual composition of the HCJ may well allow concessions to the interplay of parliamentary majorities and pressure from the executive, but this cannot overcome the structural deficiency of its composition. This body may not be free from any

subordination to political party consideration. There are not enough guarantees ensuring that the HCJ safeguards the values and fundamental principles of justice. The composition is set up in the Constitution and a constitutional amendment would be required. The inclusion of the Prosecutor General as [an] *ex officio* member raises particular concerns, as it may have a deterrent effect [on] judges and be perceived as a potential threat. The Prosecutor General is a party to many cases which the judges have to decide, and his presence on a body concerned with the appointment, disciplining and removal of judges creates a risk that judges will not act impartially in such cases or that the Prosecutor General will not act impartially towards judges whose decisions he disapproves of. Consequently, the composition of the HCJ of Ukraine does not correspond to European standards. As a changed composition would require an amendment of the Constitution and this may be difficult, *the Law should include, in order to counterbalance the flawed composition of the HCJ, a stronger regulation of incompatibilities*. Taking into account the powers granted to the HCJ, it should work as a full time body and the elected members, unlike the *ex officio* members, should not be able to exercise any other public or private activity while sitting in the HCJ.

...

42. ... Taking into account that the Minister of Justice and the Procurator General of Ukraine are members *ex officio* of the HCJ (Article 131 of the Constitution), and that the Ukrainian Constitution does not guarantee that the HCJ will be composed of a majority or substantial number of judges elected by their peers, the submitting of proposals for dismissal by members of the executive might impair the independence of the judges ... In any event, *the member of the HCJ who submitted the proposal should not be allowed to take part in the decision to remove from office the relevant judge*: this would affect the guarantee of impartiality. ...

45. ... Precision and foreseeability of the grounds for disciplinary liability is desirable for legal certainty and particularly to safeguard the independence of the judges; therefore an effort should be made to avoid vague grounds or broad definitions. However, *the new definition includes very general concepts*, such as 'the [commission] of actions that dishonour a judicial office or may cause doubts [as to] his/her impartiality, objectivity and independence, [or the] integrity, incorruptibility of the judiciary' and 'violation of moral and ethical principles of human conduct' among others. This seems particularly dangerous because of the vague terms used and the possibility of using it as a political weapon against judges. ... Thus, the grounds for disciplinary liability are still too broadly conceived and a more precise regulation is required to guarantee judicial independence.

46. Finally, Article 32, in its last paragraph, requires decisions about the *submission of the HCJ's petition regarding dismissal of a judge to be taken by a simple rather than a two-thirds majority*. *In the light of the flawed composition of the HCJ, this is a regrettable step which would go against the independence of the judges*.

...

51. Finally, the composition of the ... highly influential so-called 'fifth chamber' of the [Higher] Administrative Court should be precisely determined by the law in

order to comply with the requirements of the fundamental right of access to a court pre-established by the law. ...”

**C. Report by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, following his visit to Ukraine (19-26 November 2011), CommDH(2012)10, 23 February 2012**

80. The relevant extracts from the report read as follows:

“II. Issues relating to the independence and impartiality of judges

The independence of the judiciary – which also implies the independence of each individual judge – should be protected both in law and in practice. The Commissioner noted with concern that, in the public perception in Ukraine, judges are not shielded from outside pressure, including of a political nature. Decisive action is needed on several fronts to remove the factors which render judges vulnerable and weaken their independence. The authorities should carefully look into any allegations of improper political or other influence or interference in the work of the judicial institutions and ensure effective remedies.

The Commissioner calls upon the Ukrainian authorities to fully implement the Venice Commission’s recommendations regarding the need to streamline and clarify the procedures and criteria related to the appointment and dismissal of judges, as well as the application of disciplinary measures. It is essential to institute adequate safeguards to ensure fairness and eliminate the risk of politicisation in disciplinary procedures. As for the judicial appointment process, the qualifications and merit of the individual candidates should be decisive.

The present composition of the High Council of Justice does not correspond to international standards and should be changed; this will require constitutional amendment. ...

20. ... In November 2011 Deputy Prosecutor General Myhailo Havryliuk, who is a member of the High Council of Justice, announced that disciplinary proceedings had been initiated against members of the criminal chamber of the Supreme Court on the grounds that they had violated their oath. The Commissioner received allegations that these developments amounted to pressure by the executive branch on this judicial institution aimed at influencing the outcome of the elections of the next Chairman of the Supreme Court.

...

35. The Constitution and the Law on the Judiciary and the Status of Judges provides for the dismissal of a judge by the body that elected or appointed him or her, upon a motion by the High Council of Justice. Several of the Commissioner’s interlocutors underlined that, considering the current composition of the High Council of Justice (HCJ), the risk that such a decision might be initiated because of political or similar considerations was quite high. Such considerations may also play a role in the context of a decision by the Parliament to dismiss a judge elected for life. Therefore, additional

safeguards should be introduced both in law and in practice, with a view to protecting the independence of judges.

36. There are provisions in the Constitution as well as in the Law on the Judiciary and the Status of Judges against undue pressure; however, these provisions should be further reinforced both in law and practice.

...

42. The Commissioner is in particular concerned by reports of the strong influence exercised by the prosecutorial and executive authorities upon judges through their representation in the High Council of Justice. In particular, the Commissioner was informed that there were occasions when disciplinary proceedings against judges had been initiated by members of the HCJ representing the Prosecutor's Office for alleged breach of oath on the grounds of the substance of the judicial ruling in cases where the judges reportedly did not support the position [of] the prosecution (cf. also paragraph 20 above). In this context the Commissioner would like to recall that judges should not have reasons to fear dismissal or disciplinary proceedings against them because of the decisions they take.

...

*Conclusions and recommendations*

46. The Commissioner underlines that a judicial appointment system should be fully shielded from improper political or other partisan influence. Decisions of judges should not be subject to revision beyond the ordinary appeal procedure. Disciplinary actions against judges should be regulated by precise rules and procedures, managed inside the court system, and not be amenable to political or any other undue influence.

47. While the Commissioner is not in a position to comment on the veracity of the allegations of pressure upon judges of the Supreme Court described above (cf. paragraph 20), he nonetheless finds that the situation presents grounds for serious concern. The Ukrainian authorities should examine and address any allegations of interference in the work of judicial institutions. Officials from other branches of government should refrain from any actions or statements which may be viewed as an instrument of applying pressure on the work of judicial institutions or casting doubts as to their ability to exercise their duties effectively. Judges should not have reasons to fear dismissal or disciplinary proceedings against them because of the decisions they take. In addition, the opportunity presented by the current reform should be taken to affirm more solidly the independence of the judiciary from the executive.

..."

#### IV. COMPARATIVE LAW RESEARCH

81. A comparative law research report entitled "Judicial Independence in Transition"<sup>5</sup> was completed in 2012 by the Max Planck Institute for

5. Seibert-Fohr, Anja (ed.), *Judicial Independence in Transition*, Springer 2012, XIII, p. 1378.

Comparative Public Law and International Law (*Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*), Germany.

82. The research report elaborates, among many other issues, on the disciplinary procedures against judges in various jurisdictions. It suggests that there is no uniform approach to the organisation of the system of judicial discipline in European countries. It may nevertheless be observed that in many European countries the grounds for the disciplinary liability of judges are defined in rather general terms (such as, for example, gross or repeated neglect of official duties resulting in the impression that a judge is manifestly unfit to hold office (Sweden)). Exceptionally, in Italy the law provides an all-inclusive list of thirty-seven different disciplinary violations concerning the behaviour of judges both in and outside their office. The sanctions for a disciplinary offence by a judge may include: warning, reprimand, transfer, downgrading, demotion, suspension of promotion, fine, salary reduction, temporary suspension from office, and dismissal with or without pension benefits. Dismissal of a judge as the most severe sanction is usually only ordered by a court; in some legal systems it can also be ordered by another institution such as a specialised disciplinary board of the Superior Council of Magistracy, but, as a rule, it is then subject to an appeal to court. With the exception of Switzerland, Parliament is not involved in the procedure; the system in Switzerland is, however, fundamentally different owing to the limited period of time for which judges are elected.

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION

83. The applicant made the following complaints under Article 6 § 1 of the Convention: (i) his case had not been considered by an “independent and impartial tribunal”; (ii) the proceedings before the HCJ had been unfair, in that they had not been carried out pursuant to the procedure envisaged by Chapter 4 of the HCJ Act 1998, offering a set of important procedural guarantees, including limitation periods for disciplinary penalties; (iii) Parliament had adopted the decision on his dismissal at a plenary meeting by abusing the electronic voting system; (iv) his case had not been heard by a “tribunal established by law”; (v) the decisions in his case had been taken without a proper assessment of the evidence and important arguments raised by the defence had not been properly addressed; (vi) the absence of sufficient competence on the part of the HAC to review the

acts adopted by the HCJ had run counter to his right to a court; (vii) the principle of equality of arms had not been respected.

84. Article 6 § 1 of the Convention provides, in so far as relevant, as follows:

“1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. ...”

### **A. Admissibility**

85. The parties did not contest the admissibility of the above complaints.

86. Although the Government admitted that Article 6 § 1 of the Convention was applicable to the present case, the Court finds it appropriate to address this issue in detail.

#### *1. Whether Article 6 § 1 applies under its civil head*

87. The Court notes that labour disputes between civil servants and the State may fall outside the civil limb of Article 6 provided that two cumulative conditions are fulfilled. First, the State in its national law must have expressly excluded access to the courts for the post or category of staff in question. Secondly, the exclusion must be justified on objective grounds in the State's interest (see *Vilho Eskelinen and Others v. Finland* [GC], no. 63235/00, § 62, ECHR 2007-II).

88. In the context of the first condition, the Court is not prevented from qualifying a particular domestic body, outside the domestic judiciary, as a “court” for the purpose of the *Vilho Eskelinen* test. An administrative or parliamentary body may be viewed as a “court” in the *substantive* sense of the term, thereby rendering Article 6 applicable to civil servants' disputes (see *Argyrou and Others v. Greece*, no. 10468/04, § 24, 15 January 2009, and *Savino and Others v. Italy*, nos. 17214/05, 20329/05 and 42113/04, §§ 72-75, 28 April 2009). The conclusion as to the applicability of Article 6 is, however, without prejudice to the question of how procedural guarantees were complied with in such proceedings (*ibid.*, § 72).

89. As to the present application, the applicant's case was considered by the HCJ, which determined all the questions of fact and law after holding a hearing and assessing the evidence. The examination of the case by the HCJ ended with two submissions for the applicant's dismissal being sent to Parliament. Upon being received by Parliament, the submissions were considered by the Parliamentary Committee on the Judiciary which, at the relevant time, was given a certain latitude in assessing the conclusions of the HCJ, as it was empowered to hold its own deliberations

and conduct additional inquiries, if deemed necessary, which could end with a recommendation to have, or not to have, the judge dismissed (see sections 19-21 of the Judges (Election and Dismissal) Act 2004). A plenary meeting of Parliament subsequently adopted a decision on the applicant's dismissal based on the HCJ's submissions and the recommendation of the Parliamentary Committee (see section 23 of the same Act). Lastly, the decisions of the HCJ and Parliament were reviewed by the HAC.

90. It therefore appears that in determining the applicant's case and taking a binding decision, the HCJ, the Parliamentary Committee and the plenary meeting of Parliament were, in combination, performing a judicial function (see *Savino and Others*, cited above, § 74). The binding decision on the applicant's dismissal was further reviewed by the HAC, which was an ordinary court within the domestic judiciary.

91. In view of the above, it cannot be concluded that national law "expressly excluded access to court" for the applicant's claim. The first condition of the *Vilho Eskelinen* test has not therefore been met and Article 6 applies under its civil head (compare *Olujić v. Croatia*, no. 22330/05, §§ 31-45, 5 February 2009).

## 2. *Whether Article 6 § 1 applies under its criminal head*

92. The two aspects, civil and criminal, of Article 6 are not necessarily mutually exclusive (see *Albert and Le Compte v. Belgium*, 10 February 1983, § 30, Series A no. 58). The question is therefore whether Article 6 of the Convention also applies under its criminal head.

93. In the light of the *Engel* criteria (see *Engel and Others v. the Netherlands*, 8 June 1976, §§ 82-83, Series A no. 22), certain considerations arise with respect to the severity of the sanction imposed on the applicant. While lustration proceedings in Poland leading likewise to the dismissal of the persons concerned may be analogous to a certain extent, the Court has held in that scenario that the relevant provisions of Polish legislation were not "directed at a group of individuals possessing a special status – in the manner, for example, of a disciplinary law", but covered a vast group of citizens; the proceedings resulted in an employment ban for a large number of public posts without an exhaustive list being provided by domestic law (see *Matyjek v. Poland* (dec.), no. 38184/03, §§ 53-54, ECHR 2006-VII). That case is therefore different, as in the present case the applicant, possessing a special status, was punished for failure to comply with his professional duties – that is, for an offence falling squarely under the disciplinary law. The sanction imposed on the applicant was a classic disciplinary measure for professional misconduct and, in terms of domestic law, it was contrasted

with criminal-law sanctions for the adoption of a knowingly wrongful decision by a judge (see Article 375 of the Criminal Code above). It is also relevant to note here that the applicant's dismissal from the post of judge did not formally prevent him from practising law in another capacity within the legal profession.

94. Moreover, the Court has found that discharge from the armed forces cannot be regarded as a criminal penalty for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention (see *Tepeli and Others v. Turkey* (dec.), no. 31876/96, 11 September 2001, and *Sukiüt v. Turkey* (dec.), no. 59773/00, 11 September 2007). The Court has also explicitly held that proceedings concerning the dismissal of a bailiff for numerous misdemeanours "did not involve the determination of a criminal charge" (see *Bayer v. Germany*, no. 8453/04, § 37, 16 July 2009).

95. In view of the above, the Court considers that the facts of the present case do not give grounds for a conclusion that the applicant's dismissal case related to the determination of a criminal charge within the meaning of Article 6 of the Convention. Accordingly, this Article is not applicable under its criminal head.

### *3. Otherwise as to admissibility*

96. The Court further notes that the above complaints under Article 6 § 1 of the Convention are not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. They are not inadmissible on any other grounds. They must therefore be declared admissible.

## **B. Merits**

### *1. As to the principles of an "independent and impartial tribunal"*

#### **(a) The applicant's submissions**

97. The applicant complained that his case had not been considered by an "independent and impartial tribunal". In particular, these requirements had not been met by the HCJ on account of the manner of its composition, the subordination of its members to other State bodies and the personal bias of some of its members in the applicant's case. The applicant specifically claimed that S.K., V.K. and R.K. could not have been impartial when deciding his case. The requirements of independence and impartiality had not been met at the subsequent stages of the proceedings, including before the HAC, which had failed to provide either the necessary guarantees or an adequate rehearing of the issues.

98. Moreover, according to the applicant, the review of his case by the HAC could not be regarded as sufficient to offset the procedural defects existing at the earlier stages. In particular, the HAC had not been able to formally quash the decisions concerning his dismissal and, in the absence of any regulations, it had remained unclear what the procedural consequences of declaring those decisions unlawful were. Furthermore, the manner in which the HAC had reviewed the applicant's case suggested that there had been no adequate response to his pertinent and important arguments and submissions as regards the lack of a factual basis for his dismissal, the personal bias of members of the HCJ, and irregularities in the voting procedure in Parliament.

**(b) The Government's submissions**

99. The Government argued that domestic law had offered sufficient guarantees for the independence and impartiality of the HCJ. At the same time, there had been no indication of personal bias on the part of any of the members of the HCJ determining the applicant's case. In particular, the statements made by S.K. to the media referred to by the applicant had actually been made more than six months prior to the events examined in the present case. Therefore, there had been no causal connection between these statements and the applicant's dismissal. There had been no sustainable arguments in support of the statement that R.K. and V.K. had been biased. In any event, the decision of the HCJ had been taken by a majority and the alleged bias of certain members of the HCJ could not have seriously affected that body's impartiality.

100. The Government further admitted that there had been a certain amount of overlap in the composition of the HCJ and the Parliamentary Committee considering the applicant's case after it had been referred to Parliament. Nevertheless, the Committee had been a collegial body which had taken a decision by a majority vote and that decision had not been binding on the plenary meeting of Parliament.

101. The Government contended that there had been no reason to doubt the independence and impartiality of the HAC.

102. Further, according to the Government, the review provided by the HAC had been sufficient to remedy any alleged defects in procedural fairness which could have arisen at the previous stages of the domestic proceedings. The Government specified in this regard that the HAC's competence to declare the decisions of the HCJ and Parliament on dismissal of a judge unlawful had been sufficient, as this implied that a judge would be treated as having not been dismissed. In support of their contentions, the Government

submitted examples of domestic judicial practice whereby judges had successfully challenged decisions on their dismissal and then instituted court proceedings for reinstatement. In this context, they maintained that the manner in which the HAC had considered the applicant's case had been appropriate and all the relevant and pertinent arguments advanced by the applicant had been adequately dealt with. In particular, the HAC had provided an appropriate response to the applicant's allegation of a violation of the voting procedure in Parliament. Similarly, the HAC had properly addressed the applicant's contention as to the breach of the requirement of independence and impartiality at the earlier stages of the proceedings.

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

103. In order to establish whether a tribunal can be considered "independent" within the meaning of Article 6 § 1, regard must be had, *inter alia*, to the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of safeguards against external pressure and the question whether the body presents an appearance of independence (see *Findlay v. the United Kingdom*, 25 February 1997, § 73, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I, and *Brudnicka and Others v. Poland*, no. 54723/00, § 38, ECHR 2005-II). The Court emphasises that the notion of the separation of powers between the political organs of government and the judiciary has assumed growing importance in its case-law (see *Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, § 78, ECHR 2002-IV). At the same time, neither Article 6 nor any other provision of the Convention requires States to comply with any theoretical constitutional concepts regarding the permissible limits of the powers' interaction (see *Kleyn and Others v. the Netherlands* [GC], nos. 39343/98, 39651/98, 43147/98 and 46664/99, § 193, ECHR 2003-VI).

104. As a rule, impartiality denotes the absence of prejudice or bias. According to the Court's settled case-law, the existence of impartiality for the purposes of Article 6 § 1 must be determined according to (i) a subjective test, where regard must be had to the personal conviction and behaviour of a particular judge – that is, whether the judge held any personal prejudice or bias in a given case; and (ii) an objective test, that is to say by ascertaining whether the tribunal itself and, among other aspects, its composition, offered sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in respect of its impartiality (see, among other authorities, *Fey v. Austria*, 24 February 1993, §§ 28 and 30, Series A no. 255-A, and *Wettstein v. Switzerland*, no. 33958/96, § 42, ECHR 2000-XII).

105. However, there is no watertight division between subjective and objective impartiality, as the conduct of a judge may not only prompt

objectively held misgivings as to his or her impartiality from the point of view of the external observer (the objective test) but may also go to the issue of his or her personal conviction (the subjective test) (see *Kyprianou v. Cyprus* [GC], no. 73797/01, § 119, ECHR 2005-XIII). Thus, in some cases where it may be difficult to procure evidence with which to rebut the presumption of the judge's subjective impartiality, the requirement of objective impartiality provides a further important guarantee (see *Pullar v. the United Kingdom*, 10 June 1996, § 32, *Reports* 1996-III).

106. In this respect, even appearances may be of a certain importance or, in other words, "justice must not only be done, it must also be seen to be done". What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public (see *De Cubber v. Belgium*, 26 October 1984, § 26, Series A no. 86).

107. Finally, the concepts of independence and objective impartiality are closely linked and, depending on the circumstances, may require joint examination (see *Sacilor-Lormines v. France*, no. 65411/01, § 62, ECHR 2006-XIII). Having regard to the facts of the present case, the Court finds it appropriate to examine the issues of independence and impartiality together.

108. The Court has noted (see paragraphs 89-90 above) that the HCJ and Parliament performed the function of determining the case concerning the applicant and the adoption of a binding decision. The HAC further carried out a review of the findings and the decisions made by those bodies. Therefore, the Court must first examine whether the principles of an independent and impartial tribunal were complied with at the stage of the determination of the applicant's case and the production of a binding decision.

(i) *Independence and impartiality of the bodies determining the applicant's case*

(α) The HCJ

109. The Court has held that where at least half of the membership of a tribunal is composed of judges, including the chairman with a casting vote, this will be a strong indicator of impartiality (see *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 23 June 1981, § 58, Series A no. 43). It is appropriate to note that with respect to disciplinary proceedings against judges, the need for substantial representation of judges on the relevant disciplinary body has been recognised in the European Charter on the statute for judges (see paragraph 78 above).

110. The Court notes that, in accordance with Article 131 of the Constitution and the HCJ Act 1998, the HCJ consists of twenty members, who are appointed by different bodies. However, what should be emphasised

here is that three members are directly appointed by the President of Ukraine, another three members are appointed by the Parliament of Ukraine, and another two members are appointed by the All-Ukrainian Conference of Prosecutors. The Minister of Justice and the Prosecutor General are *ex officio* members of the HCJ. It follows that the effect of the principles governing the composition of the HCJ, as laid down in the Constitution and developed in the HCJ Act 1998, was that non-judicial staff appointed directly by the executive and the legislative authorities comprised the vast majority of the HCJ's members.

111. As a result, the applicant's case was determined by sixteen members of the HCJ who attended the hearing, only three of whom were judges. Thus, judges constituted a tiny minority of the members of the HCJ hearing the applicant's case (see paragraph 24 above).

112. It was only in the amendments of 7 July 2010 that the HCJ Act 1998 was supplemented with requirements to the effect that ten members of the HCJ should be appointed from the judicial corps. These amendments, however, did not affect the applicant's case. In any event, they are insufficient, as the bodies appointing the members of the HCJ remain the same, with only three judges being elected by their peers. Given the importance of reducing the influence of the political organs of the government on the composition of the HCJ and the necessity to ensure the requisite level of judicial independence, the manner in which judges are appointed to the disciplinary body is also relevant in terms of judicial self-governance. As noted by the Venice Commission, the amended procedures have not resolved the issue, since the appointment itself is still carried out by the same authorities and not by the judicial corps (see paragraphs 28-29 of the Venice Commission's Opinion, cited in paragraph 79 above).

113. The Court further notes that in accordance with section 19 of the HCJ Act 1998, only four members of the HCJ work there on a full-time basis. The other members continue to work and receive a salary outside the HCJ, which inevitably involves their material, hierarchical and administrative dependence on their primary employers and endangers both their independence and impartiality. In particular, in the case of the Minister of Justice and the Prosecutor General, who are *ex officio* members of the HCJ, the loss of their primary job entails resignation from the HCJ.

114. The Court refers to the opinion of the Venice Commission that the inclusion of the Prosecutor General as an *ex officio* member of the HCJ raises further concerns, as it may have a deterrent effect on judges and be perceived as a potential threat. In particular, the Prosecutor General is placed at the top of the hierarchy of the prosecutorial system and supervises all prosecutors. In view of their functional role, prosecutors participate in many

cases which judges have to decide. The presence of the Prosecutor General on a body concerned with the appointment, disciplining and removal of judges creates a risk that judges will not act impartially in such cases or that the Prosecutor General will not act impartially towards judges of whose decisions he disapproves (see paragraph 30 of the Venice Commission's Opinion, cited in paragraph 79 above). The same is true with respect to the other members of the HCJ appointed by the All-Ukrainian Conference of Prosecutors on a quota basis. The concerns expressed by the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe are illustrative in this respect (see paragraph 42 of the report cited in paragraph 80 above).

115. The Court further observes that the members of the HCJ who carried out the preliminary inquiries in the applicant's case and submitted requests for his dismissal (R.K. and V.K.) subsequently took part in the decisions to remove the applicant from office. Moreover, one of those members (V.K.) was appointed President of the HCJ and presided over the hearing of the applicant's case. The role of those members in bringing disciplinary charges against the applicant, based on the results of their own preliminary inquiries, throws objective doubt on their impartiality when deciding on the merits of the applicant's case (compare *Werner v. Poland*, no. 26760/95, §§ 43-44, 15 November 2001).

116. The applicant's contentions of personal bias on the part of certain members of the HCJ should also be considered as regards the activities of the Chairman (S.K.) of the Parliamentary Committee on the Judiciary, who was also a member of the HCJ. Firstly, his role in refusing<sup>6</sup> to allow the applicant to take the oath of office as a member of the HCJ should not be overlooked. Secondly, his opinion published in the official parliamentary gazette on 14 June 2007 suggested that he strongly disagreed with the interlocutory court decision in the case concerning the unlawfulness of the parliamentary resolution on a temporary procedure for appointing presidents and deputy presidents of the local courts. Even though S.K. did not directly criticise him, it is evident that he disapproved of the actions of the applicant, who had been a claimant in that case. The Court is not convinced by the Government's claim that this public statement was made much earlier, before the disciplinary proceedings commenced. Given that the time between the two events, as alleged by the Government, was about six months, this period cannot be considered sufficiently long to remove any causal connection in this respect.

117. Accordingly, the facts of the present application disclose a number of serious issues pointing both to structural deficiencies in the proceedings

---

6. Rectified on 9 April 2013: the text was formerly "his refusal".

before the HCJ and to the appearance of personal bias on the part of certain members of the HCJ determining the applicant's case. The Court therefore concludes that the proceedings before the HCJ were not compatible with the principles of independence and impartiality required by Article 6 § 1 of the Convention.

(β) "Independence and impartiality" at the parliamentary stage

118. The subsequent determination of the case by Parliament, the legislative body, did not remove the structural defects of a lack of "independence and impartiality" but rather only served to contribute to the politicisation of the procedure and to aggravate the inconsistency of the procedure with the principle of the separation of powers.

*Parliamentary Committee*

119. As regards the proceedings before the Parliamentary Committee, the Chairman of the Committee (S.K.) and one of its members were also members of the HCJ and took part in deciding the applicant's case at both levels. Accordingly, they might not have acted impartially when examining the submissions by the HCJ (see, *mutatis mutandis*, *Oberschlick v. Austria* (no. 1), 23 May 1991, §§ 50-52, Series A no. 204). Besides that, the Court's considerations concerning the lack of personal impartiality, as set out in paragraph 116 above, are equally pertinent to this stage of the procedure. Moreover, proper account should be taken of the fact that S.K., together with two members of the Parliamentary Committee, applied to the HCJ seeking the initiation of preliminary inquiries into possible misconduct by the applicant.

120. At the same time, the HCJ's members could not withdraw as no withdrawal procedure was envisaged by the Judges (Election and Dismissal) Act 2004. This points to the lack of appropriate guarantees for the proceedings' compliance with the test of objective impartiality (see, *mutatis mutandis*, *Micallef v. Malta* [GC], no. 17056/06, §§ 99-100, ECHR 2009).

*Plenary meeting of Parliament*

121. As regards the plenary meeting of Parliament, the case was presented to the MPs by S.K. and V.K. (see paragraph 27 above). The procedure, however, essentially entailed a mere exchange of general opinions based on the conclusions of the HCJ and the Parliamentary Committee. At this stage, the determination of the case was limited to the adoption of a binding decision based on the findings previously reached by the HCJ and the Parliamentary Committee.

122. On the whole, the facts of the present case suggest that the procedure at the plenary meeting was not an appropriate forum for examining issues of fact and law, assessing evidence and making a legal characterisation of the facts. The role of the politicians sitting in Parliament, who were not required to have any legal or judicial experience in determining complex issues of fact and law in an individual disciplinary case, has not been sufficiently clarified by the Government and has not been justified as being compatible with the requirements of independence and impartiality of a tribunal under Article 6 of the Convention.

(ii) *Whether the issues of “independence and impartiality” were remedied by the HAC*

123. According to the Court’s case-law, even where an adjudicatory body determining disputes over “civil rights and obligations” does not comply with Article 6 § 1 in some respect, no violation of the Convention can be found if the proceedings before that body are “subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction and does provide the guarantees of Article 6 § 1” (see *Albert and Le Compte*, cited above, § 29, and *Tsfayo v. the United Kingdom*, no. 60860/00, § 42, 14 November 2006). In order to determine whether the Article 6-compliant second-tier tribunal had “full jurisdiction”, or provided “sufficiency of review” to remedy a lack of independence at first instance, it is necessary to have regard to such factors as the subject matter of the decision appealed against, the manner in which that decision was arrived at and the content of the dispute, including the desired and actual grounds of appeal (see *Bryan v. the United Kingdom*, 22 November 1995, §§ 44-47, Series A no. 335-A, and *Tsfayo*, cited above, § 43).

(a) As to “sufficiency of review”

124. The Court is not persuaded that the HAC offered a sufficient review in the applicant’s case, for the following reasons.

125. Firstly, the question arises whether the HAC could effectively review the decisions of the HCJ and Parliament, given that the HAC had been vested with powers to declare these decisions unlawful without being able to quash them and take any further adequate steps if deemed necessary. Even though no legal consequences generally arise from a decision being declared unlawful, the Court considers that the HAC’s inability to formally quash the impugned decisions and the absence of rules as to the further progress of the disciplinary proceedings produces a substantial amount of uncertainty about what the real legal consequences of such judicial declarations are.

126. The judicial practice developed in this area could be indicative in this respect. The Government submitted copies of domestic court decisions in two cases. However, these examples show that after the HAC had declared the judges' dismissal unlawful, the claimants had had to institute separate proceedings for reinstatement. This material does not shed light on how disciplinary proceedings should be conducted (in particular, the steps which should be taken by the authorities involved after the impugned decisions have been declared unlawful and the time-limits for those steps to be taken) but squarely suggests that there is no automatic reinstatement in the post of judge exclusively on the basis of the HAC's declaratory decision. Therefore, the material provided indicates that the legal consequences arising from the HAC's review of such matters are limited and reinforces the Court's misgivings about the HAC's ability to handle the matter effectively and provide a sufficient review of the case.

127. Second, looking into the manner in which the HAC arrived at its decision in the applicant's case and the scope of the dispute, the Court notes that important arguments advanced by the applicant were not properly addressed by the HAC. In particular, the Court does not consider that the applicant's allegation of a lack of impartiality on the part of the members of the HCJ and of the Parliamentary Committee was examined with the requisite diligence. The Government's assertions in this respect are not convincing.

128. Furthermore, the HAC made no genuine attempt to examine the applicant's contention that the parliamentary decision on his dismissal had been incompatible with the Status of Members of Parliament Act 1992 and the Rules of Parliament, despite the fact that it had competence to do so (see Article 171-1 §§ 1 and 5 of the Code of Administrative Justice, cited in paragraph 62 above) and the applicant clearly raised the matter in his claim and submitted relevant evidence (see paragraphs 29 and 33 above). No assessment of the applicant's evidence was made by the HAC. Meanwhile, the applicant's allegation of the unlawfulness of the voting procedure in Parliament was further reinterpreted as a claim about the unconstitutionality of the relevant parliamentary resolution. By proceeding in this manner, the HAC avoided dealing with the issue in favour of the Constitutional Court, to which the applicant had no direct access (see *Bogatova v. Ukraine*, no. 5231/04, § 13, 7 October 2010, with further references).

129. Therefore, the Court considers that the review of the applicant's case by the HAC was not sufficient and thus could not neutralise the defects regarding procedural fairness at the previous stages of the domestic proceedings.

(β) As to the requirements of independence and impartiality at the stage of the HAC's review

130. The Court observes that the judicial review was performed by judges of the HAC who were also under the disciplinary jurisdiction of the HCJ. This means that these judges could also be subjected to disciplinary proceedings before the HCJ. Having regard to the extensive powers of the HCJ with respect to the careers of judges (appointment, disciplining and dismissal) and the lack of safeguards for the HCJ's independence and impartiality (as examined above), the Court is not persuaded that the judges of the HAC considering the applicant's case, to which the HCJ was a party, were able to demonstrate the "independence and impartiality" required by Article 6 of the Convention.

*(iii) Conclusion*

131. Accordingly, the Court holds that the domestic authorities failed to ensure an independent and impartial determination of the applicant's case and that the subsequent review of his case did not put those defects right. There has therefore been a violation of Article 6 § 1 of the Convention in this respect.

*2. Compliance with the principle of legal certainty as regards the absence of a limitation period for the proceedings against the applicant*

**(a) The parties' submissions**

132. The applicant complained that the proceedings before the HCJ had been unfair, in that they had not been carried out pursuant to the procedure envisaged by Chapter 4 of the HCJ Act 1998, which offered a set of important procedural guarantees, including limitation periods for disciplinary penalties. At the same time, the reasons given by the HAC for applying a different procedure had not been sufficient.

133. The applicant maintained that the application of a limitation period in his case had been important to ensure the principle of legal certainty. Having failed to apply any limitation period to his case, the State authorities had breached his right to a fair trial.

134. The Government contested this complaint and submitted that the legal status of a judge entailed both the guarantees of his independence in administering justice and the possibility of holding him liable for a failure to perform his duties. As a "breach of oath" was a serious offence, time-limits for holding the applicant liable could not be applied.

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

135. The Court notes that the applicant's disagreement with the chosen procedure is a question of interpretation of domestic law, which is primarily a matter for the national authorities. However, the Court is required to verify whether the way in which domestic law is interpreted and applied produces consequences that are consistent with the principles of the Convention, as interpreted in the light of the Court's case-law (see *Scordino v. Italy (no. 1)* [GC], no. 36813/97, §§ 190-91, ECHR 2006-V).

136. The Court considers that the HAC gave sufficient reasons why the process was conducted under a different procedure from that cited by the applicant (see paragraph 37 above). The application of the different procedure cannot be viewed as unforeseeable, arbitrary or manifestly unreasonable. The question remains, however, whether the alleged absence of the particular safeguard relied upon by him, namely the absence of a limitation period for imposing a disciplinary penalty for a "breach of oath" by a judge, affected the fairness of the proceedings.

137. The Court has held that limitation periods serve several important purposes, namely to ensure legal certainty and finality, protect potential defendants from stale claims which might be difficult to counter and prevent any injustice which might arise if courts were required to decide upon events which took place in the distant past on the basis of evidence which might have become unreliable and incomplete because of the passage of time (see *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, 22 October 1996, § 51, *Reports* 1996-IV). Limitation periods are a common feature of the domestic legal systems of the Contracting States as regards criminal, disciplinary and other offences.

138. As to the applicant's case, the facts examined by the HCJ in 2010 dated back to 2003 and 2006 (see paragraphs 17-18 above). The applicant was therefore placed in a difficult position, as he had to mount his defence with respect to events, some of which had occurred in the distant past.

139. It appears from the HAC's decision in the applicant's case and the Government's submissions that domestic law does not provide for any time bars on proceedings for dismissal of a judge for "breach of oath". While the Court does not find it appropriate to indicate how long the limitation period should be, it considers that such an open-ended approach to disciplinary cases involving the judiciary poses a serious threat to the principle of legal certainty.

140. In these circumstances, the Court finds that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention in this respect.

3. *Compliance with the principle of legal certainty during the plenary meeting of Parliament*

(a) **The parties' submissions**

141. The applicant complained that Parliament had adopted the decision on his dismissal in manifest breach of the law by abusing the electronic voting system. He asserted that during the plenary vote on his dismissal certain MPs had unlawfully cast votes belonging to other MPs who had not been there. In support of this complaint, the applicant referred to the video of the proceedings at the plenary meeting of Parliament and to the statements of four MPs certified by a notary.

142. The Government maintained that the parliamentary decision on the applicant's dismissal had been lawful and the evidence adduced by the applicant to the contrary could not be considered reliable as its veracity had not been assessed by the domestic authorities.

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

143. The Court has held that procedural rules are designed to ensure the proper administration of justice and compliance with the principle of legal certainty, and that litigants must be entitled to expect those rules to be applied. The principle of legal certainty applies not only in respect of litigants but also in respect of the national courts (see *Diya 97 v. Ukraine*, no. 19164/04, § 47, 21 October 2010, with further references). The principle is equally applicable to the procedures used for dismissing the applicant, including the decision-making process at the plenary meeting of Parliament.

144. The Court notes that the facts underpinning this complaint are confirmed by the statements of the applicant, who observed the plenary vote, by the certified statements of four MPs and by the video of the proceedings. The Government did not put forward any plausible argument putting in doubt the veracity of these pieces of evidence. For its part, the Court finds no reason to consider this evidentiary material unreliable.

145. Having examined the above-mentioned material, the Court finds that the decision on the applicant's dismissal was voted on in the absence of the majority of the MPs. The MPs present deliberately and unlawfully cast multiple votes belonging to their absent peers. The decision was therefore taken in breach of Article 84 of the Constitution, section 24 of the Status of Members of Parliament Act 1992 and Rule 47 of the Rules of Parliament, requiring that MPs should personally participate in meetings and votes. In these circumstances, the Court considers that the vote on the

applicant's dismissal undermined the principle of legal certainty, in breach of Article 6 § 1 of the Convention.

146. As noted above, this defect in procedural fairness was not remedied at the subsequent stage of the proceedings, as the HAC failed to deal with this issue in a proper manner.

147. There has therefore been a violation of Article 6 § 1 of the Convention in this respect.

#### 4. *Compliance with the principle of a "tribunal established by law"*

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

148. The applicant complained that his case had not been heard by a "tribunal established by law". With regard to the chamber of the HAC which had heard his case, the applicant contended that by the time the president of the HAC had set up that chamber and had made proposals for its individual composition, his term of office had expired and he had therefore been occupying his administrative post without any legal basis.

149. The Government submitted that after the expiry of his term of office, the president of the HAC had to be dismissed. However, in the absence of any procedure for the dismissal of a judge from an administrative post, any actions concerning his dismissal would not have been legal. They further argued that the authority of the president of the HAC to remain in that post had been supported by the decision of the Conference of Judges of the Administrative Courts.

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

150. According to the Court's case-law, the object of the term "established by law" in Article 6 of the Convention is to ensure "that the judicial organisation in a democratic society [does] not depend on the discretion of the Executive, but that it [is] regulated by law emanating from Parliament". Nor, in countries where the law is codified, can organisation of the judicial system be left to the discretion of the judicial authorities, although this does not mean that the courts will not have some latitude to interpret the relevant national legislation (see *Fruni v. Slovakia*, no. 8014/07, § 134, 21 June 2011, with further references).

151. The phrase "established by law" covers not only the legal basis for the very existence of a "tribunal" but also the composition of the bench in each case (see *Buscarini v. San Marino* (dec.), no. 31657/96, 4 May 2000, and *Posokhov v. Russia*, no. 63486/00, § 39, ECHR 2003-IV). The practice of tacit extension of judges' terms of office for an indefinite period after the

expiry of their statutory term of office until they were reappointed has been found to violate the principle of a “tribunal established by law” (see *Gurov v. Moldova*, no. 36455/02, §§ 37-39, 11 July 2006).

152. As to the instant case, it should be noted that, by virtue of Article 171-1 of the Code of Administrative Justice, the applicant’s case could be heard exclusively by a special chamber of the HAC. Under section 41 of the Judicial System Act 2002, this special chamber had to be set up by a decision of the president of the HAC; the personal composition of that chamber was defined by the president, with further approval by the Presidium of that court. However, by the time this was undertaken in the present case, the president’s five-year term of office had expired.

153. In that period of time, the procedure for appointing presidents of the courts was not regulated by domestic law: the relevant provisions of section 20 of the Judicial System Act 2002 had been declared unconstitutional and new provisions had not yet been introduced by Parliament (see paragraphs 41 and 49 above). Different domestic authorities had expressed their opinions as to that legal situation. For example, the Council of Judges of Ukraine, a higher body of judicial self-governance, considered that the matter had to be resolved on the basis of section 41 § 5 of the Judicial System Act 2002 and that the First Deputy President of the HAC, Judge S., was required to perform the duties of president of that court (see paragraph 51 above), while the General Prosecutor’s Office took a different view on the matter (see paragraph 52 above).

154. Accordingly, such an important issue as the appointment of the presidents of the courts was relegated to the level of domestic practice, which turned out to be a matter of serious controversy among the authorities. It appears that Judge P. continued to perform the duties of the president of the HAC beyond the statutory time-limit, relying essentially on the fact that procedures for (re)appointment had not been provided for by the laws of Ukraine, while the legislative basis for his authority to act as president of the HAC was not sufficiently established.

155. Meanwhile, during that period Judge P., acting as president of the HAC, constituted the chamber which considered the applicant’s case and made proposals for the individual composition of that chamber.

156. In these circumstances, the Court cannot conclude that the chamber dealing with the applicant’s case was set up and composed in a legitimate way satisfying the requirements of a “tribunal established by law”. There has therefore been a violation of Article 6 § 1 of the Convention in this respect.

### *5. Other violations of Article 6 § 1 of the Convention*

157. The applicant further complained that the decisions in his case had been taken without a proper assessment of the evidence and important arguments raised by the defence had not been properly addressed; the absence of sufficient competence on the part of the HAC to review the acts adopted by the HCJ had run counter to his “right to a court”; and the principle of equality of arms had not been respected.

158. The Government contested those allegations.

159. Having regard to the above considerations and conclusions under Article 6 § 1 of the Convention, the Court finds no separate issue in respect of the present complaints. It is therefore unnecessary to examine these complaints.

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

160. The applicant complained that his dismissal from the post of judge had amounted to an interference with his private and professional life which was incompatible with Article 8 of the Convention.

161. Article 8 of the Convention provides:

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

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

### **A. Admissibility**

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

### **B. Merits**

#### *1. The parties' submissions*

163. The applicant contended that there had been interference with his private life as a result of his dismissal from the post of judge of the Supreme Court. That interference had not been lawful, as the grounds for liability for “breach of oath” had been drafted too vaguely; domestic law had not provided for any limitation periods that were applicable to the dismissal proceedings and had thus not provided adequate safeguards

against abuse and arbitrariness; moreover, it had not set out an appropriate scale of sanctions for disciplinary liability ensuring its application on a proportionate basis. For those reasons, it had not been compatible with the requirements of the “quality of law”. The applicant further asserted that the interference in question had not been necessary in the circumstances of the case.

164. The Government admitted that the removal of the applicant from office had constituted an interference with his right to respect for his private life within the meaning of Article 8 of the Convention. However, the measure had been justified under the second paragraph of Article 8 of the Convention. In particular, the dismissal had been carried out on the basis of domestic law which had been sufficiently foreseeable and accessible. In addition, the measure had been necessary in the circumstances of the case.

## 2. *The Court’s assessment*

### (a) **Whether there was an interference**

165. The parties agreed that there had been an interference with the applicant’s right to respect for his private life. The Court finds no reason to hold otherwise. It notes that private life “encompasses the right for an individual to form and develop relationships with other human beings, including relationships of a professional or business nature” (see *C. v. Belgium*, 7 August 1996, § 25, *Reports* 1996-III). Article 8 of the Convention “protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world” (see *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III). The notion of “private life” does not exclude in principle activities of a professional or business nature. It is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant opportunity to develop relationships with the outside world (see *Niemietz v. Germany*, 16 December 1992, § 29, Series A no. 251-B). Therefore, restrictions imposed on access to a profession have been found to affect “private life” (see *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, nos. 55480/00 and 59330/00, § 47, ECHR 2004-VIII, and *Bigaeva v. Greece*, no. 26713/05, §§ 22-25, 28 May 2009). Likewise, dismissal from office has been found to interfere with the right to respect for private life (see *Özpınar v. Turkey*, no. 20999/04, §§ 43-48, 19 October 2010). Finally, Article 8 deals with the issues of protection of honour and reputation as part of the right to respect for private life (see *Pfeifer v. Austria*, no. 12556/03, § 35, 15 November 2007, and *A. v. Norway*, no. 28070/06, §§ 63-64, 9 April 2009).

166. The dismissal of the applicant from the post of judge affected a wide range of his relationships with other persons, including relationships of a professional nature. Likewise, it had an impact on his “inner circle” as the loss of his job must have had tangible consequences for the material well-being of the applicant and his family. Moreover, the reason for the applicant’s dismissal, namely breach of the judicial oath, suggests that his professional reputation was affected.

167. It follows that the applicant’s dismissal constituted an interference with his right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention.

**(b) Whether the interference was justified**

168. The Court next has to examine whether the interference satisfied the conditions of paragraph 2 of Article 8.

*(i) General principles concerning the lawfulness of interference*

169. The expression “in accordance with the law” requires, firstly, that the impugned measure should have some basis in domestic law. Secondly, it refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned, who must moreover be able to foresee its consequences for him, and compatible with the rule of law (see, among other authorities, *Kopp v. Switzerland*, 25 March 1998, § 55, *Reports* 1998-II).

170. The phrase thus implies, *inter alia*, that domestic law must be sufficiently foreseeable in its terms to give individuals an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which the authorities are entitled to resort to measures affecting their rights under the Convention (see *C.G. and Others v. Bulgaria*, no. 1365/07, § 39, 24 April 2008). The law must, moreover, afford a degree of legal protection against arbitrary interference by the authorities. The existence of specific procedural safeguards is material in this context. What is required by way of safeguard will depend, to some extent at least, on the nature and extent of the interference in question (see *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, no. 44787/98, § 46, ECHR 2001-IX).

*(ii) Compliance with domestic law*

171. The Court has found (see paragraph 145 above) that the parliamentary vote on the decision to remove the applicant from office was not lawful in terms of domestic law. This conclusion in itself would be sufficient for the Court to establish that the interference with the applicant’s right to respect for his private life was not in accordance with the law within the meaning of Article 8 of the Convention.

172. Nevertheless, the Court finds it appropriate to examine the complaint further and establish whether the requirements of the “quality of law” were met.

(iii) *Compliance with the requirements of the “quality of law”*

173. In their submissions under this head, the parties disputed the issue of the foreseeability of the applicable law. In this regard, the Court observes that until 15 May 2010 the substantive law did not contain any description of the offence of “breach of oath”. The basis for construing the scope of that offence was inferred from the text of the judicial oath, provided for in section 10 of the Status of Judges Act 1992<sup>7</sup> and reading as follows: “I solemnly declare that I will honestly and rigorously perform the duties of judge, abide only by the law when administering justice, and be objective and fair”.

174. The Court notes that the text of the judicial oath offered wide discretion in interpreting the offence of “breach of oath”. The new legislation now specifically deals with the external elements of that offence (see section 32 of the HCJ Act 1998, as amended, paragraph 72 above). While the new legislation did not apply to the applicant’s case, it is relevant to note that the specification of “breach of oath” in that section still provides the disciplinary authority with wide discretion on this issue (see also the relevant extract from the opinion of the Venice Commission cited in paragraph 79 above).

175. However, the Court recognises that in certain areas it may be difficult to frame laws with high precision and that a certain degree of flexibility may even be desirable to enable the national courts to develop the law in the light of their assessment of what measures are necessary in the particular circumstances of each case (see *Goodwin v. the United Kingdom*, 27 March 1996, § 33, *Reports* 1996-II). It is a logical consequence of the principle that laws must be of general application that the wording of statutes is not always precise. The need to avoid excessive rigidity and to keep pace with changing circumstances means that many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague. The interpretation and application of such enactments depend on practice (see *Gorzelik and Others v. Poland* [GC], no. 44158/98, § 64, ECHR 2004-I).

176. These qualifications, imposing limits on the requirement of precision of statutes, are particularly relevant to the area of disciplinary law. Indeed, as far as military discipline is concerned, the Court has held that it would scarcely be possible to draw up rules describing different types

7. Rectified on 9 April 2013: the text was formerly “the Judicial System Act 2002”.

of conduct in detail. It may therefore be necessary for the authorities to formulate such rules more broadly (see *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria*, 19 December 1994, § 31, Series A no. 302).

177. The experience of other States suggests that the grounds for the disciplinary liability of judges are usually couched in general terms, while the examples of detailed statutory regulation of that matter do not necessarily prove the adequacy of the legislative technique employed and the foreseeability of that area of law (see paragraph 82 above).

178. Therefore, in the context of disciplinary law, there should be a reasonable approach in assessing statutory precision, as it is a matter of objective necessity that the *actus reus* of such offences should be worded in general language. Otherwise, the statute may not deal with the issue comprehensively and will require constant review and updating according to the numerous new circumstances arising in practice. It follows that a description of an offence in a statute, based on a list of specific behaviours but aimed at general and uncountable application, does not provide a guarantee for addressing properly the matter of the foreseeability of the law. The other factors affecting the quality of legal regulation and the adequacy of the legal protection against arbitrariness should be identified and examined.

179. In this connection, the Court notes that it has found the existence of specific and consistent interpretational practice concerning the legal provision in issue to constitute a factor leading to the conclusion that the provision was foreseeable as to its effects (see *Goodwin*, cited above, § 33). While this conclusion was made in the context of a common-law system, the interpretational role of adjudicative bodies in ensuring the foreseeability of legal provisions cannot be underestimated in civil-law systems. It is precisely for those bodies to construe the exact meaning of general provisions of law in a consistent manner and dissipate any interpretational doubts (see, *mutatis mutandis*, *Gorzelik and Others*, cited above, § 65).

180. As to the present case, there is no indication that at the time of the determination of the applicant's case there were any guidelines or practice establishing a consistent and restrictive interpretation of the notion of "breach of oath".

181. The Court further considers that the requisite procedural safeguards had not been put in place to prevent arbitrary application of the relevant substantive law. In particular, domestic law did not set out any time-limits for initiating and conducting proceedings against a judge for a "breach of oath". The absence of any limitation periods, as discussed above under Article 6 of the Convention, made the discretion of the disciplinary authorities open-ended and undermined the principle of legal certainty.

182. Moreover, domestic law did not set out an appropriate scale of sanctions for disciplinary offences and did not develop rules ensuring their application in accordance with the principle of proportionality. At the time when the applicant's case was determined, only three sanctions for disciplinary wrongdoing existed: reprimand, downgrading of qualification class, and dismissal. These three types of sanction left little room for disciplining a judge on a proportionate basis. Thus, the authorities were given limited opportunities to balance the competing public and individual interests in the light of each individual case.

183. It is worth noting that the principle of proportionate application of disciplinary sanctions on judges is directly cited in paragraph 5.1 of the European Charter on the statute for judges (see paragraph 78 above), and that certain States have set up a more detailed hierarchy of sanctions to meet this principle (see paragraph 82 above).

184. Finally, the most important counterbalance against the inevitable discretion of a disciplinary body in this area would be the availability of an independent and impartial review. However, domestic law did not lay down an appropriate framework for such a review and, as discussed earlier, it did not prove to be available to the applicant.

185. Accordingly, the absence of any guidelines and practice establishing a consistent and restrictive interpretation of the offence of "breach of oath" and the lack of appropriate legal safeguards resulted in the relevant provisions of domestic law being unforeseeable as to their effects. Against this background, it could well be assumed that almost any misbehaviour by a judge occurring at any time during his or her career could be interpreted, if desired by a disciplinary body, as a sufficient factual basis for a disciplinary charge of "breach of oath" and lead to his or her removal from office.

*(iv) Conclusion*

186. In the light of the above considerations, the Court concludes that the interference with the applicant's right to respect for his private life was not lawful: the interference was not compatible with domestic law and, moreover, the applicable domestic law failed to satisfy the requirements of foreseeability and provision of appropriate protection against arbitrariness.

187. There has therefore been a violation of Article 8 of the Convention.

### III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION

188. The applicant further complained that he had had no effective remedies in respect of his unlawful dismissal. He relied on Article 13 of the Convention, which provides as follows:

“Everyone whose rights and freedoms as set forth in this 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.”

189. Having examined the parties’ submissions under this head, the Court considers that the complaint is admissible. However, given the Court’s findings under Article 6 of the Convention, the present complaint does not give rise to any separate issue (see *Brualla Gómez de la Torre v. Spain*, 19 December 1997, § 41, *Reports* 1997-VIII).

190. Consequently, the Court holds that it is not necessary to examine the complaint under Article 13 of the Convention separately.

#### IV. APPLICATION OF ARTICLES 41 AND 46 OF THE CONVENTION

191. 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.”

192. Article 46 of the Convention provides:

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

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

...”

#### **A. Indication of general and individual measures**

##### *1. General principles*

193. In the context of the execution of judgments in accordance with Article 46 of the Convention, a judgment in which the Court finds a breach of the Convention imposes on the respondent State a legal obligation under that provision to put an end to the breach and to make reparation for its consequences in such a way as to restore as far as possible the situation existing before the breach. If, on the other hand, national law does not allow, or allows only partial reparation to be made for the consequences of the breach, Article 41 empowers the Court to afford the injured party such satisfaction as appears to it to be appropriate. It follows, *inter alia*, that a judgment in which the Court finds a violation of the Convention or its Protocols imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, but also to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the

general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in its domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and make all feasible reparation for its consequences in such a way as to restore as far as possible the situation existing before the breach (see *Maestri v. Italy* [GC], no. 39748/98, § 47, ECHR 2004-I; *Assanidze v. Georgia* [GC], no. 71503/01, § 198, ECHR 2004-II; and *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], no. 48787/99, § 487, ECHR 2004-VII).

194. The Court reiterates that its judgments are essentially declaratory in nature and that, in general, it is primarily for the State concerned to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the means to be used in its domestic legal order to discharge its obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court's judgment (see, among other authorities, *Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, § 210, ECHR 2005-IV; *Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 249, ECHR 2000-VIII; and *Brumărescu v. Romania* (just satisfaction) [GC], no. 28342/95, § 20, ECHR 2001-I). This discretion as to the manner of execution of a judgment reflects the freedom of choice attached to the primary obligation of the Contracting States to secure the rights and freedoms guaranteed under the Convention (Article 1) (see *Papamichalopoulos and Others v. Greece* (Article 50), 31 October 1995, § 34, Series A no. 330-B).

195. However, exceptionally, with a view to helping the respondent State to fulfil its obligations under Article 46, the Court will seek to indicate the type of measure that might be taken in order to put an end to a violation it has found to exist. In such circumstances, it may propose various options and leave the choice of measure and its implementation to the discretion of the State concerned (see, for example, *Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, § 194, ECHR 2004-V). In certain cases, the nature of the violation found may be such as to leave no real choice as to the measures required to remedy it and the Court may decide to indicate a specific measure (see, for example, *Assanidze*, cited above, §§ 202-03; *Aleksanyan v. Russia*, no. 46468/06, § 240, 22 December 2008; and *Fatullayev v. Azerbaijan*, no. 40984/07, §§ 176-77, 22 April 2010).

## 2. *As to the present case*

### (a) **General measures**

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

196. The applicant submitted that his case evidenced fundamental systemic problems in the Ukrainian legal system arising from the State's

failure to respect the principle of the separation of powers; these systemic problems required the application of Article 46 of the Convention. He argued that the problems disclosed in the present case spoke to the necessity of amending the relevant area of domestic legislation. In particular, amendments had to be introduced to the Constitution and the HCJ Act 1998 concerning the principles of composition of the HCJ and the procedures for the appointment and dismissal of judges, and to the Code of Administrative Justice as regards the jurisdiction and powers of the HAC.

197. The Government disagreed and submitted that applicable domestic law had significantly changed since the time the applicant's case had been determined by the domestic authorities. In particular, the amendments of 7 July 2010 to the HCJ Act 1998 had provided that the number of judges participating in the HCJ would increase and eventually constitute the majority of that body (see paragraph 68 above). In June 2012 the HCJ Act 1998 had been further amended to provide that preliminary inquiries instigated by the prosecutor's office should not be carried out by a member of the HCJ who had been or continued to be a prosecutor.

198. The Government further pointed out that the role of Parliament in the procedure for the dismissal of a judge had been diminished, as there was no longer a requirement for a review of the case by a parliamentary committee or for any other form of parliamentary inquiry.

*(ii) The Court's assessment*

199. The Court notes that the present case discloses serious systemic problems as regards the functioning of the Ukrainian judiciary. In particular, the violations found in the case suggest that the system of judicial discipline in Ukraine has not been organised in a proper way, as it does not ensure sufficient separation of the judiciary from other branches of State power. Moreover, it does not provide appropriate guarantees against abuse and misuse of disciplinary measures to the detriment of judicial independence, the latter being one of the most important values underpinning the effective functioning of democracies.

200. The Court considers that the nature of the violations found suggests that for the proper execution of the present judgment the respondent State would be required to take a number of general measures aimed at reforming the system of judicial discipline. These measures should include legislative reform involving the restructuring of the institutional basis of the system. Furthermore, these measures should entail the development of appropriate forms and principles of coherent application of domestic law in this field.

201. As regards the Government's contentions that they had already put in place certain safeguards in this area, the Court notes that the legislative

amendments of 7 July 2010 did not have immediate effect and the recomposition of the HCJ will have to take place gradually in the future. In any event, the Court has noted that these amendments do not in fact resolve the specific issue of the composition of the HCJ (see paragraph 112 above). As to the other legislative amendments outlined by the Government, the Court does not consider that they substantially address the whole range of the problems it has identified in the context of this case. There are many issues, as discussed in the reasoning part of this judgment, indicating defects in the domestic legislation and practice in this area. In sum, the legislative steps mentioned by the Government do not resolve the problems of systemic dysfunctions in the legal system disclosed by the present case.

202. Therefore, the Court considers it necessary to stress that Ukraine must urgently put in place the general reforms in its legal system outlined above. In so doing, the Ukrainian authorities should have due regard to this judgment, the Court's relevant case-law and the Committee of Ministers' relevant recommendations, resolutions and decisions.

**(b) Individual measures**

*(i) The parties' submissions*

203. The applicant argued that the most appropriate form of individual redress would be his reinstatement or the restoration of his employment. In the alternative, he requested that the Court oblige the respondent State to reopen the domestic proceedings.

204. The Government submitted that there was no need for any specific orders concerning individual redress, as these matters would be properly dealt with by the Government in cooperation with the Committee of Ministers.

*(ii) The Court's assessment*

205. The Court has established that the applicant was dismissed in violation of the fundamental principles of procedural fairness enshrined in Article 6 of the Convention, such as the principles of an independent and impartial tribunal, legal certainty and the right to be heard by a tribunal established by law. The applicant's dismissal has also been found to be incompatible with the requirements of lawfulness under Article 8 of the Convention. The dismissal of the applicant, a judge of the Supreme Court, in manifest disregard of the above principles of the Convention, could be viewed as a threat to the independence of the judiciary as a whole.

206. The question therefore arises as to what individual measures would be the most appropriate to put an end to the violations found in the present

case. In many cases where the domestic proceedings were found to be in breach of the Convention, the Court has held that the most appropriate form of reparation for the violations found could be the reopening of the domestic proceedings (see, for example, *Huseyn and Others v. Azerbaijan*, nos. 35485/05, 45553/05, 35680/05 and 36085/05, § 262, 26 July 2011, with further references). In so doing, the Court has specified this measure in the operative part of the judgment (see, for example, *Lungoci v. Romania*, no. 62710/00, 26 January 2006, and *Ajdarić v. Croatia*, no. 20883/09, 13 December 2011).

207. Having regard to the above conclusions as to the necessity of introducing general measures for reforming the system of judicial discipline, the Court does not consider that the reopening of the domestic proceedings would constitute an appropriate form of redress for the violations of the applicant's rights. There are no grounds to assume that the applicant's case would be retried in accordance with the principles of the Convention in the near future. In these circumstances, the Court sees no point in indicating such a measure.

208. Having said that, the Court cannot accept that the applicant should be left in a state of uncertainty as regards the way in which his rights should be restored. The Court considers that by its very nature the situation found to exist in the instant case does not leave any real choice as to the individual measures required to remedy the violations of the applicant's Convention rights. Having regard to the very exceptional circumstances of the case and the urgent need to put an end to the violations of Articles 6 and 8 of the Convention, the Court holds that the respondent State shall secure the applicant's reinstatement to the post of judge of the Supreme Court at the earliest possible date.

## **B. Damage**

### *1. Pecuniary damage*

209. The applicant claimed that as a result of the unfair proceedings brought against him which had resulted in his dismissal as a Supreme Court judge, he had been denied his entitlement to the salary of a Supreme Court judge, a salary allowance, and a judicial pension. The applicant provided a detailed calculation of his claim for pecuniary damage, which amounted to 11,720,639.86 Ukrainian hryvnias (UAH) or 1,107,255.87 euros (EUR).

210. The Government contested this claim and submitted that it was speculative, exorbitant and unsubstantiated.

211. In the circumstances of the present case, the Court considers that the question of compensation for pecuniary damage is not ready for decision.

That question must accordingly be reserved and the subsequent procedure fixed, having due regard to any agreement which might be reached between the Government and the applicant (Rule 75 §§ 1 and 4 of the Rules of Court).

## *2. Non-pecuniary damage*

212. The applicant claimed that as a result of his unfair dismissal, he had suffered considerable distress and frustration which could not be sufficiently redressed by the findings of violations. He sought an award of just satisfaction for non-pecuniary damage in the amount of EUR 20,000.

213. The Government contended that the claim in respect of non-pecuniary damage had been unsubstantiated.

214. The Court considers that the applicant must have suffered distress and anxiety on account of the violations found. Ruling on an equitable basis, as required by Article 41 of the Convention, it awards the applicant EUR 6,000 in respect of non-pecuniary damage.

## **C. Costs and expenses**

215. The applicant also claimed 14,945.81 pounds sterling (GBP) for costs and expenses incurred before the Court between 23 March and 20 April 2012. The claim consisted of legal fees for the applicant's representatives in London (Mr Philip Leach and Ms Jane Gordon), who had spent eighty-two hours and forty minutes working on the case in that period; a fee for the European Human Rights Advocacy Centre (EHRAC) support officer; administrative expenses; and translation costs.

216. In his additional submissions on this topic, the applicant claimed GBP 11,154.95 for costs and expenses incurred in connection with the hearing of 12 June 2012. The claim included legal fees for the applicant's representatives, who had spent sixty-nine hours and thirty minutes working on the case; a fee for the EHRAC support officer; administrative disbursements; and translation costs.

217. The applicant asked that any award under this head be paid directly into the bank account of the EHRAC.

218. The Government argued that the applicant had failed to show that the costs and expenses had been necessarily incurred. Moreover, they had not been properly substantiated.

219. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum. In the present case, regard being had to the documents in its possession and the above criteria, the Court considers it reasonable to award

the sum of EUR 12,000 covering costs under all heads. The amount shall be paid directly into the bank account of the applicant's representatives.

#### **D. Default interest**

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

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

1. *Declares* the remainder of the application admissible;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention as regards the principles of an independent and impartial tribunal;
3. *Holds* that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention as regards the principle of legal certainty and the absence of a limitation period for the proceedings against the applicant;
4. *Holds* that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention as regards the principle of legal certainty and the dismissal of the applicant at the plenary meeting of Parliament;
5. *Holds* that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention as regards the principle of a "tribunal established by law";
6. *Holds* that there is no need to examine the remaining complaints under Article 6 § 1 of the Convention;
7. *Holds* that there has been a violation of Article 8 of the Convention;
8. *Holds* that there is no need to examine the complaint under Article 13 of the Convention;
9. *Holds* that Ukraine shall secure the applicant's reinstatement to the post of judge of the Supreme Court at the earliest possible date;
10. *Holds* that, as regards pecuniary damage resulting from the violations found, the question of just satisfaction is not ready for decision and accordingly,
  - (a) *reserves* this question;
  - (b) *invites* the Government and the applicant to submit, within three months from the date of notification of this judgment, their written observations on this question and, in particular, to notify the Court of any agreement that they may reach;
  - (c) *reserves* the further procedure and *delegates* to the President of the Chamber the power to fix the same if need be;

11. *Holds*

(a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts:

(i) EUR 6,000 (six thousand euros), plus any tax that may be chargeable, to be converted into Ukrainian hryvnias at the rate applicable at the date of settlement, 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, to be paid into the bank account of the applicant's representatives;

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

12. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction in respect of non-pecuniary damage and costs and expenses.

Done in English, and notified at a public hearing on 9 January 2013 at the Human Rights Building in Strasbourg, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Claudia Westerdiek  
Registrar

Dean Spielmann  
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the separate opinion of Judge Yudkivska is annexed to this judgment.

D.S.  
C.W.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE YUDKIVSKA

I voted for point 9 of the operative part of the judgment, requiring Ukraine to secure the applicant's reinstatement to the post of Supreme Court judge, although as national judge I realise the difficulties the authorities will face in executing this part of the judgment.

When Mr Volkov was dismissed in June 2010, the number of judges in the Supreme Court of Ukraine was a rather flexible figure, regulated by section 48 of the Judicial System Act 2002, according to which it was to be established by decree of the President of Ukraine upon recommendation of the President of the Supreme Court, agreed with the Council of Judges. Thus, by virtue of Presidential Decree No. 1427/2005 of 7 October 2005 on the number of judges of the Supreme Court of Ukraine, in 2005-10 the Supreme Court consisted of ninety-five judges.

In July 2010 the new Act on the Judicial System and the Status of Judges came into force, and section 39 of the Act provides in an unequivocal manner that the Supreme Court of Ukraine consists of forty-eight judges. This figure is constant. Thus, if there is no vacancy at the SCU at the moment, it appears that the applicant's reinstatement "at the earliest possible date", referred to in paragraph 208 and point 9 of the operative part, will become feasible only when one of the serving judges of the Supreme Court retires or leaves the court for another reason or the relevant legislation changes.

Still, even in these circumstances, I remain convinced that the proposed approach, although it seemed to be rather proactive, was justified.

The Court's practice of ordering specific remedies for violations of the Convention provisions has a long history. The *Travaux préparatoires* of the old Article 50 of the Convention demonstrate that the initial idea of a powerful Court entitled to order a wide range of "penal, administrative or civil sanctions" was not accepted. The wording of the old Article 50 that was finally adopted suggests that the primary obligation to provide reparation remains with the State, and the Court has a subsidiary role to grant it when a victim is unable to obtain it under the internal law.

Yet in 1972, in the famous "Vagrancy" case, the Court recognised that "No doubt, the treaties from which the text of Article 50 was borrowed had more particularly in view cases where the nature of the injury would make it possible to *wipe out entirely the consequences of a violation* but where the internal law of the State involved precludes this being done"<sup>1</sup>.

In *Piersack v. Belgium* the Court stated that it would "proceed from the principle that the applicant should as far as possible be put in the position he

1. *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium* (Article 50), 10 March 1972, § 20, Series A no. 14.

would have been in had the requirements of Article 6 not been disregarded<sup>2</sup>, thus stressing the primacy of the obligation to restore the *status quo ante*. The same primacy was further emphasised in the case of *Scozzari and Giunta v. Italy*: “under Article 41 of the Convention the purpose of awarding sums by way of just satisfaction is to provide reparation *solely* for damage suffered by those concerned to the extent that such events constitute a consequence of the violation *that cannot otherwise be remedied*”<sup>3</sup>.

Nevertheless, acknowledging its subsidiary role in the protection of human rights, for decades the Court remained rather reluctant to exercise its own power to order individual remedies, repeatedly stating that the finding of a violation in itself constituted just satisfaction or awarding a moderate amount of compensation. This reluctance was criticised both outside and inside the Court. As stated by Judge Bonello, “it is regrettable enough as it is, albeit understandable, that in the sphere of granting redress the Court, in its early days, imposed on itself the restriction of never ordering performance of specific remedial measures in favour of the victim. That exercise in judicial restraint has already considerably narrowed the spectrum of the Court’s effectiveness”<sup>4</sup>.

The Court applied the principle of *restitutio in integrum* for the first time in the landmark case of *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, concerning unlawful expropriation<sup>5</sup>. In so doing it was inspired by the judgment of the Permanent Court of International Justice (PCIJ) in the *Chorzów Factory* case, where the PCIJ held that “reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would in all probability have existed if that act had not been committed”<sup>6</sup>.

Since then the Court’s practice as regards requesting individual and general measures has progressed considerably. The pilot-judgment procedure represents the most significant step in the development of the Court’s remedial power, being an inevitable consequence of the sharp increase in its caseload and the need to ensure that the state of affairs that led to a violation in a case is improved. Today the Court no longer hesitates, where necessary, to indicate a wide range of concrete measures to a respondent State in order to guarantee full respect for human rights.

2. *Piersack v. Belgium* (Article 50), 26 October 1984, § 12, Series A no. 85.

3. *Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 250, ECHR 2000-VIII.

4. *Nikolova v. Bulgaria* [GC], no. 31195/96, § 58, ECHR 1999-II, separate opinion of Judge Bonello joined by Judge Maruste.

5. *Papamichalopoulos and Others v. Greece* (Article 50), 31 October 1995, § 38, Series A no. 330-B: “... the Court considers that the return of the land in issue ... would put the applicants as far as possible in a situation equivalent to the one in which they would have been if there had not been a breach of Article 1 of Protocol No. 1.”

6. *Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)* (Merits), PCIJ, Series A No. 17.

The principle of *restitutio in integrum* was extended to cases of unfair trial where the Court considered “that the most appropriate form of redress for a violation of Article 6 § 1 would be to ensure that the applicant, as far as possible, is *put in the position in which he would have been had this provision not been disregarded* ... Consequently, ... the most appropriate form of redress would be the retrial ...”<sup>7</sup>. Ordering a retrial was found “indispensable for the proper protection of human rights”.<sup>8</sup>

Further progress in the application of the *restitutio in integrum* principle relates to cases of ongoing unlawful deprivation of liberty, where the Court ordered the State to “secure the applicant’s release at the earliest possible date” as “by its very nature, the violation found in the instant case *does not leave any real choice* as to the measures required to remedy it”<sup>9</sup>. In some other cases, where prolonged pre-trial detention was found to be in breach of the requirements of Article 5 § 3 of the Convention and proceedings were still pending, the Court requested the respondent State “to conclude the criminal proceedings in issue as speedily as possible ... and to release the applicant pending the outcome of these proceedings”<sup>10</sup>.

Welcoming this “logical step forward from the above-mentioned restitution of property cases”, Judge Costa mentioned in his separate opinion in the case of *Assanidze v. Georgia* that “it would have been illogical and even immoral to leave Georgia with a choice of (legal) means, when the sole method of bringing arbitrary detention to an end is to release the prisoner”.

It thus follows that the choice of how to enforce the Court’s judgment remains with the State under the supervision of the Committee of Ministers, *unless* the violation found, *by its very nature, does not leave any choice as to the measures required to remedy it*.

Application of the principle of *restitutio in integrum*, whilst remaining the primary remedy for human rights violations, is naturally limited. Restoration of the *status quo ante* is impossible in the majority of cases, or extremely problematic. Article 35 of the International Law Commission’s Draft Articles on State Responsibility provides: “A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution (a) is not materially

7. *Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02, § 72, ECHR 2008.

8. *Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine*, no. 42310/04, § 297, 21 April 2011.

9. *Assanidze v. Georgia* [GC], no. 71503/01, §§ 202-03, ECHR 2004-II; see also *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], no. 48787/99, ECHR 2004-VII, and *Fatullayev v. Azerbaijan*, no. 40984/07, 22 April 2010.

10. *Şahap Doğan v. Turkey*, no. 29361/07, 27 May 2010, and *Yakışan v. Turkey*, no. 11339/03, 6 March 2007.

impossible; and (b) does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation.”

Thus, in the recent case of *Gladysheva v. Russia*, after carefully balancing the interests at stake and “having noted *the absence of a competing third-party interest or other obstacle* to the restitution of the applicant’s ownership”, the Court requested that the applicant “be put as far as possible in a situation equivalent to the one in which she would have been had there not been a breach of Article 8 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1”, and ordered “full restitution of the applicant’s title to the flat and the annulment of her eviction order”<sup>11</sup>.

In my view the present case represents quite an exceptional situation, where the nature of the violation found allows the restoration of the *status quo ante*, which is neither “materially impossible”, nor does it involve “a burden out of all proportion”. I subscribe to the conclusion of the majority that “the situation found to exist in the instant case does not leave any real choice as to the individual measures required to remedy the violations of the applicant’s Convention rights” (see paragraph 208 of the judgment).

For the first time the Court has ordered the reinstatement of a person whose dismissal was found to be contrary to the guarantees of the Convention. Such a remedy is not new or unknown to other international jurisdictions. For instance, the Inter-American Court of Human Rights has ordered it on several occasions<sup>12</sup>. The United Nations Human Rights Committee, which held that “reparation can involve restitution, rehabilitation and measures of satisfaction”<sup>13</sup>, thus putting restitution in first place, is another body which does not hesitate to order the reinstatement of those dismissed without adequate guarantees. In particular, the Committee’s order to reinstate sixty-eight judges whose dismissal was found to “constitute an attack on the independence of the judiciary”<sup>14</sup> is worth mentioning.

11. *Gladysheva v. Russia*, no. 7097/10, § 106, 6 December 2011.

12. For example, in the case of *Baena-Ricardo and others v. Panama* (IACtHR, 2 February 2001), concerning the arbitrary dismissal of 270 public officials, the court ordered the State to reassign the workers to their previous positions and pay them their unpaid salaries. Another example is the *Loayza Tamayo* case, Reparations (Article 63(1) of the American Convention on Human Rights), Judgment of 27 November 1998, IACtHR, (Ser. C) No. 42 (1998). It is to be noted, however, that unlike Article 41 of the ECHR, Article 63 of the ACHR clearly provides that “If the Court finds that there has been a violation of a right or freedom protected by this Convention ... It shall ... rule, if appropriate, that the consequences of the measure or situation that constituted the breach of such right or freedom be remedied ...”.

13. Human Rights Committee, General Comment No. 31, “The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant”, adopted on 29 March 2004.

14. *Busyo and Others v. Democratic Republic of Congo* ((2003) AHRLR 3 (HRC 2003)), concerning the dismissal of sixty-eight judges. The Committee requested their “reinstatement in the public service and in their posts, with all the consequences that that implies, or, if necessary, in similar posts” as well as

In the present case, the said individual measure is accompanied by the suggestion to the respondent State of general measures to reform the system of judicial discipline. Given the paramount importance of the independence of the judiciary, which lies at the heart of the whole system of human rights protection, the Court has made a careful analysis of the whole context of the problem before reaching a conclusion on the measures requested.

I am therefore persuaded that the order to reinstate the applicant to the post of Supreme Court judge is fully in keeping with the Court's role as a body empowered "to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and the Protocols thereto". It is also in compliance with the standards developed in international law.

---

"compensation calculated on the basis of an amount equivalent to the salary they would have received during the period of non-reinstatement".

OLEKSANDR VOLKOV c. UKRAINE  
*(Requête n° 21722/11)*

CINQUIÈME SECTION

ARRÊT DU 9 JANVIER 2013<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Défauts structurels dans le système de discipline judiciaire**

Les systèmes de discipline judiciaire doivent assurer une séparation suffisante du pouvoir judiciaire et des autres branches du pouvoir de l'État et fournir des garanties appropriées contre les abus et les détournements de mesures disciplinaires au détriment de l'indépendance de la justice (paragraphe 199 de l'arrêt): un nombre important des membres de l'organe disciplinaire devraient être eux-mêmes juges, le Procureur général devrait être exclu de cet organe, il devrait y avoir un délai de prescription pour l'introduction de procédures disciplinaires, et les sanctions disciplinaires devraient s'inscrire dans une échelle appropriée appliquée conformément au principe de proportionnalité (paragraphe 109, 114, 139 et 182 de l'arrêt). Il y a un risque d'incompatibilité avec l'indépendance et l'impartialité requises en vertu de l'article 6 de la Convention et avec le principe de la sécurité juridique découlant de cet article lorsque des parlementaires adoptent une décision contraignante sur la révocation d'un juge, en particulier s'ils ne sont pas tenus d'avoir la moindre expérience juridique ou judiciaire et si des irrégularités ont été commises lors du vote électronique (paragraphe 122 et 145 de l'arrêt). L'État défendeur peut être tenu de réintégrer à son poste dans les plus brefs délais un juge révoqué en violation des articles 6 et 8 (paragraphe 208 de l'arrêt).

**Article 6 § 1**

*Procédure civile – Défauts structurels dans le système de discipline judiciaire – Tribunal impartial – Tribunal indépendant – Composition des organes décidant de la révocation des juges – Séparation des pouvoirs entre les organes politiques de gouvernement et les organes judiciaires – Impartialité objective – Impartialité subjective – Parti pris – Une séance plénière du Parlement n'est pas le lieu approprié pour examiner des questions de fait et de droit – Contrôle juridictionnel insuffisant*

*Examen équitable de la cause – Absence de délai de prescription pour l'imposition de sanctions disciplinaires aux juges – Sécurité juridique – Irrégularités lors du vote électronique sur la décision de révocation d'un juge – Tribunal établi par la loi – Composition de la chambre ayant examiné l'affaire du requérant définie par un juge dont le mandat de président de la cour avait expiré*

**Article 8**

*Respect de la vie privée – Révocation d'un juge pour « rupture de serment » en l'absence d'une interprétation cohérente de cette notion et des garanties procédurales requises –*

---

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

*Prévu par la loi – Prévisibilité – Garanties contre les abus – Principe de l'application proportionnée des sanctions disciplinaires imposées aux juges – Défaut de contrôle juridictionnel indépendant et impartial*

#### **Article 46**

*Exécution de l'arrêt – Nécessité pour l'État défendeur de réformer le système de discipline judiciaire – Mesures de caractère général – Mesures individuelles – Requérant devant être réintégré à son poste de juge de la Cour suprême dans les plus brefs délais*

\*

\* \*

#### *En fait*

En 2003, le requérant fut élu juge à la Cour suprême d'Ukraine. En 2007, il fut élu président de la chambre militaire de cette cour. Toujours en 2007, il fut élu membre du Conseil supérieur de la magistrature. Cependant, il n'en devint finalement pas membre, le président de la commission parlementaire des affaires judiciaires (« la commission parlementaire ») ayant refusé de le laisser prêter serment. En 2008 et 2009, deux membres du Conseil supérieur de la magistrature – dont l'un en fut par la suite élu président – menèrent des investigations préliminaires sur d'éventuelles fautes professionnelles du requérant. Ils conclurent qu'il avait, notamment en 2003, contrôlé des décisions rendues par le frère de son épouse, et qu'il avait commis plusieurs violations procédurales graves, dont certaines dataient de 2006. À l'issue de ces investigations, le président du Conseil supérieur de la magistrature soumit au Parlement deux motions visant à la révocation du requérant de son poste de juge. En 2010, après avoir examiné ces motions ainsi qu'une recommandation de la commission parlementaire, le Parlement vota pour la révocation du requérant, pour « rupture de serment ». À cet égard, le requérant affirmait que, pendant le vote électronique, la majorité des parlementaires étaient absents, et que ceux qui étaient présents avaient utilisé les cartes de vote de leurs collègues absents. Il contesta sa révocation devant la Cour administrative supérieure. Celle-ci jugea régulière et fondée la décision prise par le Conseil supérieur de la magistrature sur le fondement de la demande de son président, mais estima que la décision qu'il avait prise sur le fondement des résultats de l'autre enquête était irrégulière car le requérant et son beau-frère n'étaient pas considérés comme parents en vertu de la législation en vigueur au moment des faits. Pour autant, elle refusa d'annuler les actes pris par le conseil dans cette affaire, au motif que les dispositions applicables ne l'habilitaient pas à prendre une telle mesure. Enfin, elle estima qu'il n'y avait eu de violation procédurale ni dans la procédure menée devant la commission parlementaire ni au Parlement.

*En droit*

## 1. Article 6 § 1 :

a) *Recevabilité* – Dans la détermination de l'affaire du requérant et l'adoption d'une décision contraignante, le Conseil supérieur de la magistrature, la commission parlementaire et le Parlement siégeant en séance plénière ont, ensemble, exercé une fonction judiciaire. La décision contraignante de révocation du requérant a ensuite été contrôlée par la Cour administrative supérieure, juridiction ordinaire de l'ordre judiciaire interne. On ne peut donc pas conclure que le droit national ait « expressément exclu l'accès à un tribunal » pour le grief du requérant. Partant, l'article 6 trouve à s'appliquer dans son volet civil.

La sanction qui a été imposée était une mesure disciplinaire classique pour faute professionnelle et, au regard du droit interne, elle se distinguait des sanctions de droit pénal encourues par les juges adoptant sciemment une mauvaise décision. Il y a lieu de noter également que la révocation du requérant de son poste de juge ne l'empêchait pas formellement de pratiquer le droit en une autre qualité. Partant, l'article 6 ne trouve pas à s'appliquer dans son volet pénal.

b) *Indépendance et impartialité des organes qui ont statué sur le cas du requérant* –

i. Le Conseil supérieur de la magistrature – En ce qui concerne les procédures disciplinaires dirigées contre des juges, la nécessité qu'un nombre important des membres de l'organe disciplinaire soient eux-mêmes juges est reconnue dans la Charte européenne sur le statut des juges. Or le Conseil supérieur de la magistrature était composé de vingt membres, nommés par différents organes. Trois de ces membres étaient nommés directement par le Président de l'Ukraine, trois autres par le Parlement ukrainien, et deux autres par la Conférence panukrainienne des procureurs. De plus, le ministre de la Justice et le Procureur général étaient membres de droit du Conseil supérieur de la magistrature. Il s'ensuit qu'il était constitué en grande majorité de membres non judiciaires nommés directement par les autorités exécutives et législatives. En conséquence, parmi les seize membres du conseil présents à l'audience où a été tranchée l'affaire du requérant, trois seulement étaient des juges. De plus, seuls quatre des membres du conseil y travaillaient à temps plein. Les autres continuaient de travailler et de recevoir un salaire hors de cet organe, ce qui impliquait inévitablement une dépendance matérielle, hiérarchique et administrative de leur part à l'égard de leurs employeurs principaux et mettait en péril leur indépendance et leur impartialité. La Cour rappelle aussi l'avis de la Commission de Venise selon lequel la présence du Procureur général dans un organe intervenant dans la nomination, la sanction et la révocation des juges crée un risque que ceux-ci n'agissent pas de manière impartiale dans ces affaires ou que le Procureur général n'agisse pas de manière impartiale envers les juges dont il désapprouve les décisions. En outre, les membres du Conseil supérieur de la magistrature qui ont mené les investigations préliminaires dans l'affaire du requérant et qui ont demandé sa révocation ont ensuite participé à la prise de décisions aboutissant à sa révocation. L'un d'eux a été nommé président du conseil et a présidé l'audience sur le cas du

requérant. Le rôle de ces membres dans l'ouverture d'une procédure disciplinaire contre le requérant, à partir de l'issue de leurs propres investigations préliminaires, fait peser un doute objectif sur leur impartialité lorsqu'ils ont statué sur l'affaire. Dès lors, les faits de la cause font apparaître un certain nombre de problèmes sérieux concernant à la fois des déficiences structurelles dans la procédure menée devant le Conseil supérieur de la magistrature et une apparence de parti pris de la part de certains des membres de ce conseil qui ont statué sur l'affaire du requérant. La procédure menée devant cet organe n'était donc pas compatible avec les principes d'indépendance et d'impartialité garantis par l'article 6 § 1 de la Convention.

ii. La commission parlementaire – Le président de la commission ainsi que l'un de ses membres étaient aussi membres du Conseil supérieur de la magistrature et ont participé à la prise de décisions sur le cas du requérant au sein de ces deux organes. Ils risquaient donc de ne pas agir de manière impartiale lorsqu'ils ont examiné les conclusions du conseil. Par ailleurs, les considérations exposées par la Cour relativement au défaut d'impartialité personnelle valent également pour ce stade de la procédure. De plus, il faut tenir dûment compte du fait que ce sont le président de la commission parlementaire et deux de ses membres qui ont demandé au Conseil supérieur de la magistrature d'ouvrir des investigations préliminaires sur une éventuelle faute du requérant. Cela étant, les membres du conseil ne pouvaient se déporter, car la législation pertinente ne prévoyait pas cette possibilité, ce qui révèle l'absence de garanties appropriées de la conformité des procédures avec le critère d'impartialité objective.

iii. La séance plénière du Parlement – À ce stade, l'examen de l'affaire se limitait à l'adoption d'une décision contraignante à partir des conclusions auxquelles étaient précédemment parvenus le Conseil supérieur de la magistrature et la commission parlementaire. Dans l'ensemble, les débats en séance plénière n'étaient pas le lieu approprié pour examiner des questions de fait et de droit, apprécier les éléments de preuve et procéder à une qualification juridique des faits. Le Gouvernement n'a pas suffisamment expliqué le rôle des politiciens siégeant au Parlement, qui n'étaient pas tenus d'avoir la moindre expérience juridique ou judiciaire, et il n'a pas démontré que ce rôle était compatible avec les exigences d'indépendance et d'impartialité du tribunal.

iv. La Cour administrative supérieure – La Cour administrative supérieure était compétente pour déclarer irrégulières les décisions du Conseil supérieur de la magistrature et du Parlement mais non pour les annuler et prendre les mesures qu'elle estimerait nécessaires en pareil cas. Il ne pouvait y avoir de réintégration automatique au poste de juge sur la seule base de sa décision déclaratoire. De plus, elle n'a pas dûment examiné d'importants arguments avancés par le requérant. Le contrôle juridictionnel de l'affaire n'a donc pas été suffisant. En outre, les juges de la Cour administrative supérieure relevaient eux aussi de la compétence disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature. Ainsi, ils auraient pu eux-mêmes faire l'objet

d'une procédure disciplinaire devant ce conseil. Ils n'étaient donc pas en mesure de faire preuve de « l'indépendance » et de « l'impartialité » requises par l'article 6. Les autorités internes ont ainsi manqué à garantir un examen indépendant et impartial de l'affaire du requérant, et le contrôle ultérieur de son affaire n'a pas remédié à ces manquements.

*Conclusion*: violation (unanimité).

c) *Absence de délai de prescription pour l'imposition d'une sanction disciplinaire* – Le requérant s'est trouvé placé dans une situation difficile, car il devait monter un dossier de défense devant le Conseil supérieur de la magistrature en 2010 à l'égard de faits dont certains étaient survenus dans un passé lointain (en 2003 et en 2006). Le droit interne ne prévoyait pas de délais de prescription pour la révocation d'un juge pour « rupture de serment ». Si elle ne juge pas approprié d'indiquer quelle devrait être la durée du délai de prescription, la Cour considère néanmoins qu'une approche aussi illimitée des affaires disciplinaires concernant des membres de l'ordre judiciaire menace gravement la sécurité juridique.

*Conclusion*: violation (unanimité).

d) *Vote à la séance plénière du Parlement* – La décision de révoquer le requérant a été votée en l'absence de la majorité des membres du Parlement. Les parlementaires présents ont délibérément voté plusieurs fois pour leurs collègues absents, en toute illégalité. La décision a donc été prise en violation de la Constitution, de la loi de 1992 sur le statut des parlementaires et du règlement intérieur du Parlement. Le vote sur la révocation du requérant a porté atteinte au principe de la sécurité juridique, et la Cour administrative supérieure n'a pas remédié à ce défaut d'équité procédurale.

*Conclusion*: violation (unanimité).

e) *Composition de la chambre de la Cour administrative supérieure* – En droit interne, la composition de la chambre spéciale qui devait examiner l'affaire du requérant devait être fixée par le président de la Cour administrative supérieure. Cependant, lorsque cela a été fait en l'espèce, le mandat de cinq ans du président avait expiré. Les dispositions du droit national régissant la procédure de nomination des présidents de tribunaux avaient été déclarées inconstitutionnelles et le Parlement n'avait pas encore adopté de nouvelles dispositions. Pendant ce temps, la nomination des présidents de tribunaux faisait l'objet de vives controverses entre les différentes autorités ukrainiennes. Dans ces conditions, la Cour ne peut conclure que la chambre qui a examiné l'affaire du requérant ait été composée d'une manière conforme aux exigences du « tribunal établi par la loi ».

*Conclusion*: violation (unanimité).

2. Article 8: la révocation du requérant a constitué une ingérence dans l'exercice par l'intéressé de son droit au respect de sa vie privée et familiale. La conclusion de la Cour selon laquelle le vote parlementaire sur la décision de le révoquer n'était pas régulier au regard du droit interne suffirait en elle-même à établir que cette

ingérence n'était pas justifiée et qu'il y a donc eu violation de l'article 8. De surcroît, au moment où l'affaire a été examinée, il n'y avait ni lignes directrices ni pratique établissant une interprétation cohérente de la notion de « rupture de serment » et les garanties procédurales requises pour prévenir l'application arbitraire du droit matériel pertinent étaient absentes. En particulier, le droit interne ne prévoyait pas de délais de prescription pour l'ouverture et la poursuite d'une procédure dirigée contre un juge pour « rupture de serment », ce qui a laissé aux autorités disciplinaires un pouvoir d'appréciation illimité et a porté atteinte au principe de la sécurité juridique. De plus, le droit interne ne comprenait pas d'échelle appropriée des sanctions disciplinaires et ne prévoyait pas de règles assurant la conformité de leur application au principe de proportionnalité. Enfin, il n'y avait pas de cadre approprié permettant un examen indépendant et impartial des révocations pour « rupture de serment ».

*Conclusion* : violation (unanimité).

### 3. Article 46 :

a) *Mesures générales* – L'affaire fait apparaître de graves problèmes systémiques dans le fonctionnement du système judiciaire ukrainien. En particulier, le système de discipline judiciaire n'assure pas une séparation suffisante du pouvoir judiciaire et des autres branches du pouvoir de l'État. De plus, il ne fournit pas de garanties appropriées contre les abus et les détournements de mesures disciplinaires au détriment de l'indépendance de la justice. L'État défendeur devrait donc prendre un certain nombre de mesures générales visant à réformer le système de discipline judiciaire. Ces mesures devraient comprendre une réforme législative restructurant la base institutionnelle du système, ainsi que la mise en place de formes et de principes appropriés d'application cohérente du droit interne dans ce domaine.

b) *Mesures individuelles* – Eu égard à la nécessité de réformer le système de discipline judiciaire, la Cour estime que la réouverture de la procédure ne constituerait pas une forme appropriée de redressement des violations des droits du requérant. Rien ne permet de dire qu'il serait rejugé conformément aux principes de la Convention dans un avenir proche. Dans ces conditions, la Cour ne voit pas d'utilité à indiquer une telle mesure. Compte tenu des circonstances tout à fait exceptionnelles de l'espèce et du besoin urgent de mettre un terme aux violations des articles 6 et 8, la Cour dit que l'État défendeur doit assurer la réintégration du requérant à son poste de juge de la Cour suprême dans les plus brefs délais.

Article 41 : la Cour octroie au requérant 20 000 euros pour dommage moral et réserve la question de la réparation pour dommage matériel.

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

*A. c. Norvège*, n° 28070/06, 9 avril 2009

*Ajdarić c. Croatie*, n° 20883/09, 13 décembre 2011

*Albert et Le Compte c. Belgique*, 10 février 1983, série A n° 58

- Alexanian c. Russie*, n° 46468/06, 22 décembre 2008
- Argyrou et autres c. Grèce*, n° 10468/04, 15 janvier 2009
- Assanidzé c. Géorgie* [GC], n° 71503/01, CEDH 2004-II
- Bayer c. Allemagne*, n° 8453/04, 16 juillet 2009
- Bigaeva c. Grèce*, n° 26713/05, 28 mai 2009
- Bogatova c. Ukraine*, n° 5231/04, 7 octobre 2010
- Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V
- Brudnicka et autres c. Pologne*, n° 54723/00, CEDH 2005-II
- Brumărescu c. Roumanie* (satisfaction équitable) [GC], n° 28342/95, CEDH 2001-I
- Bryan c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, série A n° 335-A
- Buscarini c. Saint-Marin* (déc.), n° 31657/96, 4 mai 2000
- C. c. Belgique*, 7 août 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III
- C.G. et autres c. Bulgarie*, n° 1365/07, 24 avril 2008
- De Cubber c. Belgique*, 26 octobre 1984, série A n° 86
- Diya 97 c. Ukraine*, n° 19164/04, 21 octobre 2010
- Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, série A n° 22
- Fatullayev c. Azerbaïdjan*, n° 40984/07, 22 avril 2010
- Fey c. Autriche*, 24 février 1993, série A n° 255-A
- Findlay c. Royaume-Uni*, 25 février 1997, *Recueil* 1997-I
- Fruni c. Slovaquie*, n° 8014/07, 21 juin 2011
- Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996, *Recueil* 1996-II
- Gozelik et autres c. Pologne* [GC], n° 44158/98, CEDH 2004-I
- Gurov c. Moldova*, n° 36455/02, 11 juillet 2006
- Huseyn et autres c. Azerbaïdjan*, nos 35485/05, 45553/05, 35680/05 et 36085/05, 26 juillet 2011
- Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, CEDH 2004-VII
- Kleyn et autres c. Pays-Bas* [GC], nos 39343/98, 39651/98, 43147/98 et 46664/99, CEDH 2003-VI
- Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998, *Recueil* 1998-II
- Kyprianou c. Chypre* [GC], n° 73797/01, CEDH 2005-XIII
- Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, série A n° 43
- Lungoci c. Roumanie*, n° 62710/00, 26 janvier 2006
- Maestri c. Italie* [GC], n° 39748/98, CEDH 2004-I
- Matyjek c. Pologne* (déc.), n° 38184/03, CEDH 2006-VII
- Micallef c. Malte* [GC], n° 17056/06, CEDH 2009
- Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, série A n° 251-B
- Oberschlick c. Autriche (n° 1)*, 23 mai 1991, série A n° 204
- Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, CEDH 2005-IV
- Olujic c. Croatie*, n° 22330/05, 5 février 2009
- Özpinar c. Turquie*, n° 20999/04, 19 octobre 2010
- P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, n° 44787/98, CEDH 2001-IX
- Papamichalopoulos et autres c. Grèce* (article 50), 31 octobre 1995, série A n° 330-B

- Pfeifer c. Autriche*, n° 12556/03, 15 novembre 2007  
*Posokhov c. Russie*, n° 63486/00, CEDH 2003-IV  
*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III  
*Pullar c. Royaume-Uni*, 10 juin 1996, *Recueil* 1996-III  
*Sacilor-Lormines c. France*, n° 65411/01, CEDH 2006-XIII  
*Savino et autres c. Italie*, nos 17214/05, 20329/05 et 42113/04, 28 avril 2009  
*Scordino c. Italie (n° 1)* [GC], n° 36813/97, CEDH 2006-V  
*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], nos 39221/98 et 41963/98, CEDH 2000-VIII  
*Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, nos 55480/00 et 59330/00, CEDH 2004-VIII  
*Stafford c. Royaume-Uni* [GC], n° 46295/99, CEDH 2002-IV  
*Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, *Recueil* 1996-IV  
*Suküt c. Turquie* (déc.), n° 59773/00, 11 septembre 2007  
*Tepeli et autres c. Turquie* (déc.), n° 31876/96, 11 septembre 2001  
*Tşfayo c. Royaume-Uni*, n° 60860/00, 14 novembre 2006  
*Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche*, 19 décembre 1994, série A n° 302  
*Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* [GC], n° 63235/00, CEDH 2007-II  
*Werner c. Pologne*, n° 26760/95, 15 novembre 2001  
*Wettstein c. Suisse*, n° 33958/96, CEDH 2000-XII

**En l'affaire Oleksandr Volkov c. Ukraine,**

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,  
Ganna Yudkivska,  
Angelika Nußberger,  
André Potocki, *juges*,

et de Claudia Westerdiek, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 11 décembre 2012,  
Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

**PROCÉDURE**

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 21722/11) dirigée contre l'Ukraine et dont un ressortissant de cet État, M. Oleksandr Fedorovych Volkov (« le requérant »), a saisi la Cour le 30 mars 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 a été représenté par M<sup>es</sup> P. Leach et J. Gordon, avocats à l'European Human Rights Advocacy Centre à Londres. Le gouvernement ukrainien (« le Gouvernement ») a été représenté par ses agents, M<sup>me</sup> V. Lutkovska puis M. N. Kulchytskyy, du ministère de la Justice.

3. Dans sa requête, M. Volkov soutenait que la procédure à l'issue de laquelle il avait été révoqué de son poste de juge à la Cour suprême avait emporté violation de ses droits garantis par la Convention. En particulier, il se plaignait, sur le terrain de l'article 6 de la Convention : i. que son affaire n'ait pas été examinée par « un tribunal indépendant et impartial », ii. que la procédure menée devant le Conseil supérieur de la magistrature ait été inéquitable, en ce qu'elle n'aurait pas respecté des garanties procédurales importantes prévues par le droit interne, parmi lesquelles le délai de prescription pour les sanctions disciplinaires, iii. que le Parlement n'ait pas dûment examiné l'affaire avant d'adopter en séance plénière la décision concernant sa révocation et que des parlementaires aient, lors de l'adoption de cette décision, fait une utilisation irrégulière du système de vote électronique, iv. que sa cause n'ait pas été entendue par un « tribunal établi par la loi », v. que les décisions rendues dans son affaire aient été adoptées en l'absence d'une réelle appréciation des éléments du dossier et

qu'il n'ait pas été répondu à d'importants arguments de la défense, vi. que la Cour administrative supérieure n'ait pas eu une compétence suffisante pour examiner les décisions adoptées par le Conseil supérieur de la magistrature, ce qui avait selon lui porté atteinte à son « droit d'accès à un tribunal », et vii. que le principe de l'égalité des armes n'ait pas été respecté. Il soutenait aussi que sa révocation avait emporté violation de l'article 8 de la Convention et, invoquant l'article 13 de la Convention, il se plaignait d'une absence de recours effectif à cet égard.

4. Le 18 octobre 2011, la requête a été déclarée partiellement irrecevable et les griefs exposés ci-dessus ont été communiqués au Gouvernement. Il a également été décidé de traiter l'affaire en priorité (article 41 du règlement de la Cour).

5. Tant le requérant que le gouvernement défendeur ont déposé des observations écrites (article 54 § 2 b) du règlement).

6. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 12 juin 2012 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M. N. Kulchytskyy,	<i>agent,</i>
MM. V. Nasad,	
M. Bem,	
V. Demchenko,	
M <sup>me</sup> N. Sukhova,	<i>conseillers;</i>

– *pour le requérant*

M. P. Leach,	<i>conseil,</i>
M <sup>mes</sup> J. Gordon,	
O. Popova,	<i>conseillers.</i>

Le requérant était également présent.

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Kulchytskyy, M. Leach et M<sup>me</sup> Gordon. Elle a également entendu M. Kulchytskyy et M. Leach en leurs réponses aux questions posées aux parties.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. Le requérant est né en 1957 et réside à Kiev.

### A. La genèse de l'affaire

8. En 1983, le requérant fut nommé juge dans un tribunal de district. À cette époque, le droit interne n'imposait pas aux juges de prêter serment lors de leur prise de fonctions.

9. Le 5 juin 2003, le requérant fut élu juge à la Cour suprême.

10. Le 2 décembre 2005, il fut aussi élu président adjoint du Conseil ukrainien de la magistrature (un organe d'autogouvernance judiciaire).

11. Le 30 mars 2007, il fut élu président de la chambre militaire de la Cour suprême.

12. Le 26 juin 2007, l'Assemblée des juges ukrainiens estima qu'une autre juge, V.P., ne pouvait plus siéger au Conseil supérieur de la magistrature et qu'il devait être mis fin à ses fonctions. V.P. contesta cette décision en justice. Elle saisit également la commission parlementaire des affaires judiciaires (*Комітет Верховної Ради України з питань правосуддя*<sup>1</sup>) («la commission parlementaire»).

13. Le 7 décembre 2007, l'Assemblée des juges ukrainiens élit le requérant membre du Conseil supérieur de la magistrature et pria le Parlement de faire en sorte qu'il prête le serment lui permettant d'y prendre ses fonctions, comme l'exigeait l'article 17 de la loi de 1998 sur le Conseil supérieur de la magistrature («la loi de 1998»). Une proposition analogue fut formulée par le président du Conseil ukrainien de la magistrature.

14. En réponse, le président de la commission parlementaire, S.K., qui était lui-même membre du Conseil supérieur de la magistrature, informa le Conseil ukrainien de la magistrature que cette question devrait être examinée soigneusement et conjointement avec les déclarations de V.P. dans lesquelles l'intéressée soutenait que la décision de l'Assemblée des juges ukrainiens de mettre fin à ses fonctions de membre du Conseil supérieur de la magistrature était irrégulière.

15. Le requérant ne devint finalement pas membre du Conseil supérieur de la magistrature.

### B. La procédure dirigée contre le requérant

16. Entre-temps, S.K. et deux membres de la commission parlementaire prièrent le Conseil supérieur de la magistrature de mener des investigations préliminaires sur d'éventuelles fautes professionnelles du requérant, au vu notamment des déclarations de V.P.

17. Le 16 décembre 2008, après avoir mené des investigations préliminaires, R.K., un membre du Conseil supérieur de la magistrature, pria

1. Rectifié le 9 avril 2013: ajout de la mention «*Комітет Верховної Ради України з питань правосуддя*».

le conseil de déterminer si le requérant pouvait être démis de ses fonctions de juge pour « rupture de serment ». Il indiqua à cet égard qu'en plusieurs occasions, l'intéressé, statuant en qualité de juge de la Cour suprême, avait contrôlé des décisions rendues par le juge B., qui était un membre de sa famille, à savoir le frère de son épouse et, qu'en outre, lorsqu'il était intervenu en qualité de tiers à la procédure engagée par V.P. (relativement à la décision susmentionnée de l'Assemblée des juges ukrainiens de la démettre de ses fonctions), il avait manqué à demander le déport du juge en question, B., qui siégeait à la chambre de la cour examinant l'affaire. Le 24 décembre 2008, R.K. versa au dossier d'autres exemples d'affaires qui avaient été tranchées par le juge B. puis contrôlées par le requérant. Certains des actes du requérant visés dans les conclusions de R.K. dataient de novembre 2003.

18. Le 20 mars 2009, après avoir mené des investigations préliminaires, V.K., un autre membre du Conseil supérieur de la magistrature, pria à son tour le conseil de démettre le requérant de ses fonctions de juge pour « rupture de serment ». Il indiqua à cet égard que l'intéressé avait commis plusieurs violations procédurales graves dans le cadre de l'examen d'affaires concernant des litiges d'entreprise impliquant une société à responsabilité limitée. Certains des actes du requérant visés dans les conclusions de V. K. dataient de juillet 2006.

19. Le 19 décembre 2008 et le 3 avril 2009, ces conclusions furent communiquées au requérant.

20. Le 22 mars 2010, V.K. fut élu président du Conseil supérieur de la magistrature.

21. Le 19 mai 2010<sup>2</sup>, le Conseil supérieur de la magistrature invita le requérant à se présenter le 25 mai 2010 à une audience sur sa révocation. Dans une réponse du 20 mai 2010<sup>3</sup>, le requérant informa le conseil qu'il ne pourrait pas assister à l'audience car le président de la Cour suprême lui avait ordonné de se rendre à Sébastopol du 24 au 28 mai 2010 pour délivrer des conseils de bonnes pratiques à une juridiction locale, et le pria de reporter l'audience.

22. Le 21 mai 2010, le Conseil supérieur de la magistrature adressa au requérant une note l'informant que l'audience sur sa révocation avait été reportée au 26 mai 2010. Le requérant affirme n'avoir reçu cette note que le 28 mai 2010.

23. Le 26 mai 2010, le Conseil supérieur de la magistrature examina les conclusions de R.K. et V.K. et adopta deux décisions en vertu desquelles il pria le Parlement de démettre le requérant de son poste de juge pour « rupture

2. Rectifié le 9 avril 2013 : le texte était le suivant : « 20 mai 2010 ».

3. Rectifié le 9 avril 2013 : le texte était le suivant : « de la même date ».

de serment». L'audience était présidée par V.K. ; R.K. et S.K. y participaient aussi en leur qualité de membres du conseil. Le requérant était absent.

24. Ces décisions firent l'objet d'un vote des seize membres du Conseil supérieur de la magistrature qui étaient présents, dont trois étaient des juges.

25. Le 31 mai 2010, en sa qualité de président du Conseil supérieur de la magistrature, V.K. soumit au Parlement deux motions visant à la révocation du requérant de son poste de juge.

26. Le 16 juin 2010, au cours d'une audience présidée par S.K., la commission parlementaire examina les motions du Conseil supérieur de la magistrature relatives au requérant et adopta une recommandation tendant à sa révocation. Les membres de la commission qui avaient prié le Conseil supérieur de la magistrature de mener des investigations préliminaires sur le requérant votèrent aussi cette recommandation. Outre S.K., un autre membre de la commission qui avait précédemment participé à l'examen de l'affaire du requérant en tant que membre du Conseil supérieur de la magistrature vota la recommandation en tant que membre de la commission. Il ressort du dossier tel qu'il se trouvait à la date des délibérations de la Cour que<sup>4</sup> le requérant n'était pas présent à l'audience de la commission.

27. Le 17 juin 2010, les motions du Conseil supérieur de la magistrature et la recommandation de la commission parlementaire furent examinées par le Parlement en séance plénière. S.K. et V.K. eurent la parole et exposèrent leurs conclusions sur l'affaire du requérant. Celui-ci était présent. Après en avoir délibéré, le Parlement vota pour la révocation du requérant de son poste de juge, pour « rupture de serment », et adopta une résolution à cet effet.

28. Le requérant affirme que, pendant le vote électronique, la majorité des parlementaires étaient absents, et que ceux qui étaient présents ont utilisé les cartes de vote de leurs collègues absents. Des déclarations des parlementaires relatives à l'usage irrégulier de cartes de vote ainsi qu'un enregistrement vidéo de la partie pertinente de la séance plénière ont été communiqués à la Cour.

29. Le requérant contesta sa révocation devant la Cour administrative supérieure. Son argumentaire était le suivant : le Conseil supérieur de la magistrature n'avait pas agi avec indépendance et impartialité ; il ne l'avait pas dûment informé des audiences tenues dans son affaire ; il n'avait pas appliqué la procédure de révocation des juges de la Cour suprême prévue au chapitre 4 de la loi de 1998, qui posait un ensemble de garanties procédurales (obligation d'avertir le juge concerné de la procédure disciplinaire engagée

---

4. Rectifié le 9 avril 2013 : ajout de la mention « Il ressort du dossier tel qu'il se trouvait à la date des délibérations de la Cour que ».

à son encontre et de garantir sa participation active à cette procédure, délais temporels, vote à bulletin secret, délai de prescription pour les sanctions disciplinaires); les conclusions du conseil étaient infondées et dépourvues de base légale; lui-même n'avait pas été entendu par la commission parlementaire, qui avait agi de manière irrégulière et partiiale; et le Parlement avait adopté une résolution sur sa révocation en l'absence de la majorité de ses membres, en violation des articles 84 de la Constitution, 24 de la loi de 1992 sur le statut des parlementaires et 47 du règlement intérieur du Parlement.

30. Le requérant priait la cour de déclarer irrégulières les décisions et conclusions du Conseil supérieur de la magistrature ainsi que la résolution parlementaire, et de les annuler.

31. Conformément à l'article 171-1 du code de la justice administrative, l'affaire fut attribuée à la chambre spéciale de la Cour administrative supérieure.

32. Le requérant demanda le déport de la chambre, soutenant qu'elle était partiiale et que sa constitution était irrégulière. Cette demande fut rejetée pour défaut de fondement. Selon le requérant, plusieurs demandes introduites par lui aux fins de la collecte d'éléments de preuve ou de la convocation de témoins ont été rejetées.

33. Le 6 septembre 2010, le requérant versa au dossier des déclarations de parlementaires faisant état d'un usage irrégulier des cartes de vote pendant le vote sur sa révocation ainsi qu'un enregistrement vidéo de la partie pertinente de la séance plénière.

34. Le 19 octobre 2010, après avoir tenu plusieurs audiences, la Cour administrative supérieure examina le recours du requérant et rendit son arrêt. Elle observa que lorsque l'intéressé avait pris ses fonctions de juge, en 1983, le droit interne ne prévoyait pas que les juges prêtent serment; mais elle considéra qu'il avait été révoqué pour violation des normes fondamentales de la déontologie judiciaire, qui étaient exposées aux articles 6 et 10 de la loi de 1992 sur le statut des juges et, dès lors, juridiquement contraignantes au moment où il avait commis les faits qui lui étaient reprochés.

35. Elle estima par ailleurs que la décision du Conseil supérieur de la magistrature et les conclusions qu'il avait adoptées sur recommandation de R.K. étaient irrégulières car, premièrement, le requérant et le juge B. n'étaient pas considérés comme parents en vertu de la législation en vigueur au moment des faits et, deuxièmement, en ce qui concernait la procédure en laquelle le requérant était intervenu en qualité de tiers, il n'avait nullement l'obligation de demander le déport du juge B. Pour autant, elle refusa d'annuler les actes pris par le Conseil supérieur de la magistrature à l'égard

de la demande de R.K., au motif que l'article 171-1 du code de la justice administrative ne l'habilitait pas à prendre une telle mesure.

36. Elle jugea régulières et fondées la décision et les conclusions du Conseil supérieur de la magistrature à l'égard de la demande de V.K.

37. Relativement à l'argument du requérant consistant à dire qu'il eût fallu que le Conseil supérieur de la magistrature applique la procédure prévue au chapitre 4 de la loi de 1998, la cour nota qu'en vertu de l'article 37 § 2 de cette loi, cette procédure ne s'appliquait qu'aux affaires concernant des sanctions telles que les blâmes ou les rétrogradations. Observant que la révocation pour « rupture de serment » était prévue à l'article 126 § 5-5) de la Constitution, elle dit que la procédure à suivre n'était pas celle prévue au chapitre 4 mais celle décrite à l'article 32 du chapitre 2 de la loi de 1998. Elle ajouta que, la procédure citée par le requérant ne s'appliquant pas à la révocation d'un juge pour « rupture de serment », il n'y avait pas de motif d'appliquer le délai de prescription visé à l'article 36 de la loi de 1992 sur le statut des juges et à l'article 43 de la loi de 1998.

38. La Cour administrative supérieure considéra ensuite que le requérant avait manqué sans raison valable de se présenter à l'audience du Conseil supérieur de la magistrature. Elle estima par ailleurs qu'il n'y avait pas eu de violation procédurale dans la procédure menée devant la commission parlementaire. En ce qui concerne les allégations du requérant relatives à la commission de violations procédurales lors de la séance plénière, elle observa que la résolution parlementaire portant révocation de l'intéressé avait été votée par la majorité du Parlement et que cela était confirmé par les actes de la séance. Enfin, elle déclara ne pas être compétente pour contrôler la constitutionnalité des résolutions parlementaires, cette tâche incombant à la Cour constitutionnelle.

39. Les audiences tenues devant la Cour administrative supérieure eurent lieu en présence du requérant et des autres parties au litige.

### **C. Les faits liés à la nomination des présidents et des présidents adjoints des juridictions internes et, en particulier, à la nomination du président de la Cour administrative supérieure**

40. Le 22 décembre 2004, en vertu de l'article 20 de la loi de 2002 sur le système judiciaire, le Président de l'Ukraine nomma le juge P. président de la Cour administrative supérieure.

41. Le 16 mai 2007, la Cour constitutionnelle déclara inconstitutionnel l'article 20 § 5 de la loi de 2002 sur le système judiciaire, relatif à la procédure de nomination et de révocation des présidents et des présidents adjoints des tribunaux par le Président de l'Ukraine. Elle recommanda l'adoption

par le Parlement des modifications législatives nécessaires pour encadrer correctement ce domaine.

42. Le 30 mai 2007, le Parlement adopta une résolution mettant en place une procédure temporaire pour la nomination des présidents et des présidents adjoints des tribunaux. Cette résolution confiait au Conseil supérieur de la magistrature la tâche de nommer les présidents et les présidents adjoints des tribunaux.

43. Le même jour, le requérant contesta cette résolution devant un tribunal, arguant notamment qu'elle était incompatible avec la loi de 1998 et avec d'autres lois du pays. Le tribunal rendit immédiatement une décision interlocutoire suspendant l'application de la résolution.

44. Le 31 mai 2007, eu égard au vide juridique qui résultait de la décision de la Cour constitutionnelle du 16 mai 2007, le Conseil ukrainien de la magistrature adopta une décision par laquelle il s'octroyait temporairement le pouvoir de nommer les présidents et les présidents adjoints des tribunaux.

45. Le 14 juin 2007, la gazette du parlement publia une opinion du président de la commission parlementaire, S.K., dans laquelle celui-ci déclarait que les juridictions locales n'étaient nullement compétentes pour contrôler la résolution susmentionnée du Parlement et que les juges qui le feraient seraient révoqués pour « rupture de serment ».

46. Le 26 juin 2007, l'Assemblée des juges ukrainiens approuva la décision adoptée par le Conseil ukrainien de la magistrature le 31 mai 2007.

47. Le 21 février 2008, le tribunal saisi de l'examen de la résolution parlementaire la déclara irrégulière et l'annula.

48. Le 21 décembre 2009, le présidium de la Cour administrative supérieure décida que le juge P. devait continuer d'exercer les fonctions de président de la Cour administrative supérieure après l'expiration de son mandat, dont la durée était, en vertu de l'article 20 de la loi de 2002 sur le système judiciaire, de cinq ans.

49. Le 22 décembre 2009, la Cour constitutionnelle adopta une décision interprétant les dispositions des articles 116 § 5-4) et 20 § 5 de la loi de 2002 sur le système judiciaire. Elle considéra que ces dispositions ne devaient être comprises que comme habilitant le Conseil ukrainien de la magistrature à donner des recommandations pour la nomination de juges à des postes administratifs par un autre organe (ou agent public) défini par la loi. Elle jugea en outre que le Parlement devait respecter immédiatement la décision du 16 mai 2007 et adopter les modifications législatives nécessaires.

50. Le 24 décembre 2009, la Conférence des juges de juridictions administratives décida que le juge P. devait continuer à exercer les fonctions de président de la Cour administrative supérieure.

51. Le 25 décembre 2009, le Conseil ukrainien de la magistrature annula la décision du 24 décembre 2009 et déclara que, en vertu de l'article 41 § 5 de la loi de 2002 sur le système judiciaire, les fonctions de président de la Cour administrative supérieure devaient être assumées par son premier président adjoint, le juge S.

52. Le 16 janvier 2010, le Parquet général émit un communiqué de presse dans lequel il déclarait que l'organe ou l'agent public habilité à nommer et révoquer les présidents de tribunaux n'avait pas encore été précisé dans les lois ukrainiennes, que le Conseil ukrainien de la magistrature n'était habilité qu'à formuler des recommandations sur ces points, et que, le juge P. n'ayant pas été révoqué du poste de président de la Cour administrative supérieure, il en demeurait le titulaire légitime.

53. Le juge P. continua d'exercer les fonctions de président de la Cour administrative supérieure.

54. Le 25 mars 2010, la Cour constitutionnelle déclara inconstitutionnelle la résolution parlementaire du 30 mai 2007.

55. En mai-juin 2010, la chambre de la Cour administrative supérieure compétente pour connaître des affaires visées à l'article 171-1 du code fut mise en place dans le cadre de la procédure prévue à l'article 41 de la loi de 2002 sur le système judiciaire.

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

### A. La constitution du 28 juin 1996

56. L'article 6 de la Constitution proclame la séparation des trois branches du pouvoir en Ukraine (législatif, exécutif, judiciaire).

57. En vertu de l'article 76, les parlementaires sont élus par les citoyens ukrainiens qui ont atteint l'âge de vingt et un ans, qui ont le droit de voter et qui résident en Ukraine depuis au moins cinq ans.

58. En vertu de l'article 84, les parlementaires doivent voter en personne aux séances du Parlement.

59. L'article 126 § 5 est ainsi libellé :

« Le juge est révoqué par l'organe qui l'a élu ou nommé dans les cas suivants :

- 1) à l'expiration du mandat pour lequel il a été élu ou nommé ;
- 2) lorsqu'il atteint l'âge de soixante-cinq ans ;
- 3) s'il est incapable de continuer d'exercer ses fonctions pour des raisons médicales ;
- 4) s'il a violé les obligations relatives à l'exclusivité judiciaire ;
- 5) s'il a rompu son serment ;

- 6) à la prise d'effet d'une condamnation prononcée à son encontre ;
- 7) s'il perd la citoyenneté ;
- 8) s'il a été déclaré mort ou disparu ;
- 9) s'il démissionne. »

60. Les articles 128 et 131 de la Constitution sont ainsi libellés :

#### **Article 128**

« Les magistrats professionnels sont nommés par le Président de l'Ukraine, pour un mandat initial de cinq ans. Tous les autres juges, à l'exception des juges de la Cour constitutionnelle, sont élus par le Parlement pour une durée indéfinie conformément à la procédure prévue par la loi (...) »

#### **Article 131**

« Le Conseil supérieur de la magistrature exerce sa compétence sur le territoire ukrainien. Ses fonctions sont les suivantes :

- 1) établir des propositions de nomination ou de révocation des juges ;
- 2) adopter des décisions relatives à la violation par les juges et les procureurs des obligations relatives à l'exclusivité judiciaire ;
- 3) mener les procédures disciplinaires dirigées contre les juges de la Cour suprême et les juges des juridictions supérieures spécialisées et examiner les griefs formulés contre les décisions disciplinaires rendues à l'égard des juges des juridictions d'appel ou des juridictions locales et des procureurs.

Le Conseil supérieur de la magistrature est composé de vingt membres. Le Parlement ukrainien, le Président de l'Ukraine, l'Assemblée des juges ukrainiens, l'Assemblée des avocats ukrainiens, l'Assemblée des représentants des établissements supérieurs d'enseignement du droit et des instituts de recherche nomment chacun trois de ces membres, et la Conférence panukrainienne des procureurs en nomme deux.

Le président de la Cour suprême, le ministre de la Justice et le Procureur général sont membres de droit du Conseil supérieur de la magistrature. »

### **B. Le code pénal du 5 avril 2001**

61. L'article 375 de ce code est ainsi libellé :

- « 1. L'adoption par un ou plusieurs juge(s) d'une décision, d'un arrêt ou d'une résolution qu'ils savent erronés est passible d'une peine privative de liberté d'une durée de deux à cinq ans.
- 2. S'ils ont eu de graves conséquences ou ont été commis pour un gain financier ou pour un autre intérêt personnel, les mêmes actes sont passibles d'une peine de prison de cinq à huit ans. »

## C. Le code de la justice administrative du 6 juillet 2005

62. Les dispositions pertinentes de ce code sont ainsi libellées :

### **Article 161 – Questions que la juridiction qui statue sur l'affaire doit trancher**

« 1. Lorsqu'elle statue sur une affaire, la juridiction détermine :

- 1) si les circonstances mentionnées dans les mémoires des parties sont réelles et quels sont les éléments qui les corroborent ;
- 2) s'il existe d'autres informations factuelles pertinentes pour l'affaire et d'autres éléments à l'appui de ces informations ;
- 3) quelle disposition de loi doit être appliquée aux relations juridiques en cause (...)

### **Article 171-1 – Procédure dans les affaires relatives à des décisions, actions ou omissions du Parlement, du Président de l'Ukraine, du Conseil supérieur de la magistrature et de la Haute Commission de qualification des juges [disposition en vigueur à compter du 15 mai 2010]**

« 1. Les règles énoncées dans le présent article s'appliquent aux procédures menées dans les affaires administratives concernant :

- 1) la régularité (mais non la constitutionnalité) des résolutions du Parlement ainsi que des décrets et ordonnances du Président de l'Ukraine ;
- 2) les actes du Conseil supérieur de la magistrature ; (...)

2. Les décisions, actions et omissions du Parlement ukrainien, du Président de l'Ukraine, du Conseil supérieur de la magistrature et de la Haute Commission de qualification des juges peuvent être contestées devant la Cour administrative supérieure. Il y est créé à cette fin une chambre spéciale.

(...)

4. Les affaires administratives concernant des décisions, actions ou omissions du Parlement ukrainien, du Président de l'Ukraine, du Conseil supérieur de la magistrature et de la Haute Commission de qualification des juges sont examinées par une formation composée d'au moins cinq juges (...)

5. Après avoir examiné l'affaire, la Cour administrative supérieure peut :

- 1) déclarer la décision du Parlement, du Président, du Conseil supérieur de la magistrature ou de la Haute Commission de qualification des juges irrégulière en tout ou en partie ;
- 2) déclarer les actions ou omissions du Parlement, du Président, du Conseil supérieur de la magistrature ou de la Haute Commission de qualification des juges irrégulières et leur enjoindre de prendre certaines mesures (...)

**D. La loi du 7 février 2002 sur le système judiciaire telle que modifiée (« la loi de 2002 sur le système judiciaire ») (version en vigueur jusqu'au 30 juillet 2010)**

63. Les dispositions pertinentes de cette loi sont ainsi libellées :

**Article 20 – Procédure de constitution des tribunaux**

« (...) 5. Le président et le président adjoint d'un tribunal sont des juges nommés à ces postes pour un mandat de cinq ans. Ils peuvent en être révoqués par le Président de l'Ukraine sur demande du président de la Cour suprême (et, pour les juridictions spécialisées, sur demande du président de la juridiction supérieure spécialisée compétente) ou sur recommandation du Conseil ukrainien de la magistrature (et, pour les juridictions spécialisées, sur recommandation du conseil de la magistrature compétent) (...) »

Par une décision du 16 mai 2007, la Cour constitutionnelle a déclaré inconstitutionnelle la disposition de l'article 20 § 5 de la loi de 2002 relative à la nomination par le Président de l'Ukraine des présidents et des présidents adjoints des tribunaux.

**Article 41 – Les présidents des juridictions supérieures spécialisées**

« 1. Les présidents des juridictions supérieures spécialisées :

(...)

(3) (...) forment les chambres de la juridiction et formulent des propositions relatives à leur composition qui sont soumises au présidium de la juridiction pour approbation; (...)

5. En l'absence du président de la juridiction supérieure spécialisée, ses fonctions sont assumées par le premier président adjoint, ou, en l'absence de celui-ci, par l'un des présidents adjoints, selon la répartition des compétences administratives. »

**Article 116 – Le Conseil ukrainien de la magistrature**

« 1. Le Conseil ukrainien de la magistrature assume les fonctions d'instance supérieure d'autogouvernance judiciaire entre les sessions de l'Assemblée des juges ukrainiens.

(...)

5. Le Conseil ukrainien de la magistrature :

(...) 4) décide de la nomination des juges aux postes administratifs et de leur révocation de ces postes dans les cas et selon la procédure prévus par la présente loi; (...)

6. Les décisions du Conseil ukrainien de la magistrature sont contraignantes pour tous les organes d'autogouvernance judiciaire. Elles peuvent être révoquées par l'Assemblée des juges ukrainiens. »

**E. La loi du 15 décembre 1992 sur le statut des juges telle que modifiée (« la loi de 1992 sur le statut des juges ») (version en vigueur jusqu'au 30 juillet 2010)**

64. Les dispositions pertinentes de cette loi étaient ainsi libellées :

**Article 5 – Obligation d'exclusivité**

« Un juge ne peut pas être membre d'un parti politique ou d'un syndicat, prendre part à une quelconque activité politique, être élu à quelque fonction de représentation que ce soit, ni exercer une autre activité lucrative ou rémunérée, à l'exception des activités scientifiques, pédagogiques ou artistiques. »

**Article 6 – Devoirs des juges**

« Les juges sont tenus :

- de respecter la Constitution et les lois ukrainiennes lorsqu'ils administrent la justice et d'assurer l'examen complet, exhaustif et objectif des affaires dans les délais fixés,
- de respecter les exigences de l'article 5 de la présente loi et du règlement interne,
- de s'abstenir de divulguer des informations relevant du secret d'État, du secret militaire, du secret commercial ou du secret bancaire (...)
- de s'abstenir de tout acte ou comportement qui déshonorerait la fonction judiciaire et qui serait de nature à faire peser un doute sur leur objectivité, leur impartialité et leur indépendance. »

**Article 10 – Serment judiciaire**

« À sa première nomination, le juge prête solennellement le serment suivant :

« Je déclare solennellement que j'exercerai avec honnêteté et rigueur les fonctions de juge, rendrai la justice dans le strict respect de la loi, et serai objectif et juste. »

Ce serment est prêté devant le Président de l'Ukraine. »

**Article 31 – Motifs de sanction disciplinaire**

« 1. Est passible d'une sanction disciplinaire le juge qui commet une faute disciplinaire, à savoir une violation :

- de la loi dans l'examen d'une affaire,
- des exigences de l'article 5 de la présente loi,
- des obligations énoncées à l'article 6 de la présente loi.

2. La révocation ou la réformation d'une décision de justice n'emporte pas nécessairement responsabilité disciplinaire des juges qui ont participé à son adoption, pour autant qu'ils n'aient pas eu l'intention de violer la loi ou les exigences de rigueur et que cette décision n'ait pas eu de conséquences graves. »

### **Article 32 – Types de sanctions disciplinaires**

« 1. Peuvent être imposées aux juges les sanctions disciplinaires suivantes :

- blâme,
- rétrogradation.

2. Pour chacune des violations décrites à l'article 31 de la présente loi, une seule sanction disciplinaire peut être imposée (...)

### **Article 36 – Délai d'imposition d'une sanction disciplinaire et de suppression de la sanction du dossier**

« 1. La sanction disciplinaire est infligée au juge dans les six mois qui suivent la date à laquelle sa faute a été connue, à l'exclusion de toute période d'invalidité temporaire ou de congé.

2. Si, dans un délai d'un an à compter de la date à laquelle la mesure disciplinaire a été appliquée, le juge n'a pas fait l'objet d'une nouvelle sanction disciplinaire, il est réputé n'avoir aucun antécédent disciplinaire. (...) »

## **F. La loi du 15 janvier 1998 sur le Conseil supérieur de la magistrature (« la loi de 1998 »), telle qu'elle était libellée à l'époque**

65. Dans sa version en vigueur jusqu'aux modifications du 7 juillet 2010, l'article 6 de cette loi était ainsi libellé :

« Peut être recommandé pour le poste de membre du [Conseil supérieur de la magistrature] tout citoyen ukrainien âgé de trente-cinq à soixante ans qui maîtrise bien la langue nationale, est titulaire d'un diplôme supérieur de droit, a au moins dix années d'expérience professionnelle dans le domaine juridique et réside en Ukraine depuis au moins dix ans.

Les exigences du premier alinéa du présent article ne s'appliquent pas aux individus qui sont membres de droit du [Conseil supérieur de la magistrature].

Toute tentative visant à influencer un membre du [Conseil supérieur de la magistrature] est interdite. »

66. Le 7 juillet 2010, il a été ajouté à l'article 6 le paragraphe suivant :

« Lorsque la présente loi impose qu'un membre du [Conseil supérieur de la magistrature] soit juge, ce membre est nommé parmi les juges élus pour une durée indéterminée. »

67. Les articles 8 à 13 traitent des procédures de nomination des membres du Conseil supérieur de la magistrature par les organes désignés à l'article 131 de la Constitution.

68. Le 7 juillet 2010, il a été ajouté à ces articles des dispositions prévoyant que dix des membres du Conseil supérieur de la magistrature seraient nommés parmi les juges, par les organes désignés à l'article 131 de la Constitution.

69. L'article 17 de la loi prévoit que, avant leur entrée en fonction, les membres du Conseil supérieur de la magistrature doivent prêter serment devant le Parlement.

70. En vertu de l'article 19, le Conseil supérieur de la magistrature comprend deux sections. Son activité est coordonnée par son président ou, en l'absence de celui-ci, par son président adjoint. Le président, le président adjoint et les chefs de section du Conseil supérieur de la magistrature exercent leurs fonctions à plein temps.

71. Les autres dispositions pertinentes de la loi sont ainsi libellées :

**Article 24 – Audiences du Conseil supérieur de la magistrature**

« (...) Les audiences du Conseil supérieur de la magistrature sont publiques. Il peut être tenu une audience à huis clos sur décision de la majorité des membres constitutionnels du Conseil supérieur de la magistrature (...) »

**Article 26 – Déport d'un membre du Conseil supérieur de la magistrature**

« Ne peut participer à l'examen de la cause et doit se déporter le membre du Conseil supérieur de la magistrature dont il est établi qu'il a un intérêt personnel direct ou indirect dans l'issue de l'affaire (...) Dans ces circonstances, le membre du Conseil supérieur de la magistrature se déporte de sa propre initiative. Dans les mêmes circonstances, la personne (...) dont l'affaire est examinée (...) peut demander le déport du membre du Conseil supérieur de la magistrature. (...) »

**Article 27 – Actes du Conseil supérieur de la magistrature**

« (...) Les actes du Conseil supérieur de la magistrature peuvent être contestés exclusivement devant la Cour administrative supérieure conformément à la procédure prévue par le code de la justice administrative. »

72. En ses parties pertinentes, le chapitre 2 de la loi sur l'examen des questions relatives à la révocation des juges prévoit ceci :

**Article 32 – Demande de révocation d'un juge dans des circonstances particulières [version en vigueur jusqu'au 15 mai 2010]**

« Le Conseil supérieur de la magistrature examine la question de la révocation d'un juge pour les motifs prévus à l'article 126 § 5-4) à -6) de la Constitution soit sur réception de l'opinion correspondante de la commission de qualification soit de sa propre initiative. Il est envoyé au juge concerné une invitation écrite à assister à l'audience du Conseil supérieur de la magistrature.

Le Conseil supérieur de la magistrature prend les décisions de demande de révocation d'un juge en vertu de l'article 126 § 5-4) et -5) de la Constitution à la majorité des deux tiers de ses membres participant à l'audience et les décisions de demande de révocation d'un juge en vertu de l'article 126 § 5-6) de la Constitution à la majorité de ses membres constitutionnels. »

**Article 32 – Demande de révocation d’un juge dans des circonstances particulières [version en vigueur à compter du 15 mai 2010]**

« Le Conseil supérieur de la magistrature examine la question de la révocation d’un juge pour les motifs prévus à l’article 126 § 5-4) à -6) de la Constitution (violation des obligations relatives à l’exclusivité judiciaire, rupture de serment, prise d’effet d’une condamnation prononcée contre le juge) soit sur réception de l’opinion correspondante de la commission de qualification soit de sa propre initiative.

Rompt son serment le juge qui :

- i. commet des actes qui déshonorent la fonction judiciaire et qui peuvent remettre en question son objectivité, son impartialité et son indépendance, ainsi que l’équité et le caractère incorruptible de l’ordre judiciaire ;
- ii. acquiert illégitimement des richesses ou réalise des dépenses qui dépassent le revenu de son ménage ;
- iii. retarde délibérément l’examen d’une affaire au-delà des délais fixés ; [ou]
- iv. viole les principes moraux et éthiques du code de déontologie judiciaire.

Le juge soupçonné d’avoir rompu son serment reçoit une invitation écrite à se présenter à l’audience du Conseil supérieur de la magistrature. Si, pour une raison valable, il ne peut pas y participer, il lui est loisible de présenter des observations écrites, qui seront versées au dossier et dont il sera donné lecture à l’audience. Un deuxième manquement du juge à se présenter à une audience justifie l’examen de l’affaire en son absence.

Le Conseil supérieur de la magistrature prend les décisions de demande de révocation d’un juge en vertu de l’article 126 § 5-4) à -6) de la Constitution à la majorité de ses membres constitutionnels. »

73. En ses parties pertinentes, le chapitre 4 de la loi sur les procédures disciplinaires contre les juges de la Cour suprême et des juridictions supérieures spécialisées est ainsi libellé :

**Article 37 – Types de sanctions imposées par le Conseil supérieur de la magistrature [version en vigueur jusqu’au 30 juillet 2010]**

« Le Conseil supérieur de la magistrature impose des sanctions disciplinaires (...) aux juges de la Cour suprême (...) pour les motifs prévus à l’article 126 § 5-5) de la Constitution et de la loi sur le statut des juges.

Le Conseil supérieur de la magistrature peut imposer les sanctions disciplinaires suivantes :

- 1) blâme,
- 2) rétrogradation.

Le Conseil supérieur de la magistrature peut décider qu’un juge n’est pas compatible avec le poste qu’il occupe ou demander sa révocation auprès de l’organe qui l’a nommé. »

### **Article 39 – Stades des procédures disciplinaires**

« Les procédures disciplinaires comprennent les stades suivants :

- 1) vérification des informations relatives à la faute disciplinaire,
- 2) ouverture de la procédure disciplinaire,
- 3) examen disciplinaire de l'affaire,
- 4) adoption d'une décision (...) »

### **Article 40 – Vérification des informations relatives à une faute disciplinaire**

« La vérification des informations relatives à une faute disciplinaire doit être réalisée par (...) l'un des membres du Conseil supérieur de la magistrature. Celui-ci reçoit des explications écrites du juge et d'autres personnes, demande et examine des documents et reçoit d'autres informations d'organes de l'État, d'organisations, d'institutions, d'associations et de citoyens.

À l'issue de la vérification des informations, il est établi un exposé des faits accompagné de conclusions et de propositions, qui est communiqué, avec les autres documents, au juge concerné (...) »

### **Article 41 – Ouverture d'une procédure disciplinaire**

« S'il y a des motifs de diriger une procédure disciplinaire contre (...) un juge de la Cour suprême (...) cette procédure est ouverte par décision du Conseil supérieur de la magistrature dans un délai de dix jours à compter de la date de réception des informations relatives à la faute disciplinaire ou, s'il est nécessaire de vérifier ces informations, dans un délai de dix jours à compter de la date d'achèvement de la vérification. »

### **Article 42 – Examen des affaires disciplinaires [version en vigueur jusqu'au 30 juillet 2010]**

« Le Conseil supérieur de la magistrature examine les affaires disciplinaires à son audience suivant la réception d'une conclusion et des documents résultant de la vérification.

Dans les affaires disciplinaires, les décisions sont prises par un vote à bulletin secret et en l'absence du juge concerné (...)

Le Conseil supérieur de la magistrature entend le juge avant de statuer sur sa responsabilité disciplinaire. Si, pour une raison valable, le juge ne peut pas participer à l'audience, il lui est loisible de présenter des observations écrites, qui seront versées au dossier et dont il sera donné lecture à l'audience. Un deuxième manquement du juge à se présenter à une audience justifie l'examen de l'affaire en son absence. »

### **Article 43 – Délai d'imposition d'une sanction disciplinaire**

« La sanction disciplinaire est infligée au juge dans les six mois qui suivent la date à laquelle sa faute a été connue, à l'exclusion de toute période d'invalidité temporaire ou de congé, mais en tout état de cause un an au plus tard à compter de la faute. »

### **Article 44 – Effacement du dossier disciplinaire**

« Si, dans un délai d'un an à compter de la date à laquelle la mesure disciplinaire a été appliquée, le juge n'a pas fait l'objet d'une nouvelle sanction disciplinaire, il est réputé n'avoir aucun antécédent disciplinaire (...) »

## **G. La loi du 18 mars 2004 sur la procédure d'élection et de révocation des juges par le Parlement (« la loi de 2004 sur les juges (élection et révocation) ») (en vigueur jusqu'au 30 juillet 2010)**

74. Les dispositions pertinentes de cette loi sont ainsi libellées :

### **Article 19 – Procédure d'examen par la commission parlementaire des motions de révocation de juges élus pour une durée indéterminée**

« La commission parlementaire examine les motions de révocation des juges élus pour une durée indéterminée [soumises par le Conseil supérieur de la magistrature] dans un délai d'un mois à compter de la date de leur réception (...) »

Lorsqu'elle reçoit des demandes de citoyens ou d'autres dénonciations d'activités illégitimes d'un juge, elle enquête sur les allégations correspondantes.

Elle peut demander à la Cour suprême, au Conseil supérieur de la magistrature, à la juridiction supérieure spécialisée concernée, à l'administration judiciaire de l'État, au Conseil ukrainien de la magistrature ou à la commission de qualification des juges concernée de procéder à des investigations supplémentaires.

Les autorités concernées communiquent par écrit les résultats des investigations supplémentaires à la commission parlementaire dans les délais fixés par elle mais en tout état de cause quinze jours au plus tard après la demande d'investigations.

Le juge concerné est averti du lieu et de l'heure de l'audience de la commission parlementaire. »

### **Article 20 – Procédure d'examen par la commission parlementaire de la question de la révocation d'un juge élu pour une durée indéterminée**

« Peuvent assister à l'audience de la commission parlementaire relative à la révocation d'un juge élu pour une durée indéterminée des parlementaires ainsi que des représentants de la Cour suprême, des juridictions supérieures spécialisées, du Conseil supérieur de la magistrature, de l'administration judiciaire de l'État, d'autres autorités de l'État, d'organe locaux d'auto-administration et d'institutions publiques. »

Le juge concerné est présent à l'audience, sauf dans les affaires de révocation ouvertes en vertu de l'article 126 § 5-2), -3), -6), -7), -8) et -9) de la Constitution.

Un deuxième manquement du juge concerné à se présenter à une audience sans raison valable justifie l'examen de l'affaire en son absence après que la commission parlementaire a vérifié qu'il avait été averti du lieu et de l'heure de l'audience. La commission parlementaire apprécie la validité des raisons éventuellement avancées à l'appui d'un défaut de comparution (...)

L'audience de la commission parlementaire relative à la révocation du juge s'ouvre par un rapport du président.

Les membres de la commission parlementaire ainsi que d'autres membres du Parlement peuvent poser des questions au juge sur les éléments résultant des investigations menées et, le cas échéant, sur les faits mentionnés dans les demandes déposées par des citoyens.

Le juge a le droit d'étudier les documents, les exposés des faits et la conclusion de la commission parlementaire concernant sa révocation.»

#### **Article 21 – Dépôt d'une proposition relative à la révocation du juge (...) devant le Parlement réuni en séance plénière**

«La commission parlementaire dépose devant le Parlement réuni en séance plénière une proposition recommandant ou non la révocation du juge élu pour une durée indéterminée. Le représentant a la parole [pour présenter la proposition].»

#### **Article 22 – Invitation à assister à la séance plénière concernant la révocation d'un juge élu pour une durée indéterminée**

«(...) Le juge concerné est présent à la séance plénière du Parlement si sa révocation est demandée en vertu de l'article 126 § 5-1), -4) et -5) de la Constitution. Le fait qu'il ne se présente pas ne fait pas obstacle à l'examen au fond de l'affaire.»

#### **Article 23 – Procédure d'examen par le Parlement réuni en séance plénière de la question de la révocation d'un juge élu pour une durée indéterminée**

«À la séance plénière du Parlement, le représentant de la commission parlementaire présente le cas de chaque juge dont la révocation est demandée.

Si un juge conteste sa révocation, ses explications sont entendues.

Les parlementaires ont le droit de poser des questions au juge.

Si pendant les délibérations du Parlement en séance plénière il apparaît qu'il est nécessaire de mener des investigations supplémentaires relativement à des demandes déposées par des citoyens ou de recueillir des informations supplémentaires, le Parlement donne à la commission parlementaire les instructions nécessaires.»

**Article 24 – Décision du Parlement quant à la révocation d'un juge élu pour une durée indéterminée**

«La révocation du juge demandée pour les motifs définis à l'article 126 § 5 de la Constitution fait l'objet d'une décision du Parlement.

La décision est prise par la majorité des membres constitutionnels du Parlement, à vote ouvert.

La décision de révocation du juge est adoptée sous forme de résolution.»

**H. La loi du 4 avril 1995 sur les commissions parlementaires (« la loi de 1995 sur les commissions parlementaires »)**

75. En vertu de l'article 1 de cette loi, une commission parlementaire est un organe du Parlement composé de parlementaires chargés de rédiger des lois dans un domaine particulier, de procéder à des examens préliminaires de questions qui relèvent de la compétence du Parlement et d'exercer des fonctions de supervision.

**I. La loi du 17 novembre 1992 sur le statut des parlementaires (« la loi de 1992 sur le statut des parlementaires »)**

76. L'article 24 de cette loi dispose que les parlementaires doivent être présents et participer en personne aux séances du Parlement. Ils sont tenus de voter eux-mêmes les questions examinées par le Parlement et ses organes.

**J. La loi du 10 février 2010 sur le règlement intérieur du Parlement (« le règlement du Parlement »)**

77. L'article 47 du règlement du Parlement prévoit que lorsque le Parlement prend des décisions, ses membres votent en personne dans la chambre des débats en utilisant un système de vote électronique ou, en cas de vote à bulletin secret, dans une salle de vote proche de la chambre des débats.

III. DOCUMENTS DU CONSEIL DE L'EUROPE

**A. La Charte européenne sur le statut des juges (Direction des affaires juridiques du Conseil de l'Europe, 8-10 juillet 1998, DAJ/DOC (98)23)**

78. En ses extraits pertinents, le chapitre 5 de la Charte, intitulé « Responsabilité », est ainsi libellé :

« 5.1. Le manquement par un juge ou une juge à l'un des devoirs expressément définis par le statut ne peut donner lieu à une sanction que sur la décision, suivant la proposition, la recommandation ou avec l'accord d'une juridiction ou d'une instance

comprenant au moins pour moitié des juges élus, dans le cadre d'une procédure à caractère contradictoire où le ou la juge poursuivis peuvent se faire assister pour leur défense. L'échelle des sanctions susceptibles d'être infligées est précisée par le statut et son application est soumise au principe de proportionnalité. La décision d'une autorité exécutive, d'une juridiction ou d'une instance visée au présent point prononçant une sanction est susceptible d'un recours devant une instance supérieure à caractère juridictionnel.»

## B. L'avis de la Commission de Venise

79. Les extraits pertinents de l'Avis conjoint sur la loi modifiant certains textes législatifs de l'Ukraine relatifs à la prévention de l'abus de droit d'appel par la Commission de Venise et la Direction de la coopération de la Direction générale des droits de l'homme et des affaires juridiques du Conseil de l'Europe adopté par la Commission de Venise lors de sa 84<sup>e</sup> séance plénière (Venise, 15-16 octobre 2010, document CDL-AD(2010)029), sont ainsi libellés :

« 28. Apparemment, dans un effort bienvenu visant à résoudre le problème du faible nombre de juges siégeant au [Conseil supérieur de la magistrature], les dispositions finales de la section XII. 3 (amendements des textes juridiques de l'Ukraine) de la loi relative au système judiciaire et au statut des juges et les amendements 3.11 de la loi sur le [Conseil supérieur de la magistrature] énoncent désormais que deux des trois membres du [Conseil supérieur de la magistrature] respectivement désignés par la Verkhovna Rada (article 8.1) et le Président d'Ukraine (article 9.1), un des trois membres désignés par le Congrès des juges (article 11.1), et un des trois membres désignés par le Congrès des représentants des établissements d'enseignement juridique supérieur et des instituts de recherche (article 12.1) sont nommés parmi les juges. La Conférence panukrainienne des procureurs désigne deux membres du [Conseil supérieur de la magistrature], dont un est issu des rangs des juges (article 13.1).

29. Néanmoins, la composition du [Conseil supérieur de la magistrature] d'Ukraine ne correspond pas aux normes européennes parce que sur vingt membres, trois seulement sont élus par leurs pairs. Les dispositions finales reconnaissent en effet que l'élément judiciaire du [Conseil supérieur de la magistrature] devrait être plus important, mais la solution choisie consiste à demander au Parlement, au Président, aux établissements d'enseignement et aux procureurs d'élire ou de nommer les juges. (...) Dans l'actuelle composition, un juge est un membre d'office (le président de la Cour suprême) et certains des membres nommés par le Président et le Parlement sont des juges *de facto* ou d'anciens juges, mais il n'y a aucune condition légale pour que cela soit le cas jusqu'à ce que les mandats des membres actuels prennent fin. Comme le ministre de la Justice et le Procureur général, cinquante pour cent des membres appartiennent aux pouvoirs exécutif ou législatif. On ne peut donc pas dire que le [Conseil supérieur de la magistrature] est composé d'une majorité de juges. Dans des démocraties plus anciennes, il peut arriver que le pouvoir exécutif exerce une influence décisive et, dans certains pays, de tels systèmes peuvent être acceptables dans la pratique. Les autorités ukrainiennes elles-mêmes, au cours des réunions de Kiev,

ont indiqué que l'Ukraine était une démocratie en transition qui utilisait volontiers l'expérience d'autres pays. Comme il a été déclaré dans un précédent avis: «En revanche, les nouvelles démocraties n'ont pas encore eu la possibilité de développer de telles traditions, qui peuvent empêcher les abus. En conséquence, au moins dans ces pays, des dispositions constitutionnelles et juridiques explicites sont nécessaires en tant que garantie pour empêcher les abus politiques dans la nomination des juges.»

30. La composition actuelle du [Conseil supérieur de la magistrature] traduit peut-être un jeu de compromis entre l'influence des majorités parlementaires et la pression de l'exécutif, mais cela ne règle pas pour autant la question de sa déficience structurelle. Cet organe peut faire l'objet d'une tentative de sujétion par le pouvoir politique et ne présente pas suffisamment de garanties quant à sa capacité à préserver les valeurs et les principes fondamentaux de la justice. Sa composition étant définie dans la Constitution, il conviendrait d'élaborer un amendement constitutionnel. Le fait que le Procureur général soit un membre d'office est particulièrement préoccupant car sa présence peut avoir un effet dissuasif sur les juges et être perçue comme une menace potentielle. Le Procureur général est partie à de nombreuses affaires dont les juges sont saisis, et sa présence dans un organe concerné par la nomination, la discipline et la révocation des juges est un facteur de risque. En effet, les juges peuvent manquer d'impartialité dans ces affaires ou le Procureur peut manquer d'impartialité envers les juges dont il désapprouve les décisions. En conséquence, la composition du [Conseil supérieur de la magistrature] d'Ukraine ne correspond pas aux normes européennes. Or la modifier exige un amendement à la Constitution, ce qui semble difficile. La loi doit donc inclure, pour contrebalancer la composition déficiente du [Conseil supérieur de la magistrature], une réglementation plus rigoureuse des incompatibilités. Compte tenu des pouvoirs qui lui sont conférés, le [Conseil supérieur de la magistrature] doit être un organe à temps plein et les membres élus, contrairement aux membres d'office, ne devraient pas exercer d'autres activités publiques ou privées tant qu'ils siègent au [Conseil supérieur de la magistrature]. (...)

42. (...) Sachant que le ministre de la Justice et le Procureur général d'Ukraine sont membres d'office du [Conseil supérieur de la magistrature] (article 131 de la Constitution) et que la Constitution ukrainienne ne garantit pas que le [Conseil supérieur de la magistrature] sera composé d'une majorité ou d'un nombre important de juges élus par leurs pairs, le fait que des membres de l'exécutif puisse[nt] soumettre des propositions de révocation pourrait affaiblir l'indépendance des juges (...) Quoi qu'il en soit, le membre du [Conseil supérieur de la magistrature] qui a soumis la proposition ne devrait pas être autorisé à prendre part à la décision de révoquer le juge concerné, car cela serait contraire à la garantie d'impartialité (...)

45. (...) La précision et la prévisibilité des motifs de la responsabilité disciplinaire sont souhaitables pour la sécurité juridique et notamment pour garantir l'indépendance des juges; il faudrait donc s'efforcer d'éviter les motifs vagues et les définitions larges. Cependant, la nouvelle définition comprend des concepts très généraux, notamment «commettre des actions qui déshonorent une fonction judiciaire ou pourraient mettre en doute l'impartialité, l'objectivité, l'indépendance [du juge ou] l'intégrité et l'incorruptibilité du système judiciaire» et «la violation des principes éthiques et moraux du comportement humain». Ces généralités sont particulièrement

dangereuses parce que les termes sont vagues et qu'il est possible de les utiliser comme arme politique contre les juges (...) Les motifs de la responsabilité disciplinaire sont donc définis d'une manière trop vague et une réglementation plus précise est nécessaire pour garantir l'indépendance judiciaire.

46. Enfin, l'article 32, dans son dernier paragraphe, exige que toute décision concernant la soumission au [Conseil supérieur de la magistrature] d'une proposition de révocation d'un juge soit adoptée à une majorité simple et non à une majorité des deux tiers. À la lumière de la composition défailante du [Conseil supérieur de la magistrature], ce point est regrettable et pourrait menacer l'indépendance des juges (...)

51. Enfin, la composition de la (...) très influente « cinquième chambre » de la [Cour administrative supérieure] devrait être précisément déterminée par la loi afin d'être conforme aux exigences découlant du droit fondamental d'accès à un tribunal préétabli par la loi (...)

### **C. Le rapport établi par Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à l'issue de sa visite en Ukraine (19-26 novembre 2011) (CommDH(2012)10, 23 février 2012)**

80. Les extraits pertinents de ce rapport sont ainsi libellés (traduction du greffe) :

« II. Questions relatives à l'indépendance et à l'impartialité des juges

L'indépendance du système judiciaire – qui implique aussi celle de chaque juge individuellement – doit être protégée en droit et en fait. Le Commissaire note avec préoccupation que, selon la perception du public en Ukraine, les juges ne sont pas protégés des pressions extérieures, y compris politiques. Il est nécessaire de prendre des mesures nettes sur plusieurs fronts pour supprimer les facteurs qui rendent les juges vulnérables et affaiblissent leur indépendance. Les autorités devraient examiner soigneusement toute allégation d'ingérence ou d'influence politiques indues dans l'activité des institutions judiciaires et assurer l'existence de recours effectifs.

Le Commissaire appelle les autorités ukrainiennes à appliquer pleinement les recommandations de la Commission de Venise relatives à la nécessité de rationaliser et de clarifier les procédures et les critères relatifs à la nomination et à la révocation des juges ainsi que l'application de mesures disciplinaires. Il est essentiel de mettre en place des garanties permettant d'assurer l'équité et d'éliminer le risque de politisation des procédures disciplinaires. Dans le processus de nomination des juges, les qualifications et le mérite de chaque candidat devraient être décisifs.

La composition actuelle du Conseil supérieur de la magistrature ne correspond pas aux normes internationales et elle devrait être changée, ce qui nécessitera une modification de la Constitution (...)

20. En novembre 2011, le Procureur général adjoint Myhailo Havryliuk, qui est membre du Conseil supérieur de la magistrature, a annoncé que des procédures

disciplinaires avaient été engagées contre des membres de la chambre pénale de la Cour suprême au motif qu'ils auraient violé leur serment. Le Commissaire a reçu des allégations selon lesquelles ces mesures correspondaient à une pression exercée par l'exécutif sur cette institution judiciaire afin d'influer sur l'issue de l'élection du prochain président de la Cour suprême (...)

35. La Constitution et la loi sur le système judiciaire et le statut des juges prévoient que les juges sont révoqués par l'organe qui les a élus ou nommés, sur motion du Conseil supérieur de la magistrature. Plusieurs des interlocuteurs du Commissaire ont souligné que, eu égard à la composition actuelle du Conseil supérieur de la magistrature, le risque qu'une telle décision puisse avoir pour origine des considérations politiques ou d'ordre politique était très élevé. Ces considérations peuvent aussi jouer un rôle dans la décision du Parlement de révoquer un juge élu à vie. Dès lors, des garanties supplémentaires devraient être mises en place tant dans la loi que dans la pratique en vue de protéger l'indépendance des juges.

36. Il y a dans la Constitution et dans la loi sur le système judiciaire et le statut des juges des garanties contre les pressions indues; pour autant, ces dispositions devraient être encore renforcées tant dans la loi qu'en pratique (...)

42. Le Commissaire est particulièrement préoccupé par les allégations faisant état de l'exercice d'une forte influence sur les juges par les autorités de poursuite et l'exécutif au moyen de leur représentation au Conseil supérieur de la magistrature. En particulier, le Commissaire a été informé qu'en certaines occasions des procédures disciplinaires avaient été ouvertes contre des juges à l'initiative de membres du Conseil supérieur de la magistrature représentant le parquet en raison de la substance d'une décision de justice, pour rupture alléguée de serment, dans des cas où les juges en question n'auraient pas appuyé la position de l'accusation (voir aussi le paragraphe 20 ci-dessus). Dans ce contexte, le Commissaire voudrait rappeler que les juges ne devraient pas avoir de raisons de craindre de faire l'objet d'une révocation ou d'une procédure disciplinaire du fait des décisions qu'ils prennent (...)

#### *Conclusions et recommandations*

46. Le Commissaire souligne qu'un système de nomination des juges doit être pleinement protégé des influences politiques ou partisans indues. Les décisions des juges ne devraient pas pouvoir faire l'objet d'une révision autrement que dans le cadre de la procédure d'appel ordinaire. La prise de mesures disciplinaires contre les juges devrait être encadrée par des règles et des procédures précises, gérée au sein du système judiciaire et protégée de toute influence indue d'origine politique ou autre.

47. Le Commissaire n'est pas en mesure de se prononcer sur la véracité des allégations selon lesquelles il serait exercé des pressions sur les juges de la Cour suprême (voir le paragraphe 20 ci-dessus), mais il note néanmoins que la situation donne motif à de graves préoccupations. Les autorités ukrainiennes devraient examiner toute allégation d'ingérence dans l'activité des institutions judiciaires et agir en conséquence. Les

agents des autres branches du gouvernement devraient s'abstenir de toute action ou déclaration pouvant être considérée comme un moyen de faire pression sur l'activité des institutions judiciaires ou faire peser un doute sur la capacité de ces institutions à exercer effectivement leur mission. Les juges ne devraient pas avoir de raison de craindre de faire l'objet d'une révocation ou d'une procédure disciplinaire du fait des décisions qu'ils prennent. De plus, il faudrait saisir l'occasion qu'offre la réforme menée actuellement pour affirmer plus fermement l'indépendance de l'ordre judiciaire à l'égard de l'exécutif. (...)

#### IV. DROIT COMPARÉ

81. L'Institut Max-Planck de droit public comparé et de droit international (*Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*) a achevé en 2012 un rapport de recherche de droit comparé intitulé «*Judicial Independence in Transition*»<sup>5</sup> (l'indépendance judiciaire en transition).

82. Ce rapport porte, entre autres questions, sur les procédures disciplinaires dont les juges peuvent faire l'objet dans différents ordres juridiques. Il indique qu'il n'y a pas d'approche uniforme de l'organisation du système de discipline judiciaire au sein des pays européens. On peut toutefois observer que, dans bien des pays d'Europe, les motifs de responsabilité disciplinaire des juges sont définis en termes plutôt généraux (par exemple, négligence lourde ou répétée des fonctions officielles laissant à penser que le juge n'est manifestement pas apte à assumer ses fonctions (Suède)). En Italie, qui fait exception, la loi prévoit une liste exhaustive de trente-sept fautes disciplinaires différentes concernant le comportement des juges tant dans l'exercice de leurs fonctions qu'en dehors de leur vie professionnelle. Les sanctions dont est passible un juge ayant commis une faute disciplinaire peuvent comprendre: avertissement, blâme, mutation, rétrogradation, gel de promotion, amende, réduction de traitement, suspension temporaire de fonctions, révocation avec ou sans indemnités. La révocation étant la sanction la plus sévère, elle est généralement ordonnée par un tribunal; dans certains ordres juridiques, elle peut aussi être ordonnée par une autre institution telle qu'une commission disciplinaire spécialisée du Conseil supérieur de la magistrature, mais, en règle générale, elle est susceptible de recours devant un tribunal. Sauf en Suisse, le Parlement ne participe pas à la procédure; le système suisse est toutefois fondamentalement différent en raison de la durée limitée du mandat des juges.

5. Seibert-Fohr, Anja, *Judicial Independence in Transition*, Springer 2012, XIII, p. 1378.

## EN DROIT

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

83. Sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention, le requérant formule les griefs suivants : i. son affaire n'aurait pas été examinée par « un tribunal indépendant et impartial » ; ii. la procédure devant le Conseil supérieur de la magistrature aurait été inéquitable en ce qu'elle n'aurait pas été menée conformément aux règles procédurales prévues par le chapitre 4 de la loi de 1998, qui posait en la matière plusieurs garanties importantes, parmi lesquelles des délais de prescription pour l'imposition de sanctions disciplinaires ; iii. lorsque le Parlement a adopté la décision de le révoquer en séance plénière, il y aurait eu des irrégularités dans l'utilisation du système de vote électronique ; iv. la cause n'aurait pas été entendue par un « tribunal établi par la loi » ; v. les décisions rendues dans l'affaire auraient été prises en l'absence d'appréciation adéquate des éléments et il n'aurait pas été répondu à des arguments importants avancés par la défense ; vi. l'absence de compétence suffisante de la Cour administrative supérieure pour examiner les décisions adoptées par le Conseil supérieur de la magistrature aurait emporté violation du droit à un tribunal ; et vii. le principe de l'égalité des armes n'aurait pas été respecté.

84. En ses parties pertinentes, l'article 6 § 1 de la Convention est ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) »

#### **A. Sur la recevabilité**

85. La recevabilité des griefs exposés ci-dessus ne fait pas controverse entre les parties.

86. Bien que le Gouvernement admette que l'article 6 § 1 de la Convention est applicable à la présente affaire, la Cour estime qu'il y a lieu d'examiner ce point en détail.

##### *1. Sur l'application du volet civil de l'article 6 § 1*

87. La Cour note que les conflits du travail entre les fonctionnaires et l'État peuvent échapper au volet civil de l'article 6 à condition que deux conditions cumulatives soient réunies. D'une part, l'État doit avoir

expressément exclu de son droit national l'accès aux tribunaux pour le poste ou la catégorie d'agent en question. D'autre part, l'exclusion doit être justifiée par des motifs objectifs tenant à l'intérêt de l'État (*Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* [GC], n° 63235/00, § 62, CEDH 2007-II).

88. En ce qui concerne la première condition, rien n'interdit à la Cour de qualifier de « tribunal » un organe national particulier ne relevant pas de l'ordre judiciaire aux fins de l'application du test exposé dans l'arrêt *Vilho Eskelinen*. Ainsi, un organe administratif ou parlementaire peut être considéré comme un « tribunal » au sens *substantif* du terme, ce qui rend l'article 6 applicable aux litiges des fonctionnaires qu'il examine (*Argyrou et autres c. Grèce*, n° 10468/04, § 24, 15 janvier 2009, et *Savino et autres c. Italie*, nos 17214/05, 20329/05 et 42113/04, §§ 72-75, 28 avril 2009). La conclusion relative à l'applicabilité de l'article 6 est toutefois sans préjudice de la question de savoir comment les garanties procédurales ont été respectées dans pareille procédure (*ibidem*, § 72).

89. En l'espèce, l'affaire du requérant a été examinée par le Conseil supérieur de la magistrature, qui a tranché toutes les questions de fait et de droit après avoir tenu audience et apprécié les éléments dont il était saisi. À l'issue de cet examen, deux motions tendant à la révocation de l'intéressé ont été adressées au Parlement. À leur réception par le Parlement, ces motions ont été examinées par la commission parlementaire des affaires judiciaires, qui, à l'époque, bénéficiait d'une certaine latitude pour apprécier les conclusions du Conseil supérieur de la magistrature, car elle était habilitée à procéder à ses propres délibérations et, si elle l'estimait nécessaire, à mener des investigations supplémentaires, ce qui pouvait aboutir à une recommandation soit de révoquer le juge soit de ne pas le révoquer (voir les articles 19 à 21 de la loi de 2004 sur les juges (élection et révocation)). Par la suite, une décision de révocation du requérant a été adoptée par le Parlement en séance plénière sur la base des conclusions du Conseil supérieur de la magistrature et de la recommandation de la commission parlementaire (voir l'article 23 de la même loi). Enfin, les décisions du Conseil supérieur de la magistrature et du Parlement ont été examinées par la Cour administrative supérieure.

90. Il apparaît donc que dans la détermination de l'affaire du requérant et l'adoption d'une décision contraignante, le Conseil supérieur de la magistrature, la commission parlementaire et le Parlement siégeant en séance plénière ont, ensemble, exercé une fonction judiciaire (*Savino et autres*, précité, § 74). La décision contraignante de révocation du requérant a ensuite été contrôlée par la Cour administrative supérieure, juridiction ordinaire de l'ordre judiciaire interne.

91. Au vu de ce qui précède, on ne peut conclure que le droit national ait « expressément exclu l'accès à un tribunal » pour le grief du requérant. La première condition du test *Vilho Eskelinen* n'est donc pas remplie et, partant, l'article 6 trouve à s'appliquer dans son volet civil (comparer *Olujić c. Croatie*, n° 22330/05, §§ 31-45, 5 février 2009).

## 2. Sur l'application du volet pénal de l'article 6 § 1

92. Les deux aspects, civil et pénal, de l'article 6 ne sont pas nécessairement exclusifs l'un de l'autre (*Albert et Le Compte c. Belgique*, 10 février 1983, § 30, série A n° 58). Il y a donc lieu de déterminer si l'article 6 de la Convention trouve aussi à s'appliquer dans son volet pénal.

93. À la lumière des critères exposés dans l'arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas* (8 juin 1976, §§ 82-83, série A n° 22), il se pose certaines questions quant à la sévérité de la sanction imposée au requérant. La procédure de « lustration » polonaise présente certes des points communs avec la procédure dont se plaint le requérant en l'espèce, en ce qu'elle est aussi susceptible d'aboutir à une révocation, mais la Cour a observé dans un cas de ce type que les dispositions pertinentes de la législation polonaise ne touchaient pas « un petit groupe d'individus dotés d'un statut particulier, à l'instar, par exemple, des mesures disciplinaires », mais visaient au contraire un grand nombre de citoyens, la procédure résultant en une interdiction d'emploi dans un grand nombre de postes publics sans que la liste exhaustive de ces postes ne soit énoncée dans le droit interne (*Matyjek c. Pologne* (déc.), n° 38184/03, §§ 53 et 54, CEDH 2006-VII). Cette affaire était donc différente de la présente affaire, où le requérant, qui avait un statut spécial, a été sanctionné pour un manquement aux règles de sa profession – c'est-à-dire pour une faute relevant nettement du domaine disciplinaire. La sanction qui lui a été imposée était une mesure disciplinaire classique pour faute professionnelle et, au regard du droit interne, elle se distinguait des sanctions de droit pénal encourues par les juges adoptant sciemment une mauvaise décision (voir l'article 375 du code pénal ci-dessus). Il y a lieu de noter également que la révocation du requérant de son poste de juge ne l'empêchait pas formellement de pratiquer le droit en une autre qualité.

94. De plus, la Cour a conclu que la mise à la retraite anticipée de membres des forces armées ne pouvait être considérée comme une sanction pénale aux fins de l'article 6 § 1 de la Convention (*Tepeli et autres c. Turquie* (déc.), n° 31876/96, 11 septembre 2001, et *Suküt c. Turquie* (déc.), n° 59773/00, 11 septembre 2007). Elle a dit aussi expressément que les procédures relatives au renvoi d'un huissier motivé par la commission de nombreux délits « n'impliquaient pas une décision sur une accusation en matière pénale » (*Bayer c. Allemagne*, n° 8453/04, § 37, 16 juillet 2009).

95. Au vu de ce qui précède, la Cour considère que les faits de la présente espèce ne font pas apparaître de motif de conclure que la procédure relative à la révocation du requérant concernait une décision sur une accusation en matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention. Partant, cet article ne trouve pas à s'appliquer dans son volet pénal.

### *3. Sur les autres questions de recevabilité*

96. Constatant par ailleurs que les griefs tirés de l'article 6 § 1 de la Convention exposés ci-dessus ne sont pas manifestement mal fondés au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'ils ne se heurtent à aucun autre motif d'irrecevabilité, la Cour les déclare recevables.

## **B. Sur le fond**

### *1. Sur le respect du principe de l'examen de la cause par un « tribunal indépendant et impartial »*

#### **a) Thèse du requérant**

97. Le requérant se plaint que son affaire n'ait pas été examinée par un « tribunal indépendant et impartial ». Il estime en particulier que le Conseil supérieur de la magistrature ne répondait pas à cette description compte tenu de sa composition, de la subordination de ses membres à d'autres organes de l'État et du parti pris personnel de certains d'entre eux dans l'affaire en cause. Il soutient en particulier que S.K., V.K. et R.K. ne pouvaient être impartiaux lorsqu'ils ont statué sur son affaire. La procédure n'aurait pas non plus répondu aux exigences de l'indépendance et de l'impartialité dans ses stades ultérieurs, y compris devant la Cour administrative supérieure, laquelle aurait manqué d'une part à assurer les garanties nécessaires et, d'autre part, à réexaminer dûment l'affaire.

98. Le requérant estime en outre que l'examen de son affaire par la Cour administrative supérieure ne peut être considéré comme suffisant pour compenser les défauts de la procédure aux stades antérieurs. En particulier, la Cour administrative supérieure n'aurait pas été habilitée à annuler les décisions relatives à sa révocation et, en l'absence de toute règle en la matière, on n'aurait pas bien su quelles conséquences procédurales aurait eu le fait de déclarer ces décisions irrégulières. De plus, la manière dont la Cour administrative supérieure a examiné l'affaire indiquerait qu'il n'existait pas de réponse adéquate aux arguments pertinents et importants du requérant ni aux thèses qu'il développait quant à l'absence de base factuelle pour sa

révocation, au parti pris personnel de membres du Conseil supérieur de la magistrature et aux irrégularités dans la procédure de vote au Parlement.

**b) Thèse du Gouvernement**

99. Le Gouvernement arguë que le droit interne offrait des garanties suffisantes de l'indépendance et de l'impartialité du Conseil supérieur de la magistrature. Il ajoute que rien ne permettait de dire que l'un ou l'autre des membres du conseil qui ont tranché l'affaire du requérant soient de parti pris. En particulier, les déclarations faites aux médias par S.K. et citées par le requérant auraient en réalité été prononcées plus de six mois avant les faits examinés en l'espèce. Il n'y aurait donc pas de lien de cause à effet entre ces déclarations et la révocation du requérant. Il n'existerait pas non plus d'arguments crédibles à l'appui de la thèse selon laquelle R. K. et V.K. auraient été de parti pris. En toute hypothèse, la décision du Conseil supérieur de la magistrature ayant été prise à la majorité des voix, le parti pris allégué de certains de ses membres n'aurait pu porter véritablement atteinte à son impartialité en tant qu'organe.

100. Le Gouvernement admet par ailleurs qu'il y a eu un certain chevauchement dans la composition du Conseil supérieur de la magistrature et dans celle de la commission parlementaire lorsque ces organes ont examiné l'affaire du requérant après qu'elle eut été transmise au Parlement. Il fait valoir toutefois que la commission était un organe collégial qui a pris sa décision par un vote à la majorité, et que cette décision n'était pas contraignante pour le Parlement.

101. Quant à la Cour administrative supérieure, il estime qu'il n'y a pas de raison de douter de son indépendance et de son impartialité.

102. De plus, il considère que l'examen qu'elle a fait de l'affaire a été suffisant pour remédier à tout défaut d'équité allégué aux stades antérieurs de la procédure. Il estime à cet égard que la compétence de la Cour administrative supérieure pour déclarer irrégulières les décisions du Conseil supérieur de la magistrature et du Parlement relatives à la révocation d'un juge était suffisante, étant donné que pareil constat aurait impliqué que le juge devait être réputé n'avoir jamais été révoqué. À l'appui de son argumentation, le Gouvernement fournit des exemples de pratique judiciaire interne dans lesquels les juges ont contesté avec succès des décisions prononçant leur révocation puis engagé une action en justice aux fins de leur réintégration. Dans ce contexte, il soutient que la Cour administrative supérieure a dûment examiné l'affaire du requérant et qu'elle a répondu de manière satisfaisante à tous les arguments pertinents avancés par l'intéressé. En particulier, elle aurait répondu de manière appropriée à l'allégation de violation de la procédure de vote au Parlement ainsi qu'à l'argument relatif

à une violation de l'exigence d'indépendance et d'impartialité aux stades antérieurs de la procédure.

**c) Appréciation de la Cour**

103. Pour établir si un tribunal peut passer pour « indépendant » aux fins de l'article 6 § 1, il faut prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance (*Findlay c. Royaume-Uni*, 25 février 1997, § 73, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I, et *Brudnicka et autres c. Pologne*, n° 54723/00, § 38, CEDH 2005-II). La Cour rappelle le rôle croissant de la notion de séparation du pouvoir exécutif et de l'autorité judiciaire dans sa jurisprudence (*Stafford c. Royaume-Uni* [GC], n° 46295/99, § 78, CEDH 2002-IV). Cela étant, ni l'article 6 ni aucune autre disposition de la Convention n'oblige les États à se conformer à telle ou telle notion constitutionnelle théorique concernant les limites admissibles à l'interaction entre l'un et l'autre (*Kleyn et autres c. Pays-Bas* [GC], nos 39343/98, 39651/98, 43147/98 et 46664/99, § 193, CEDH 2003-VI).

104. L'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris. Selon la jurisprudence constante de la Cour, aux fins de l'article 6 § 1, l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, en tenant compte de la conviction personnelle et du comportement de tel juge, c'est-à-dire du point de savoir si celui-ci a fait preuve de parti pris ou préjugé personnel dans tel cas, et aussi selon une démarche objective consistant à déterminer si le tribunal offrait, notamment à travers sa composition, des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime quant à son impartialité (voir, entre autres, *Fey c. Autriche*, 24 février 1993, §§ 27, 28 et 30, série A n° 255-A, et *Wettstein c. Suisse*, n° 33958/96, § 42, CEDH 2000-XII).

105. La frontière entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective n'est cependant pas hermétique car non seulement la conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un observateur extérieur, entraîner des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité (démarche objective) mais elle peut également toucher à la question de sa conviction personnelle (démarche subjective) (*Kyprianou c. Chypre* [GC], n° 73797/01, § 119, CEDH 2005-XIII). Ainsi, dans des cas où il peut être difficile de fournir des preuves permettant de réfuter la présomption d'impartialité subjective du juge, la condition d'impartialité objective fournit une garantie importante de plus (*Pullar c. Royaume-Uni*, 10 juin 1996, § 32, *Recueil* 1996-III).

106. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance ou, comme le dit un adage anglais « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* » (il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi

qu'elle le soit au vu et au su de tous). Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables (*De Cubber c. Belgique*, 26 octobre 1984, § 26, série A n° 86).

107. Enfin, les concepts d'indépendance et d'impartialité objective sont étroitement liés et, selon les circonstances, peuvent appeler un examen conjoint (*Sacilor-Lormines c. France*, n° 65411/01, § 62, CEDH 2006-XIII). Eu égard aux faits de la présente affaire, la Cour juge qu'il y a lieu d'examiner conjointement les questions de l'indépendance et de l'impartialité.

108. La Cour a noté (paragraphe 89 et 90 ci-dessus) que le Conseil supérieur de la magistrature et le Parlement avaient, pour l'un, statué sur l'affaire concernant le requérant et, pour l'autre, adopté une décision contraignante. La Cour administrative supérieure a ensuite réexaminé les conclusions et les décisions de ces organes. La Cour doit d'abord examiner le point de savoir si les principes du tribunal indépendant et impartial ont été respectés au stade de la détermination de l'affaire du requérant et de la production d'une décision contraignante.

*i. Sur l'indépendance et l'impartialité des organes qui ont statué sur l'affaire du requérant*

α) Le Conseil supérieur de la magistrature

109. La Cour a déjà dit que la présence parmi les membres d'un tribunal de magistrats occupant au moins la moitié des sièges, dont celui de président avec voix prépondérante, donne un gage certain d'impartialité (*Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, § 58, série A n° 43). Il y a lieu de noter qu'en ce qui concerne les procédures disciplinaires dirigées contre des juges, la nécessité qu'un nombre important des membres de l'organe disciplinaire soient eux-mêmes juges est reconnue dans la Charte européenne sur le statut des juges (paragraphe 78 ci-dessus).

110. La Cour note que, en vertu tant de l'article 131 de la Constitution que de la loi de 1998, le Conseil supérieur de la magistrature est composé de vingt membres, nommés par différents organes. Cependant, il faut souligner ici que trois de ces membres sont nommés directement par le Président de l'Ukraine, trois autres par le Parlement ukrainien, et deux autres par la Conférence panukrainienne des procureurs. De plus, le ministre de la Justice et le Procureur général sont membres de droit du Conseil supérieur de la magistrature. Il s'ensuit que l'effet des principes régissant la composition de ce conseil, posés dans la Constitution et développés dans la loi de 1998, a été qu'il était constitué en grande majorité de membres non judiciaires nommés directement par les autorités exécutives et législatives.

111. En conséquence, parmi les seize membres du Conseil supérieur de la magistrature présents à l'audience où a été tranchée l'affaire du requérant, trois seulement étaient des juges. Les juges formaient donc une petite minorité des membres de la formation qui a examiné l'affaire (paragraphe 24 ci-dessus).

112. Ce n'est que dans le cadre des modifications du 7 juillet 2010 qu'ont été introduites dans la loi de 1998 des dispositions imposant que dix membres du Conseil supérieur de la magistrature soient nommés parmi les membres du corps judiciaire. Ces modifications n'ont donc eu aucune incidence sur l'affaire du requérant. Elles sont d'ailleurs insuffisantes, car les organes qui nomment les membres du Conseil supérieur de la magistrature demeurent les mêmes, seuls trois juges étant élus par leurs pairs. Compte tenu de l'importance qu'il y a à réduire l'influence des organes politiques de gouvernement sur la composition du Conseil supérieur de la magistrature et de la nécessité d'assurer le niveau requis d'indépendance judiciaire, la manière dont les juges sont nommés dans cet organe disciplinaire est pertinente aussi du point de vue de l'autogouvernance judiciaire. Comme l'a observé la Commission de Venise, la modification des procédures n'a pas résolu la question, étant donné que les nominations elles-mêmes demeurent faites par les mêmes autorités et non par le corps judiciaire (paragraphe 28 et 29 de l'avis de la commission de Venise cité au paragraphe 79 ci-dessus).

113. La Cour note encore qu'en vertu de l'article 19 de la loi de 1998, seuls quatre des membres du Conseil supérieur de la magistrature y travaillent à temps plein. Les autres continuent de travailler et de recevoir un salaire hors de cet organe, ce qui implique inévitablement une dépendance matérielle, hiérarchique et administrative de leur part à l'égard de leurs employeurs principaux et met en péril leur indépendance et leur impartialité. En particulier, dans le cas du ministre de la Justice et du Procureur général, qui sont de par leurs fonctions membres de droit du Conseil supérieur de la magistrature, la perte de leur emploi principal implique leur démission du conseil.

114. La Cour rappelle l'avis de la Commission de Venise selon lequel le fait que le Procureur général soit membre de droit du Conseil supérieur de la magistrature est source de préoccupations supplémentaires, en ce qu'il peut avoir un effet dissuasif sur les juges et être perçu comme une menace potentielle. Le procureur général se trouve au sommet de la hiérarchie du parquet et supervise tous les procureurs. De par leur rôle fonctionnel, les procureurs peuvent participer à de nombreuses affaires que les juges doivent trancher. La présence du procureur général dans un organe intervenant dans la nomination, la sanction et la révocation des juges crée un risque que ceux-ci n'agissent pas de manière impartiale dans ces affaires ou que le

procureur général n'agisse pas de manière impartiale envers les juges dont il désapprouve les décisions (voir le paragraphe 30 de l'avis de la Commission de Venise, cité au paragraphe 79 ci-dessus). Il en va de même en ce qui concerne les membres du conseil nommés par la Conférence panukrainienne des procureurs sur la base de quotas. Les préoccupations exprimées par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe illustrent bien cette situation (voir le paragraphe 42 du rapport, cité au paragraphe 80 ci-dessus).

115. La Cour observe en outre que les membres du Conseil supérieur de la magistrature qui ont mené les investigations préliminaires dans l'affaire du requérant et qui ont demandé sa révocation (R.K. et V.K.) ont ensuite participé à la prise des décisions aboutissant à sa révocation, et que l'un d'eux (V.K.) a été nommé président du Conseil supérieur de la magistrature et a présidé l'audience sur le cas du requérant. Le rôle de ces membres dans l'ouverture d'une procédure disciplinaire contre le requérant, à partir de l'issue de leurs propres investigations préliminaires, fait peser un doute objectif sur leur impartialité lorsqu'ils ont statué sur l'affaire (comparer *Werner c. Pologne*, n° 26760/95, §§ 43 et 44, 15 novembre 2001).

116. La thèse du requérant selon laquelle certains membres du Conseil supérieur de la magistrature auraient été de parti pris doit aussi être examinée au regard de la conduite du président de la commission parlementaire des affaires judiciaires (S.K.), qui était également membre du Conseil supérieur de la magistrature. Premièrement, son rôle dans le refus<sup>6</sup> de permettre au requérant de prêter serment en tant que membre du Conseil supérieur de la magistrature ne doit pas être sous-estimé. Deuxièmement, son opinion publiée dans la gazette officielle du parlement le 14 juin 2007 donne à penser qu'il désapprouvait fortement la décision interlocutoire du tribunal dans l'affaire relative à l'irrégularité de la résolution parlementaire prévoyant une procédure temporaire de nomination des présidents et des présidents adjoints des juridictions locales. Même si S.K. n'a pas directement critiqué le requérant, il est évident qu'il désapprouvait ses actions – le requérant était demandeur dans cette affaire. La Cour n'est pas convaincue par l'argument du Gouvernement selon lequel cette déclaration publique avait été faite bien plus tôt, avant l'ouverture de la procédure disciplinaire. La période qui s'est écoulée entre ces deux événements étant, selon le Gouvernement, de six mois environ, elle ne peut être considérée comme suffisamment longue pour écarter tout lien de causalité à cet égard.

117. Dès lors, les faits de la présente affaire font apparaître un certain nombre de problèmes sérieux concernant à la fois des déficiences structurelles

6. Rectifié le 9 avril 2013: le texte était le suivant « son refus ».

dans la procédure menée devant le Conseil supérieur de la magistrature et une apparence de parti pris de la part de certains des membres de ce conseil qui ont statué sur l'affaire du requérant. La Cour conclut donc que cette procédure n'était pas compatible avec les principes d'indépendance et d'impartialité garantis par l'article 6 § 1 de la Convention.

β) « Indépendance et impartialité » au stade parlementaire

118. L'examen subséquent de l'affaire par le Parlement, l'organe législatif, n'a pas levé les défauts structurels d'« indépendance et [d']impartialité » mais bien plutôt contribué à la politisation de la procédure et à l'aggravation de son incompatibilité avec le principe de séparation des pouvoirs.

– *Commission parlementaire*

119. En ce qui concerne la procédure devant la commission parlementaire, la Cour observe que le président de la commission (S.K.) ainsi que l'un de ses membres étaient aussi membres du Conseil supérieur de la magistrature et ont participé à la prise de décisions sur le cas du requérant au sein de ces deux organes. Ils risquaient donc de ne pas agir de manière impartiale lorsqu'ils ont examiné les conclusions du Conseil supérieur de la magistrature (voir, *mutatis mutandis*, *Oberschlick c. Autriche (n° 1)*, 23 mai 1991, §§ 50-52, série A n° 204). Cela mis à part, les considérations exposées par la Cour au paragraphe 116 ci-dessus relativement au défaut d'impartialité personnelle valent également pour ce stade de la procédure. De plus, il faut tenir dûment compte du fait que ce sont S.K. et deux membres de la commission parlementaire qui ont demandé au Conseil supérieur de la magistrature d'ouvrir des investigations préliminaires sur une éventuelle faute du requérant.

120. Cela étant, les membres du Conseil supérieur de la magistrature ne pouvaient se déporter, car la loi de 2004 sur les juges (élection et révocation) ne prévoyait pas cette possibilité, ce qui révèle l'absence de garanties appropriées de la conformité des procédures avec le critère d'impartialité objective (voir, *mutatis mutandis*, *Micallef c. Malte [GC]*, n° 17056/06, §§ 99 et 100, CEDH 2009).

– *Séance plénière du Parlement*

121. À la séance plénière du Parlement, l'affaire a été présentée aux parlementaires par S.K. et V.K. (paragraphe 27 ci-dessus). Cependant, ce processus consistait essentiellement en un simple échange d'opinions générales reposant sur les conclusions du Conseil supérieur de la magistrature et de la commission parlementaire. À ce stade, l'examen de l'affaire se limitait à l'adoption d'une décision contraignante à partir des conclusions auxquelles

étaient précédemment parvenus le Conseil supérieur de la magistrature et la commission parlementaire.

122. Dans l'ensemble, il ressort des faits de la cause que les débats en séance plénière n'étaient pas le lieu approprié pour examiner des questions de fait et de droit, apprécier les éléments de preuve et procéder à une qualification juridique des faits. Le Gouvernement n'a pas suffisamment expliqué le rôle des politiciens siégeant au Parlement, qui n'étaient pas tenus d'avoir la moindre expérience juridique ou judiciaire de l'examen de questions complexes de fait et de droit dans une procédure disciplinaire individuelle, et il n'a pas démontré que ce rôle était compatible avec l'indépendance et l'impartialité requises en vertu de l'article 6 de la Convention.

*ii. Sur la question de savoir si la Cour administrative supérieure a remédié aux problèmes d'« indépendance » et d'« impartialité »*

123. En vertu de la jurisprudence de la Cour, lorsqu'un organe juridictionnel chargé d'examiner des contestations portant sur des « droits et obligations de caractère civil » ne remplit pas toutes les exigences de l'article 6 § 1, il ne saurait y avoir violation de la Convention si la procédure devant cet organe a fait l'objet du « contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, les garanties de cet article » (*Albert et Le Compte*, précité, § 29, et *Tsfayo c. Royaume-Uni*, n° 60860/00, § 42, 14 novembre 2006). Pour déterminer si la juridiction de deuxième instance avait la plénitude de juridiction conformément à l'article 6 et si elle a procédé à un contrôle suffisant pour remédier au défaut d'indépendance en première instance, il échet de considérer des questions telles que l'objet de la décision attaquée, la méthode suivie pour parvenir à cette décision et la teneur du litige, y compris les moyens d'appel, tant souhaités que réels (*Bryan c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, §§ 44-47, série A n° 335-A, et *Tsfayo*, précité, § 43).

α) « Contrôle suffisant »

124. La Cour n'est pas convaincue que la Cour administrative supérieure ait procédé à un contrôle suffisant de l'affaire du requérant, et ce pour les raisons exposées ci-dessous.

125. Premièrement, la question se pose de savoir si la Cour administrative supérieure pouvait procéder à un contrôle effectif des décisions du Conseil supérieur de la magistrature et du Parlement, compte tenu du fait qu'elle était compétente pour déclarer ces décisions irrégulières mais non pour les annuler et prendre les mesures qu'elle eût estimé nécessaires en pareil cas. Même s'il ne découle généralement pas de conséquences juridiques du fait qu'une décision soit déclarée irrégulière, la Cour considère que l'impossibilité

pour la Cour administrative supérieure d'annuler formellement les décisions litigieuses et l'absence de règles quant à la suite de la procédure disciplinaire donnent lieu à un certain degré d'incertitude quant aux conséquences juridiques réelles de pareilles déclarations judiciaires.

126. On peut dire que la pratique judiciaire développée dans ce domaine est révélatrice. Le Gouvernement a certes communiqué des copies de décisions de justice rendues par les juridictions internes dans deux affaires, mais ces exemples montrent qu'après que la Cour administrative supérieure a déclaré irrégulière la révocation des juges concernés, les intéressés ont dû engager une procédure distincte pour être réintégrés. Ils ne montrent pas comment une procédure disciplinaire doit se dérouler (en particulier, quelles sont les mesures que les autorités concernées doivent prendre après que la décision litigieuse a été déclarée irrégulière, et dans quels délais) mais permettent simplement de conclure qu'il ne peut y avoir de réintégration automatique au poste de juge sur la seule base de la décision déclaratoire de la Cour administrative supérieure. Ils indiquent donc en fait que les conséquences juridiques découlant du contrôle fait par cette cour de ces questions sont limitées, et ne font que renforcer les doutes de la Cour quant à sa capacité de régler la question de manière effective et de procéder à un contrôle suffisant de l'affaire.

127. Deuxièmement, il ressort de la manière dont la Cour administrative supérieure est parvenue à sa décision dans l'affaire du requérant ainsi que de l'objet du litige qu'elle n'a pas dûment examiné d'importants arguments avancés par l'intéressé. En particulier, la Cour estime qu'elle n'a pas examiné avec la diligence requise l'allégation du requérant relative à un défaut d'impartialité des membres du Conseil supérieur de la magistrature et de la commission parlementaire. Les arguments avancés à cet égard par le Gouvernement ne sont pas convaincants.

128. De plus, alors même qu'elle était compétente pour le faire (voir l'article 171-1 §§ 1 et 5 du code de la justice administrative, paragraphe 62 ci-dessus) et que le requérant avait clairement soulevé la question dans son recours, éléments pertinents à l'appui (paragraphe 29 et 33 ci-dessus), la Cour administrative supérieure n'a pas réellement tenté d'examiner la thèse selon laquelle la décision parlementaire tendant à la révocation de l'intéressé était incompatible avec la loi de 1992 sur le statut des parlementaires et le règlement intérieur du Parlement : au lieu d'examiner les éléments présentés par le requérant, elle a réinterprété l'allégation relative à l'irrégularité de la procédure de vote au Parlement comme une allégation d'inconstitutionnalité de la résolution parlementaire pertinente. En procédant de cette manière, elle a évité de traiter la question, la laissant aux soins de la Cour constitutionnelle,

à laquelle le requérant n'avait pas directement accès (*Bogatova c. Ukraine*, n° 5231/04, § 13, 7 octobre 2010, avec les références citées).

129. La Cour considère donc que le contrôle qu'a fait la Cour administrative supérieure dans l'affaire du requérant n'était pas suffisant et que, partant, il ne pouvait neutraliser les défauts en matière d'équité survenus aux stades précédents de la procédure interne.

β) Indépendance et impartialité au stade du contrôle de la Cour administrative supérieure

130. La Cour observe que les juges de la Cour administrative supérieure qui ont procédé au contrôle juridictionnel des décisions antérieures relevaient eux aussi de la compétence disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature. Ainsi, ils auraient pu eux-mêmes faire l'objet d'une procédure disciplinaire devant ce conseil. Eu égard aux pouvoirs étendus de cet organe quant à la carrière des juges (nomination, sanction, révocation) et au fait qu'il ne présentait pas toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité (voir ci-dessus), la Cour n'est pas convaincue que les juges de la Cour administrative supérieure qui ont examiné l'affaire du requérant, à laquelle le Conseil supérieur de la magistrature était partie, aient pu faire preuve de « l'indépendance » et de « l'impartialité » requises par l'article 6 de la Convention.

*iii. Conclusion*

131. En conclusion, la Cour dit que les autorités internes ont manqué à garantir un examen indépendant et impartial de l'affaire du requérant et que le contrôle ultérieur de son affaire n'a pas remédié à ces manquements. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison de l'atteinte portée au principe de l'examen de la cause par un tribunal indépendant et impartial.

*2. Sur le respect du principe de la sécurité juridique en ce qui concerne l'absence de délai de prescription pour les procédures dirigées contre le requérant*

**a) Thèses des parties**

132. Le requérant se plaint que la procédure menée devant le Conseil supérieur de la magistrature ait été inéquitable, en ce qu'elle n'aurait pas été conforme aux règles prévues par le chapitre 4 de la loi de 1998, qui posait un ensemble de garanties procédurales importantes, parmi lesquelles des délais de prescription pour l'imposition de sanctions disciplinaires. En outre, les

raisons avancées par la Cour administrative supérieure pour appliquer une procédure différente n'auraient pas été suffisantes.

133. Le requérant soutient qu'il aurait été important dans son affaire, pour respecter le principe de la sécurité juridique, d'appliquer un délai de prescription. Ne l'ayant pas fait, les autorités nationales auraient violé son droit à un procès équitable.

134. Le Gouvernement conteste cette thèse et soutient que le statut des juges comportait à la fois des garanties de leur indépendance dans l'administration de la justice et la possibilité de les sanctionner s'ils ne respectaient pas leurs obligations. Il ajoute que, la « rupture de serment » étant une faute lourde, elle est imprescriptible.

#### **b) Appréciation de la Cour**

135. La Cour note que le choix de procédure que désapprouve le requérant est une question d'interprétation du droit interne, tâche qui incombe au premier chef aux autorités nationales. Elle doit cependant vérifier si la manière dont le droit interne est interprété et appliqué produit des effets conformes aux principes de la Convention tels qu'interprétés dans sa jurisprudence (*Scordino c. Italie (n° 1)* [GC], n° 36813/97, §§ 190 et 191, CEDH 2006-V).

136. La Cour considère que la Cour administrative supérieure a donné des raisons suffisantes pour expliquer pourquoi la procédure suivie n'était pas celle souhaitée par le requérant (paragraphe 37 ci-dessus). L'application de cette procédure ne peut être considérée comme imprévisible, arbitraire ou manifestement déraisonnable. La question reste toutefois de savoir si l'absence alléguée de la garantie invoquée par le requérant, à savoir un délai de prescription pour l'imposition d'une sanction disciplinaire pour « rupture de serment » par un juge, a porté atteinte à l'équité de la procédure.

137. La Cour a déjà dit que les délais de prescription ont plusieurs finalités importantes, à savoir garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer, et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé (*Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, § 51, *Recueil* 1996-IV). Les délais de prescription sont un trait commun aux systèmes juridiques des États contractants en matière d'infractions pénales, disciplinaires et autres.

138. En ce qui concerne l'affaire du requérant, les faits examinés par le Conseil supérieur de la magistrature en 2010 dataient de 2003 à 2006 (paragraphe 17 et 18 ci-dessus). Le requérant se trouvait donc placé dans

une situation difficile, car il devait monter un dossier de défense à l'égard de faits dont certains étaient survenus dans un passé lointain.

139. Il ressort de la décision rendue par la Cour administrative supérieure dans l'affaire du requérant et des observations du Gouvernement que le droit interne ne prévoit pas de délais de prescription pour la révocation d'un juge pour « rupture de serment ». Si elle ne juge pas approprié d'indiquer quelle devrait être la durée du délai de prescription, la Cour considère néanmoins qu'une approche aussi illimitée des affaires disciplinaires concernant des membres de l'ordre judiciaire menace gravement la sécurité juridique.

140. Dans ces conditions, la Cour conclut qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison de l'atteinte portée au principe de la sécurité juridique par l'absence de délai de prescription.

### *3. Sur le respect du principe de la sécurité juridique pendant la séance plénière du Parlement*

#### **a) Thèses des parties**

141. Le requérant se plaint que le Parlement ait adopté la décision relative à sa révocation en violation manifeste de la loi, par un vote électronique entaché d'irrégularité. Il affirme que pendant le vote en séance plénière sur sa révocation, certains parlementaires ont illégalement voté pour leurs collègues absents. À l'appui de ce grief, il renvoie à l'enregistrement vidéo de la séance plénière du Parlement et aux déclarations certifiées par un notaire de quatre parlementaires.

142. Le Gouvernement soutient que la décision parlementaire relative à la révocation du requérant était régulière et que les éléments cités par le requérant à l'appui du contraire ne peuvent être considérés comme fiables, leur véracité n'ayant pas été examinée par les autorités internes.

#### **b) Appréciation de la Cour**

143. La Cour a déjà dit que les règles de procédure visent à assurer la bonne administration de la justice et le respect du principe de la sécurité juridique, et que les intéressés doivent pouvoir s'attendre à ce que ces règles soient appliquées. Le principe de la sécurité juridique vaut non seulement à l'égard des justiciables mais également à l'égard des juridictions nationales (*Diya 97 c. Ukraine*, n° 19164/04, § 47, 21 octobre 2010, avec les références citées). Il est également applicable aux procédures utilisées pour révoquer le requérant, y compris le processus décisionnel suivi à la séance plénière du Parlement.

144. La Cour note que les allégations factuelles qui sous-tendent ce grief sont corroborées par les déclarations du requérant, qui a observé le vote en

séance plénière, par les dépositions certifiées de quatre parlementaires et par l'enregistrement vidéo de la procédure. Le Gouvernement n'a avancé aucun argument plausible qui soit de nature à mettre en question la véracité de ces éléments. Pour sa part, la Cour ne voit pas de raison de les juger non fiables.

145. Après avoir examiné les éléments susmentionnés, la Cour conclut que la décision de révoquer le requérant a été votée en l'absence de la majorité des membres du Parlement. Les parlementaires présents ont délibérément voté plusieurs fois pour leurs collègues absents, en toute illégalité. La décision a donc été prise en violation de l'article 84 de la Constitution, de l'article 24 de la loi de 1992 sur le statut des parlementaires et de l'article 47 du règlement intérieur du Parlement, en vertu desquels les parlementaires doivent participer en personne aux séances et aux votes. Dans ces conditions, la Cour considère que le vote sur la révocation du requérant a porté atteinte au principe de la sécurité juridique, en violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

146. Comme observé ci-dessus, il n'a pas été remédié à ce défaut d'équité procédurale au stade ultérieur de la procédure, la Cour administrative supérieure n'ayant pas dûment traité la question.

147. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison de l'atteinte portée au principe de la sécurité juridique par les irrégularités commises lors du vote sur la révocation du requérant.

*4. Sur le respect du principe de l'examen de la cause par un « tribunal établi par la loi »*

**a) Thèses des parties**

148. Le requérant se plaint que sa cause n'ait pas été entendue par un « tribunal établi par la loi ». Il soutient que lorsque le président de la Cour administrative supérieure a formé la chambre de cette cour qui a examiné l'affaire et fait des propositions quant à sa composition, son mandat avait expiré et il occupait donc son poste administratif sans base légale.

149. Le Gouvernement répond à cela qu'après l'expiration de son mandat, le président de la Cour administrative supérieure devait être révoqué mais que, en l'absence de procédure de révocation des juges occupant un poste administratif, aucune mesure tendant à sa révocation n'aurait été légale. Il ajoute que la légitimité du maintien à ce poste du président de la Cour administrative supérieure a été validée par la décision de la Conférence des juges de juridictions administratives.

### b) Appréciation de la Cour

150. En vertu de la jurisprudence de la Cour, l'introduction du terme « établi par la loi » dans l'article 6 de la Convention « a pour objet d'éviter que l'organisation du système judiciaire dans une société démocratique ne soit laissée à la discrétion de l'Exécutif et de faire en sorte que cette matière soit régie par une loi du Parlement ». Dans des pays de droit codifié, l'organisation du système judiciaire ne saurait pas davantage être laissée à la discrétion des autorités judiciaires, ce qui n'exclut cependant pas de leur reconnaître un certain pouvoir d'interprétation de la législation nationale en la matière (*Fruni c. Slovaquie*, n° 8014/07, § 134, 21 juin 2011, avec les références citées).

151. L'expression « établi par la loi » concerne non seulement la base légale de l'existence même du tribunal, mais encore la composition du siège dans chaque affaire (*Buscarini c. Saint-Marin* (déc.), n° 31657/96, 4 mai 2000, et *Posokhov c. Russie*, n° 63486/00, § 39, CEDH 2003-IV). La Cour a déjà dit que la pratique de la prorogation tacite du mandat des juges pendant une durée indéterminée après l'expiration de sa durée légale jusqu'à ce qu'ils soient à nouveau nommés était contraire au principe du « tribunal établi par la loi » (*Gurov c. Moldova*, n° 36455/02, § 37-39, 11 juillet 2006).

152. En l'espèce, il y a lieu de noter que, en vertu de l'article 171-1 du code de la justice administrative, l'affaire du requérant aurait pu être entendue exclusivement par une chambre spéciale de la Cour administrative supérieure. En vertu de l'article 41 de la loi de 2002 sur le système judiciaire, cette chambre spéciale devait être mise en place par une décision du président de la Cour administrative supérieure, qui en fixait la composition et la soumettait à l'approbation du présidium de la cour. Cependant, lorsque cela a été fait en l'espèce, le mandat de cinq ans du président avait expiré.

153. Pendant ce temps, la procédure de nomination des présidents de tribunaux n'était pas encadrée par le droit interne : les dispositions pertinentes de l'article 20 de la loi de 2002 sur le système judiciaire avaient été déclarées inconstitutionnelles et le Parlement n'avait pas encore adopté de nouvelles dispositions (paragraphe 41 et 49 ci-dessus). Différentes autorités internes avaient exprimé leur opinion quant à cette situation juridique. Par exemple, le Conseil ukrainien de la magistrature, organe supérieur d'autogouvernance judiciaire, considérait que la question devait être résolue sur la base de l'article 41 § 5 de la loi de 2002 sur le système judiciaire et que le premier président adjoint de la Cour administrative supérieure, le juge S., devait assumer les fonctions de président de cette cour (paragraphe 51 ci-dessus), tandis que le parquet général avait adopté un avis différent sur la question (paragraphe 52 ci-dessus).

154. En conséquence, une question aussi importante que la nomination des présidents de tribunaux a été reléguée au niveau de la pratique interne, qui s'est révélée faire l'objet de vives controverses entre les différentes autorités. Il apparaît que le juge P. a continué d'exercer les fonctions de président de la Cour administrative supérieure au-delà de la durée légale de son mandat, essentiellement au motif que les lois ukrainiennes ne prévoyaient pas de procédures de nomination ou de reconduction, alors que la base législative de sa qualité pour continuer d'exercer cette fonction n'était pas suffisamment établie.

155. Pendant cette période, le juge P., faisant fonction de président de la Cour administrative supérieure, a constitué la chambre qui a examiné l'affaire du requérant et en a proposé la composition.

156. Dans ces conditions, la Cour ne peut conclure que cette chambre ait été établie et composée d'une manière légitime et conforme aux exigences du « tribunal établi par la loi ». Il y a donc eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison de l'atteinte portée au principe de l'examen de la cause par un tribunal établi par la loi.

#### *5. Sur les autres violations alléguées de l'article 6 § 1 de la Convention*

157. Le requérant se plaint en outre que les décisions rendues dans son affaire aient été prises en l'absence d'appréciation réelle des éléments et qu'il n'ait pas été répondu à d'importants arguments avancés par la défense; que la Cour administrative supérieure n'ait pas eu la compétence suffisante pour contrôler les actes adoptées par le Conseil supérieur de la magistrature – ce qui aurait porté atteinte au « droit à un tribunal » – et que le principe de l'égalité des armes n'ait pas été respecté.

158. Le Gouvernement conteste ces allégations.

159. Eu égard à ce qui précède et aux conclusions auxquelles elle est parvenue sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention, la Cour ne décèle pas de question distincte dans ces griefs. Il n'y a donc pas lieu de les examiner séparément.

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

160. Le requérant se plaint que sa révocation de son poste de juge ait constitué une ingérence dans sa vie privée et professionnelle incompatible avec l'article 8 de la Convention.

161. L'article 8 de la Convention est ainsi libellé :

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

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

### **A. Sur la recevabilité**

162. Constatant que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité, la Cour le déclare recevable.

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

#### *1. Thèses des parties*

163. Le requérant se plaint que sa révocation de son poste de juge de la Cour suprême ait constitué une ingérence dans sa vie privée. Cette ingérence n'aurait pas été légale, les motifs de responsabilité pour « rupture de serment » ayant été formulés de manière trop vague; ne prévoyant aucun délai de prescription en matière de procédures de révocation, le droit interne n'aurait pas contenu de garanties suffisantes contre les abus et l'arbitraire; de plus, il n'aurait pas été prévu un éventail approprié de sanctions pour faute disciplinaire permettant la prise de mesures proportionnées. Pour ces raisons, les dispositions litigieuses n'auraient pas été compatibles avec l'exigence de « qualité de la loi ». Enfin, l'ingérence litigieuse n'aurait pas été nécessaire dans les circonstances de l'espèce.

164. Le Gouvernement admet que la révocation du requérant a constitué une ingérence dans l'exercice par l'intéressé de son droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention. Il estime cependant que cette mesure était justifiée au regard du paragraphe 2 de cet article. En particulier, la révocation aurait été décidée sur la base du droit interne, qui aurait été suffisamment prévisible et accessible. De plus, la mesure aurait été nécessaire dans les circonstances de l'espèce.

#### *2. Appréciation de la Cour*

##### **a) Sur l'existence d'une ingérence**

165. Les parties s'accordent à reconnaître qu'il y a eu ingérence dans l'exercice par le requérant de son droit au respect de sa vie privée. La Cour ne voit pas de raison de conclure autrement. Elle rappelle que la vie privée « englobe le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec

ses semblables, y compris dans le domaine professionnel et commercial» (*C. c. Belgique*, 7 août 1996, § 25, *Recueil* 1996-III). L'article 8 de la Convention «protège (...) le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur» (*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61, CEDH 2002-III) et la notion de «vie privée» n'exclut pas en principe les activités de nature professionnelle ou commerciale. D'ailleurs, après tout, c'est dans leur travail que les gens nouent un grand nombre de relations avec le monde extérieur (*Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29, série A n° 251-B). Ainsi, la Cour a déjà dit que l'imposition de restrictions à l'accès à une profession portait atteinte à la «vie privée» (*Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, nos 55480/00 et 59330/00, § 47, CEDH 2004-VIII, et *Bigaeva c. Grèce*, n° 26713/05, §§ 22-25, 28 mai 2009). De même, elle a déjà jugé qu'une révocation avait porté atteinte au droit au respect de la vie privée (*Özpinar c. Turquie*, n° 20999/04, §§ 43-48, 19 octobre 2010). Enfin, le droit d'une personne à la protection de son honneur et de sa réputation est couvert par l'article 8 en tant qu'élément du droit au respect de la vie privée (*Pfeifer c. Autriche*, n° 12556/03, § 35, 15 novembre 2007, et *A. c. Norvège*, n° 28070/06, §§ 63 et 64, 9 avril 2009).

166. La révocation du requérant de son poste de juge a eu des incidences sur une grande partie de ses relations avec autrui, notamment sur ses relations de nature professionnelle. Elle a eu aussi des incidences sur son «cercle intime», car la perte de son emploi a nécessairement eu des conséquences concrètes sur son bien-être matériel et celui de sa famille. De plus, la raison pour laquelle il a été révoqué, à savoir une rupture de serment, permet de penser que sa réputation professionnelle a été affectée.

167. Il s'ensuit que la révocation du requérant a constitué une ingérence dans l'exercice par l'intéressé de son droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention.

#### **b) Sur la justification de l'ingérence**

168. La Cour doit à présent examiner le point de savoir si l'ingérence litigieuse répondait aux conditions prévues au paragraphe 2 de l'article 8.

##### *i. Principes généraux relatifs à la légalité de l'ingérence*

169. Les mots «prévue par la loi» veulent d'abord que la mesure contestée ait une base en droit interne, mais ils ont trait aussi à la qualité de la loi en cause: ils exigent l'accessibilité de celle-ci à la personne concernée, qui doit de surcroît pouvoir en prévoir les conséquences pour elle, et sa compatibilité avec la prééminence du droit (voir, entre autres, *Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998, § 55, *Recueil* 1998-II).

170. Cette expression implique donc notamment que la législation interne doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à recourir à des mesures affectant leurs droits protégés par la Convention (*C.G. et autres c. Bulgarie*, n° 1365/07, § 39, 24 avril 2008). La loi doit en outre offrir une certaine garantie contre des atteintes arbitraires de la puissance publique. L'existence de garanties procédurales spécifiques est déterminante à cet égard. Les garanties requises dépendent, au moins dans une certaine mesure, de la nature et de la portée de l'ingérence en question (*P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, n° 44787/98, § 46, CEDH 2001-IX).

*ii. Sur le respect du droit interne*

171. La Cour a constaté (paragraphe 145 ci-dessus) que le vote parlementaire sur la décision de révoquer le requérant n'était pas régulier au regard du droit interne. Cette conclusion suffirait en elle-même à établir que l'ingérence portée dans l'exercice par le requérant de son droit au respect de sa vie privée n'était pas prévue par la loi au sens de l'article 8 de la Convention.

172. Toutefois, la Cour estime qu'il y a lieu d'examiner ce grief plus avant et de déterminer si les exigences de « qualité de la loi » ont été respectées.

*iii. Sur le respect des exigences de « qualité de la loi »*

173. Dans leurs observations sur ce point, les parties ne s'entendent pas sur le point de savoir si le droit applicable était prévisible. À cet égard, la Cour observe que jusqu'au 15 mai 2010, le droit matériel ne contenait pas de description de la « rupture de serment ». La base de l'interprétation de cette notion se déduisait du texte du serment judiciaire, prévu à l'article 10 de la loi de 1992 sur le statut des juges<sup>7</sup>, qui était ainsi libellé : « Je déclare solennellement que j'exercerai avec honnêteté et rigueur les fonctions de juge, rendrai la justice dans le strict respect de la loi, et serai objectif et juste. »

174. La Cour note que le texte du serment judiciaire laissait une large marge d'interprétation de la notion de « rupture de serment ». La nouvelle législation prévoit maintenant expressément les éléments externes de cette faute (voir l'article 32 de la loi de 1998, tel que modifié, au paragraphe 72 ci-dessus). Même si cette nouvelle législation ne s'appliquait pas au cas du requérant, il est à noter que la définition qui est faite dans cet article de la « rupture de serment » laisse toujours à l'autorité disciplinaire un large

7. Rectifié le 9 avril 2013 : le texte était le suivant : « la loi de 2002 sur le système judiciaire ».

pouvoir d'appréciation sur ce point (voir aussi l'extrait pertinent de l'avis de la Commission de Venise cité au paragraphe 79 ci-dessus).

175. Cela étant, la Cour reconnaît qu'il peut être difficile, dans certains domaines, de rédiger des lois d'une totale précision et qu'une certaine souplesse peut même se révéler souhaitable pour permettre aux juridictions internes de faire évoluer le droit en fonction de ce qu'elles jugent être des mesures nécessaires dans les circonstances particulières de chaque affaire (*Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996, § 33, *Recueil* 1996-II). En raison même du principe de généralité des lois, le libellé de celles-ci ne peut présenter une précision absolue. Aussi de nombreuses lois se servent-elles par la force des choses de formules plus ou moins floues, afin d'éviter une rigidité excessive et de pouvoir s'adapter aux changements de situation. L'interprétation et l'application de pareils textes dépendent de la pratique (*Gorzelik et autres c. Pologne* [GC], n° 44158/98, § 64, CEDH 2004-I).

176. Ces nuances, qui limitent l'exigence de précision des lois, sont particulièrement pertinentes dans le domaine des normes disciplinaires. Ainsi, en matière de discipline militaire, la rédaction de dispositions décrivant le détail des comportements ne se conçoit guère. Aussi les autorités peuvent-elles se voir contraintes de recourir à des formulations plus larges (*Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche*, 19 décembre 1994, § 31, série A n° 302).

177. Il ressort de l'observation de la situation prévalant dans d'autres États que les motifs de sanction disciplinaire des juges sont généralement libellés en termes généraux et que les exemples de dispositions régissant cette question en termes plus détaillés ne sont pas toujours satisfaisants et prévisibles (paragraphe 82 ci-dessus).

178. En conséquence, s'agissant des normes disciplinaires, il faut adopter une approche raisonnable pour apprécier la précision de la loi, car il est objectivement nécessaire que l'*actus reus* de ces fautes soit formulé en termes généraux. À défaut, le risque serait que le texte ne couvre pas la question de manière complète et doive constamment être révisé au gré des nombreuses circonstances nouvelles qui pourraient survenir en pratique. Ainsi, une disposition légale décrivant une infraction à partir d'une liste de comportements spécifiques tout en ayant vocation à s'appliquer de manière générale et illimitée ne garantit pas à elle seule la prévisibilité de la loi : les autres facteurs affectant la qualité de la norme de droit et le caractère suffisant de la protection juridique contre l'arbitraire doivent être identifiés et examinés.

179. À cet égard, la Cour rappelle qu'elle a déjà dit que l'existence d'une pratique d'interprétation précise et cohérente de la disposition en cause constituait un facteur permettant d'aboutir à la conclusion que

cette disposition était prévisible quant à ses effets (*Goodwin*, précité, § 33). Elle a certes énoncé cette conclusion dans une affaire qui concernait un système de *common law*, mais le rôle interprétatif des organes juridictionnels dans la garantie de la prévisibilité des dispositions normatives ne doit pas pour autant être sous-estimé dans les systèmes de droit civil. C'est précisément à ces organes qu'il appartient d'interpréter de manière cohérente les dispositions générales d'une loi pour en dégager la signification exacte et de dissiper tout doute dans ce domaine (voir, *mutatis mutandis*, *Gorzelik et autres*, précité, § 65).

180. En l'espèce, rien n'indique qu'il ait existé au moment où l'affaire du requérant a été examinée des lignes directrices ou une pratique établissant une interprétation cohérente et restrictive de la notion de « rupture de serment ».

181. La Cour observe en outre que les garanties procédurales requises pour prévenir l'application arbitraire du droit matériel pertinent étaient absentes. En particulier, le droit interne ne prévoyait pas de délais de prescription pour l'ouverture et la poursuite d'une procédure dirigée contre un juge pour « rupture de serment ». Comme la Cour l'a déjà dit ci-dessus dans le cadre de l'examen des griefs tirés de l'article 6 de la Convention, l'absence de délai de prescription a laissé aux autorités disciplinaires un pouvoir d'appréciation illimité et a porté atteinte au principe de la sécurité juridique.

182. De plus, le droit interne ne comprenait pas d'échelle appropriée des sanctions disciplinaires et ne prévoyait pas de règles assurant la conformité de leur application au principe de proportionnalité. Au moment où l'affaire du requérant a été examinée, il n'existait que trois sanctions disciplinaires : le blâme, la rétrogradation et la révocation. Ces trois types de sanctions ne laissaient guère de place à l'imposition d'une mesure disciplinaire proportionnée. Ainsi, la possibilité pour les autorités de mettre en balance les intérêts public et privé concurrents à la lumière de chaque affaire individuelle était limitée.

183. Il y a lieu de noter que le principe selon lequel les sanctions disciplinaires appliquées aux juges doivent être proportionnées est directement cité au paragraphe 5.1 de la Charte européenne sur le statut des juges (paragraphe 78 ci-dessus), et que certains États ont mis en place une palette de sanctions plus étoffée pour respecter ce principe (paragraphe 82 ci-dessus).

184. Enfin, le contrepoids le plus important face au pouvoir d'appréciation inévitable de tout organe disciplinaire dans ce domaine serait l'existence d'un contrôle indépendant et impartial. Or faute de cadre approprié en droit interne, pareil contrôle, comme cela a déjà été dit, ne s'est pas révélé ouvert au requérant.

185. En conséquence, l'absence tant d'un ensemble de lignes directrices et d'une pratique établissant une interprétation cohérente et restrictive de la « rupture de serment » que de garanties juridiques appropriées ont eu pour effet que les dispositions pertinentes du droit interne étaient imprévisibles quant à leurs effets. Dans ce contexte, on pourrait parfaitement considérer que pratiquement n'importe quel faux pas d'un juge, survenant à n'importe quel moment de sa carrière, aurait pu être interprété, si tel était le souhait d'un organe disciplinaire, comme une base factuelle suffisante pour l'accuser de « rupture de serment » et le révoquer pour ce motif.

*iv. Conclusion*

186. À la lumière de ces considérations, la Cour conclut que l'ingérence faite dans l'exercice par le requérant de son droit au respect de sa vie privée n'était pas légale : non seulement elle n'était pas conforme au droit interne, mais encore celui-ci ne répondait pas aux exigences de prévisibilité et de garantie d'une protection appropriée contre l'arbitraire.

187. Partant, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

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

188. Le requérant se plaint en outre de ne pas avoir disposé de recours effectif pour contester la régularité de sa révocation. Il invoque l'article 13 de la Convention, qui est ainsi libellé :

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

189. Après avoir examiné les observations des parties sur ce grief, la Cour le déclare recevable. Cependant, compte tenu de ses conclusions sur le terrain de l'article 6 de la Convention, elle estime qu'il ne soulève aucune question distincte (*Brualla Gómez de la Torre c. Espagne*, 19 décembre 1997, § 41, *Recueil* 1997-VIII).

190. En conséquence, la Cour dit qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément le grief tiré de l'article 13 de la Convention.

### IV. SUR L'APPLICATION DES ARTICLES 41 ET 46 DE LA CONVENTION

191. 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. »

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

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

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

## A. Indication de mesures générales et individuelles

### 1. Principes généraux

193. Dans le cadre de l'exécution d'un arrêt en application de l'article 46 de la Convention, un arrêt constatant une violation entraîne pour l'État défendeur l'obligation juridique au regard de cette disposition de mettre un terme à la violation et d'en effacer les conséquences de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci. Si, en revanche, le droit national ne permet pas ou ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de la violation, l'article 41 habilite la Cour à accorder à la partie lésée s'il y a lieu la satisfaction qui lui semble appropriée. Il en découle notamment que l'État défendeur reconnu responsable d'une violation de la Convention ou de ses Protocoles est appelé non seulement à verser aux intéressés les sommes allouées à titre de satisfaction équitable, mais aussi à choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer dans la mesure du possible les conséquences de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci (*Maestri c. Italie* [GC], n° 39748/98, § 47, CEDH 2004-I, *Assanidzé c. Géorgie* [GC], n° 71503/01, § 198, CEDH 2004-II, et *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, § 487, CEDH 2004-VII).

194. La Cour rappelle que ses arrêts ont un caractère déclaratoire pour l'essentiel et qu'en général il appartient au premier chef à l'État en cause de choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de son obligation au regard de l'article 46 de la Convention, pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour (voir, entre autres, *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, § 210, CEDH 2005-IV, *Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], nos 39221/98 et 41963/98, § 249, CEDH 2000-VIII, et *Brumărescu c. Roumanie* (satisfaction équitable) [GC], n° 28342/95, § 20, CEDH 2001-I). Ce pouvoir d'appréciation quant aux modalités d'exécution d'un arrêt traduit la liberté de choix dont est assortie l'obligation primordiale imposée par la Convention aux États contractants :

assurer le respect des droits et libertés garantis (article 1) (*Papamichalopoulos et autres c. Grèce* (article 50), 31 octobre 1995, § 34, série A n° 330-B).

195. Cependant, à titre exceptionnel, la Cour, pour aider l'État défendeur à remplir ses obligations au titre de l'article 46, cherche à indiquer le type de mesures à prendre pour mettre un terme à la situation structurelle qu'elle constate. Dans ce contexte, elle peut formuler plusieurs options dont le choix et l'accomplissement restent à la discrétion de l'État concerné (voir, par exemple, *Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, § 194, CEDH 2004-V). Dans certains cas, il arrive que la nature même de la violation constatée n'offre pas réellement de choix parmi différentes sortes de mesures propres à y remédier, auquel cas la Cour peut décider de n'indiquer qu'une seule mesure de ce type (voir, par exemple, *Assanidzé*, précité, §§ 202 et 203, *Alexanian c. Russie*, n° 46468/06, § 240, 22 décembre 2008, et *Fatullayev c. Azerbaïdjan*, n° 40984/07, §§ 176 et 177, 22 avril 2010).

## 2. Application de ces principes en l'espèce

### a) Mesures générales

#### i. Thèses des parties

196. Le requérant soutient que son affaire révèle l'existence dans le système juridique ukrainien de problèmes systémiques fondamentaux découlant du manquement de l'État à respecter le principe de la séparation des pouvoirs, et que ces problèmes systémiques appellent l'application de l'article 46 de la Convention. Il arguë que les problèmes révélés en l'espèce montrent la nécessité de modifier le domaine correspondant de la législation interne, en particulier la Constitution et la loi de 1998 (principes de la composition du Conseil supérieur de la magistrature et procédures de nomination et de révocation des juges) ainsi que le code de la justice administrative (compétence et pouvoirs de la Cour administrative supérieure).

197. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse et soutient que le droit interne a changé de manière importante depuis que les autorités internes ont statué sur l'affaire du requérant. Il fait valoir en particulier que, depuis les modifications du 7 juillet 2010, la loi de 1998 prévoit que le nombre de juges parmi les membres du Conseil supérieur de la magistrature augmentera progressivement pour en constituer à terme la majorité (paragraphe 68 ci-dessus), et que, en juin 2012, cette loi a été à nouveau modifiée, pour prévoir que les investigations préliminaires ouvertes à l'initiative du parquet ne doivent pas être menées par un membre du Conseil supérieur de la magistrature qui est ou a été procureur.

198. Le Gouvernement souligne également que le rôle du Parlement dans la procédure de révocation des juges a été amoindri, en ce qu'il n'est plus nécessaire que l'affaire soit examinée par une commission parlementaire ni qu'il soit mené une quelconque autre forme d'enquête parlementaire.

*ii. Appréciation de la Cour*

199. La Cour note que la présente affaire fait apparaître de graves problèmes systémiques dans le fonctionnement du système judiciaire ukrainien. En particulier, les violations constatées en l'espèce indiquent que le système de discipline judiciaire en Ukraine n'a pas été organisé convenablement, car il n'assure pas une séparation suffisante du pouvoir judiciaire et des autres branches du pouvoir de l'État. De plus, il ne fournit pas de garanties appropriées contre les abus et les détournements de mesures disciplinaires au détriment de l'indépendance de la justice, qui est l'une des valeurs les plus importantes qui sous-tendent le bon fonctionnement des démocraties.

200. La Cour considère qu'il découle de la nature des violations constatées qu'aux fins de la bonne exécution du présent arrêt, l'État défendeur devrait prendre un certain nombre de mesures générales visant à réformer le système de discipline judiciaire. Ces mesures devraient comprendre une réforme législative restructurant la base institutionnelle du système, ainsi que la mise en place de formes et de principes appropriés d'application cohérente du droit interne dans ce domaine.

201. En ce qui concerne les arguments du Gouvernement consistant à dire qu'il a déjà mis en place certaines garanties dans ce domaine, la Cour note que les modifications législatives du 7 juillet 2010 n'ont pas eu d'effet immédiat et que la recomposition du Conseil supérieur de la magistrature devra se faire progressivement à l'avenir. En toute hypothèse, elle a relevé (paragraphe 112 ci-dessus) que ces modifications ne résolvaient pas en fait le problème spécifique de la composition du Conseil supérieur de la magistrature. Quant aux autres modifications législatives citées par le Gouvernement, la Cour ne considère pas qu'elles répondent sur le fond à toute la série de problèmes qu'elle a constatés dans cette affaire. Bien des points, exposés dans le raisonnement du présent arrêt, font apparaître des défauts dans la législation et la pratique internes dans ce domaine. En bref, les mesures législatives mentionnées par le Gouvernement ne résolvent pas les problèmes de dysfonctionnements systémiques de l'ordre juridique relevés en l'espèce.

202. La Cour estime donc nécessaire de souligner que l'Ukraine doit mettre en place d'urgence les réformes générales de son système juridique énoncées ci-dessus. Ce faisant, les autorités ukrainiennes devront tenir

compte du présent arrêt, de la jurisprudence pertinente de la Cour, et des recommandations, résolutions et décisions pertinentes du Comité des Ministres.

**b) Mesures individuelles**

*i. Thèses des parties*

203. Le requérant estime que la forme la plus appropriée de réparation individuelle consisterait en sa réintégration à son poste. À titre subsidiaire, il prie la Cour d'ordonner à l'État défendeur de rouvrir la procédure interne.

204. Le Gouvernement soutient qu'il n'est pas nécessaire d'ordonner de mesures individuelles car ce point sera dûment traité par les autorités nationales en coopération avec le Comité des Ministres.

*ii. Appréciation de la Cour*

205. Le requérant a été révoqué en violation des principes fondamentaux d'équité de la procédure consacrés par l'article 6 de la Convention, tels que ceux de l'examen de la cause par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi et de la sécurité juridique. Cette révocation était en outre incompatible avec l'exigence de légalité énoncée à l'article 8 de la Convention. De surcroît, prononcée à l'égard d'un juge à la Cour suprême, au mépris manifeste de ces principes de la Convention, elle pourrait être considérée comme une menace pour l'indépendance de la justice dans son ensemble.

206. La question se pose donc de savoir quelles mesures individuelles seraient les plus appropriées pour mettre fin aux violations constatées en l'espèce. Dans bien des affaires où elle a jugé que la procédure interne avait emporté violation de la Convention, la Cour a dit que la forme la plus appropriée de réparation des violations commises pouvait être la réouverture de la procédure interne (voir, par exemple, *Huseyn et autres c. Azerbaïdjan*, nos 35485/05, 45553/05, 35680/05 et 36085/05, § 262, 26 juillet 2011, avec les références citées). Elle a alors indiqué cette mesure dans le dispositif de l'arrêt (voir, par exemple, *Lungoci c. Roumanie*, n° 62710/00, 26 janvier 2006, et *Ajdarić c. Croatie*, n° 20883/09, 13 décembre 2011).

207. Eu égard aux conclusions exposées ci-dessus quant à la nécessité d'adopter des mesures générales de réforme du système de discipline judiciaire, la Cour estime que la réouverture de la procédure judiciaire ne constituerait pas une forme appropriée de redressement des violations des droits du requérant. Rien ne permet de dire qu'il serait rejugé conformément aux principes de la Convention dans un avenir proche. Dans ces conditions, la Cour ne voit pas d'utilité à indiquer une telle mesure.

208. Cela étant, elle ne peut accepter que le requérant soit laissé dans l'incertitude quant à la manière dont ses droits doivent être restaurés. Elle considère que la nature même des violations constatées n'offre pas réellement d'autre choix en ce qui concerne les mesures individuelles propres à y remédier que de dire que, compte tenu des circonstances tout à fait exceptionnelles de l'espèce et du besoin urgent de mettre un terme aux violations des articles 6 et 8 de la Convention, l'État défendeur doit assurer la réintégration du requérant à son poste de juge de la Cour suprême dans les plus brefs délais.

## **B. Dommage**

### *1. Dommage matériel*

209. Le requérant allègue qu'en raison de la procédure inéquitable dont il a fait l'objet et qui a abouti à sa révocation de son poste de juge de la Cour suprême, il a été privé de son traitement de juge, des allocations connexes et de sa pension judiciaire. Il a fourni un calcul détaillé de sa demande au titre du dommage matériel, qui s'élèverait à 11 720 639,86 hryvnias ukrainiennes (UAH), soit 1 107 255,87 euros (EUR).

210. Le Gouvernement conteste cette prétention et arguë qu'il s'agit d'une demande spéculative, exorbitante et non étayée.

211. Dans les circonstances de l'espèce, la Cour estime que la question de la réparation pour dommage matériel ne se trouve pas en état. En conséquence, elle la réserve et fixera la procédure ultérieure compte tenu de la possibilité que le Gouvernement et le requérant parviennent à un accord (article 75 §§ 1 et 4 du règlement).

### *2. Dommage moral*

212. Le requérant allègue qu'en raison de sa révocation inéquitable, il a subi une détresse et une frustration considérables, que le seul constat d'une violation ne suffirait pas à réparer. Il sollicite l'octroi à ce titre d'une somme de 20 000 EUR.

213. Le Gouvernement soutient que la demande présentée au titre du dommage moral n'est pas étayée.

214. La Cour considère que les violations constatées ont dû être sources pour le requérant de détresse et d'angoisse. Statuant en équité en vertu de l'article 41 de la Convention, elle lui octroie 6 000 EUR pour dommage moral.

### C. Frais et dépens

215. Le requérant demande également 14 945,81 livres sterling (GBP) pour les frais et dépens engagés devant la Cour entre le 23 mars et le 20 avril 2012. Cette somme correspond aux honoraires d'avocats de ses représentants à Londres (M. Philip Leach et M<sup>me</sup> Jane Gordon): quatre-vingt-deux heures et quarante minutes de travail sur l'affaire, frais de secrétariat et d'interprétation de l'European Human Rights Advocacy Centre (EHRAC), dépenses administratives et coûts de traduction.

216. Dans ses observations complémentaires sur les frais et dépens, le requérant réclame en outre 11 154,95 GBP pour les frais et dépens engagés dans le cadre de l'audience du 12 juin 2012. Cette somme recouvre les honoraires de ses représentants: soixante-neuf heures et trente minutes de travail sur l'affaire, frais de secrétariat et d'interprétation de l'EHRAC, dépenses administratives et coûts de traduction.

217. Le requérant demande que toute somme octroyée à ce titre soit versée directement sur le compte bancaire de l'EHRAC.

218. Le Gouvernement arguë que le requérant n'a pas démontré que les frais et dépens réclamés avaient été nécessairement engagés et qu'il n'a pas produit les justificatifs requis.

219. 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 ces critères, la Cour estime raisonnable la somme de 12 000 EUR tous frais confondus et l'accorde au requérant. Cette somme est à verser directement sur le compte bancaire des représentants du requérant.

### D. Intérêts moratoires

220. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

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

1. *Déclare* la requête recevable pour le surplus;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison de l'atteinte portée au principe de l'examen de la cause par un tribunal indépendant et impartial;

3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison de l'atteinte portée au principe de la sécurité juridique par l'absence de délai de prescription pour la procédure dirigée contre le requérant ;
4. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison de l'atteinte portée au principe de la sécurité juridique par les irrégularités commises lors du vote sur la révocation du requérant à la séance plénière du Parlement ;
5. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison de l'atteinte portée au principe de l'examen de la cause par un « tribunal établi par la loi » ;
6. *Dit* qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément les autres griefs tirés de l'article 6 § 1 de la Convention ;
7. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention ;
8. *Dit* qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément le grief tiré de l'article 13 de la Convention ;
9. *Dit* que l'Ukraine doit assurer la réintégration du requérant à son poste de juge de la Cour suprême dans les plus brefs délais ;
10. *Dit* qu'en ce qui concerne l'indemnité à octroyer au requérant pour tout dommage matériel résultant des violations constatées en l'espèce, la question de la satisfaction équitable ne se trouve pas en état et, en conséquence,
  - a) la réserve en entier ;
  - b) invite le Gouvernement et le requérant à lui soumettre par écrit, dans les trois mois à compter de la date de communication du présent arrêt, leurs observations sur la question et, en particulier, à lui donner connaissance de tout accord auquel ils pourraient parvenir ;
  - c) réserve la procédure ultérieure et délègue au président de la chambre le soin de la fixer au besoin ;
11. *Dit*
  - a) que l'État défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes :
    - i. 6 000 EUR (six mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, à convertir en hryvnias ukrainiennes au taux applicable à la date du règlement, 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, à verser sur le compte bancaire des représentants du requérant ;
  - 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;

12. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus en ce qui concerne le dommage moral et les frais et dépens.

Fait en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 9 janvier 2013, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Claudia Westerdiek  
Greffière

Dean Spielmann  
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 de la juge Yudkivska.

D.S.  
C.W.

## OPINION CONCORDANTE DE LA JUGE YUDKIVSKA

J'ai voté pour le point 9 du dispositif de l'arrêt, en vertu duquel l'Ukraine doit assurer la réintégration du requérant à son poste de juge de la Cour suprême, même si en tant que juge national je réalise les difficultés qu'auront les autorités à exécuter cette partie de l'arrêt.

Lorsque M. Volkov a été révoqué en juin 2010, le nombre de juges à la Cour suprême était plutôt flexible. Il était régi par l'article 48 de la loi de 2002 sur le système judiciaire, selon lequel il devait être fixé par décret du Président de l'Ukraine sur recommandation du président de la Cour suprême approuvée par le Conseil de la magistrature. Ainsi, en vertu du décret présidentiel n° 1427/2005 du 7 octobre 2005 «sur le nombre de juges à la Cour suprême d'Ukraine», la haute juridiction était composée entre 2005 et 2010 de quatre-vingt-quinze juges.

En juillet 2010, la nouvelle loi sur le système judiciaire et le statut des juges est entrée en vigueur. En son article 39, elle dispose sans équivoque que la Cour suprême d'Ukraine est composée de quarante-huit juges. Ce chiffre est constant. Ainsi, s'il n'y a pas de poste vacant à la Cour suprême actuellement, il apparaît que la réintégration du requérant «dans les plus brefs délais» visée au paragraphe 208 et au point 9 du dispositif ne deviendra réalisable que lorsque l'un des juges de la Cour suprême en exercice prendra sa retraite ou quittera la Cour pour une autre raison, à moins d'une modification de la loi.

Cela étant, même dans ces circonstances, je demeure convaincue que l'approche proposée, si elle semble plutôt directive, était néanmoins justifiée.

La pratique de la Cour consistant à ordonner des réparations spécifiques pour les violations de la Convention a une longue histoire. Les travaux préparatoires de l'ancien article 50 de la Convention démontrent que l'idée de départ d'une Cour puissante habilitée à imposer une large gamme de «sanctions pénales, administratives ou civiles» n'a pas été acceptée. Le libellé de l'ancien article 50 tel qu'il a finalement été adopté suggère que l'obligation première d'apporter une réparation demeure à la charge de l'État, et que le rôle de la Cour est subsidiaire et n'entre en jeu que lorsque la victime ne peut obtenir réparation en droit interne.

Cependant, en 1972, dans la fameuse affaire «de vagabondage», la Cour a reconnu qu'«assurément, les traités internationaux auxquels le texte de l'article 50 a été emprunté avaient plus spécialement en vue le cas où

la nature de la lésion permettrait *d'effacer en entier les conséquences d'une violation*, mais où le droit interne de l'État en cause y fait obstacle»<sup>1</sup>.

Dans l'affaire *Piersack c. Belgique*, la Cour a dit qu'elle «partira[it] de l'idée qu'il fa[llai]t placer le requérant, le plus possible, dans une situation équivalant à celle où il se [serait trouvé] s'il n'y avait pas eu manquement aux exigences de l'article 6»<sup>2</sup>, soulignant ainsi le caractère primordial de l'obligation de restaurer le *statu quo ante*. Cette importance primordiale a été à nouveau soulignée dans l'affaire *Scozzari et Giunta c. Italie*: «en vertu de l'article 41 de la Convention, le but des sommes allouées à titre de satisfaction équitable est uniquement d'accorder une réparation pour les dommages subis par les intéressés dans la mesure où ils constituent une conséquence de la violation ne pouvant en tout cas pas être effacée»<sup>3</sup>.

Néanmoins, eu égard au caractère subsidiaire de son rôle dans la protection des droits de l'homme, la Cour est pendant des décennies demeurée peu disposée à exercer son propre pouvoir d'ordonner la prise de mesures individuelles, répétant à maintes reprises que le constat d'une violation constituait en soi une satisfaction équitable suffisante ou octroyant à titre de réparation une somme modique. Cette frilosité a été critiquée aussi bien hors de la Cour qu'en son sein. Ainsi, le juge Bonello s'est exprimé en ces termes : «[i]l est assez regrettable, quoique compréhensible que, sur la question du redressement, la Cour se soit imposé à ses débuts de ne jamais ordonner l'exécution de mesures spécifiques de réparation envers la victime. Cet exercice de retenue judiciaire a déjà grandement amoindri l'efficacité de la Cour»<sup>4</sup>.

La Cour a appliqué le principe de la *restitutio in integrum* pour la première fois dans l'arrêt de principe *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, qui concernait une expropriation illégale<sup>5</sup>. Ce faisant, elle s'est inspirée de l'arrêt rendu par la Cour permanente de justice internationale (CPJI) dans l'affaire relative à l'usine de Chorzów, où la CPJI avait conclu que «la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de

1. *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* (article 50), 10 mars 1972, § 20, série A n° 14.

2. *Piersack c. Belgique* (article 50), 26 octobre 1984, § 12, série A n° 85.

3. *Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], n° 39221/98 et 41963/98, § 250, CEDH 2000-VIII.

4. *Nikolova c. Bulgarie* [GC], n° 31195/96, § 58, CEDH 1999-II, opinion en partie dissidente du juge Bonello à laquelle se ralliait le juge Maruste.

5. *Papamichalopoulos et autres c. Grèce* (article 50), 31 octobre 1995, § 38, série A n° 330-B : « (...) la Cour estime que la restitution des terrains litigieux (...) placerait les requérants, le plus possible, dans une situation équivalant à celle où ils se trouveraient s'il n'y avait pas eu manquement aux exigences de l'article 1 du Protocole n° 1. »

l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis»<sup>6</sup>.

Depuis lors, la pratique de la Cour en ce qui concerne l'indication de mesures individuelles et de mesures générales a considérablement progressé. La procédure d'arrêt-pilote, conséquence inévitable de l'augmentation importante de la charge de travail de la Cour et de la nécessité de faire en sorte que la situation qui a mené à la violation dans une affaire donnée soit améliorée, représente l'avancée la plus importante dans le développement de son pouvoir de réparation. Aujourd'hui, la Cour n'hésite plus, si nécessaire, à indiquer une série de mesures concrètes à un État défendeur afin de garantir le plein respect des droits de l'homme.

Le principe de la *restitutio in integrum* a été étendu à des affaires de procès inéquitable où la Cour a considéré « que la forme la plus appropriée de redressement pour une violation de l'article 6 § 1 consiste à faire en sorte que le requérant se retrouve autant que possible dans la situation qui aurait été la sienne si cette disposition n'avait pas été méconnue (...) En conséquence (...) la forme la plus appropriée de redressement serait (...) un nouveau procès »<sup>7</sup>. Elle a aussi estimé qu'ordonner la tenue d'un nouveau procès était « indispensable à la bonne protection des droits de l'homme »<sup>8</sup>.

L'application du principe de la *restitutio in integrum* a encore progressé dans des affaires concernant une privation irrégulière de liberté qui se poursuivait, et où la Cour a ordonné à l'État d'« assurer la remise en liberté du requérant dans les plus brefs délais » car « en l'espèce, la nature même de la violation constatée n'offr[ait] pas réellement de choix parmi différentes sortes de mesures susceptibles d'y remédier »<sup>9</sup>. Dans certaines autres affaires, où la détention provisoire prolongée avait été jugée contraire aux exigences de l'article 5 § 3 de la Convention et où la procédure était encore pendante, la Cour a demandé à l'État défendeur « de mener à terme la procédure pénale en cause dans les meilleurs délais (...) et de remettre le requérant en liberté dans l'attente de l'issue de la procédure »<sup>10</sup>.

Se félicitant de ce « pas (...) logique, par rapport aux affaires précitées de restitution de biens », le juge Costa a estimé dans son opinion séparée sur l'affaire *Assanidzé c. Géorgie* qu'« il eût été illogique et même immoral de

6. Affaire relative à l'usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne), 13 septembre 1928, CPJI, série A n° 17, Recueil des arrêts n° 13.

7. *Salduz c. Turquie* [GC], n° 36391/02, § 72, CEDH 2008.

8. *Nechiporuk et Yonkalo c. Ukraine*, n° 42310/04, § 297, 21 avril 2011.

9. *Assanidzé c. Géorgie* [GC], n° 71503/01, § 202-203, CEDH 2004-II, voir aussi *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, CEDH 2004-VII, et *Fatullayev c. Azerbaïdjan*, n° 40984/07, 22 avril 2010.

10. *Şahap Doğan c. Turquie*, n° 29361/07, 27 mai 2010, et *Yakışan c. Turquie*, n° 11339/03, 6 mars 2007.

laisser à la Géorgie le choix des moyens (juridiques), alors que la seule façon de mettre fin à une détention arbitraire, c'est de libérer le prisonnier».

Il s'ensuit que le choix de la manière d'exécuter l'arrêt de la Cour demeure celui de l'État, sous le contrôle du Comité des Ministres, *à moins* que la violation constatée, *par sa nature même, n'offre pas de choix parmi différentes mesures susceptibles d'y remédier.*

L'application du principe de *restitutio in integrum*, si elle demeure la principale réparation pour les violations des droits de l'homme, est naturellement limitée. Dans la majorité des cas, la restauration du *statu quo ante* est impossible ou extrêmement problématique. Aux termes de l'article 35 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de la Commission du droit international, « [l']État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution: a) n'est pas matériellement impossible; b) n'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation ».

Ainsi, dans la récente affaire *Gladysheva c. Russie*, après avoir soigneusement mis en balance les intérêts en jeu et « noté l'absence d'intérêt concurrent de tiers et d'autre obstacle à la restitution des biens de la requérante », la Cour a demandé que l'intéressée « soit placée autant que possible dans une situation équivalente à celle dans laquelle elle se serait trouvée s'il n'y avait pas eu violation de l'article 8 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention », et elle a ordonné « la pleine restitution du droit de propriété de la requérante sur l'appartement et l'annulation de l'ordonnance d'expulsion prononcée à son encontre »<sup>11</sup>.

À mon avis, la présente affaire concerne une situation tout à fait exceptionnelle, où la nature de la violation constatée permet la restauration du *statu quo ante*, où cette restauration n'est pas « matériellement impossible » et où elle n'impose pas « une charge hors de toute proportion ». Je souscris à la conclusion de la majorité selon laquelle « la nature même des violations constatées n'offre pas réellement [de] choix en ce qui concerne les mesures individuelles propres à y remédier » (paragraphe 208 de l'arrêt).

Pour la première fois, la Cour ordonne la réintégration à son poste d'un individu dont la révocation a été jugée contraire aux garanties de la Convention. Pareille réparation n'est cependant ni nouvelle ni étrangère aux autres juridictions internationales. Par exemple, la Cour interaméricaine des

11. *Gladysheva c. Russie*, n° 7097/10, § 106, 6 décembre 2011.

droits de l'homme l'a ordonnée en plusieurs occasions<sup>12</sup>. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies, qui a dit que « la réparation peut prendre la forme de restitution, réhabilitation, mesures pouvant donner satisfaction »<sup>13</sup>, plaçant ainsi la restitution en premier, n'hésite pas non plus à ordonner la réintégration à leur poste des individus licenciés en l'absence de garanties adéquates. Ainsi, il a ordonné la réintégration de soixante-huit juges dont il jugeait que la révocation avait « constitu[é] une atteinte à l'indépendance du [système] judiciaire »<sup>14</sup>.

En l'espèce, la mesure individuelle est accompagnée de propositions de mesures générales de réforme du système de discipline judiciaire de l'État défendeur. Compte tenu de l'importance primordiale de l'indépendance de la justice, qui se trouve au cœur de l'ensemble du système de protection des droits de l'homme, la Cour a procédé à une analyse soignée du contexte du problème dans son ensemble avant de parvenir à une conclusion quant aux mesures à indiquer.

Je suis donc convaincue que l'ordre de réintégrer le requérant au poste de juge à la Cour suprême s'inscrit totalement dans le rôle de la Cour, organe chargé « d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la (...) Convention et de ses Protocoles ». Il est également conforme aux normes développées en droit international.

---

12. Par exemple, dans l'affaire Baena-Ricardo et autres c. Panama (Cour interaméricaine des droits de l'homme, 2 février 2001), qui concernait le licenciement arbitraire de deux cent soixante-dix agents publics, elle a ordonné à l'État de réintégrer les intéressés à leur poste respectif et de leur verser les salaires qu'ils n'avaient pas touchés. On trouve un autre exemple de mesure de ce type dans l'affaire Loayza Tamayo (réparations, article 63 § 1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, arrêt du 27 novembre 1998, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Sér. C n° 42 (1998)). Il est à noter cependant qu'à la différence de l'article 41 de la Convention européenne, l'article 63 de la Convention américaine prévoit clairement que « [l]orsqu'elle reconnaît qu'un droit ou une liberté protégés par la présente Convention ont été violés, la Cour [ordonne], le cas échéant, la réparation des conséquences de la mesure ou de la situation à laquelle a donné lieu la violation de ces droits (...) ».

13. Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 31, « La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte », 29 mars 2004.

14. Busyo et autres c. République démocratique du Congo (RADH 2003 8 (CDH 2003)), concernant la révocation de soixante-huit juges. Le Comité a demandé leur « réintégration effective dans la fonction publique, à leur poste, avec toutes les conséquences que cela implique, ou, le cas échéant, à un poste similaire » ainsi qu'une « indemnisation calculée sur la base d'une somme équivalente à la rémunération qu'ils auraient perçue à compter de la date de leur révocation ».

EWEIDA AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM  
*(Applications nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10)*

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 15 JANUARY 2013<sup>1</sup>

---

1. English original. Extracts.



SUMMARY<sup>1</sup>**Manifestation of religion or belief in the workplace**

When deciding whether a fair balance has been struck between an employee's right under Article 9 of the Convention to manifest his or her religion in the workplace and any aim pursued by the employer in restricting that right, regard will be had to the reason for the restriction. Less weight will be attached to a measure taken to protect the employer's corporate image than to a measure intended to protect health and safety or to secure other Convention rights (see paragraphs 94, 99, 106 and 109 of the judgment).

**Article 9 alone or in conjunction with Article 14**

*Freedom of religion – Manifest religion or belief – Manifestation of religion or belief in the workplace – Disciplinary measures against employees for wearing religious symbols (cross) at work or refusing to perform duties they considered incompatible with their religious beliefs – Interference – Positive obligations – Discrimination – Absence of specific legislation regulating wearing of religious clothes and signs in the workplace – Legitimate aim – Proportionality – Margin of appreciation – Competing interests – Relevance of nature of aim pursued by measure restricting right to manifest religion to question of proportionality*

\*

\* \*

*Facts*

All four applicants were practising Christians who complained that domestic law had failed adequately to protect their right to manifest their religious beliefs. The first applicant, Ms Eweida, a British Airways employee, and the second applicant, Ms Chaplin, a geriatrics nurse, complained that their employers had placed restrictions on their visibly wearing Christian crosses around their necks while at work. The third applicant, Ms Ladele, a registrar of births, deaths and marriages, and the fourth applicant, Mr McFarlane, a counsellor with a confidential sex therapy and relationship counselling service, complained that they had been dismissed for refusing to carry out certain of their duties which they considered would condone homosexuality, a practice they felt was incompatible with their religious beliefs.

---

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

*Law*

Article 9 alone or in conjunction with Article 14: There is case-law of the Court and Commission which indicates that, if a person is able to take steps to circumvent a limitation placed on his or her freedom to manifest religion or belief, there is no interference with the right under Article 9 § 1 and the limitation does not therefore require to be justified under Article 9 § 2. However, given the importance in a democratic society of freedom of religion, the Court considered that where an individual complains of a restriction on freedom of religion in the workplace, rather than holding that the possibility of changing job would negate any interference with the right, the better approach would be to weigh that possibility in the overall balance when considering whether or not the restriction was proportionate.

Where, as in the case of the first and fourth applicants, the acts complained of were carried out by private companies and were not therefore directly attributable to the respondent State, the Court must consider the issues in terms of the positive obligation on the State authorities to secure the rights under Article 9 to those within their jurisdiction.

As regards the applicable principles under Article 14, while generally for an issue to arise there must be a difference in the treatment of persons in analogous, or relevantly similar, situations, the right not to be discriminated against is also violated when States, without objective and reasonable justification, fail to treat differently persons whose situations are significantly different. Such actions are discriminatory if they have no objective and reasonable justification; in other words, if they do not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.

(a) *The first applicant* – The Court was satisfied that the first applicant's insistence on wearing a cross visibly at work was a manifestation of her religious belief, and that the refusal by British Airways between September 2006 and February 2007 to allow her to remain in her post while visibly wearing a cross amounted to interference with her right to manifest her religion. Since the interference was not directly attributable to the State, the Court examined whether the State had complied with the positive obligation under Article 9.

The Court did not consider that the lack of explicit protection in United Kingdom law to regulate the wearing of religious clothing and symbols in the workplace in itself meant that the right to manifest religion was breached, since the issues could be and were considered by the domestic courts in the context of discrimination claims brought by the applicants.

The aim of the British Airways uniform code, namely to communicate a certain image of the company and to promote recognition of its brand and staff, was legitimate. However, the domestic courts had accorded this aim too much weight. The first applicant's cross was discreet and cannot have detracted from her professional appearance. There was no evidence that the wearing of other previously authorised items of religious clothing, such as turbans and hijabs, by other employees, had any

negative impact on British Airways' brand or image. Moreover, the fact that the company was later able to amend the uniform code to allow for the visible wearing of religious jewellery demonstrated that the earlier prohibition had not been of crucial importance.

Therefore, as there was no evidence of any real encroachment on the interests of others, the domestic authorities had failed sufficiently to protect the first applicant's right to manifest her religion, in breach of the positive obligation under Article 9. No separate examination of her complaint under Article 14 in conjunction with Article 9 was necessary.

*Conclusion:* violation in respect of the first applicant (five votes to two).

(b) *The second applicant* – The Court was satisfied that the second applicant's determination to wear a cross at work was a manifestation of her religious belief and that the refusal by the health authority to allow her to remain in the nursing post while wearing the cross was an interference with her freedom to manifest her religion.

The restriction in question had a legitimate aim, which was to protect the health and safety of nurses and patients. The evidence was that the second applicant's managers considered there was a risk that a disturbed patient might seize and pull the chain with the risk of injury, or that the cross might swing forward, and could, for example, come into contact with an open wound. The reason for the restriction in this situation was therefore inherently of greater magnitude than in the case of the first applicant. There was also evidence that another Christian nurse had been requested to remove a cross and chain; two Sikh nurses had been told they could not wear a bangle or kirpan; and that flowing hijabs were prohibited. The second applicant had been offered the possibility of wearing a cross in the form of a brooch attached to her uniform, or tucked under a high-necked top worn under her tunic, but she had not considered this would be sufficient to comply with her religious convictions.

This was an area where the domestic authorities had to be allowed a wide margin of appreciation. The hospital managers were better placed to make decisions about clinical safety than a court, particularly an international court which had heard no direct evidence. It followed that the Court was unable to conclude that the measures in question were disproportionate. The interference with the second applicant's freedom to manifest her religion had thus been necessary in a democratic society. There had therefore been no violation of Article 9 alone or in conjunction with Article 14.

*Conclusion:* no violation in respect of the second applicant (unanimously).

(c) *The third applicant* – It was clear that the third applicant's objection to participating in the creation of same-sex civil partnerships was directly motivated by her religious beliefs. The events in question therefore fell within the ambit of Article 9 and Article 14 was applicable. The relevant comparator in this case was

a registrar with no religious objection to same-sex unions. The Court accepted that the local authority's requirement that all registrars of births, marriages and deaths be designated also as civil-partnership registrars had had a particularly detrimental impact on her because of her religious beliefs. The requirement pursued the legitimate aim of protecting equal opportunities for those of different sexual orientation. In considering the proportionality of the measures, it was notable that the consequences for the third applicant were serious: she considered that she had no choice but to face disciplinary action rather than be designated a civil-partnership registrar and, ultimately, she had lost her job. Furthermore, it could not be said that when she entered into her contract of employment she had specifically waived her right to manifest her religious belief by objecting to participating in the creation of civil partnerships, since this requirement had been introduced by her employer at a later date.

On the other hand, however, the local authority's policy aimed to secure the rights of others which were also protected under the Convention and the Court generally allowed the national authorities a wide margin of appreciation when it came to striking a balance between competing Convention rights. In all the circumstances, the Court did not consider that either the local-authority employer which had brought the disciplinary proceedings or the domestic courts which had rejected the third applicant's discrimination claim, had exceeded the margin of appreciation available to them. There had therefore been no violation of Article 14 in conjunction with Article 9.

*Conclusion:* no violation in respect of the third applicant (five votes to two).

(d) *The fourth applicant* – While employed by a private company with a policy of requiring employees to provide services equally to heterosexual and homosexual couples, the fourth applicant had refused to commit himself to providing psycho-sexual counselling to same-sex couples. As a result, disciplinary proceedings had been brought against him. The Court accepted that the fourth applicant's objection was directly motivated by his orthodox Christian beliefs about marriage and sexual relationships, and held that his refusal to undertake to counsel homosexual couples constituted a manifestation of his religion and belief. The State therefore had a positive obligation under Article 9 to secure his rights.

In deciding whether the positive obligation was met by achieving an appropriate balance between the competing interests, the Court took into account that the loss of his job was a severe sanction with grave consequences for the fourth applicant. On the other hand, he had voluntarily enrolled on his employer's post-graduate training programme in psycho-sexual counselling, knowing that his employer operated an equal opportunities policy and that filtering of clients on the ground of sexual orientation would not be possible.

While an individual's decision to enter into a contract of employment and to undertake responsibilities which he knew would have an impact on his freedom to manifest his religious belief was not determinative of the question whether or not

there had been an interference with Article 9 rights, this was a matter to be weighed in the balance when assessing whether a fair balance was struck.

However, the most important factor to be taken into account was that the employer's action was intended to secure the implementation of its policy of providing a service without discrimination. The State authorities had therefore benefited from a wide margin of appreciation in deciding where to strike the balance between the fourth applicant's right to manifest his religious belief and the employer's interest in securing the rights of others. In all the circumstances, the Court did not consider that that margin had been exceeded. There had therefore been no violation of Article 9 alone or in conjunction with Article 14.

*Conclusion:* no violation in respect of the fourth applicant (unanimously).

Article 41: 2,000 euros in respect of non-pecuniary damage.

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

*Arrowsmith v. the United Kingdom*, no. 7050/75, Commission's report of 12 October 1978, Decisions and Reports 19

*Bayatyan v. Armenia* [GC], no. 23459/03, ECHR 2011

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

*C. v. the United Kingdom*, no. 10358/83, Commission decision of 15 December 1983, Decisions and Reports 37

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

*Ch'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC], no. 27417/95, ECHR 2000-VII

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

*Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I

*Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, ECHR 2000-XI

*Jakóbski v. Poland*, no. 18429/06, 7 December 2010

*Karner v. Austria*, no. 40016/98, ECHR 2003-IX

*Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, Series A no. 260-A

*Konttinen v. Finland*, no. 24949/94, Commission decision of 3 December 1996, Decisions and Reports 87-A

*Kosteski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 55170/00, 13 April 2006

*Leela Förderkreis e.V. and Others v. Germany*, no. 58911/00, 6 November 2008

*Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, ECHR 2005-XI

*Manoussakis and Others v. Greece*, 26 September 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV

*Otto-Preminger-Institut v. Austria*, 20 September 1994, Series A no. 295-A

*Palomo Sánchez and Others v. Spain* [GC], nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06, ECHR 2011

*Pichon and Sajous v. France* (dec.), no. 49853/99, ECHR 2001-X

*Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, ECHR 2003-II

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

*Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, ECHR 2010

*Skugar and Others v. Russia* (dec.), no. 40010/04, 3 December 2009

*Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, ECHR 1999-VI

*Stedman v. the United Kingdom*, no. 29107, Commission decision of 9 April 1997, DR 89-A

*Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, ECHR 2000-IV

*Vogt v. Germany*, 26 September 1995, Series A no. 323

*Young, James and Webster v. the United Kingdom*, 13 August 1981, Series A no. 44

*Zaoui v. Switzerland* (dec.), no. 41615/98, 18 January 2001

**In the case of Eweida and Others v. the United Kingdom,**

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

David Thór Björgvinsson, *President*,

Nicolas Bratza,

Lech Garlicki

Päivi Hirvelä,

Zdravka Kalaydjieva,

Nebojša Vučinić,

Vincent A. De Gaetano, *judges*,

and Lawrence Early, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 4 September and 11 December 2012,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in four applications (nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10) against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by four British nationals, Ms Nadia Eweida, Ms Shirley Chaplin, Ms Lillian Ladele and Mr Gary McFarlane (“the applicants”), on 10 August 2010, 29 September 2010, 3 September 2010 and 24 June 2010 respectively.

2. The applicants were represented by Aughton Ainsworth, a firm of solicitors in Manchester (Ms Eweida), Mr P. Diamond (Ms Chaplin and Mr McFarlane), and Ormerods, a firm of solicitors in Croydon, Surrey (Ms Ladele). The United Kingdom Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms A. Sornarajah.

3. The applicants complained that domestic law failed adequately to protect their right to manifest their religion. Ms Eweida and Ms Chaplin complained specifically of restrictions placed by their employers on their visibly wearing a cross around their necks. Ms Ladele and Mr McFarlane complained specifically of sanctions taken against them by their employers as a result of their concerns about performing services which they considered to condone homosexual union. Ms Eweida, Ms Chaplin and Mr McFarlane relied on Article 9 of the Convention, taken alone and in conjunction with Article 14, while Ms Ladele complained only under Article 14 taken in conjunction with Article 9.

4. On 12 April 2011 the application of Ms Chaplin was joined to that of Ms Eweida and the application of Mr McFarlane was joined to that of Ms Ladele. All four applications were communicated to the Government. The Court also decided to rule on the admissibility and merits of the applications at the same time (Article 29 § 1). At the date of adoption of the present judgment, it further decided to join all four applications.

5. The following individuals and organisations were given leave by the President of the Court to intervene as third parties in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2 of the Rules of Court): the Equality and Human Rights Commission; the National Secular Society; Dr Jan Camogursky and the Alliance Defense Fund; Bishop Michael Nazir-Ali; the Premier Christian Media Trust; the Bishops of Chester and Blackburn; Associazione Giuseppe Dossetti: i Valori; the Observatory on Intolerance and Discrimination against Christians in Europe; Liberty; The Clapham Institute and KLM; the European Centre for Law and Justice; Lord Carey of Clifton; and the Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, ICJ, ILGA-Europe.

6. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 4 September 2012 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms A. Sornarajah,	<i>Agent,</i>
Mr J. Eadie QC,	
Mr D. Squires,	<i>Counsel,</i>
Ms S. Lehrer,	
Mr H. Leslie,	
Mr W. Ford,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the first applicant*

Mr J. Dingemans QC,	
Ms S. Moore,	<i>Counsel,</i>
Mr T. Ellis,	<i>Solicitor,</i>
Mr G. Puppinck,	<i>Adviser;</i>

(c) *for the third applicant*

Ms D. Rose QC,	
Mr B. Jaffey,	
Mr C. McCrudden,	<i>Counsel,</i>
Mr M. Jones,	
Mr S. Webster,	<i>Advisers;</i>

(d) *for the second and fourth applicants*

Mr P. Diamond,  
 Mr P. Coleman,  
 Mr P. Hmelik,  
 Ms A. Williams,  
 Mr A. Marsh,

*Counsel,*

*Advisers.*

The Court heard addresses by Mr Eadie, Mr Dingemans, Ms Rose and Mr Diamond.

## I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

7. The first applicant, Ms Eweida, was born in 1951 and lives in Twickenham. The second applicant, Ms Chaplin, was born in 1955 and lives in Exeter. The third applicant, Ms Ladele, was born in 1960 and lives in London. The fourth applicant, Mr McFarlane, was born in 1961 and lives in Bristol.

8. The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

### A. Ms Eweida

9. The first applicant, who spent the first eighteen years of her life in Egypt, is a practising Coptic Christian. From 1999 she worked as a member of the check-in staff for British Airways Plc, a private company.

10. British Airways required all their staff in contact with the public to wear a uniform. Until 2004 the uniform for women included a high-necked blouse. In 2004 British Airways introduced a new uniform, which included an open-necked blouse for women, to be worn with a cravat that could be tucked in or tied loosely at the neck. A wearer guide was produced, which set out detailed rules about every aspect of the uniform. It included the following passage, in a section entitled “Female Accessories”:

“Any accessory or clothing item that the employee is required to have for mandatory religious reasons should at all times be covered up by the uniform. If however this is impossible to do given the nature of the item and the way it is to be worn, then approval is required through local management as to the suitability of the design to ensure compliance with the uniform standards, unless such approval is already contained in the uniform guidelines. ... *N.B. No other items are acceptable to be worn with the uniform. You will be required to remove any item of jewellery that does not conform to the above regulations.*”

11. When an employee reported for work wearing an item which did not comply with the uniform code, it was British Airways’ practice to ask the employee to remove the item in question or, if necessary, to return

home to change clothes. The time spent by the employee in putting right the uniform would be deducted from his or her wages. Of the items of clothing considered by British Airways to be mandatory in certain religions and which could not be concealed under the uniform, authorisation was given to male Sikh employees to wear a dark blue or white turban and to display the Sikh bracelet in summer if they obtained authorisation to wear a short-sleeved shirt. Female Muslim ground staff members were authorised to wear a hijab (headscarf) in a British Airways approved colour.

12. Until 20 May 2006 Ms Eweida wore a cross at work concealed under her clothing. On 20 May 2006 she decided to start wearing the cross openly, as a sign of her commitment to her faith. When she arrived at work that day her manager asked her to remove the cross and chain or conceal them under the cravat. Ms Eweida initially refused, but eventually agreed to comply with the instruction after discussing the matter with a senior manager. On 7 August 2006 Ms Eweida again attended work with the cross visible and again agreed to comply with the uniform code only reluctantly, having been warned that if she refused she would be sent home unpaid. On 20 September 2006 she refused to conceal or remove the cross and was sent home without pay until such time as she chose to comply with her contractual obligation to follow the uniform code. On 23 October 2006 she was offered administrative work without customer contact, which would not have required her to wear a uniform, but she rejected this offer.

13. In mid-October 2006 a number of newspaper articles appeared about Ms Eweida's case which were critical of British Airways. On 24 November 2006 British Airways announced a review of its uniform policy as regards the wearing of visible religious symbols. Following consultation with staff members and trade-union representatives, it was decided on 19 January 2007 to adopt a new policy. With effect from 1 February 2007, the display of religious and charity symbols was permitted where authorised. Certain symbols, such as the cross and the star of David, were given immediate authorisation. Ms Eweida returned to work on 3 February 2007, with permission to wear the cross in accordance with the new policy. However, British Airways refused to compensate her for the earnings lost during the period when she had chosen not to come to work.

14. Ms Eweida lodged a claim with the Employment Tribunal on 15 December 2006 for, *inter alia*, damages for indirect discrimination contrary to Regulation 3 of the Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003 ("the 2003 Regulations": see paragraph 41 below) and complaining also of a breach of her right to manifest her religion contrary to Article 9 of the Convention. The Employment Tribunal rejected Ms Eweida's claim. It found that the visible wearing of a cross was not a

mandatory requirement of the Christian faith but Ms Eweida's personal choice. There was no evidence that any other employee, in a uniformed workforce numbering some 30,000, had ever made such a request or demand, much less refused to work if it was not met. It followed that the applicant had failed to establish that the uniform policy had put Christians generally at a disadvantage, as was necessary in order to establish a claim of indirect discrimination.

15. Ms Eweida appealed to the Employment Appeal Tribunal, which dismissed the appeal on 20 November 2008. The Employment Appeal Tribunal held that it was not necessary for Ms Eweida to show that other Christians had complained about the uniform policy, since a person could be put at a particular disadvantage within the meaning of Regulation 3(1) of the 2003 Regulations even if he or she complied, unwillingly, with the restrictions on visible religious symbols. Nevertheless, the Employment Appeal Tribunal concluded that the concept of indirect discrimination implied discrimination against a defined group and that the applicant had not established evidence of group disadvantage.

16. Ms Eweida appealed to the Court of Appeal, which dismissed the appeal on 12 February 2010. It was argued on her behalf that the Employment Tribunal and Employment Appeal Tribunal had erred in law and that all that was needed to establish indirect discrimination was evidence of disadvantage to a single individual. The Court of Appeal rejected this argument, which it did not consider to be supported by the construction of the 2003 Regulations. It endorsed the approach of the Employment Appeal Tribunal, when it held that

“... in order for indirect discrimination to be established, it must be possible to make some general statements which would be true about a religious group such that an employer ought reasonably to be able to appreciate that any particular provision may have a disparate adverse impact on the group”.

Moreover, even if Ms Eweida's legal argument were correct, and indirect discrimination could be equated with disadvantage to a single individual arising out of her wish to manifest her faith in a particular way, the Employment Tribunal's findings of fact showed the rule to have been a proportionate means of achieving a legitimate aim. For some seven years no one, including Ms Eweida, had complained about the rule and once the issue was raised it was conscientiously addressed. In the interim, British Airways had offered to move the applicant without loss of pay to work involving no public contact, but the applicant had chosen to reject this offer and instead to stay away from work and claim her pay as compensation. In addition, the Court of Appeal did not consider that this Court's case-law under Article 9 of the Convention would assist Ms Eweida. It referred to the

judgment of the House of Lords in *R (Begum) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School* [2006] UKHL 15, where Lord Bingham analysed the case-law of the Court and Commission and concluded:

“The Strasbourg institutions have not been at all ready to find an interference with the right to manifest religious belief in practice or observance where a person has voluntarily accepted an employment or role which does not accommodate that practice or observance and there are other means open to the person to practise or observe his or her religion without undue hardship or inconvenience.”

17. On 26 May 2010 the Supreme Court refused Ms Eweida leave to appeal.

### **B. Ms Chaplin**

18. The second applicant is also a practising Christian. She has worn a cross visibly on a chain around her neck since her confirmation in 1971, as an expression of her belief. She believes that to remove the cross would be a violation of her faith.

19. Ms Chaplin qualified as a nurse in 1981 and was employed by the Royal Devon and Exeter NHS Foundation Trust, a State hospital, from April 1989 to July 2010, with an exceptional employment history. At the time of the events in question she worked on a geriatric ward. The hospital had a uniform policy, based on guidance from the Department of Health. The hospital’s uniform policy provided in paragraph 5.1.5 that “[i]f worn, jewellery must be discreet” and in paragraph 5.3.6:

“5.3.6 To minimise the risk of cross infection will be [*sic*] keep jewellery to a minimum (see 5.1.11). That is:

One plain smooth ring which will not hinder hand hygiene.

One pair of plain discreet earrings.

No necklaces will be worn to reduce the risk of injury when handling patients.

Facial piercing if present should be removed or covered.”

Paragraph 5.1.11 provided:

“Any member of staff who wishes to wear particular types of clothes or jewellery for religious or cultural reasons must raise this with their line manager who will not unreasonably withhold approval.”

There was evidence before the Employment Tribunal that, on health and safety grounds, another Christian nurse had been requested to remove a cross and chain and two Sikh nurses had been informed that they could not wear a bangle or kirpan, and that they had complied with these instructions. Two female Muslim doctors were given permission to wear a close-fitting “sports” hijab.

20. In June 2007 new uniforms were introduced at the hospital, which for the first time included a V-necked tunic for nurses. In June 2009 Ms Chaplin's manager requested her to remove her "necklace". Ms Chaplin insisted that the cross was a religious symbol and sought approval to wear it. This was refused, on the ground that the chain and cross might cause injury if an elderly patient pulled on it. Ms Chaplin then proposed wearing the cross on a chain secured with magnetic catches, which would immediately break apart if pulled by a patient. However, the health authority rejected this on the ground that the cross itself would still create a risk to health and safety if it were able to swing free; for example, it could come into contact with open wounds. Finally, it was suggested that she could secure her cross and chain to the lanyard which held her identity badge. All staff were required to wear an identity badge clipped to a pocket or on a lanyard. However, they were also required to remove the badge and lanyard when performing close clinical duties and, for this reason, the applicant rejected this suggestion also. In November 2009 Ms Chaplin was moved to a non-nursing temporary position which ceased to exist in July 2010.

21. She applied to the Employment Tribunal in November 2009, complaining of both direct and indirect discrimination on religious grounds. In its judgment of 21 May 2010, the Employment Tribunal held that there was no direct discrimination since the hospital's stance was based on health and safety rather than religious grounds. As regards the complaint of indirect discrimination, it held that there was no evidence that "persons", other than the applicant, had been put at particular disadvantage. Moreover, the hospital's response to Ms Chaplin's request to wear the crucifix visibly had been proportionate.

22. The applicant was advised that, in the light of the Court of Appeal's judgment in Ms Eweida's case, an appeal on points of law to the Employment Appeal Tribunal would have no prospect of success.

### C. Ms Ladele

23. The third applicant is a Christian. She holds the view that marriage is the union of one man and one woman for life, and sincerely believes that same-sex civil partnerships are contrary to God's law.

24. Ms Ladele was employed by the London Borough of Islington, a local public authority, from 1992. Islington had a "Dignity for All" equality and diversity policy, which stated, *inter alia*:

"Islington is proud of its diversity and the council will challenge discrimination in all its forms. 'Dignity for all' should be the experience of Islington staff, residents and service users, regardless of age, gender, disability, faith, race, sexuality, nationality, income or health status. ...

The council will promote community cohesion and equality for all groups but will especially target discrimination based on age, disability, gender, race, religion and sexuality. ...

In general, Islington will:

(a) Promote community cohesion by promoting shared community values and understanding, underpinned by equality, respect and dignity for all. ...

It is the council's policy that everyone should be treated fairly and without discrimination. Islington aims to ensure that:

- Staff experience fairness and equity of treatment in the workplace
- Customers receive fair and equal access to council services
- Staff and customers are treated with dignity and respect

The council will actively remove discriminatory barriers that can prevent people from obtaining the employment opportunities and services to which they are entitled. The council will not tolerate processes, attitudes and behaviour that amount to discrimination, including harassment, victimisation and bullying through prejudice, ignorance, thoughtlessness and stereotyping. ...

All employees are expected to promote these values at all times and to work within the policy. Employees found to be in breach of this policy may face disciplinary action.”

25. In 2002 Ms Ladele became a registrar of births, deaths and marriages. Although she was paid by the local authority and had a duty to abide by its policies, she was not employed by it but instead held office under the aegis of the Registrar General. The Civil Partnership Act 2004 came into force in the United Kingdom on 5 December 2005. The Act provided for the legal registration of civil partnerships between two people of the same sex, and accorded to them rights and obligations equivalent to those of a married couple. In December 2005 Islington decided to designate all existing registrars of births, deaths and marriages as civil-partnership registrars. It was not required to do this; the legislation simply required it to ensure that there was a sufficient number of civil-partnership registrars for the area to carry out that function. Some other United Kingdom local authorities took a different approach, and allowed registrars with a sincerely held religious objection to the formation of civil partnerships to opt out of designation as civil-partnership registrars.

26. Initially, Ms Ladele was permitted to make informal arrangements with colleagues to exchange work so that she did not have to conduct civil-partnership ceremonies. In March 2006, however, two colleagues complained that her refusal to carry out such duties was discriminatory. In a letter dated 1 April 2006 Ms Ladele was informed that, in the view of the local authority, refusing to conduct civil partnerships could put her in

breach of the Code of Conduct and the equality policy. She was requested to confirm in writing that she would henceforth officiate at civil-partnership ceremonies. The third applicant refused to agree, and requested that the local authority make arrangements to accommodate her beliefs. By May 2007 the atmosphere in the office had deteriorated. Ms Ladele's refusal to carry out civil partnerships was causing rota difficulties and putting a burden on others and there had been complaints from homosexual colleagues that they felt victimised. In May 2007 the local authority commenced a preliminary investigation, which concluded in July 2007 with a recommendation that a formal disciplinary complaint be brought against Ms Ladele that, by refusing to carry out civil partnerships on the ground of the sexual orientation of the parties, she had failed to comply with the local authority's Code of Conduct and equality and diversity policy. A disciplinary hearing took place on 16 August 2007. Following the hearing, Ms Ladele was asked to sign a new job description requiring her to carry out straightforward signings of the civil-partnership register and administrative work in connection with civil partnerships, but with no requirement to conduct ceremonies.

27. Ms Ladele made an application to the Employment Tribunal, complaining of direct and indirect discrimination on grounds of religion or belief, and harassment. On 1 December 2007 the Statistics and Registration Act 2007 came into force and, instead of remaining an office holder employed by the Registrar General, Ms Ladele became an employee of the local authority, which now had the power to dismiss her. It was advanced before the Employment Tribunal that if the applicant lost the proceedings, it was likely that she would be dismissed.

28. On 3 July 2008, the Employment Tribunal upheld the complaints of direct and indirect religious discrimination, and harassment, holding that the local authority had "placed a greater value on the rights of the lesbian, gay, bisexual and transsexual community than it placed on the rights of [Ms Ladele] as one holding an orthodox Christian belief". The local authority appealed to the Employment Appeal Tribunal, which on 19 December 2008 reversed the decision of the Employment Tribunal. It held that the local authority's treatment of Ms Ladele had been a proportionate means of achieving a legitimate aim, namely providing the registrar service on a non-discriminatory basis.

29. The decision of the Employment Appeal Tribunal was appealed to the Court of Appeal, which on 15 December 2009 upheld the Employment Appeal Tribunal's conclusions. It stated, at paragraph 52:

"... the fact that Ms Ladele's refusal to perform civil partnerships was based on her religious view of marriage could not justify the conclusion that Islington should not be allowed to implement its aim to the full, namely that all registrars should perform

civil partnerships as part of its Dignity for All policy. Ms Ladele was employed in a public job and was working for a public authority; she was being required to perform a purely secular task, which was being treated as part of her job; Ms Ladele's refusal to perform that task involved discriminating against gay people in the course of that job; she was being asked to perform the task because of Islington's Dignity for All policy, whose laudable aim was to avoid, or at least minimise, discrimination both among Islington's employees, and as between Islington (and its employees) and those in the community they served; Ms Ladele's refusal was causing offence to at least two of her gay colleagues; Ms Ladele's objection was based on her view of marriage, which was not a core part of her religion; and Islington's requirement in no way prevented her from worshipping as she wished."

The Court of Appeal concluded that Article 9 of the Convention and the Court's case-law supported the view that Ms Ladele's desire to have her religious views respected should not be allowed "... to override Islington's concern to ensure that all its registrars manifest equal respect for the homosexual community as for the heterosexual community". It further noted that from the time the 2007 Regulations (see paragraph 42 below) came into force, once Ms Ladele was designated a civil-partnership registrar, Islington was not merely entitled, but obliged, to require her to perform civil partnerships.

30. The applicant's application for leave to appeal to the Supreme Court was refused on 4 March 2010.

#### **D. Mr McFarlane**

31. The fourth applicant is a practising Christian, and was formerly an elder of a large multicultural church in Bristol. He holds a deep and genuine belief that the Bible states that homosexual activity is sinful and that he should do nothing which directly endorses such activity.

32. Relate Avon Limited ("Relate") is part of the Relate Federation, a national private organisation which provides a confidential sex therapy and relationship counselling service. Relate and its counsellors are members of the British Association for Sexual and Relationship Therapy (BASRT). That Association has a Code of Ethics and Principles of Good Practice which Relate and its counsellors abide by. Paragraphs 18 and 19 of the Code provide as follows:

**"Recognising the right to self-determination, for example:**

18. Respecting the autonomy and ultimate right to self-determination of clients and of others with whom clients may be involved. It is not appropriate for the therapist to impose a particular set of standards, values or ideals upon clients. The therapist must recognise and work in ways that respect the value and dignity of clients (and colleagues) with due regard to issues such as religion, race, gender, age, beliefs, sexual orientation and disability.

**Awareness of one's own prejudices, for example:**

19. The therapist must be aware of his or her own prejudices and avoid discrimination, for example on grounds of religion, race, gender, age, beliefs, sexual orientation, disability. The therapist has a responsibility to be aware of his or her own issues of prejudice and stereotyping and particularly to consider ways in which this may be affecting the therapeutic relationship.”

Relate also has an Equal Opportunities Policy which emphasises a positive duty to achieve equality. Part of it reads:

“Relate Avon is committed to ensuring that no person – trustees, staff, volunteers, counsellors and clients – receives less favourable treatment on the basis of personal or group characteristics, such as race, colour, age, culture, medical condition, sexual orientation, marital status, disability [or] socio-economic grouping. Relate Avon is not only committed to the letter of the law, but also to a positive policy that will achieve the objective of ensuring equality of opportunity for all those who work at the Centre (whatever their capacity), and all our clients.”

33. Mr McFarlane worked for Relate as a counsellor from May 2003 until March 2008. He initially had some concerns about providing counselling services to same-sex couples, but following discussions with his supervisor, he accepted that simply counselling a homosexual couple did not involve endorsement of such a relationship and he was therefore prepared to continue. He subsequently provided counselling services to two lesbian couples without any problem, although in neither case did any purely sexual issues arise.

34. In 2007 Mr McFarlane commenced Relate's post-graduate diploma in psycho-sexual therapy. By the autumn of that year there was a perception within Relate that he was unwilling to work on sexual issues with homosexual couples. In response to these concerns, Relate's General Manager, a Mr B, met with Mr McFarlane in October 2007. The applicant confirmed he had difficulty in reconciling working with couples on same-sex sexual practices and his duty to follow the teaching of the Bible. Mr B expressed concern that it would not be possible to filter clients to prevent Mr McFarlane from having to provide psycho-sexual therapy to lesbian, gay or bisexual couples.

35. On 5 December 2007 Mr B received a letter from other therapists expressing concerns that an unnamed counsellor was unwilling, on religious grounds, to work with gay, lesbian and bisexual clients. On 12 December 2007 Mr B wrote to Mr McFarlane stating that he understood that he had refused to work with same-sex couples on certain issues, and that he feared that this was discriminatory and contrary to Relate's Equal Opportunities Policy. He asked for written confirmation by 19 December 2007 that Mr McFarlane would continue to counsel same-sex couples in relationship counselling and psycho-sexual therapy, failing which he threatened

disciplinary action. On 2 January 2008 Mr McFarlane responded by confirming that he had no reservations about counselling same-sex couples. His views on providing psycho-sexual therapy to same-sex couples were still evolving, since he had not yet been called upon to do this type of work. Mr B interpreted this as a refusal by Mr McFarlane to confirm that he would carry out psycho-sexual therapy work with same-sex couples and he therefore suspended him, pending a disciplinary investigation. At an investigatory meeting on 7 January 2008 the applicant acknowledged that there was a conflict between his religious beliefs and psycho-sexual therapy with same-sex couples, but said that if he were asked to do such work, then he would do so and if any problems arose then he would speak to his supervisor. Mr B understood by this that Mr McFarlane undertook to comply with Relate's policies, and he therefore halted the disciplinary investigation.

36. Following a telephone conversation with the fourth applicant, his supervisor contacted Mr B to express deep concern. She considered that Mr McFarlane was either confused over the issue of same-sex psycho-sexual therapy or was being dishonest. When these concerns were put to him, Mr McFarlane stated that his views had not changed since the earlier discussion and that any issue would be addressed as it arose. He was called to a further disciplinary meeting on 17 March 2008, at which he was asked whether he had changed his mind, but he simply replied that he had nothing further to add to what he had said on 7 January 2008.

37. On 18 March 2008 Mr B dismissed Mr McFarlane summarily for gross misconduct, having concluded that the applicant had said he would comply with Relate's policies and provide sexual counselling to same-sex couples without having any intention of doing so. He could therefore not be trusted to perform his role in compliance with the Equal Opportunities Policy. An appeal meeting took place on 28 April. The appeal was rejected on the basis that Mr B's lack of trust in Mr McFarlane to comply with the relevant policies was justified.

38. Mr McFarlane lodged a claim with the Employment Tribunal, claiming, *inter alia*, direct and indirect discrimination, unfair dismissal, and wrongful dismissal. The tribunal pronounced its judgment on 5 January 2009. It found that Mr McFarlane had not suffered direct discrimination contrary to Regulation 3(1)(b) of the 2003 Regulations (see paragraph 41 below). He had not been dismissed because of his faith, but because it was believed that he would not comply with the policies which reflected Relate's ethos. With regard to the claim of indirect discrimination under Regulation 3(1)(b), the tribunal found that Relate's requirement that its counsellors comply with its Equal Opportunities Policy would put an individual who shared Mr McFarlane's religious beliefs at a disadvantage.

However, the aim of the requirement was the provision of a full range of counselling services to all sections of the community, regardless of sexual orientation, which was legitimate. Relate's commitment to providing non-discriminatory services was fundamental to its work and it was entitled to require an unequivocal assurance from Mr McFarlane that he would provide the full range of counselling services to the full range of clients without reservation. He had failed to give such an assurance. Filtration of clients, although it might work to a limited extent, would not protect clients from potential rejection by Mr McFarlane, however tactfully he might deal with the issue. It followed that his dismissal had been a proportionate means of achieving a legitimate aim. The discrimination claim, therefore, failed. Finally, the tribunal rejected the claim of unfair dismissal, finding that Relate had genuinely and reasonably lost confidence in Mr McFarlane to the extent that it could not be sure that, if presented with same-sex sexual issues in the course of counselling a same-sex couple, he would provide without restraint or reservation the counselling which the couple required because of the constraints imposed on him by his genuinely held religious beliefs.

39. Mr McFarlane appealed to the Employment Appeal Tribunal against the Employment Tribunal's findings in relation to direct and indirect discrimination and unfair dismissal. On 30 November 2009 the Employment Appeal Tribunal held that the Employment Tribunal had been correct to dismiss the claims. It rejected Mr McFarlane's argument that it was not legitimate to distinguish between objecting to a religious belief and objecting to a particular act which manifested that belief, and held that such an approach was compatible with Article 9 of the Convention. It noted Relate's arguments that the compromise proposed by Mr McFarlane would be unacceptable as a matter of principle because it ran "entirely contrary to the ethos of the organisation to accept a situation in which a counsellor could decline to deal with particular clients because he disapproved of their conduct", and that it was not practicable to operate a system under which a counsellor could withdraw from counselling same-sex couples if circumstances arose where he believed that he would be endorsing sexual activity on their part. Relate was entitled to refuse to accommodate views which contradicted its fundamental declared principles. In such circumstances, arguments concerning the practicability of accommodating the applicant's views were out of place.

40. Mr McFarlane applied to the Court of Appeal for permission to appeal against the decision of the Employment Appeal Tribunal. On 20 January 2010 the Court of Appeal rejected the application on the basis that there was no realistic prospect of the appeal succeeding in the light

of the Court of Appeal judgment of December 2009 in *Ladele*. Following the refusal by the Supreme Court to allow leave to appeal in *Ladele*, Mr McFarlane renewed his application for permission to appeal. After a hearing, that application was again rejected on 29 April 2010, on the basis that the present case could not sensibly be distinguished from *Ladele*.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW

41. Regulation 3 of the Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003 provides:

**“3. Discrimination on grounds of religion or belief**

(1) For the purposes of these Regulations, a person (‘A’) discriminates against another person (‘B’) if –

...

(b) A applies to B a provision, criterion or practice which he applies or would apply equally to persons not of the same religion or belief as B, but –

(i) which puts or would put persons of the same religion or belief as B at a particular disadvantage when compared with other persons,

(ii) which puts B at that disadvantage, and

(iii) which A cannot show to be a proportionate means of achieving a legitimate aim.”

Regulation 2(1) provides that “religion” means any religion and “belief” means any religious or similar philosophical belief.

42. Regulation 3 of the Equality Act (Sexual Orientation) Regulations 2007 provides:

**“3. Discrimination on grounds of sexual orientation**

(1) For the purposes of these Regulations, a person (‘A’) discriminates against another (‘B’) if, on grounds of the sexual orientation of B or any other person except A, A treats B less favourably than he treats or would treat others (in cases where there is no material difference in the relevant circumstances).

...

(3) For the purposes of these Regulations, a person (‘A’) discriminates against another (‘B’) if A applies to B a provision, criterion or practice –

(a) which he applies or would apply equally to persons not of B’s sexual orientation,

(b) which puts persons of B’s sexual orientation at a disadvantage compared to some or all others (where there is no material difference in the relevant circumstances),

(c) which puts B at a disadvantage compared to some or all persons who are not of his sexual orientation (where there is no material difference in the relevant circumstances), and

(d) which A cannot reasonably justify by reference to matters other than B's sexual orientation.”

In connection with the provision of goods, services and facilities, Regulation 4 provides:

“(1) It is unlawful for a person ('A') concerned with the provision to the public or a section of the public of goods, facilities or services to discriminate against a person ('B') who seeks to obtain or to use those goods, facilities or services—

(a) by refusing to provide B with goods, facilities or services,

(b) by refusing to provide B with goods, facilities or services of a quality which is the same as or similar to the quality of goods, facilities or services that A normally provides to—

(i) the public, or

(ii) a section of the public to which B belongs,

(c) by refusing to provide B with goods, facilities or services in a manner which is the same as or similar to that in which A normally provides goods, facilities or services to—

(i) the public, or

(ii) a section of the public to which B belongs, or

(d) by refusing to provide B with goods, facilities or services on terms which are the same as or similar to the terms on which A normally provides goods, facilities or services to—

(i) the public, or

(ii) a section of the public to which B belongs.

(2) Paragraph (1) applies, in particular, to—

(a) access to and use of a place which the public are permitted to enter,

(b) accommodation in a hotel, boarding house or similar establishment,

...”

Regulation 8(1) provides that it is unlawful for a public authority exercising a function to do any act which constitutes discrimination. Regulation 30(1) provides that anything done by a person in the course of his employment shall be treated as done by the employer as well as by the person.

43. The European Union Framework Directive for Equal Treatment in Employment and Occupation 2007/78/EC underlies both of these sets of

regulations. In dealing with the concept of discrimination, it provides in Article 2 § 2 (b) that

“indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons having a particular religion or belief, a particular disability, a particular age, or a particular sexual orientation at a particular disadvantage compared with other persons unless:

(i) that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary, or

(ii) as regards persons with a particular disability, the employer or any person or organisation to whom this Directive applies, is obliged, under national legislation, to take appropriate measures in line with the principles contained in Article 5 in order to eliminate disadvantages entailed by such provision, criterion or practice.”

44. Within the United Kingdom, domestic courts have considered the issues raised in these applications in some detail. In particular the House of Lords has had occasion in two leading cases to deal with the questions relating to both the manifestation of religious belief and the circumstances in which an interference with Article 9 will be found.

45. In *R (Williamson and Others) v. Secretary of State for Education and Employment* [2005] UKHL 15 the claimants complained that the United Kingdom’s ban on corporal punishment of children in appropriate circumstances violated their right to freedom to manifest their religious belief under Article 9 of the Convention. At paragraph 23, in considering what amounted to a “manifestation” of belief, Lord Nicholls of Birkenhead, with whom Lord Bingham, Lord Brown, Lord Walker and Lady Hale agreed, set out some basic principles:

“... a belief must satisfy some modest, objective minimum requirements. These threshold requirements are implicit in article 9 of the European Convention and comparable guarantees in other human rights instruments. The belief must be consistent with basic standards of human dignity or integrity. Manifestation of a religious belief, for instance, which involved subjecting others to torture or inhuman punishment would not qualify for protection. The belief must relate to matters more than merely trivial. It must possess an adequate degree of seriousness and importance. As has been said, it must be a belief on a fundamental problem. With religious belief this prerequisite is readily satisfied. The belief must also be coherent in the sense of being intelligible and capable of being understood. But, again, too much should not be demanded in this regard. Typically, religion involves belief in the supernatural. It is not always susceptible to lucid exposition or, still less, rational justification. The language used is often the language of allegory, symbol and metaphor. Depending on the subject matter, individuals cannot always be expected to express themselves with cogency or precision. Nor are an individual’s beliefs fixed and static. The beliefs of every individual are prone to change over his lifetime. Overall, these threshold requirements should

not be set at a level which would deprive minority beliefs of the protection they are intended to have under the Convention. ...”

Later, at paragraph 32, his Lordship continued:

“... in deciding whether ... conduct constitutes manifesting a belief in practice for the purposes of article 9 one must first identify the nature and scope of the belief. If ... the belief takes the form of a perceived obligation to act in a specific way, then, in principle, doing that act pursuant to that belief is itself a manifestation of that belief in practice. In such cases the act is ‘intimately linked’ to the belief, in the Strasbourg phraseology. ...”

46. The case of *R (Begum) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School* [2006] UKHL 15 concerned a claim that the claimant’s exclusion from school, due to repeated violations of the uniform code, unjustifiably limited, *inter alia*, her right under Article 9 of the Convention to manifest her religion and beliefs. Lord Bingham, dealing with the question of whether there had been an interference with the claimant’s right under Article 9, said this at paragraphs 23 and 24:

“23. The Strasbourg institutions have not been at all ready to find an interference with the right to manifest religious belief in practice or observance where a person has voluntarily accepted an employment or role which does not accommodate that practice or observance and there are other means open to the person to practise or observe his or her religion without undue hardship or inconvenience. Thus in *X v Denmark*, [no. 7374/76, Commission decision of 8 March 1976, DR 5, p. 157] a clergyman was held to have accepted the discipline of his church when he took employment, and his right to leave the church guaranteed his freedom of religion. His claim under article 9 failed. ... *Karaduman v. Turkey*, [no. 16278/90, Commission decision of 3 May 1993, DR 74, p. 93] is a strong case. The applicant was denied a certificate of graduation because a photograph of her without a headscarf was required and she was unwilling for religious reasons to be photographed without a headscarf. The Commission found (p. 109) no interference with her article 9 right because (p. 108) ‘by choosing to pursue her higher education in a secular university a student submits to those university rules, which may make the freedom of students to manifest their religion subject to restrictions as to place and manner intended to ensure harmonious coexistence between students of different beliefs’. In rejecting the applicant’s claim in *Konttinen v Finland* [no. 24949/94, Commission decision of 3 December 1996, DR 87-A, p. 68] the Commission pointed out, in para 1, page 75, that he had not been pressured to change his religious views or prevented from manifesting his religion or belief; having found that his working hours conflicted with his religious convictions, he was free to relinquish his post. ... In *Stedman v United Kingdom*, [no. 29107/95, Commission decision of 9 April 1997, DR 89-A] it was fatal to the applicant’s article 9 claim that she was free to resign rather than work on Sundays. The applicant in *Kalaç v. Turkey*, no. 20704/92, 1 July 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-IV], paras 28-29, failed because he had, in choosing a military career, accepted of his own accord a system of military discipline that by its nature implied the possibility of special limitations on certain rights and freedoms, and

he had been able to fulfil the ordinary obligations of Muslim belief. In *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [[GC], no. 27417/95, ECHR 2000-VII], para 81, the applicants' challenge to the regulation of ritual slaughter in France, which did not satisfy their exacting religious standards, was rejected because they could easily obtain supplies of meat, slaughtered in accordance with those standards, from Belgium.

24. This line of authority has been criticised by the Court of Appeal as overly restrictive (*Copsey v. WWB Devon Clays Ltd* 2005 EWCA Civ 932, [2005] 1CR 1789, paras 31-39, 44-66), and in [*R (Williamson [and Others]) v. Secretary of State for Education and Employment* [2005] UKHL 15], para 39, the House questioned whether alternative means of accommodating a manifestation of religious belief had, as suggested in [*Cha'are Shalom Ve Tsedek*] above, para 80, to be 'impossible' before a claim of interference under article 9 could succeed. But the authorities do in my opinion support the proposition with which I prefaced para 23 of this opinion. Even if it be accepted that the Strasbourg institutions have erred on the side of strictness in rejecting complaints of interference, there remains a coherent and remarkably consistent body of authority which our domestic courts must take into account and which shows that interference is not easily established."

### III. RELEVANT COMPARATIVE LAW

#### A. Council of Europe member States

47. An analysis of the law and practice relating to the wearing of religious symbols at work across twenty-six Council of Europe Contracting States demonstrates that in the majority of States the wearing of religious clothing and/or religious symbols in the workplace is unregulated. In three States, namely Ukraine, Turkey and some cantons of Switzerland, the wearing of religious clothing and/or religious symbols for civil servants and other public-sector employees is prohibited, but in principle it is allowed to employees of private companies. In five States – Belgium, Denmark, France, Germany and the Netherlands – the domestic courts have expressly admitted, at least in principle, an employer's right to impose certain limitations upon the wearing of religious symbols by employees; however, there are neither laws nor regulations in any of these countries expressly allowing an employer to do so. In France and Germany, there is a strict ban on the wearing of religious symbols by civil servants and State employees, while in the three other countries the attitude is more flexible. A blanket ban on wearing religious clothing and/or symbols at work by private employees is not allowed anywhere. On the contrary, in France such a ban is expressly prohibited by law. Under French legislation, in order to be declared lawful, any such restriction must pursue a legitimate aim relating to sanitary norms, the protection of health and morals or the credibility of the company's image in the eyes of the customer, and must also pass a proportionality test.

## B. Third countries

### 1. *The United States of America*

48. For civil servants and government employees, the wearing of religious symbols is protected under both the United States Constitution (the Establishment Clause and the Free Exercise Clause) and the Civil Rights Act 1964. When a constitutional claim is made by a public employee, the courts apply the standard of intermediate scrutiny, under which the government can impose restrictions on the wearing of religious symbols if the action is “substantially related” to promoting an “important” government interest (see *Tenafly Eruv Association v. Borough of Tenafly*, 309 F.3d 144, 157 (3rd Cir. 2002)). When a statutory claim is made, the employer must have either offered “reasonable accommodation” for the religious practice or prove that allowing those religious practices would have imposed “undue hardship” on the employer (see *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 479 US 60 (1986); *United States v. Board of Education for School District of Philadelphia*, 911 F.2d 882, 886 (3rd Cir. 1990); and *Webb v. City of Philadelphia*, 562 F.3d 256 (3rd Cir. 2009)). For private employees there are no constitutional limitations on the ability of employers to restrict the wearing of religious clothing and/or symbols. However, the restrictions from Title VII of the Civil Rights Act continue to apply so long as the employer has over fifteen employees.

### 2. *Canada*

49. Religious freedom is constitutionally protected under the Canadian Charter of Rights and Freedoms 1982 (“the Charter”). Section 1 of the Charter provides the State with authority to infringe on freedom of religion in the least restrictive way possible for a “compelling government interest” (see *B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto* (1995) 1 SCR 315). Canadian employers, in general, are expected to adjust workplace regulations that have a disproportionate impact on certain religious minorities. The standard applied by the courts in this connection is that of “reasonable accommodation” (see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* (1985) 1 SCR 295). Recent litigation on this point has centred on the rights of Sikh persons to wear a turban or kirpan at work. In *Bhinder v. Canadian National Railway Co.* (1985) 2 SCR 561, the Supreme Court determined that the claimant could not wear a turban at work because it interfered with his capacity to wear a hard helmet. This was found to represent a “*bona fide* occupational requirement”. The Canadian courts, rather than purporting to define a religion or religious practice, are more interested in the sincerity

of the belief in a practice that has a nexus with a religion (see *Syndicat Northcrest v. Amselem* (2004) 2 SCR 551). In *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* (2006) 1 SCR 256, in which the Supreme Court of Canada upheld a Sikh student’s right to wear a kirpan to school, the court did not undertake a theological analysis of the centrality of kirpans to the Sikh faith. Instead, the court considered that the claimant “need[ed] only show that his personal and subjective belief in the religious significance of the kirpan [was] sincere”.

## THE LAW

...

51. The first, second and fourth applicants complained that the sanctions they suffered at work breached their rights under Article 9 of the Convention, taken alone or in conjunction with Article 14. The third applicant complained of a breach of Articles 14 and 9 taken together.

Article 9 provides:

“1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

2. Freedom to manifest one’s religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

Article 14 provides:

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

...

## III. MERITS

### A. The parties’ submissions

#### 1. *The Government*

58. In respect of the complaints by the first, second and fourth applicants under Article 9 taken alone, the Government relied on case-law of the Court to the effect that the provision does not protect each and every

act or form of behaviour motivated or inspired by religion or belief. They argued that behaviour which was motivated or inspired by religion or belief, but which was not an act of practice of a religion in a generally recognised form, fell outside the protection of Article 9. The Government referred to the undisputed findings of the Employment Tribunal in respect of the first and second applicants, that each wished to wear the cross visibly as a personal expression of faith. It was not suggested that the visible wearing of a cross was a generally recognised form of practising the Christian faith, still less one that was regarded as a mandatory requirement. The first and second applicants' desire to wear a visible cross, while it may have been inspired or motivated by a sincere religious commitment, was not a recognised religious practice or requirement of Christianity, and did not therefore fall within the scope of Article 9. Similarly, Mr McFarlane's objection to providing psychosexual therapy to same-sex couples could not be described as the practice of religion in a generally recognised form.

59. In the alternative, the Government argued that even if the visible wearing of the cross, or the refusal to offer specific services to homosexual couples, were a manifestation of belief and thus a right protected by Article 9, there had been no interference with this right in respect of any of the applicants. They referred to the House of Lords' judgment *R (Begum) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School* (see paragraph 46 above), where Lord Bingham analysed the Strasbourg jurisprudence applicable to cases where individuals voluntarily accept employment that does not accommodate religious practice, but where there are other means open to them to practise or observe their religion without undue hardship or inconvenience. Lord Bingham had concluded that the Strasbourg case-law formed a "coherent and remarkably consistent body of authority" which made clear that there would be no interference with Article 9 in such circumstances. The cases in which an interference with Article 9 had been assumed or established arose where, even by resigning and seeking alternative employment or attending a different educational establishment, individuals had been unable to avoid a requirement which was incompatible with their religious beliefs (for example, *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, Series A no. 260-A; *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, ECHR 2005-XI; and *Ahmet Arslan and Others v. Turkey*, no. 41135/98, 23 February 2010). By contrast, in the present cases the first and second applicants were permitted by their employers to wear a cross at work provided it was covered up when dealing with customers or patients. The third applicant's case was indistinguishable from *Pichon and Sajous v. France* (dec.), no. 49853/99, ECHR 2001-X, where the Court had found that pharmacists who did not want to supply contraceptives suffered no interference with their Article 9

rights because they were able to manifest their religious beliefs in many ways outside work. Each of the present applicants had been free to seek employment elsewhere; moreover, the first and second applicants had been offered other posts by their current employers at the same rate of pay which involved no restriction on their freedom visibly to wear a cross.

60. The Government further emphasised that the first and fourth applicants were employed by private companies. Their complaints did not, therefore, involve any allegation of direct interference by the State, but instead the claim that the State did not do all that was required of it under Article 9 to ensure that their private employers permitted them to give expression to their religious beliefs at work. The Government underlined that the possibility of positive obligations being imposed by Article 9 should only be countenanced where the State's failure to adopt measures prevented an individual from freely practising his or her religion. To date there was only one case where the Court had found a State in breach of a positive obligation under Article 9, namely *Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and Others v. Georgia* (no. 71156/01, 3 May 2007), where the State authorities had taken no action following a violent attack on a congregation of Jehovah's Witnesses by a group of Orthodox believers. The present applications were not comparable. The fact that these applicants were free to resign and seek employment elsewhere, or to practise their religion outside work, was sufficient to guarantee their Article 9 rights under domestic law. In any event, even if the State did have some positive obligation under Article 9 in relation to the acts of private employers, that obligation was fulfilled in the United Kingdom during the relevant period by the Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003 (see paragraph 41 above). Regulation 3 defined "discrimination" to include direct religious discrimination (that is, treating an employee less favourably on grounds of his or her religion or belief) and indirect religious discrimination (applying a provision, criterion or practice that places persons of the same religion as the employee at a particular disadvantage and which the employer cannot show was a proportionate means of achieving a legitimate aim).

61. In the alternative under Article 9 the Government argued that the measures taken by the employers had been proportionate to a legitimate aim in each case. As regards the first applicant, British Airways was entitled to conclude that the wearing of a uniform played an important role in maintaining a professional image and strengthening recognition of the company brand, and it had a contractual right to insist its employees wore a uniform. Prior to the events in question, the restriction on visible items being worn around the neck had caused no known problem among its large uniformed workforce. The first applicant did not raise her objection to the

uniform code by seeking its revision, or an authorisation to wear a cross, but instead went to work in breach of it. While British Airways was considering the applicant's grievance complaint, it offered her a post on identical pay with no customer contact, but she chose instead to stay at home. In November 2006, five months after the first applicant had launched the grievance procedure, British Airways announced a review of its policy on the wearing of visible religious symbols and, following consultation with staff members and trade-union representatives, a new policy was adopted in January 2007, permitting the wearing of visible religious symbols.

62. In relation to the second applicant, the Government emphasised that the purpose of the restriction was to reduce the risk of injury when handling patients. Restrictions were also placed on the wearing of religious items by non-Christians on health and safety grounds: for example, Sikh nurses were not allowed to wear the kara bracelet or the kirpan, and Muslim nurses had to wear a closely fitted, rather than flowing, hijab. This was a legitimate aim, pursued in a proportionate manner, particularly as the health trust had offered the second applicant a non-clinical post on the same pay.

63. The Government accepted that the third applicant sincerely believed that civil partnerships were contrary to God's law and that Mr McFarlane sincerely believed that homosexual activity was sinful and that he should do nothing directly to endorse it. However, the Government also recognised that the London Borough of Islington and Relate were committed to the provision of services on a non-discriminatory basis. This was plainly a legitimate aim for a local authority or a relationship counselling service to pursue. It was proportionate to that aim in each case for the employer to require all employees to perform their roles without discriminating on grounds of sexual orientation. The 2003 Regulations and the 2007 Regulations (see paragraphs 41-42 above) struck a balance in the United Kingdom between the right to manifest religious beliefs and the rights of individuals not to be discriminated against on grounds of sexual orientation. It was a matter falling within the margin of appreciation allowed to the national authorities under Article 9 exactly how that balance should be struck. Moreover, the Court should take the same approach towards proportionality and the margin of appreciation whether it considered these cases under Article 9 alone or under Article 14 taken in conjunction with Article 9.

## *2. The first applicant*

64. The first applicant submitted that the wearing of a visible cross was a generally recognised form of practising Christianity. In any event, she further submitted that the Government's formulation of the test that

must be satisfied to engage Article 9 by reference to an “act of practice of a religion in a generally recognised form” was incorrect. Such a test was too vague to be workable in practice and would require courts to adjudicate on matters of theological debate, which were clearly outside the scope of their competence. Moreover, it was not supported by the Court’s case-law.

65. In addition, she argued that a restrictive interpretation as to what constituted an interference with Article 9 rights would be inconsistent with the importance which the Court placed on freedom of religion. No other fundamental right was subjected to the doctrine that there would be no interference where it was possible for the individual to avoid the restriction, for example by resigning and finding another job, nor should an individual be considered to have “waived” his or her rights by remaining in employment. The Court should interpret the Convention in the light of current conditions. The availability to the applicant of any means of avoiding the restriction should be taken into account under Article 9 § 2, when considering whether the restriction was justified, rather than under Article 9 § 1 as grounds for holding that there was no interference. In the present case, there had clearly been an interference: the first applicant was prohibited from visibly wearing a cross, which she considered to be the central image of her faith; she found the enforcement of the uniform code deeply humiliating and offensive; in addition, the loss of her salary for four months created significant financial hardship.

66. The first applicant submitted that domestic law, as it was interpreted and applied by the English courts in her case, failed to give adequate protection to her rights under Article 9. She was denied protection under national law for her entirely sincere and orthodox desire to manifest her faith by wearing a cross, because she was unable to adduce evidence that this was a scriptural requirement or a widely practised manifestation of belief. In addition, the test under national law based on the establishment of group disadvantage was legally uncertain and inherently vulnerable to returning arbitrary results. The Court had never suggested that a positive obligation on the State should only be imposed under Article 9 in exceptional cases and there was no reason of principle why this should be so. In the present case, there had been an ongoing failure on the part of the United Kingdom Government to put in place legislation adequate to enable those in the position of the applicant to protect their rights.

### *3. The second applicant*

67. The second applicant argued that the visible wearing of a cross or crucifix was clearly an aspect of the practice of Christianity in a generally recognised form. It was incorrect to distinguish between “requirements” and

“non-requirements” of a religion, giving the protection of Article 9 only to religious “requirements”. Such an approach would place the threshold for protection too high and it was inconsistent with the approach of the domestic courts in such cases as *R (Watkins Singh) v. Governing Body of Aberdare Girls’ High School* [2008] EWHC 1865 (Admin) and *Williamson and Others* (see above), and this Court in *Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia* (no. 72881/01, ECHR 2006-XI), *Jakóbski v. Poland* (no. 18429/06, 7 December 2010), and *Bayatyan v. Armenia* ([GC], no. 23459/03, ECHR 2011). Moreover, to hold that only mandatory religious practices fell within the scope of Article 9 would give a higher level of protection to religions which include specific rules which must be adhered to, and a lower level of protection to religions without similar rules, such as Christianity.

68. The second applicant contested the Government’s argument that a requirement to remove or cover her cross at work did not constitute an interference with her right to manifest her religion or belief. While the earlier case-law of the Commission and Court might support the Government’s contention, in more recent cases concerning restrictions on the wearing of religious items in educational institutions and at work the Court had found that there had been an interference (see, for example, *Dahlab v. Switzerland* (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V; *Leyla Şahin*, cited above; and *Dogru v. France*, no. 27058/05, 4 December 2008).

69. Finally, the second applicant reasoned that the interference was not justified under Article 9 § 2. Although the purported aim of the restriction was to reduce the risk of injury when working with elderly patients, no evidence was adduced before the Employment Tribunal to demonstrate that wearing the cross caused health and safety problems. The second applicant further argued that these facts gave rise to a breach of her rights under Article 14 taken in conjunction with Article 9, relying on the alleged difference in the health authority’s treatment of her compared to the followers of other religions ...

#### 4. *The third applicant*

70. The third applicant complained under Article 14 taken in conjunction with Article 9, rather than under Article 9 taken alone, because she considered that she had been discriminated against on the ground of religion. She submitted that her acts, for which she was disciplined, were a manifestation of her religion and that the claim certainly reached the lower threshold required for applicability of Article 14, namely that it fell within the ambit of Article 9. She further contended that, in failing to treat her differently from those staff who did not have a conscientious objection to registering civil partnerships, the local authority indirectly discriminated

against her. The local authority could reasonably have accommodated her religious beliefs, and its refusal to adopt less restrictive means was disproportionate under Articles 14 and 9.

71. The third applicant contended that the Court should require “very weighty reasons” in order to justify discrimination on grounds of religion. As with suspect categories so far identified by the Court as requiring “very weighty reasons” (such as sex, sexual orientation, ethnic origin and nationality) religious faith constituted a core aspect of an individual’s identity. Moreover, race, ethnicity and religion were often inter-connected and had been linked by the Court (see *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [GC], nos. 27996/06 and 34836/06, § 43, ECHR 2009, and *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, § 309, ECHR 2001-IV).

72. The third applicant accepted that the aims pursued by the local authority were legitimate, namely to provide access to services, irrespective of sexual orientation and to communicate a clear commitment to non-discrimination. However, she did not consider that the Government had demonstrated that there was a reasonable relationship of proportionality between these aims and the means employed. She emphasised that she was employed as a marriage registrar prior to the change in legislation permitting civil partnerships to be established, and that the basis on which she was employed was fundamentally altered. The local authority had had a discretion not to designate her as a registrar of civil partnerships and could still have provided an efficient civil-partnership service while accommodating the applicant’s conscientious objection. That objection was to participating in the creation of a legal status based on an institution that she considered to be a marriage in all but name; the applicant did not manifest any prejudice against homosexuals. In any event, it could not be assumed that, had the local authority accommodated the applicant, it would have been seen as approving of her beliefs. For example, when the State permitted doctors whom it employed to opt out of performing abortions, the State was not necessarily seen as approving of the doctors’ views; instead it was a sign of tolerance on the part of the State. In this case, however, the local authority did not adequately take into account its duty of neutrality. It failed to strike a balance between delivering the service in a way which would not discriminate on the ground of sexual orientation, while avoiding discriminating against its own employees on the ground of religion.

##### 5. *The fourth applicant*

73. Mr McFarlane took issue with the Government’s position that his adherence to Judeo-Christian sexual morality was not a manifestation of religious belief, despite the fact that, universally, religion promulgates clear

moral and sexual boundaries. He submitted that it was trite law to assert that not every act motivated or inspired by religious belief is protected; this was true of any other Convention right that could be limited, such as freedom of speech or the right to respect for private life. The proper standard used by the Court was that any interference with freedom of thought, conscience or religion had to be necessary in a democratic society and proportionate to a legitimate aim being pursued. When determining the margin of appreciation to be allowed to the State in respect of restrictions on freedom of religion, the Court had to take into account what was at stake, namely the need to maintain true religious pluralism, which was inherent to the concept of a democratic society. The protection of Article 9 would be empty of content if it did not go beyond merely safeguarding private manifestation of faith or belief, in a generally recognised form, where it was the State that determined this very issue.

74. Mr McFarlane emphasised that dismissal from employment and damage to professional reputation was one of the most severe sanctions that could be imposed on an individual, and this had to be taken into account when determining the available margin of appreciation. The applicant was employed by a private company which was not under any statutory requirement to provide the service in question. It would have been possible to refer homosexual clients to another counsellor. It was unrealistic to require the applicant to change job or career because of his moral opposition to homosexual behaviour; the same would not be required of a homosexual who lost his job on discriminatory grounds.

#### 6. *The third parties*

75. A total of twelve third parties received permission under Rule 44 § 2 of the Rules of Court and Article 36 § 2 of the Convention to submit written comments (see paragraph 5 above).

76. A number of the interveners submitted comments on the issue whether the wearing of the cross could be considered a manifestation of religious belief. The submissions by the Premier Christian Media Trust, Dr Peter Forster, Bishop of Chester, Nicholas Reade, Bishop of Blackburn and Bishop Michael Nazir-Ali, in addition to relying on the Court's recent decision in *Lautsi and Others v. Italy* ([GC], no. 30814/06, ECHR 2011), observed that the cross is a universally recognised Christian symbol and a "self-evident manifestation" of Christian faith. Further, along with the Equality and Human Rights Commission, Associazione Giuseppe Dossetti: i Valori and Lord Carey of Clifton, they submitted that the proper approach to assessing manifestations of religious belief was a subjective one. In particular, they argued, the idea of a "mandatory requirement" was too high

and overly simplistic. The Premier Christian Media Trust, the Associazione Giuseppe Dossetti: i Valori and Bishop Michael Nazir-Ali invited the Court to find that it is not for the State or an employer to assess the veracity of a religious conviction or manifestation. The Equality and Human Rights Commission recommended that the appropriate test, deriving from the Court's more recent case-law, maintained a primary focus on the conviction of the adherent. In contrast, the National Secular Society indicated that the domestic courts made findings of fact on the question whether any given religious practice was driven by a "command of conscience" or by a "mere desire to express oneself". They suggested that the Court should be extremely reluctant to interfere with these factual determinations.

77. On the question when an interference with Article 9 will be found, the Equality and Human Rights Commission submitted that the courts in the United Kingdom have, in effect, guaranteed different levels of protection for individuals asserting a purely religious identity as opposed to those whose religious and racial identities are intertwined (see *R (Watkins-Singh) v. Governing Body of Aberdare Girls' High School* [2008] EWHC 1865 (Admin)). Additionally, they stressed that the question of interference must take into account not only the choices a person has made, such as the choice of particular employment, but also the actions of the employer. A number of other interveners made clear their view that it was quite wrong for an employee to be forced to make the invidious choice between his or her job and faith. The National Secular Society took a different approach, emphasising that the "freedom to resign is the ultimate guarantee of freedom of conscience". Building on this, they suggested that there existed no positive obligation on a State to protect employees against uniform or other requirements.

78. In connection with the question of proportionality and justification of an interference with Article 9, a number of interveners (the European Centre for Law and Justice; Dr Jan Carnogurksy and the Alliance Defence Fund; the Equality and Human Rights Commission; Associazione Giuseppe Dossetti: i Valori; Bishop Michael Nazir-Ali; Lord Carey; and The Clapham Institute and KLM) referred to the concept of "reasonable accommodation" or, as Lord Carey put it, a "mutuality of respect". They argued, in general terms, that a proportionality analysis by the Court should take into account the possibility of an accommodation of an individual's beliefs and practices. They stressed that some compromise between competing rights was necessary in a democratic and pluralistic society. On this understanding, so long as an individual's religious practices did not detrimentally affect service provision or unduly affect an employer, those religious practices should be permitted and protected at work. In this respect, the Court's attention was

drawn by the Alliance Defence Fund to case-law from the United States of America, which required reasonable accommodation of religious beliefs and practices, insofar as that accommodation did not cause “undue hardship” to the employer. Liberty submitted that, in considering the justification for a restriction of Article 9 rights, a Contracting State should be permitted a “significant” margin of appreciation. This was affirmed in the contribution of the National Secular Society which sought to draw the Court’s attention to the passage of the Equality Bill 2010 through the Houses of Parliament. Through this process, it was submitted, the United Kingdom had given detailed consideration to the possibility of a “conscientious objection” exception. That this exception was finally withdrawn following full debate, they say, demonstrated that the relevant margin of appreciation should be broad. The International Commission of Jurists, Professor Robert Wintemute, the Fédération internationale des ligues des droits de l’homme and ILGA-Europe referred the Court to comparative materials, indicating that, where they are granted, statutory exceptions to discrimination laws are generally for religious institutions and organisations rather than individuals. By contrast to the views of other interveners, Liberty invited the Court to find that, when looking at the linked issues of proportionality and accommodation, the impact of any accommodation on others, particularly where those others are themselves of minority and/or disadvantaged status, should be taken into account. They went further and invited the Court to rely on Article 17 of the Convention, if necessary and appropriate.

## **B. The Court’s assessment**

### *1. General principles under Article 9 of the Convention*

79. The Court observes that, as enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a “democratic society” within the meaning of the Convention. In its religious dimension it is one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it (see *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, § 31, Series A no. 260-A).

80. Religious freedom is primarily a matter of individual thought and conscience. This aspect of the right set out in the first paragraph of Article 9, to hold any religious belief and to change religion or belief, is absolute and unqualified. However, as further set out in Article 9 § 1, freedom of religion also encompasses the freedom to manifest one’s belief, alone and in

private but also to practice in community with others and in public. The manifestation of religious belief may take the form of worship, teaching, practice and observance. Bearing witness in words and deeds is bound up with the existence of religious convictions (see *Kokkinakis*, cited above, § 31, and also *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 105, ECHR 2005-XI). Since the manifestation by one person of his or her religious belief may have an impact on others, the drafters of the Convention qualified this aspect of freedom of religion in the manner set out in Article 9 § 2. This second paragraph provides that any limitation placed on a person's freedom to manifest religion or belief must be prescribed by law and necessary in a democratic society in pursuit of one or more of the legitimate aims set out therein.

81. The right to freedom of thought, conscience and religion denotes views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance (see *Bayatyan v. Armenia* [GC], no. 23459/03, § 110, ECHR 2011; *Leela Förderkreis e.V. and Others v. Germany*, no. 58911/00, § 80, 6 November 2008; and *Jakóbski v. Poland*, no. 18429/06, § 44, 7 December 2010). Provided this is satisfied, the State's duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State's part to assess the legitimacy of religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed (see *Manoussakis and Others v. Greece*, 26 September 1996, § 47 *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV; *Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, § 78, ECHR 2000-XI; and *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 91, ECHR 2003-II).

82. Even where the belief in question attains the required level of cogency and importance, it cannot be said that every act which is in some way inspired, motivated or influenced by it constitutes a "manifestation" of the belief. Thus, for example, acts or omissions which do not directly express the belief concerned or which are only remotely connected to a precept of faith fall outside the protection of Article 9 § 1 (see *Skugar and Others v. Russia* (dec.), no. 40010/04, 3 December 2009, and, for example, *Arrowsmith v. the United Kingdom*, no. 7050/75, Commission's report of 12 October 1978, *Decisions and Reports* 19, p. 5; *C. v. the United Kingdom*, no. 10358/03, Commission decision of 15 December 1983, DR 37, p. 142; and *Zaoui v. Switzerland* (dec.), no. 41615/98, 18 January 2001). In order to count as a "manifestation" within the meaning of Article 9, the act in question must be intimately linked to the religion or belief. An example would be an act of worship or devotion which forms part of the practice of a religion or belief in a generally recognised form. However, the manifestation of religion or belief is not limited to such acts; the existence of a sufficiently

close and direct nexus between the act and the underlying belief must be determined on the facts of each case. In particular, there is no requirement on the applicant to establish that he or she acted in fulfilment of a duty mandated by the religion in question (see *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC], no. 27417/95, §§ 73-74, ECHR 2000-VII; *Leyla Şahin*, cited above, §§ 78 and 105; *Bayatyan*, cited above, § 111; *Skugar and Others*, cited above; and *Pichon and Sajous v. France* (dec.), no. 49853/99, ECHR 2001-X).

83. It is true, as the Government point out and as Lord Bingham observed in *R (Begum) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School* (see paragraph 46 above), that there is case-law of the Court and Commission which indicates that, if a person is able to take steps to circumvent a limitation placed on his or her freedom to manifest religion or belief, there is no interference with the right under Article 9 § 1 and the limitation does not therefore require to be justified under Article 9 § 2. For example, in the above-cited *Cha'are Shalom Ve Tsedek* case, the Court held that “there would be interference with the freedom to manifest one’s religion only if the illegality of performing ritual slaughter made it impossible for ultra-orthodox Jews to eat meat from animals slaughtered in accordance with the religious prescriptions they considered applicable”. However, this conclusion can be explained by the Court’s finding that the religious practice and observance at issue in that case was the consumption of meat only from animals that had been ritually slaughtered and certified to comply with religious dietary laws, rather than any personal involvement in the ritual slaughter and certification process itself (see §§ 80 and 82). More relevantly, in cases involving restrictions placed by employers on an employee’s ability to observe religious practice, the Commission held in several decisions that the possibility of resigning from the job and changing employment meant that there was no interference with the employee’s religious freedom (see, for example, *Konttinen v. Finland*, no. 24949/94, Commission decision of 3 December 1996, DR 87-A, p. 68; *Stedman v. the United Kingdom*, no. 29107/95, Commission decision of 9 April 1997, DR 89-A, p. 104; compare *Kosteski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 55170/00, § 39, 13 April 2006). However, the Court has not applied a similar approach in respect of employment sanctions imposed on individuals as a result of the exercise by them of other rights protected by the Convention, for example the right to respect for private life under Article 8; the right to freedom of expression under Article 10; or the negative right, not to join a trade union, under Article 11 (see, for example, *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, § 71, ECHR 1999-VI; *Vogt v. Germany*, 26 September 1995, § 44, Series A no. 323; and *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, 13 August 1981, §§ 54-55,

Series A no. 44). Given the importance in a democratic society of freedom of religion, the Court considers that, where an individual complains of a restriction on freedom of religion in the workplace, rather than holding that the possibility of changing job would negate any interference with the right, the better approach would be to weigh that possibility in the overall balance when considering whether or not the restriction was proportionate.

84. According to its settled case-law, the Court leaves to the States party to the Convention a certain margin of appreciation in deciding whether and to what extent an interference is necessary. This margin of appreciation goes hand in hand with European supervision embracing both the law and the decisions applying it. The Court's task is to determine whether the measures taken at national level were justified in principle and proportionate (see *Leyla Şahin*, cited above, § 110; *Bayatyan*, cited above, §§ 121-22; and *Manoussakis*, cited above, § 44). Where, as for the first and fourth applicants, the acts complained of were carried out by private companies and were not therefore directly attributable to the respondent State, the Court must consider the issues in terms of the positive obligation on the State authorities to secure the rights under Article 9 to those within their jurisdiction (see, *mutatis mutandis*, *Palomo Sánchez and Others v. Spain* [GC], nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06, §§ 58-61, ECHR 2011; see also *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, 20 September 1994, § 47, Series A no. 295-A). Whilst the boundary between the State's positive and negative obligations under the Convention does not lend itself to precise definition, the applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had in particular to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, subject in any event to the margin of appreciation enjoyed by the State (see *Palomo Sánchez and Others*, cited above, § 62).

## 2. *General principles under Article 14 of the Convention*

85. The Court recalls that Article 14 of the Convention has no independent existence, since it has effect solely in relation to the rights and freedoms safeguarded by the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. However, the application of Article 14 does not presuppose a breach of one or more of such provisions and to this extent it is autonomous. For Article 14 to become applicable it suffices that the facts of a case fall within the ambit of another substantive provision of the Convention or its Protocols (see, for example, *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, § 40, ECHR 2000-IV).

86. The Court has established in its case-law that only differences in treatment based on an identifiable characteristic, or "status", are capable of

amounting to discrimination within the meaning of Article 14 (see *Carson and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 42184/05, § 61, ECHR 2010). “Religion” is specifically mentioned in the text of Article 14 as a prohibited ground of discrimination.

87. Generally, in order for an issue to arise under Article 14 there must be a difference in the treatment of persons in analogous, or relevantly similar, situations (see *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, § 60, ECHR 2008). However, this is not the only facet of the prohibition of discrimination in Article 14. The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States, without an objective and reasonable justification, fail to treat differently persons whose situations are significantly different (see *Thlimmenos*, cited above, § 44; see also *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, § 175, ECHR 2007-IV; and *Runkee and White v. the United Kingdom*, nos. 42949/98 and 53134/99, § 35, 10 May 2007).

88. Such a difference of treatment between persons in relevantly similar positions – or a failure to treat differently persons in relevantly different situations – is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. The Contracting State enjoys a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment (see *Burden*, cited above, § 60). The scope of this margin will vary according to the circumstances, the subject matter and the background (see *Carson and Others*, cited above, § 61).

### *3. Application of the above principles to the facts of the present cases*

#### **(a) The first applicant**

89. It was not disputed in the proceedings before the domestic tribunals and this Court that Ms Eweida’s insistence on wearing a cross visibly at work was motivated by her desire to bear witness to her Christian faith. Applying the principles set out above, the Court considers that Ms Eweida’s behaviour was a manifestation of her religious belief, in the form of worship, practice and observance, and as such attracted the protection of Article 9.

90. Ms Eweida was employed by a private company, British Airways. On 20 September 2006 she was sent home from work because of her refusal to conceal her cross, in breach of the company’s uniform code. Just over a month later she was offered an administrative post which would not have required her to wear a uniform. However, she chose not to accept this offer

and instead remained at home without pay until 3 February 2007, when British Airways amended its rules on uniform and allowed her to display the cross.

91. The Court considers that the refusal by British Airways between September 2006 and February 2007 to allow the applicant to remain in her post while visibly wearing a cross amounted to an interference with her right to manifest her religion. Since the interference was not directly attributable to the State, the Court must examine whether in all the circumstances the State authorities complied with their positive obligation under Article 9; in other words, whether Ms Eweida's right freely to manifest her religion was sufficiently secured within the domestic legal order and whether a fair balance was struck between her rights and those of others.

92. In common with a large number of Contracting States (see paragraph 47 above), the United Kingdom does not have legal provisions specifically regulating the wearing of religious clothing and symbols in the workplace. Ms Eweida brought domestic proceedings for damages for direct and indirect discrimination contrary to Regulation 3 of the 2003 Regulations (see paragraph 41 above). It was accepted before the Employment Tribunal that said tribunal had no jurisdiction to consider any separate or free-standing claim under Article 9 of the Convention. The applicant was able to invoke Article 9 before the Court of Appeal, although that court held that there had been no interference with her rights under Article 9. Nonetheless, while the examination of Ms Eweida's case by the domestic tribunals and court focused primarily on the complaint about discriminatory treatment, it is clear that the legitimacy of the uniform code and the proportionality of the measures taken by British Airways in respect of Ms Eweida were examined in detail. The Court does not, therefore, consider that the lack of specific protection under domestic law in itself meant that the applicant's right to manifest her religion by wearing a religious symbol at work was insufficiently protected.

93. When considering the proportionality of the steps taken by British Airways to enforce its uniform code, the national judges at each level agreed that the aim of the code was legitimate, namely to communicate a certain image of the company and to promote recognition of its brand and staff. The Employment Tribunal considered that the requirement to comply with the code was disproportionate, since it failed to distinguish an item worn as a religious symbol from a piece of jewellery worn purely for decorative reasons. This finding was reversed on appeal to the Court of Appeal, which found that British Airways had acted proportionately. In reaching this conclusion, the Court of Appeal referred to the facts of the case as established by the Employment Tribunal and, in particular, that the dress

code had been in force for some years and had caused no known problem to the applicant or any other member of staff; that Ms Eweida lodged a formal grievance complaint but then decided to arrive at work displaying her cross, without waiting for the results of the grievance procedure; that the issue was conscientiously addressed by British Airways once the complaint had been lodged, involving a consultation process and resulting in a relaxation of the dress code to permit the wearing of visible religious symbols; and that Ms Eweida was offered an administrative post on identical pay during this process and was in February 2007 reinstated in her old job.

94. It is clear, in the view of the Court, that these factors combined to mitigate the extent of the interference suffered by the applicant and must be taken into account. Moreover, in weighing the proportionality of the measures taken by a private company in respect of its employee, the national authorities, in particular the courts, operate within a margin of appreciation. Nonetheless, the Court has reached the conclusion in the present case that a fair balance was not struck. On one side of the scales was Ms Eweida's desire to manifest her religious belief. As previously noted, this is a fundamental right: because a healthy democratic society needs to tolerate and sustain pluralism and diversity; but also because of the value to an individual who has made religion a central tenet of his or her life to be able to communicate that belief to others. On the other side of the scales was the employer's wish to project a certain corporate image. The Court considers that, while this aim was undoubtedly legitimate, the domestic courts accorded it too much weight. Ms Eweida's cross was discreet and cannot have detracted from her professional appearance. There was no evidence that the wearing of other, previously authorised, items of religious clothing, such as turbans and hijabs, by other employees, had any negative impact on British Airways' brand or image. Moreover, the fact that the company was able to amend the uniform code to allow for the visible wearing of religious symbolic jewellery demonstrates that the earlier prohibition was not of crucial importance.

95. The Court therefore concludes that, in these circumstances where there is no evidence of any real encroachment on the interests of others, the domestic authorities failed sufficiently to protect the first applicant's right to manifest her religion, in breach of the positive obligation under Article 9. In the light of this conclusion, it does not consider it necessary to examine separately the applicant's complaint under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 9.

**(b) The second applicant**

96. Ms Chaplin is also a practising Christian, who has worn a cross on a chain around her neck since her confirmation in 1971. At the time of the

events in question she worked as a nurse on a geriatric ward which had a uniform policy based on guidance from the Department of Health. That policy provided, *inter alia*, that “no necklaces will be worn to reduce the risk of injury when handling patients” and that any member of staff who wished to wear a particular item for religious or cultural reasons had first to raise this with the line manager who would not unreasonably withhold approval. In 2007 new tunics were introduced, which replaced the previous collar with a V-neck, so that the applicant’s cross was now more visible and accessible, both at the back of her neck and at the front. The applicant was asked to remove the cross and chain. When she refused, she was moved in November 2009 to a non-nursing position, which ceased to exist in July 2010. She complained to the Employment Tribunal of direct and indirect discrimination. The Tribunal rejected the complaint of direct discrimination since it found that there was no evidence that the applicant was treated less favourably than colleagues who wished to wear other items on religious grounds. It also rejected the claim of indirect discrimination, finding that the health authority’s policy was proportionate to the aim pursued.

97. As with Ms Eweida, and in accordance with the general principles set out above, the Court considers that the second applicant’s determination to wear the cross and chain at work was a manifestation of her religious belief and that the refusal by the health authority to allow her to remain in the nursing post while wearing the cross was an interference with her freedom to manifest her religion.

98. The second applicant’s employer was a public authority, and the Court must determine whether the interference was necessary in a democratic society in pursuit of one of the aims set out in Article 9 § 2. In this case, there does not appear to be any dispute that the reason for the restriction on jewellery, including religious symbols, was to protect the health and safety of nurses and patients. The evidence before the Employment Tribunal was that the applicant’s managers considered there was a risk that a disturbed patient might seize and pull the chain, thereby injuring herself or the applicant, or that the cross might swing forward and could, for example, come into contact with an open wound. There was also evidence that another Christian nurse had been requested to remove a cross and chain; two Sikh nurses had been told they could not wear a bangle or kirpan; and that flowing hijabs were prohibited. The applicant was offered the possibility of wearing a cross in the form of a brooch attached to her uniform, or tucked under a high-necked top worn under her tunic, but she did not consider that this would be sufficient to comply with her religious conviction.

99. The Court considers that, as in Ms Eweida's case, the importance for the second applicant of being permitted to manifest her religion by wearing her cross visibly must weigh heavily in the balance. However, the reason for asking her to remove the cross, namely the protection of health and safety on a hospital ward, was inherently of a greater magnitude than that which applied in respect of Ms Eweida. Moreover, this is a field where the domestic authorities must be allowed a wide margin of appreciation. The hospital managers were better placed to make decisions about clinical safety than a court, particularly an international court which has heard no direct evidence.

100. It follows that the Court is unable to conclude that the measures of which Ms Chaplin complained were disproportionate. It follows that the interference with her freedom to manifest her religion was necessary in a democratic society and that there was no violation of Article 9 of the Convention in respect of the second applicant.

101. Moreover, it considers that the factors to be weighed in the balance when assessing the proportionality of the measure under Article 14 taken in conjunction with Article 9 would be similar, and that there is no basis on which it can find a violation of Article 14 of the Convention either in this case.

**(c) The third applicant**

102. The Court notes that the third applicant is a Christian, who holds the orthodox Christian view that marriage is the union of one man and one woman for life. She believes that same-sex unions are contrary to God's will and that it would be wrong for her to participate in the creation of an institution equivalent to marriage between a same-sex couple. Because of her refusal to agree to be designated as a registrar of civil partnerships, disciplinary proceedings were brought, culminating in the loss of her job.

103. The third applicant did not complain under Article 9 taken alone, but instead complained that she had suffered discrimination as a result of her Christian beliefs, in breach of Article 14 taken in conjunction with Article 9. For the Court, it is clear that the applicant's objection to participating in the creation of same-sex civil partnerships was directly motivated by her religious beliefs. The events in question fell within the ambit of Article 9 and Article 14 is applicable.

104. The Court considers that the relevant comparator in this case is a registrar with no religious objection to same-sex unions. It agrees with the applicant's contention that the local authority's requirement that all registrars of births, marriages and deaths be designated also as civil partnership registrars had a particularly detrimental impact on her because

of her religious beliefs. In order to determine whether the local authority's decision not to make an exception for the applicant and others in her situation amounted to indirect discrimination in breach of Article 14, the Court must consider whether the policy pursued a legitimate aim and was proportionate.

105. The Court of Appeal held in this case that the aim pursued by the local authority was to provide a service which was not merely effective in terms of practicality and efficiency, but also one which complied with the overarching policy of being "an employer and a public authority wholly committed to the promotion of equal opportunities and to requiring all its employees to act in a way which does not discriminate against others". The Court notes that in its case-law under Article 14 it has held that differences in treatment based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification (see, for example, *Karner v. Austria*, no. 40016/98, § 37, ECHR 2003-IX; *Smith and Grady*, cited above, § 90; and *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, § 97, ECHR 2010). It has also held that same-sex couples are in a relevantly similar situation to different-sex couples as regards their need for legal recognition and protection of their relationship, although since practice in this regard is still evolving across Europe, the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation as to the way in which this is achieved within the domestic legal order (see *Schalk and Kopf*, cited above, §§ 99-108). Against this background, it is evident that the aim pursued by the local authority was legitimate.

106. It remains to be determined whether the means used to pursue this aim were proportionate. The Court takes into account that the consequences for the applicant were serious: given the strength of her religious conviction, she considered that she had no choice but to face disciplinary action rather than be designated a civil partnership registrar and, ultimately, she lost her job. Furthermore, it cannot be said that, when she entered into her contract of employment, the applicant specifically waived her right to manifest her religious belief by objecting to participating in the creation of civil partnerships, since this requirement was introduced by her employer at a later date. On the other hand, however, the local authority's policy aimed to secure the rights of others which are also protected under the Convention. The Court generally allows the national authorities a wide margin of appreciation when it comes to striking a balance between competing Convention rights (see, for example, *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007-I). In all the circumstances, the Court does not consider that the national authorities, that is the local-authority employer which brought the disciplinary proceedings and also the domestic courts which rejected the applicant's discrimination claim, exceeded the

margin of appreciation available to them. It cannot, therefore, be said that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 9 in respect of the third applicant.

**(d) The fourth applicant**

107. Mr McFarlane's principal complaint was under Article 9 of the Convention, although he also complained under Article 14 taken in conjunction with Article 9. Employed by a private company with a policy of requiring employees to provide services equally to heterosexual and homosexual couples, he had refused to commit himself to providing psycho-sexual counselling to same-sex couples, which resulted in disciplinary proceedings being brought against him. His complaint of indirect discrimination, *inter alia*, was rejected by the Employment Tribunal and the Employment Appeal Tribunal and he was refused leave to appeal by the Court of Appeal.

108. The Court accepts that Mr McFarlane's objection was directly motivated by his orthodox Christian beliefs about marriage and sexual relationships, and holds that his refusal to undertake to counsel homosexual couples constituted a manifestation of his religion and belief. The State's positive obligation under Article 9 required it to secure his rights under Article 9.

109. It remains to be determined whether the State complied with this positive obligation and in particular whether a fair balance was struck between the competing interests at stake (see paragraph 84 above). In making this assessment, the Court takes into account that the loss of his job was a severe sanction with grave consequences for the applicant. On the other hand, the applicant voluntarily enrolled on Relate's post-graduate training programme in psycho-sexual counselling, knowing that Relate operated an Equal Opportunities Policy and that filtering of clients on the ground of sexual orientation would not be possible (see paragraphs 32-34 above). While the Court does not consider that an individual's decision to enter into a contract of employment and to undertake responsibilities which he knows will have an impact on his freedom to manifest his religious belief is determinative of the question whether or not there has been an interference with Article 9 rights, this is a matter to be weighed in the balance when assessing whether a fair balance was struck (see paragraph 83 above). However, for the Court the most important factor to be taken into account is that the employer's action was intended to secure the implementation of its policy of providing a service without discrimination. The State authorities therefore benefitted from a wide margin of appreciation in deciding where to strike the balance between Mr McFarlane's right to manifest his religious

belief and the employer's interest in securing the rights of others. In all the circumstances, the Court does not consider that this margin of appreciation was exceeded in the present case.

110. In conclusion, the Court does not consider that the refusal by the domestic courts to uphold Mr McFarlane's complaints gave rise to a violation of Article 9 of the Convention, taken alone or in conjunction with Article 14.

#### IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

111. 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**

112. Ms Eweida claimed compensation for loss of earnings, totalling 3,906.69 pounds sterling (GBP) and interest on the loss of earnings. She also claimed non-pecuniary damages in respect of the injury to her feelings. Because of the State's failure to provide an adequate domestic remedy, she had suffered a lengthy campaign of discriminatory treatment, which would have entitled her to an award up to GBP 30,000 at domestic level.

113. The Government submitted that the sums claimed were excessive, given that British Airways conducted a review and changed its uniform policy shortly after Ms Eweida's complaint, and that the finding of a violation would be sufficient just satisfaction.

114. The Court has found a violation in respect of Ms Eweida on the basis that domestic law, as applied in her case, did not strike the right balance between the protection of her right to manifest her religion and the rights and interests of others. It does not, however, consider that the evidence before it supports Ms Eweida's claim to have suffered financial loss as a result of the violation. She was refused permission to wear the cross visibly at work on 20 September 2006, and decided to return home and remain there, unpaid, until British Airways changed its position in February 2007. On 23 October 2006 she was offered the option of non-uniformed administrative work, at her former rate of pay, pending the resolution of the grievance procedures; an offer which she chose not to accept. Moreover, the Employment Tribunal noted in its judgment that it was common ground between the parties to the proceedings before it that, during the period September 2006 to February 2007, the applicant had enjoyed an income of

well over twice her loss of earnings, some of it through gifts and donations, some as earnings from other sources. In these circumstances, the Court does not consider that the respondent State should be required to compensate Ms Eweida in respect of her lost earnings. However, the Court considers that the violation of her right to manifest her religious belief must have caused Ms Eweida considerable anxiety, frustration and distress. It therefore awards 2,000 euros in respect of non-pecuniary damage.

...

### FOR THESE REASONS, THE COURT

...

3. *Holds*, by five votes to two, that there has been a violation of Article 9 of the Convention in respect of the first applicant and that it is not necessary to examine separately her complaint under Article 14 taken in conjunction with Article 9;
4. *Holds*, unanimously, that there has been no violation of Article 9 of the Convention, taken alone or in conjunction with Article 14, in respect of the second applicant;
5. *Holds*, by five votes to two, that there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 9 in respect of the third applicant;
6. *Holds*, unanimously, that there has been no violation of Article 9 of the Convention, taken alone or in conjunction with Article 14, in respect of the fourth applicant;
7. *Holds*, by five votes to two, that the respondent State is to pay the first applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, EUR 2,000 (two thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of non-pecuniary damage, to be converted into pounds sterling at the rate applicable at the date of settlement, and 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;

...

9. *Dismisses*, unanimously, the remainder of the applicants' claims for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 15 January 2013, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Lawrence Early  
Registrar

Davíð Thór Björgvinsson  
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 partly dissenting opinion of of Judges Bratza and Davíð Thór Björgvinsson;
- (b) joint partly dissenting opinion of Judges Vučinić and De Gaetano.

D.T.B.

T.L.E.

## JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGES BRATZA AND DAVID THÓR BJÖRGVINSSON

1. While we share the view of the majority of the Chamber that, save in respect of one complaint of the second applicant, the applications are admissible as a whole and that there has been no violation of the Convention rights of the second, third and fourth applicants, we cannot agree that the rights of the first applicant under Article 9 of the Convention were violated in the particular circumstances of her case.

2. We endorse the general principles set out in the judgment governing the complaints under both Articles 9 and 14. We attach particular importance to three of these principles:

(a) The “manifestation” of religion or belief within the meaning of Article 9 is not limited to acts of worship or devotion which form part of the practice of a religion or belief “in a generally recognised form”. Provided a sufficiently close and direct nexus between the act and the underlying belief exists, there is no obligation on an applicant to establish that he or she acted in fulfilment of a duty mandated by the religion. In the present case, we have no doubt that the link between the visible wearing of a cross (being the principal symbol of Christianity) and the faith to which the applicant adheres is sufficiently strong for it to amount to a manifestation of her religious belief.

(b) A restriction on the manifestation of a religion or belief in the workplace may amount to an interference with Article 9 rights which requires to be justified even in a case where the employee voluntarily accepts an employment or role which does not accommodate the practice in question or where there are other means open to the individual to practise or observe his or her religion as, for instance, by resigning from the employment or taking a new position. As pointed out by the applicants, any other interpretation would not only be difficult to reconcile with the importance of religious belief but would be to treat Article 9 rights differently and as being of lesser importance than rights under Articles 8, 10 or 11, where the fact that an applicant can take steps to avoid a conflict between Convention rights and other requirements or restrictions imposed on him or her has been seen as going to the issue of justification and proportionality and not to the question of whether there has been an interference with the right in question. In so far as earlier decisions of the Commission and the Court would suggest the contrary, we do not believe that they should be followed.

(c) Where, as in the case of the first and fourth applicants, the acts complained of were not directly attributable to the respondent State, the

central question is not whether the interference was necessary in a democratic society or whether the State complied with its negative obligations flowing directly from Article 9, but whether the State was in breach of its positive obligations to secure Article 9 rights through its legal system. In determining whether or not the State complied with those obligations, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, including the interests of the employer. The Court has frequently made clear that, in striking the balance, the aims mentioned in the second paragraph of the Article may be of a certain relevance.

3. As is noted in the judgment, in common with a large number of Contracting States, the wearing of religious clothing and/or religious symbols in the workplace is not specifically regulated by law in the United Kingdom, either in the private or in the public sector. The first applicant brought domestic proceedings for damages for direct and indirect discrimination contrary to Regulation 3 of the 2003 Regulations. It was accepted by British Airways (BA) that the Employment Tribunal had no power to consider any separate or free-standing claim under Article 9 of the Convention. In the Court of Appeal, Article 9 was invoked but it was held that the Article did not advance the applicant's case since, in the view of that court, there had been no interference with the applicant's rights under that Article.

4. Despite this lack of specific protection, it does not in our view follow that in the particular circumstances of this case the applicant's Article 9 rights were not adequately secured. While at the national level the examination of the applicant's claim focused on the complaint of discrimination, it is clear that both the Employment Tribunal and the Court of Appeal examined in detail not only the legitimacy of the aim of the uniform code adopted by BA but the proportionality of the measures taken by the company in respect of the applicant. It was held unanimously that the aim was legitimate. The Employment Tribunal considered that the requirement was not proportionate since it failed to distinguish an item such as a religious symbol from an item worn purely frivolously or as a piece of cosmetic jewellery. The Court of Appeal, in reversing this finding, took a broader view of the matter, referring specifically to the particular features of the case which had been found established by the Employment Tribunal. These included the fact that the company's dress code had for some years caused no known problems to any employee including the applicant herself, who from 2004 until May 2006 appears to have worn a cross concealed under her clothing without objection; the fact that the applicant had originally accepted the requirement of concealing the cross before reporting for work in breach of

it, without waiting for the results of a formal grievance complaint which she had lodged with the company; the fact that the issue was conscientiously addressed by BA, which offered the applicant a temporary administrative position within the company which would have allowed her to wear the cross openly without loss of pay; the fact that the procedures within the company were properly followed in the light of the applicant's complaint and that the dress code was reviewed, and within a matter of a few months relaxed, so as to permit the wearing of religious and other symbols; and the fact that, in consequence, the applicant was reinstated in her original post and able to continue openly wearing the cross from February 2007 onwards.

5. While a different view could doubtless be held – and was held by the Employment Tribunal itself – we do not find it possible to say that the Court of Appeal failed to carry out a fair balance of the competing interests or that their review of the factual circumstances of the case failed adequately to secure the applicant's Article 9 rights. It is argued in the judgment that too much weight was given by the domestic court to BA's wish to project a certain corporate image and too little to the applicant's desire to manifest her religious belief and to be able to communicate that belief to others. We do not think that this does justice to the decision or reasoning of the Court of Appeal. Had the uniform code been stubbornly applied without any regard to the applicant's repeated requests to be allowed to wear her cross outside her clothing or had her insistence on doing so resulted in her dismissal from employment, we could readily accept that the balance tipped strongly in favour of the applicant. But, as the facts summarised above show, that was not the case. The fact that the company was able ultimately to amend the uniform code to allow for the visible wearing of religious symbols may, as the judgment claims, demonstrate that the earlier prohibition was not "of crucial importance". It does not, however, begin in our view to demonstrate that it was not of sufficient importance to maintain until the issue was thoroughly examined.

6. In view of our conclusion that Article 9, read alone, was not violated, we have found it necessary to examine separately the applicant's complaint under Article 14 read in conjunction with Article 9.

7. In the domestic proceedings the applicant claimed direct discrimination and indirect discrimination under the 2003 Regulations. The claim of direct discrimination was rejected on the ground that, on the evidence, the applicant was treated identically to all possible comparators: to an adherent of any non-Christian faith or of no faith, displaying a cross for cosmetic and non-religious reasons; to an adherent of a faith other than Christianity, wearing a symbol of that faith visibly on a silver chain round the neck; and to an employee wearing a visible silver necklace without any form

of Christian or other religious adornment. We see no ground for challenging this finding or for concluding that there was direct discrimination.

8. The principal claim before the Court appears to be one of indirect discrimination, the argument being that, because of her religion, the applicant was in a different situation from other employees who wished to wear jewellery and that she should have been accorded different treatment as far as the company's uniform policy was concerned. The applicant does not directly criticise the 2003 Regulations which, on their face, appeared to provide in Regulation 3(1)(b) protection against any form of indirect discrimination. The applicant's complaint relates rather to the way in which that Regulation was applied by the national tribunal and court, which held that the concept of indirect discrimination implied discrimination against a defined group and that the applicant had not produced evidence of an identifiable group disadvantage on the part of Christians but only disadvantage to herself, arising out of her wish to manifest her Christian faith in a particular way. The Court of Appeal noted that, of the uniformed work force of 30,000, none other than the applicant had ever made such a request or demand, much less refused to work if it was not met. The applicant argues that to require an applicant to show group disadvantage discriminates against the adherents of religions that are less prescriptive as regards the manner of dress or other outward manifestations of faith (such as Christianity) than other religions.

9. We see force in both arguments. While it is true that the purpose of indirect discrimination is to deal principally with the problem of group discrimination, it is also true that to require evidence of group disadvantage will often impose on an applicant an excessive burden of demonstrating that persons of the same religion or belief are put at a particular disadvantage. This may be especially difficult, as the applicant argues, in the case of a religion such as Christianity, which is not prescriptive and which allows for many different ways of manifesting commitment to the religion.

10. In the end, we have not found it necessary to resolve this question, since even if the measure had an unequal impact and could in principle give rise to indirect discrimination, there was in our view in the particular circumstances of the case an objective and reasonable justification for the measure, which was a proportionate means of achieving a legitimate aim. In this respect we are brought back to the specific factual circumstances already referred to under Article 9 read alone.

11. For these reasons we would find that the applicant's rights under Article 9, read alone or in conjunction with Article 14, were not violated. While we would not accordingly have awarded compensation to the

applicant, in deference to the view of the majority, we do not contest the award of costs and expenses.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF  
JUDGES VUČINIĆ AND DE GAETANO

1. We are unable to share the majority's opinion that there has been no violation of the Convention in respect of the third applicant (Ms Ladele). Our vote under operative provision no. 9 of the judgment must be read only in light of the fact that, in view of the majority decision regarding the third applicant, it would have served no practical purpose to have a separate head on just satisfaction in respect of the said applicant.

2. The third applicant's case is not so much one of freedom of religious belief as one of freedom of conscience – that is, that no one should be forced to act against one's conscience or be penalised for refusing to act against one's conscience. Although freedom of religion and freedom of conscience are dealt with under the same Article of the Convention, there is a fundamental difference between the two which, in our view, has not been adequately made out in paragraphs 79 to 88 of the judgment. Even Article 9 hints at this fundamental difference: whereas the word “conscience” features in 9 § 1, it is conspicuously absent in 9 § 2. Conscience – by which is meant moral conscience – is what enjoins a person at the appropriate moment to do good and to avoid evil. In essence it is a judgment of reason whereby a physical person recognises the moral quality of a concrete act that he is going to perform, is in the process of performing, or has already completed. This rational judgment on what is good and what is evil, although it may be nurtured by religious beliefs, is not necessarily so, and people with no particular religious beliefs or affiliations make such judgments constantly in their daily lives. The pre-eminence (and the ontological roots) of conscience is underscored by the words of a nineteenth century writer who noted that “... Conscience may come into collision with the word of a Pope, and is to be followed in spite of that word.”<sup>1</sup>

3. As one of the third-party intervenors in this case – the European Centre for Law and Justice (ECLJ) – quite pointedly put it: “[J]ust as there is a difference in nature between conscience and religion, there is also a difference between the prescriptions of conscience and religious prescriptions.” The latter type of prescriptions – not to eat certain food (or certain food on certain days); the wearing of the turban or the veil, or the display of religious symbols; attendance at religious services on

---

1. John Henry Cardinal Newman in *A letter addressed to His Grace the Duke of Norfolk, on occasion of Mr Gladstone's Recent Expostulation* (New York), 1875, chapter 5, p. 71. The chapter ends with the words (p. 86): “I add one remark. Certainly, if I am obliged to bring religion into after-dinner toasts, (which indeed does not seem quite the thing) I shall drink – to the Pope, if you please, – still, to Conscience first, and to the Pope afterwards.”

certain days – may be subject to limitations in the manner and subject to the conditions laid down in Article 9 § 2. But can the same be said with regard to prescriptions of conscience? We are of the view that once a *genuine* and *serious* case of conscientious objection is established, the State is obliged to respect the individual’s freedom of conscience both positively (by taking reasonable and appropriate measures to protect the rights of the conscientious objector<sup>1</sup>) and negatively (by refraining from actions which punish the objector or discriminate against him or her). Freedom of conscience has in the past all too often been paid for in acts of heroism, whether at the hands of the Spanish Inquisition or of a Nazi firing squad. As the ECLJ observes, “[i]t is in order to avoid that obeying one’s conscience must still require payment in heroism that the law now guarantees freedom of conscience”.

4. The respondent Government accepted that the third applicant’s objection to officiating at same-sex civil partnership ceremonies was a genuine and serious one, based as it was on her conviction that such partnerships are against God’s law. In this sense her conscientious objection was *also* a manifestation of her deep religious conviction and beliefs. The majority decision does not dispute this – indeed, by acknowledging that “[t]he events in question fall within the ambit of Article 9 and Article 14 is applicable” (see paragraph 103), the majority decision implicitly acknowledges that the third applicant’s conscientious objection attained a level of cogency, seriousness, cohesion and importance (see paragraph 81) worthy of protection.

5. It is at this point pertinent to observe that when the third applicant joined the public service (as an employee of the London Borough of Islington) in 1992, and when she became a registrar of births, deaths and marriages in 2002, her job did not include officiating at same-sex partnership ceremonies. There is nothing to suggest, and nor has it been suggested by anyone, that it was to be expected (perhaps by 2002) that marriage registrars would have to officiate at these ceremonies in the future. If anything, both the law (the Civil Partnership Act 2004) and the practice of other local authorities allowed for the possibility of compromises which would not force registrars to act against their consciences (see paragraph 25). In the third applicant’s case, however, a combination of back-stabbing by her colleagues and the blinkered political correctness of the Borough of Islington (which clearly favoured “gay rights” over fundamental human rights) eventually led to her dismissal. The *iter lamentabilis* right up to the Court of Appeal is described in paragraphs 26 to 29. We underscore these facts because the

---

2. Thereby at the same time ensuring in a practical, and not merely theoretical, way unity in diversity.

third applicant's situation is substantially different from the situation in which the fourth applicant found himself, or, more precisely, placed himself. When Mr McFarlane joined Relate he must have known that he might be called upon to counsel same-sex couples. Therefore his position is, for the purposes of the instant case, not unlike that of a person who *volunteers* to join the army as a soldier and subsequently expects to be exempted from lawful combat duties on the grounds of conscientious objection. While we agree that with regard to the fourth applicant his dismissal did not give rise to a violation of Article 9, whether taken alone or in conjunction with Article 14, we do not fully subscribe to the reasoning in paragraph 109, and in particular to the statement to the effect that “[t]he State authorities ... benefitted from a wide margin of appreciation in deciding where to strike the balance between the applicant's right to manifest his religious belief and the employer's interest in securing the rights of others”. In our view the State's margin of appreciation, whether wide or narrow, does not enter into the equation in matters of individual moral conscience which reaches the required level mentioned in paragraph 4, above. In our view the reason there was no violation of Article 9 in respect of the fourth applicant is that he effectively signed off or waived his right to invoke conscientious objection when he voluntarily signed up for the job.

6. As the majority judgment correctly notes, the third applicant did not complain of a violation of Article 9 taken alone, but rather that “she had suffered discrimination as a result of her Christian beliefs, in breach of Article 14 taken in conjunction with Article 9” (paragraph 103). We also agree that for the purposes of Article 14 the relevant comparator in the third applicant's case is a registrar with no religious objection – we would rather say, no conscientious objection – to officiating at same-sex unions. It is from here that we part company with the majority. First of all, the reasoning and arguments in paragraph 105 are at best irrelevant and at worst a case of inverted logic: the issue in Ms Ladele's case is not one of discrimination by an employer, a public authority or a public official *vis-à-vis a service user* of the Borough of Islington because of the said service user's sexual orientation. Indeed, no service user or prospective service user of the Borough seems to have ever complained (unlike some of her homosexual colleagues) about the third applicant. The complainant is not a party or prospective party to a same-sex civil partnership. The aim of the Borough of Islington to provide equal opportunities and services to all without discrimination, and the legitimacy of this aim, is not, and was never, in issue. No balancing exercise can, therefore, be carried out between the third applicant's concrete right to conscientious objection, which is one of the most fundamental rights inherent in the human person – a right which is not given by the

Convention but is recognised and protected by it – and a legitimate State or public-authority policy which seeks to protect rights in the abstract. As a consequence, the Court was not called upon to determine whether “the means used to pursue this aim were proportionate” (paragraph 106).

7. What *is* in issue is the *discriminatory treatment of the third applicant* at the hands of the Borough, in respect of which treatment she did not obtain redress at domestic level (except before the first instance Employment Tribunal, paragraph 28). Given the cogency, seriousness, cohesion and importance of her conscientious objection (which, as noted earlier, was *also* a manifestation of her deep religious convictions) it was incumbent upon the local authority *to treat her differently* from those registrars who had no conscientious objection to officiating at same-sex unions – something which clearly could have been achieved without detriment to the overall services provided by the Borough including those services provided by registrars, as evidenced by the experience of other local authorities. Instead of practising the tolerance and the “dignity for all” it preached, the Borough of Islington pursued the doctrinaire line, the road of obsessive political correctness. It effectively sought to force the applicant to act against her conscience or face the extreme penalty of dismissal – something which, even assuming that the limitations of Article 9 § 2 apply to prescriptions of conscience, cannot be deemed necessary in a democratic society. Ms Ladele did not fail in her duty of discretion: she did not publicly express her beliefs to service users. Her beliefs had no impact on the content of her job, but only on its extent. She never attempted to impose her beliefs on others, nor was she in any way engaged, openly or surreptitiously, in subverting the rights of others. Thus, even if one were to undertake the proportionality exercise referred to in paragraph 106 with reference to whatever legitimate aim the Borough had in view, it follows that the means used were totally disproportionate.

8. For the above reasons, our conclusion is that there was a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 9 in respect of the third applicant.



EWEDA ET AUTRES c. ROYAUME-UNI  
(*Requêtes n<sup>os</sup> 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10*)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 15 JANVIER 2013<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Manifestation d'une religion ou d'une conviction sur le lieu de travail**

Lorsqu'il s'agit de dire si un juste équilibre a été ménagé entre le droit pour un employé, en vertu de l'article 9 de la Convention, de manifester sa religion sur le lieu de travail et tout but poursuivi par l'employeur qui restreindrait ce droit, le motif de la restriction doit être pris en compte. Une mesure visant à préserver l'image commerciale de l'employeur aura une importance moindre qu'une mesure visant à protéger la santé et la sécurité ou à garantir les autres droits tirés de la Convention (paragraphe 94, 99, 106 et 109 de l'arrêt).

**Article 9 isolément ou combiné avec l'article 14**

*Liberté de religion – Manifestation d'une religion ou d'une conviction – Manifestation d'une religion ou d'une conviction sur le lieu de travail – Mesures disciplinaires contre des employés ayant porté des symboles religieux (une croix) au travail ou refusé d'accomplir des tâches considérées par eux comme incompatibles avec leurs convictions religieuses – Ingérence – Obligations positives – Discrimination – Absence de législation expresse régissant le port de vêtements et signes religieux sur le lieu de travail – But légitime – Proportionnalité – Marge d'appréciation – Intérêts concurrents – Pertinence pour la question de la proportionnalité de la nature du but poursuivi par une mesure restreignant le droit de manifester sa religion*

\*

\* \*

*En fait*

Les quatre requérants sont tous des chrétiens pratiquants qui estiment que le droit interne n'a pas suffisamment protégé leur droit à manifester leurs convictions religieuses. La première requérante, M<sup>me</sup> Eweida, une employée de British Airways, et la deuxième requérante, M<sup>me</sup> Chaplin, une infirmière en gériatrie, soutenaient que leurs employeurs avaient restreint le port visible autour de leur cou de croix chrétiennes sur leur lieu de travail. La troisième requérante, M<sup>me</sup> Ladele, officier d'état civil attaché à l'inscription des naissances, décès et mariages, et le quatrième requérant, M. McFarlane, conseiller confidentiel en thérapies et relations sexuelles, disent avoir été licenciés pour avoir refusé d'accomplir certaines de leurs tâches qui, selon eux, auraient cautionné l'homosexualité, une pratique qu'ils jugent incompatible avec leurs convictions religieuses.

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

*En droit*

Article 9 isolément ou combiné avec l'article 14 : il existe une jurisprudence de la Cour et de la Commission qui veut que, si l'intéressé a la possibilité de prendre des mesures pour contourner une restriction à sa liberté de manifester sa religion ou sa conviction, il n'y a pas d'atteinte au droit découlant de l'article 9 § 1 et la restriction n'a donc pas à être justifiée au regard de l'article 9 § 2. Cependant, vu l'importance que revêt la liberté de religion dans une société démocratique, la Cour considère que, dès lors qu'il est tiré grief d'une restriction à cette liberté sur le lieu de travail, plutôt que de dire que la possibilité de changer d'emploi excluait toute atteinte au droit en question, il vaut mieux apprécier cette possibilité parmi toutes les circonstances mises en balance lorsqu'est examiné le caractère proportionné ou non de la restriction.

Lorsque, comme dans les cas de la première et du quatrième requérants, les actes dénoncés ont été commis par des sociétés privées et ne sont donc pas directement imputables à l'État défendeur, la Cour doit examiner les questions sur le terrain de l'obligation positive incombant aux instances de l'État de reconnaître à toute personne relevant de sa juridiction les droits énoncés à l'article 9.

Pour ce qui est des principes applicables sur le terrain de l'article 14, si, en principe, pour qu'un problème se pose au regard de cette disposition, il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations analogues ou comparables, le droit de ne pas subir de discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes. Pareilles actions sont discriminatoires si elles manquent de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elles ne poursuivent aucun but légitime ou s'il n'y a aucun rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

a) *La première requérante* – La Cour estime que l'insistance de la première requérante à porter la croix visiblement au travail était une manifestation de sa conviction religieuse et que le refus par British Airways entre septembre 2006 et février 2007 de lui permettre de rester en fonction tout en portant visiblement sa croix s'analyse en une ingérence dans son droit à manifester sa religion. Cette ingérence n'étant pas directement imputable à l'État, la Cour doit rechercher si l'État a respecté les obligations positives que lui impose l'article 9.

La Cour estime que l'absence d'une protection expresse en droit britannique réglementant le port des vêtements et symboles religieux sur le lieu de travail ne signifie pas en elle-même que le droit de manifester sa religion a été enfreint, étant donné que les questions pouvaient être et ont été examinées par le juge interne sous l'angle des griefs de discrimination soulevés par les requérants.

Le but poursuivi par le code vestimentaire de British Airways, à savoir véhiculer une certaine image de l'employeur et mieux faire reconnaître sa marque et son personnel, était légitime. Toutefois, les juridictions internes lui ont accordé trop

d'importance. La croix de la première requérante était discrète et ne pouvait nuire à son apparence professionnelle. Rien ne prouvait que le port par les employés d'autres vêtements religieux autorisés d'emblée, par exemple le turban ou le *hijab*, eût nui à la marque ou l'image de British Airways. De surcroît, le fait que cette société a pu modifier son code vestimentaire pour permettre le port visible de pièces symboliques de joaillerie religieuse montre que l'ancienne interdiction n'était pas d'une importance cruciale.

Dès lors, aucun empiètement réel sur les intérêts d'autrui n'ayant été établi, les instances nationales n'ont pas suffisamment protégé le droit de la première requérante à manifester sa religion, en violation de l'obligation positive découlant de l'article 9. Aucun examen séparé du grief soulevé sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 9 n'est nécessaire.

*Conclusion*: violation à l'égard de la première requérante (cinq voix contre deux).

b) *La deuxième requérante* – La Cour estime que la résolution de la deuxième requérante à porter la croix sur son lieu de travail était une manifestation de sa conviction religieuse et que le refus par les autorités de la santé de l'autoriser à conserver ses fonctions d'infirmière en portant la croix a constitué une ingérence dans l'exercice de sa liberté de manifester sa religion.

La restriction en question poursuivait un but légitime, à savoir protéger la santé et la sécurité des infirmières et des patients. En l'occurrence, les supérieurs de la requérante considéraient qu'il y avait un risque qu'un patient perturbé s'agrippe à la chaîne et la tire, entraînant un risque de blessure, ou que la croix se balance en avant et ainsi entre par exemple en contact avec une plaie. La raison de la restriction dans ce cas était donc par nature plus importante que celle invoquée dans le cas de la première requérante. Il était également prouvé qu'une autre infirmière chrétienne avait été priée de retirer sa croix, que des infirmières sikhes avaient été prévenues qu'elles ne pouvaient pas porter le bracelet ou le *kirpan*, et que les *hijabs* flottants étaient interdits. La possibilité avait été offerte à la deuxième requérante de porter une croix sous la forme d'une broche accrochée à son uniforme ou rentrée sous un col roulé porté sous sa tunique, mais la deuxième requérante l'a estimée insuffisante pour respecter ses convictions religieuses.

Il s'agit d'un domaine dans lequel une marge d'appréciation étendue doit être accordée aux autorités internes. Les responsables hospitaliers sont mieux placés pour prendre des décisions concernant la sécurité dans leur établissement que le juge, qui plus est un tribunal international devant lequel personne n'a directement témoigné. La Cour ne peut donc conclure que les mesures dénoncées étaient disproportionnées; il s'ensuit que l'ingérence dans l'exercice de la liberté de la deuxième requérante de manifester sa religion n'était pas nécessaire dans une société démocratique. Il n'y a pas dès lors eu violation de l'article 9 de la Convention isolément ou combiné avec l'article 14.

*Conclusion*: non-violation à l'égard de la deuxième requérante (unanimité).

c) *La troisième requérante* – Il est patent que le refus de la troisième requérante de participer à la formation d'unions civiles entre homosexuels était directement motivé par ses convictions chrétiennes. Les faits dénoncés relèvent donc de l'article 9 et l'article 14 trouve à s'appliquer. L'élément de comparaison pertinent dans ce cas est un officier d'état civil n'ayant aucune objection religieuse aux unions homosexuelles. La Cour reconnaît que l'obligation faite par l'autorité locale à tous les officiers d'état civil affectés à l'enregistrement des naissances, mariages et décès de s'occuper aussi des unions civiles a eu des répercussions négatives particulières sur elle en raison de ses convictions religieuses. Cette obligation poursuivait le but légitime de protéger l'égalité des chances pour les personnes d'orientation sexuelle différente. Pour ce qui est de la proportionnalité des mesures, il est notable que les conséquences pour la troisième requérante étaient lourdes : cette dernière a estimé qu'elle n'avait pas d'autre choix que de s'exposer à une procédure disciplinaire, plutôt que d'être chargée d'inscrire les unions civiles, et elle a finalement été licenciée. De plus, elle ne saurait passer pour avoir expressément renoncé, à la date de signature de son contrat de travail, à son droit de manifester sa conviction religieuse en refusant de prendre part à la formation d'unions civiles, l'obligation en cause n'ayant été créée par son employeur qu'ultérieurement.

D'autre part, cependant, la politique de l'autorité locale visait à reconnaître les droits d'autrui, eux aussi protégés par la Convention, et la Cour alloue en principe aux autorités nationales une marge d'appréciation étendue lorsqu'il s'agit de ménager un équilibre entre des droits concurrents tirés de la Convention. Au vu du dossier, la Cour estime que ni l'autorité locale employeuse qui avait ouvert la procédure disciplinaire ni les tribunaux nationaux qui avaient rejeté l'action en discrimination ouverte par la troisième requérante n'ont excédé la marge d'appréciation dont ils jouissaient. Il n'y a donc pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 9.

*Conclusion* : non-violation à l'égard de la troisième requérante (cinq voix contre deux).

d) *Le quatrième requérant* – Alors qu'il était employé par une société privée qui a pour politique d'imposer à son personnel de fournir des services aux couples hétérosexuels comme aux couples homosexuels, le quatrième requérant refusa de s'engager à proposer des conseils en thérapie psychosexuelle à des couples de même sexe, en conséquence de quoi il fit l'objet d'une procédure disciplinaire. La Cour admet que l'objection du quatrième requérant était directement motivée par ses convictions chrétiennes orthodoxes en matière de mariage et de relations sexuelles et que son refus de s'engager à conseiller des couples homosexuels constituait une manifestation de sa religion et de ses convictions. L'État avait donc l'obligation positive de reconnaître ses droits garantis par l'article 9.

Pour déterminer si cette obligation positive a été satisfaite par le ménagement d'un juste équilibre entre les intérêts concurrents en jeu, la Cour relève que le licenciement du quatrième requérant était une sanction sévère ayant de lourdes conséquences

pour lui. Cependant, il s'était inscrit de son plein gré aux programmes de formation d'enseignement supérieur de conseil en thérapie psychosexuelle proposés par son employeur, en sachant que celui-ci appliquait une politique d'égalité des chances et que le filtrage des clients selon leur orientation sexuelle ne serait pas possible.

Si la décision que prend une personne de signer un contrat de travail et d'assumer des responsabilités dont elle sait qu'elles auront des répercussions sur sa liberté de manifester sa conviction religieuse n'est pas déterminante sur la question de l'existence d'une ingérence dans les droits découlant de l'article 9, il s'agit d'un élément à mettre en balance lorsqu'il faut rechercher si un juste équilibre a été ménagé.

Cela étant dit, l'élément le plus important à retenir est que l'action de l'employeur visait à garantir la mise en œuvre de sa politique de prestation de services sans discrimination. Les instances de l'État jouissaient donc d'une marge d'appréciation étendue pour décider de quelle façon peser le droit pour le quatrième requérant de manifester sa conviction religieuse à l'aune de l'intérêt pour son employeur de garantir les droits d'autrui. Au vu du dossier, la Cour considère que cette marge d'appréciation n'a pas été outrepassée. Il n'y a donc pas eu violation de l'article 9 de la Convention, pris isolément ou combiné avec l'article 14.

*Conclusion*: non-violation à l'égard du quatrième requérant (unanimité).

Article 41 : 2 000 euros à la première requérante pour dommage moral.

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

*Arrowsmith c. Royaume-Uni*, n° 7050/75, rapport de la Commission du 12 octobre 1978, Décisions et rapports (DR) 19

*Bayatyan c. Arménie* [GC], n° 23459/03, CEDH 2011

*Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, CEDH 2008

*C. c. Royaume-Uni*, n° 10358/83, rapport de la Commission du 15 décembre 1983, DR 37

*Carson et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 42184/05, CEDH 2010

*Châ'are Shalom Ve Tsedek c. France* [GC], n° 27417/95, CEDH 2000-VII

*D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, CEDH 2007-IV

*Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I

*Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], n° 30985/96, CEDH 2000-XI

*Jakóbski c. Pologne*, n° 18429/06, 7 décembre 2010

*Karner c. Autriche*, n° 40016/98, CEDH 2003-IX

*Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, série A n° 260-A

*Konttinen c. Finlande*, n° 24949/94, décision de la Commission du 3 décembre 1996, DR 87-B

*Kosteski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 55170/00, 13 avril 2006

*Leela Förderkreis e.V. et autres c. Allemagne*, n° 58911/00, 6 novembre 2008

*Leyla Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98, CEDH 2005-XI

- Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV
- Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 septembre 1994, série A n° 295-A
- Palomo Sánchez et autres c. Espagne* [GC], n°s 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, CEDH 2011
- Pichon et Sajous c. France* (déc.), n° 49853/99, CEDH 2001-X
- Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* [GC], n°s 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, CEDH 2003-II
- Runkee et White c. Royaume-Uni*, n°s 42949/98 et 53134/99, 10 mai 2007
- Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, CEDH 2010
- Skugar et autres c. Russie* (déc.), n° 40010/04, 3 décembre 2009
- Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n°s 33985/96 et 33986/96, CEDH 1999-VI
- Stedman c. Royaume-Uni*, n° 29107/95, décision de la Commission du 9 avril 1997, DR 89-B
- Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, CEDH 2000-IV
- Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, série A n° 323
- Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, série A n° 44
- Zaoui c. Suisse* (déc.), n° 41615/98, 18 janvier 2001

**En l'affaire Eweida et autres c. Royaume-Uni,**

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

David Thór Björgvinsson, *président*,

Nicolas Bratza,

Lech Garlicki,

Päivi Hirvelä,

Zdravka Kalaydjieva,

Nebojša Vučinić,

Vincent A. De Gaetano, *juges*,

et de Lawrence Early, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 4 septembre et 11 décembre 2012,

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

**PROCÉDURE**

1. À l'origine de l'affaire se trouvent quatre requêtes (n<sup>os</sup> 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10) dirigées contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont quatre ressortissants britanniques, M<sup>me</sup> Nadia Eweida, M<sup>me</sup> Shirley Chaplin, M<sup>me</sup> Lillian Ladele et M. Gary McFarlane (« les requérants »), ont saisi la Cour le 10 août 2010, le 29 septembre 2010, le 3 septembre 2010 et le 24 juin 2010 respectivement.

2. Les requérants ont été représentés par Aughton Ainsworth, un cabinet de *solicitors* sis à Manchester (M<sup>me</sup> Eweida), par M<sup>e</sup> P. Diamond (M<sup>me</sup> Chaplin et M. McFarlane) et par Ormerods, un cabinet de *solicitors* sis à Croydon, dans le Surrey (M<sup>me</sup> Ladele). Le gouvernement du Royaume-Uni (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M<sup>me</sup> A. Sornarajah.

3. Les requérants soutenaient en particulier que le droit national n'avait pas adéquatement protégé leur droit de manifester leur religion. M<sup>mes</sup> Eweida et Chaplin se plaignaient en particulier de restrictions par leurs employeurs au port visible d'une croix à leur cou, et M<sup>me</sup> Ladele et M. McFarlane de sanctions prises contre eux par leurs employeurs parce qu'ils étaient réticents à accomplir des tâches cautionnant selon eux les unions homosexuelles. M<sup>me</sup> Eweida, M<sup>me</sup> Chaplin et M. McFarlane invoquaient l'article 9 de la Convention, isolément et combiné avec l'article 14, tandis que M<sup>me</sup> Ladele invoquait le seul article 14, combiné avec l'article 9.

4. Le 12 avril 2011, la requête de M<sup>me</sup> Chaplin a été jointe à celle de M<sup>me</sup> Eweida et la requête de M. McFarlane à celle de M<sup>me</sup> Ladele. Les requêtes ont toutes les quatre été communiquées au Gouvernement. La Cour a également décidé de statuer conjointement sur la recevabilité et le fond (article 29 § 1 de la Convention). À la date de l'adoption du présent arrêt, elle a par ailleurs décidé de joindre les quatre requêtes.

5. Les personnes physiques et morales suivantes ont été autorisées par le président de la Cour à intervenir en qualité de tiers dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement): Equality and Human Rights Commission; The National Secular Society; M. Jan Camogursky et The Alliance Defense Fund; Michael Nazir-Ali, ancien évêque de Rochester; The Premier Christian Media Trust; les évêques de Chester et de Blackburn; Associazione Giuseppe Dossetti: i Valori; Observatory on Intolerance and Discrimination against Christians in Europe; Liberty; The Clapham Institute and KLM; European Centre for Law and Justice; Lord Carey of Clifton; et la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, ICJ, ILGA-Europe.

6. Une audience publique s'est déroulée au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 4 septembre 2012 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M <sup>me</sup> A. Sornarajah,	<i>agent,</i>
M <sup>e</sup> J. Eadie QC,	
M. D. Squires,	<i>conseils,</i>
M <sup>me</sup> S. Lehrer,	
MM. H. Leslie,	
W. Ford,	<i>conseillers;</i>

– *pour la première requérante*

M <sup>e</sup> J. Dingemans QC,	
M <sup>e</sup> S. Moore,	<i>conseils,</i>
M <sup>e</sup> T. Ellis,	<i>solicitor,</i>
M. G. Puppincx,	<i>conseiller;</i>

– *pour la troisième requérante*

M <sup>e</sup> D. Rose QC,	
M <sup>e</sup> B. Jaffey,	
M <sup>e</sup> C. McCrudden,	<i>conseils,</i>
MM. M. Jones,	
S. Webster,	<i>conseillers;</i>

– *pour la deuxième et le quatrième requérants*

M<sup>e</sup> P. Diamond,

M<sup>e</sup> P. Coleman,

M<sup>e</sup> P. Hmelik,

*conseils,*

M<sup>me</sup> A. Williams,

M. A. Marsh,

*conseillers.*

La Cour a entendu, en leurs déclarations, M<sup>e</sup> Eadie, M<sup>e</sup> Dingemans, M<sup>e</sup> Rose, et M<sup>e</sup> Diamond.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. La première requérante, M<sup>me</sup> Eweida, est née en 1951 et habite à Twickenham. La deuxième requérante, M<sup>me</sup> Chaplin, est née en 1955 et habite à Exeter. La troisième requérante, M<sup>me</sup> Ladele, est née en 1960 et habite à Londres. Le quatrième requérant, M. McFarlane, est né en 1961 et habite à Bristol.

8. Les faits de l'espèce, tels qu'exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

#### A. M<sup>me</sup> Eweida

9. La première requérante, qui passa les dix-huit premières années de sa vie en Égypte, est une chrétienne copte pratiquante. Depuis 1999, elle travaille en tant qu'agent d'enregistrement de British Airways Plc, une société privée.

10. British Airways impose à tout son personnel en contact avec le public de revêtir un uniforme. Jusqu'en 2004, l'uniforme féminin comportait un chemisier à col haut. En 2004, British Airways introduisit un nouvel uniforme avec un chemisier à col ouvert pour les femmes, qui devait être porté avec un foulard-cravate pouvant être rentré au cou ou noué lâchement. Un guide vestimentaire fut produit, dans lequel étaient données des indications précises sur chaque composante de l'uniforme. Il renfermait le passage suivant, dans une partie intitulée « Accessoires féminins » :

« Tout accessoire ou vêtement que l'employé se doit de porter pour des motifs religieux impératifs doit toujours être recouvert par l'uniforme. S'il est toutefois impossible de le faire vu la nature de l'objet et la manière de le porter, la direction

locale doit alors dire si, au vu des caractéristiques de l'objet, celui-ci est conforme aux normes vestimentaires, sauf si l'objet est déjà autorisé par le guide vestimentaire (...)  
*N.B. : aucun autre objet ne peut être porté avec l'uniforme. Vous devrez ôter toute pièce de joaillerie non conforme aux règles ci-dessus.*»

11. Quand un employé se présente au travail en portant un objet non conforme au code vestimentaire, British Airways a pour pratique de lui demander d'ôter l'objet ou, si nécessaire, de rentrer chez lui se changer. Le temps passé par l'employé pour s'habiller convenablement est déduit de son temps de travail pour le calcul de son salaire. Parmi les vêtements qui, selon British Airways, sont impératifs dans certaines religions, qui ne peuvent être recouverts par l'uniforme et dont le port est autorisé, il y a, pour les employés sikhs de sexe masculin, le turban bleu marine ou blanc et, en été, le bracelet sikh s'il leur est permis de porter une chemise à manches courtes. Le personnel féminin au sol de confession musulmane peut porter le *hijab* (foulard) d'une couleur approuvée par British Airways.

12. Jusqu'au 20 mai 2006, M<sup>me</sup> Eweida portait une croix en pendentif, cachée sous ses vêtements. Le 20 mai 2006, elle décida de la porter ouvertement, comme signe d'attachement à sa foi. Lorsqu'elle arriva au travail ce jour-là, son manager lui demanda d'ôter ce pendentif et de l'attacher ou de le dissimuler sous le foulard-cravate. M<sup>me</sup> Eweida refusa tout d'abord mais obtempéra finalement après en avoir discuté avec un manager de rang plus élevé. Le 7 août 2006, elle se présenta une nouvelle fois au travail avec sa croix visible et accepta là encore de se conformer à contrecœur au code vestimentaire, ayant été prévenue que, en cas de refus, elle rentrerait chez elle sans toucher son salaire. Le 20 septembre 2006, elle refusa de dissimuler ou d'ôter sa croix et fut renvoyée chez elle sans toucher son salaire tant qu'elle n'aurait pas choisi de se conformer à son obligation contractuelle de respecter le code vestimentaire. Le 23 octobre 2006 un poste administratif sans contact avec la clientèle lui fut proposé, pour lequel elle n'aurait pas à revêtir l'uniforme, mais elle le refusa.

13. Au milieu du mois d'octobre 2006 furent publiés au sujet de cette affaire un certain nombre d'articles de presse qui critiquaient British Airways. Le 24 novembre 2006, cette société annonça qu'elle réviserait sa politique vestimentaire concernant le port de symboles religieux visibles. Après avoir consulté des membres de son personnel et des représentants syndicaux, elle décida le 19 janvier 2007 d'adopter de nouvelles règles. Elle permit, à compter du 1<sup>er</sup> février 2007, l'exhibition de symboles religieux ou caritatifs moyennant autorisation. Certains symboles tels que la croix et l'étoile de David furent autorisés d'emblée. M<sup>me</sup> Eweida retourna au travail

le 3 février 2007, avec la permission de porter la croix conformément aux nouvelles règles. Cependant, British Airways refusa de la dédommager pour ses pertes de revenus pendant la période où elle avait choisi de ne pas venir au travail.

14. Le 15 décembre 2006, M<sup>me</sup> Eweida saisit le tribunal du travail (*Employment Tribunal*), demandant notamment réparation pour discrimination indirecte contraire à l'article 3 du règlement de 2003 sur l'égalité au travail (religion et convictions) (*Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003*; ci-après «le règlement de 2003», paragraphe 41 ci-dessous) et pour atteinte à son droit de manifester sa religion contraire à l'article 9 de la Convention. Le tribunal du travail la débouta. Il jugea que le port visible d'une croix était non pas un commandement de la foi chrétienne mais le choix personnel de M<sup>me</sup> Eweida. Il estima que rien ne prouvait que l'un des quelques trente mille autres employés en uniforme eût formulé une demande ou une exigence de ce type, et encore moins refusé de travailler s'il s'était heurté à un refus. Il en conclut que la requérante n'avait pas montré que les règles vestimentaires entraînaient généralement pour les chrétiens un désavantage, condition nécessaire à l'établissement d'une discrimination indirecte.

15. M<sup>me</sup> Eweida forma un recours devant la Cour du travail (*Employment Appeal Tribunal*), qui la débouta le 20 novembre 2008. La Cour du travail jugea qu'il n'était pas nécessaire que M<sup>me</sup> Eweida démontre que d'autres chrétiens s'étaient plaints des règles vestimentaires, au motif qu'une personne peut se prétendre victime d'un désavantage particulier, au sens de l'article 3 § 1 du règlement de 2003, si elle s'est pliée à contrecœur à des restrictions concernant les symboles religieux visibles. Elle conclut néanmoins que la notion de discrimination indirecte implique une discrimination contre un groupe défini et que la requérante n'avait pas établi l'existence d'un désavantage pour un groupe donné.

16. M<sup>me</sup> Eweida forma un recours devant la Cour d'appel, qui la débouta le 12 février 2010. Elle avait soutenu que le tribunal du travail et la Cour du travail avaient commis une erreur de droit et que la preuve de l'existence d'un désavantage pour une seule personne suffisait à établir l'existence d'une discrimination indirecte. La Cour d'appel écarta ce moyen que, selon elle, l'interprétation du règlement de 2003 ne permettait pas d'étayer. Elle fit sien le raisonnement suivant de la Cour du travail :

« (...) de manière à établir la discrimination indirecte, il faut pouvoir faire au sujet d'un groupe religieux des constatations d'ordre général dont la réalité permettrait raisonnablement à un employeur de se rendre compte que telle ou telle règle risque de nuire à ce groupe. »

La Cour d'appel jugea en outre que, à supposer fondée la thèse de M<sup>me</sup> Eweida assimilant le désavantage subi par une seule personne souhaitant manifester sa foi d'une certaine manière à une discrimination indirecte, il ressortait des constats de fait du tribunal du travail que la règle en cause était un moyen proportionné de parvenir à un but légitime. Elle releva que, pendant près de sept ans, personne, pas même M<sup>me</sup> Eweida, ne s'était plaint de cette règle et que, une fois signalé, le problème avait été minutieusement examiné. Elle rappela que, dans l'intervalle, British Airways avait proposé à la requérante un poste sans contact avec le public, sans perte de salaire, mais que, au lieu d'accepter cette offre, l'intéressée avait choisi de ne pas retourner au travail et de demander le versement de son salaire en dédommagement. Elle considéra par ailleurs que la jurisprudence de la Cour relative à l'article 9 n'était d'aucune aide à M<sup>me</sup> Eweida. Elle s'appuyait sur l'arrêt rendu par la Chambre des lords en l'affaire *R (SB) v Governors of Denbigh High School* [2006] UKHL 15, où Lord Bingham avait conclu ceci de son analyse de la jurisprudence de la Cour et de la Commission :

« Les instances de Strasbourg ne sont pas du tout disposées à conclure à une ingérence dans le droit de manifester sa conviction religieuse par certaines pratiques ou certains rites dès lors que l'intéressé a volontairement accepté un emploi ou une fonction qui ne s'accommode pas avec ces pratiques ou rites et que la religion en question peut être pratiquée ou observée par d'autres moyens sans difficulté ni désagrément excessifs. »

17. Le 26 mai 2010, la Cour suprême refusa à M<sup>me</sup> Eweida l'autorisation de la saisir.

## **B. M<sup>me</sup> Chaplin**

18. La deuxième requérante est elle aussi chrétienne pratiquante. Depuis sa confirmation en 1971, elle porte visiblement à son cou une croix en pendentif, comme mode d'expression de ses convictions. Pour elle, ôter sa croix serait contraire à sa foi.

19. M<sup>me</sup> Chaplin obtint son diplôme d'infirmière en 1981 et fut employée au Royal Devon and Exeter NHS Foundation Trust, un hôpital public, d'avril 1989 à juillet 2010, avec d'excellents états de service. Pendant la période considérée, elle était affectée au service de gériatrie. L'hôpital avait adopté des règles vestimentaires, fondées sur des directives du département de la Santé. Ces règles précisaient, en leur paragraphe 5.1.5, que « toute pièce de joaillerie portée doit être discrète » et, en leur paragraphe 5.3.6 :

« 5.3.6. Pour minimiser le risque de contamination, les pièces de joaillerie portées doivent être réduites au minimum (voir 5.1.11), c'est-à-dire aux pièces suivantes :

- Un anneau lisse ordinaire non nuisible à l'hygiène des mains,
- Une paire de boucles d'oreilles ordinaires discrètes.

De manière à réduire le risque de blessures dans le traitement des patients, aucun pendentif ne sera porté.

Tout piercing du visage devra être supprimé ou recouvert.»

Le paragraphe 5.1.11 dispose :

« tout membre du personnel souhaitant porter un vêtement ou une pièce de joaillerie particulier pour des raisons religieuses ou culturelles doit le signaler à son supérieur hiérarchique, lequel ne pourra s'opposer à leur port sans motif légitime. »

Il a été établi devant le tribunal du travail que, pour des motifs d'hygiène et de sécurité, une autre infirmière chrétienne avait été priée d'ôter sa croix et que deux infirmières sikhes avaient été informées qu'elles ne pouvaient porter ni le bracelet ni le *kirpan* (poignard cérémonial) et qu'elles avaient obtenu. Deux femmes médecins musulmanes avaient été autorisées à porter un *hijab* « sportif » serré.

20. En juin 2007, de nouveaux uniformes furent introduits à l'hôpital, dont, pour la première fois, une tunique pour infirmières avec un col en V. En juin 2009, le supérieur hiérarchique de M<sup>me</sup> Chaplin lui demanda d'ôter son « pendentif ». M<sup>me</sup> Chaplin souligna que la croix était un symbole religieux et sollicita l'autorisation de la porter. Elle se heurta à un refus au motif que la chaîne et la croix risquaient de causer des blessures si un patient âgé s'y agrippait. M<sup>me</sup> Chaplin proposa ensuite d'accrocher la croix à une chaîne fixée à l'aide de cliquets magnétiques, qui se détacheraient immédiatement s'ils étaient tirés par un patient. Mais les autorités de la santé écartèrent cette solution au motif que la croix elle-même demeurait un risque pour la santé et la sécurité dès lors qu'elle pouvait se balancer librement : ainsi, elle pouvait selon elles entrer en contact avec des plaies. Enfin, il fut suggéré qu'elle attache sa croix et sa chaîne au cordon tenant son badge d'identité. Tous les membres du personnel étaient tenus de porter un badge d'identité accroché à une poche ou à un cordon. Cependant, ils étaient également tenus d'ôter le badge et le cordon dans l'exercice de leurs tâches médicales et c'est pour cette raison que la requérante écarta cette suggestion aussi. En novembre 2009, M<sup>me</sup> Chaplin fut mutée à un poste temporaire autre qu'infirmière, lequel fut supprimé en juillet 2010.

21. M<sup>me</sup> Chaplin saisit le tribunal du travail en novembre 2009, se plaignant d'une discrimination aussi bien directe qu'indirecte fondée sur la religion. Dans son jugement du 21 mai 2010, le tribunal du travail conclut à l'absence de discrimination directe au motif que la position de l'hôpital reposait sur des raisons de santé et de sécurité plutôt que sur des motifs religieux. Quant au grief de discrimination indirecte, il jugea que rien ne prouvait que des « personnes » autres que la requérante eussent subi un désavantage particulier. Il ajouta que l'hôpital avait réagi de manière pro-

portionnée à la demande de M<sup>me</sup> Chaplin tendant à porter le crucifix de manière visible.

22. M<sup>me</sup> Chaplin fut avisée que, compte tenu de l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans l'affaire Eweida, un recours devant la Cour du travail n'aurait aucune chance d'aboutir.

### C. M<sup>me</sup> Ladele

23. La troisième requérante est de confession chrétienne. Elle estime que le mariage est l'union d'un homme et d'une femme pour la vie et croit sincèrement que l'union civile homosexuelle est contraire à la loi de Dieu.

24. Depuis 1992, M<sup>me</sup> Ladele est employée par l'arrondissement londonien d'Islington, une collectivité territoriale (« l'autorité locale »). Islington a adopté une politique d'égalité et de diversité intitulée « Dignité pour tous », qui prévoit notamment ceci :

« Islington est fier de sa diversité et le conseil luttera contre la discrimination sous toutes ses formes. « Dignité pour tous » doit être le vécu du personnel d'Islington, de ses résidents et de ses usagers, indépendamment de leur âge, de leur sexe, de leur handicap, de leurs convictions, de leur race, de leur orientation sexuelle, de leur nationalité, de leurs revenus ou de leur état de santé (...)

Le conseil défendra la cohésion et l'égalité des administrés pour tous les groupes mais ciblera en particulier les discriminations fondées sur l'âge, le handicap, le sexe, la race, la religion et l'orientation sexuelle (...)

Généralement, Islington

a) œuvrera en faveur de la cohésion des administrés en défendant les valeurs partagées par ceux-ci et la compréhension mutuelle, avec pour fondements l'égalité, le respect et la dignité pour tous. (...)

Le conseil a pour politique de traiter chacun équitablement et sans discrimination. Islington veille à ce que :

- son personnel soit traité de manière juste et équitable sur le lieu de travail,
- les usagers aient un accès juste et équitable à ses services,
- le personnel et les usagers soient traités avec dignité et respect.

Le conseil supprimera énergiquement les barrières discriminatoires qui empêcheraient les administrés d'obtenir les possibilités d'emploi et les services auxquels ils ont droit. Il ne tolérera pas les processus, comportements et attitudes assimilables à de la discrimination, notamment le harcèlement, la victimisation et l'intimidation par les préjugés, l'ignorance, le manque d'égards et les stéréotypes (...)

Les employés sont censés défendre ces valeurs à tout moment et travailler en respectant cette politique, faute de quoi ils s'exposeront à des sanctions disciplinaires. »

25. En 2002, M<sup>me</sup> Ladele devint officier d'état civil (*registrar*) pour les naissances, décès et mariages. Bien que rémunérée par l'autorité locale et soumise aux règles de celle-ci, elle n'en était pas l'employée mais exerçait ses fonctions sous l'égide de l'officier d'état civil général (*Registrar General*). Le 5 décembre 2005, la loi de 2004 sur l'union civile (*Civil Partnerships Act 2004*) entra en vigueur. Elle prévoit l'enregistrement légal des unions civiles entre deux personnes de même sexe et leur accorde des droits et obligations équivalents à ceux d'un couple marié. En décembre 2005, l'autorité locale décida d'affecter tous les officiers d'état civil à l'enregistrement des unions civiles. Elle n'en avait pas l'obligation : la législation lui imposait seulement de veiller à ce qu'il y ait dans la circonscription un nombre suffisant d'officiers d'état civil pour s'occuper des unions civiles. D'autres collectivités territoriales au Royaume-Uni procédèrent différemment et permirent aux officiers d'état civil opposés pour des raisons religieuses sincères à la formation des unions civiles de ne pas être affectés à l'enregistrement de celles-ci.

26. Au départ, M<sup>me</sup> Ladele était autorisée à s'arranger informellement avec ses collègues pour se répartir les tâches de manière à ce qu'elle n'eût pas à conduire de cérémonies d'union civile. Cependant, en mars 2006, deux de ses collègues se plaignirent que son refus d'exercer de telles fonctions fût discriminatoire. Dans une lettre datée du 1<sup>er</sup> avril 2006, M<sup>me</sup> Ladele fut avisée que, aux yeux de l'autorité locale, son refus de s'occuper des unions civiles risquait d'être constitutif d'une violation par elle du code de bonne conduite et de la politique d'égalité. Elle fut priée de confirmer par écrit qu'elle célébrerait dorénavant les unions civiles. M<sup>me</sup> Ladele refusa et pria l'autorité locale de prendre des dispositions pour accommoder ses convictions. Au mois de mai 2007, l'ambiance au bureau s'était détériorée. Le refus de M<sup>me</sup> Ladele de célébrer les unions civiles avait créé des difficultés dans le roulement des tâches, surchargeant de travail des collègues, et des collègues homosexuels se disaient victimes de vexations. En mai 2007, l'autorité locale ouvrit une enquête préliminaire, à l'issue de laquelle – en juillet 2007 – le dépôt d'une plainte disciplinaire formelle contre M<sup>me</sup> Ladele fut recommandée au motif que, en refusant de célébrer les unions libres en raison de l'orientation sexuelle des parties, cet agent n'avait pas respecté le code de conduite et la politique d'égalité et de diversité de l'autorité locale. Un entretien disciplinaire eut lieu le 16 août 2007. À la suite de cet entretien, M<sup>me</sup> Ladele fut priée d'accepter une nouvelle description de poste lui imposant expressément d'enregistrer les unions libres et d'exécuter les tâches administratives connexes, mais la dispensant de conduire les cérémonies.

27. M<sup>me</sup> Ladele saisit le tribunal du travail, se plaignant d'une discrimination directe et indirecte fondée sur la religion ou les convictions et d'un harcèlement. Avec l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> décembre 2007, de la loi de 2007 sur les statistiques et l'état civil (*Statistics and Registration Act 2007*), elle cessa d'exercer ses fonctions pour l'officier d'état civil général et devint une employée de l'autorité locale, laquelle avait désormais le pouvoir de la révoquer. Il était soutenu devant le tribunal du travail que la perte de son procès conduirait vraisemblablement à son licenciement.

28. Le 3 juillet 2008, le tribunal du travail jugea fondés les griefs de discrimination religieuse directe et indirecte et de harcèlement, estimant que l'autorité locale avait « donné plus d'importance aux droits de la communauté lesbienne, gay, bisexuelle et transsexuelle qu'aux droits de [M<sup>me</sup> Ladele] en sa qualité de croyante chrétienne orthodoxe ». L'autorité locale saisit la Cour du travail, qui, le 19 décembre 2008, infirma le jugement du tribunal du travail, considérant que le traitement réservé par l'autorité locale à M<sup>me</sup> Ladele était un moyen proportionné d'accomplir un but légitime, à savoir l'exercice des fonctions d'état civil sur une base non discriminatoire.

29. La décision de la Cour du travail fit l'objet d'un recours devant la Cour d'appel, qui la confirma le 15 décembre 2009 et dit ceci au paragraphe 52 de son arrêt :

« (...) le fait que le refus par M<sup>me</sup> Ladele de célébrer des unions civiles se fonde sur sa conception religieuse du mariage ne saurait permettre de conclure qu'Islington ne devrait pas pouvoir poursuivre son objectif jusqu'au bout, à savoir que tout officier d'état civil doit célébrer des unions civiles dans le respect de la politique « Dignité pour tous ». M<sup>me</sup> Ladele est employée d'un service public et travaille pour une autorité publique; elle est tenue d'exercer des fonctions purement laïques, considérées comme relevant de sa mission; le refus par M<sup>me</sup> Ladele d'accomplir ces fonctions implique une discrimination à l'égard des homosexuels dans l'exercice de celles-ci; elle est invitée à les accomplir en application de la politique « Dignité pour tous » d'Islington dont le but louable est d'éviter, ou au moins de réduire au minimum, toute discrimination non seulement parmi les employés d'Islington mais aussi entre Islington (et ses employés) et ses administrés; le refus de M<sup>me</sup> Ladele est offensant aux yeux d'au moins deux de ses collègues homosexuels; l'objection de M<sup>me</sup> Ladele est fondée sur sa conception du mariage qui n'est pas un élément fondamental de sa religion; et la sommation faite par Islington à M<sup>me</sup> Ladele n'empêche en aucun cas celle-ci de pratiquer son culte comme elle l'entend. »

La Cour d'appel conclut que l'article 9 de la Convention et la jurisprudence de la Cour confirmaient que le souhait de M<sup>me</sup> Ladele de faire respecter ses convictions religieuses ne devait pas « (...) primer l'intérêt pour Islington de veiller à ce que tous ses officiers d'état civil manifestent à l'égard de la communauté homosexuelle le même respect qu'à l'égard de la communauté hétérosexuelle ». Elle ajouta que, depuis l'entrée en vigueur

du règlement de 2007 (paragraphe 42 ci-dessous), dès lors que M<sup>me</sup> Ladele était désignée officier d'état civil pour les unions libres, Islington avait non seulement le droit mais aussi l'obligation de l'astreindre à les célébrer.

30. L'autorisation de former un recours devant la Cour suprême fut refusée à la requérante le 4 mars 2010.

#### **D. M. McFarlane**

31. Le quatrième requérant est un chrétien pratiquant, ancien membre du conseil d'une grande église multiculturelle à Bristol. Il croit profondément et sincèrement que la Bible dit que les activités homosexuelles sont un péché et qu'il ne doit rien faire qui cautionnerait directement celles-ci.

32. Relate Avon Limited (« Relate ») fait partie de Relate Federation, une organisation privée nationale prestataire de thérapies sexuelles et de services de conseils relationnels confidentiels. Relate et ses conseillers sont membres de la British Association for Sexual and Relationship Therapy, association qui dispose d'un code de déontologie et de principes de bonnes pratiques auxquels Relate et ses conseillers adhèrent. Les paragraphes 18 et 19 de ce code prévoient ceci :

##### **« Reconnaître le droit au libre-arbitre, par exemple :**

18. Respecter l'autonomie et le droit fondamental au libre-arbitre des clients et des autres personnes avec lesquelles ceux-ci peuvent s'investir. Il n'est pas convenable que le thérapeute impose un certain nombre de principes, de valeurs ou d'idéaux aux clients. Le thérapeute doit reconnaître la valeur et la dignité des clients (et des collègues) en tenant dûment compte de questions telles que la religion, la race, le sexe, l'âge, les convictions, l'orientation sexuelle et le handicap, et travailler en les respectant.

##### **Avoir conscience de ses propres préjugés, par exemple :**

19. Le thérapeute doit avoir conscience de ses propres préjugés et éviter toute discrimination, fondée par exemple sur la religion, la race, le sexe, l'âge, les convictions, l'orientation sexuelle ou le handicap. Il doit être conscient des questions qui sont sources chez lui de préjugés ou de stéréotypes et en particulier réfléchir à la manière dont la relation thérapeutique pourrait s'en trouver atteinte. »

Relate s'est également fixé une politique d'égalité des chances, qui met l'accent sur l'obligation positive de parvenir à l'égalité et précise notamment :

« Relate Avon tient à s'assurer que personne, qu'il s'agisse de membres du personnel ou de la direction, de bénévoles, de conseillers ou de clients, ne reçoive un traitement moins favorable en raison de caractéristiques tenant à l'individu ou à un groupe, par exemple la race, la couleur, l'âge, la culture, l'état de santé, l'orientation sexuelle, le statut matrimonial, le handicap [ou] l'appartenance à une catégorie socio-économique. Relate Avon tient non seulement à respecter la loi à la lettre mais aussi à suivre une politique positive qui permettra de garantir l'égalité des chances à tout employé du Centre, quelles que soient ses fonctions, et à tous ses clients. »

33. M. McFarlane travailla comme conseiller pour Relate de mai 2003 à mars 2008. Il était quelque peu hésitant au départ à fournir des services de conseil à des couples homosexuels mais, après en avoir discuté avec son supérieur, il accepta l'idée que de conseiller un couple homosexuel ne revenait pas à cautionner une relation de ce type et il était donc prêt à continuer. Par la suite, il conseilla deux couples lesbiens sans le moindre problème, bien que ni dans l'un ni dans l'autre des cas des questions d'ordre purement sexuel ne se fussent posées.

34. En 2007, M. McFarlane reprit ses études pour obtenir le diplôme d'enseignement supérieur de Relate en thérapie psychosexuelle. À l'automne de cette même année, on sentait chez Relate qu'il était réticent à travailler sur les questions sexuelles avec les couples homosexuels. En réaction à ces inquiétudes, le directeur général de Relate, M. B., s'entretint avec M. McFarlane en octobre 2007. Ce dernier confirma qu'il avait des difficultés à concilier le travail en matière de pratiques sexuelles avec des couples homosexuels et son devoir de suivre les enseignements de la Bible. M. B. lui dit qu'il ne serait malheureusement pas possible de filtrer les clients de manière à ce qu'il n'ait pas à pratiquer de thérapie psychosexuelle avec les couples lesbiens, homosexuels ou bisexuels.

35. Le 5 décembre 2007, M. B. reçut une lettre d'autres thérapeutes qui s'inquiétaient qu'un conseiller non désigné nommément fût réticent, pour des motifs religieux, à travailler avec la clientèle homosexuelle, lesbienne ou bisexuelle. Le 12 décembre 2007, il écrivit à M. McFarlane qu'il avait cru comprendre que ce dernier refusait de travailler sur certaines questions avec les couples homosexuels et qu'il craignait que ce choix fût discriminatoire et contraire à la politique d'égalité des chances de Relate. Il demanda à M. McFarlane de confirmer par écrit, le 19 décembre 2007 au plus tard, que ce dernier continuerait à conseiller les couples homosexuels en matière de relations et de thérapie psychosexuelle, sous peine de sanctions disciplinaires. Le 2 janvier 2008, en réponse, M. McFarlane confirma qu'il n'avait aucune réticence à conseiller des couples homosexuels. Il ajouta que son opinion en matière de prestation de thérapies psychosexuelles à des couples homosexuels continuait à évoluer car il n'avait pas encore été appelé à accomplir ce genre de tâche. M. B. y vit un refus de son employé de confirmer qu'il pratiquerait des thérapies psychosexuelles avec des couples homosexuels et l'intéressé fut donc suspendu de ses fonctions, en instance d'une enquête disciplinaire. Au cours d'un entretien d'information tenu le 7 janvier 2008, M. McFarlane reconnut l'existence d'un conflit entre ses convictions religieuses et la thérapie psychosexuelle pour les couples homosexuels mais il ajouta que, s'il était appelé à faire un travail de ce type, il obtempérerait et que, en cas de problème, il en référerait à son supérieur. M. B. y vit l'engagement par

M. McFarlane que celui-ci se conformerait aux politiques de Relate et il mit fin à l'enquête disciplinaire.

36. À la suite d'une conversation téléphonique avec le quatrième requérant, la supérieure de celui-ci fit part de ses profondes préoccupations à M. B. Elle estimait que M. McFarlane était soit troublé par la question de la thérapie psychosexuelle aux couples homosexuels, soit malhonnête. Lorsqu'on lui en fit part, M. McFarlane déclara que son opinion n'avait pas changé depuis l'entretien précédent et que tout problème qui surgirait aurait à être réglé le moment venu. Il fut invité à un nouvel entretien disciplinaire le 17 mars 2008. Au cours de ce dernier, on lui demanda s'il avait changé d'avis mais il se contenta de répondre qu'il n'avait rien à ajouter à ce qu'il avait dit le 7 janvier 2008.

37. Le 18 mars 2008, M. B. licencia sommairement M. McFarlane pour faute professionnelle après avoir conclu que celui-ci avait dit qu'il respecterait les politiques de Relate et offrirait des conseils en sexualité à des couples homosexuels, sans en avoir l'intention. Selon lui, on ne pouvait pas compter sur l'intéressé pour accomplir ses fonctions conformément à la politique d'égalité des chances. Un entretien précontentieux fut tenu le 28 avril. Le recours fut rejeté au motif que le manque de confiance de M. B. en M. McFarlane quant au respect des politiques en question était fondé.

38. M. McFarlane saisit le tribunal du travail, plaidant notamment une discrimination directe et indirecte, un licenciement abusif et un licenciement irrégulier. Dans un jugement du 5 janvier 2009, le tribunal du travail conclut que M. McFarlane n'avait subi aucune discrimination directe contraire à l'article 3 § 1 b) du règlement de 2003 (paragraphe 41 ci-dessous). Il jugea que l'intéressé avait été licencié non pas en raison de sa foi mais parce que l'on pensait qu'il ne se conformerait pas aux politiques reflétant la déontologie de son employeur. Sur le grief de discrimination indirecte soulevé sur le terrain de l'article 3 § 1 b) du règlement de 2003, il estima que l'obligation donnée par Relate à ses conseillers de respecter la politique d'égalité des chances entraînait un désavantage pour toute personne partageant les convictions religieuses de M. McFarlane mais que le but de cette obligation était de proposer tout un éventail de services de conseil à l'ensemble des groupes de la société, indépendamment de l'orientation sexuelle, ce qui était légitime. Il considéra que la volonté de Relate de proposer des services sans discrimination était essentielle à son activité et que Relate était fondée à exiger de M. McFarlane l'assurance sans équivoque qu'il prodiguerait tous les services de conseil à l'ensemble des clients sans réserve. Or il constata que l'intéressé n'avait pas donné cette assurance. Il ajouta que le filtrage des clients, à supposer même qu'il pût

fonctionner dans une certaine mesure, n'aurait pas protégé les clients d'un risque de rejet par M. McFarlane, quel que fût le tact dont celui-ci aurait fait preuve pour aborder la question. Il conclut que le licenciement était un moyen proportionné d'accomplir un but légitime et écarta donc le grief de discrimination. Enfin, il rejeta le grief de licenciement abusif au motif que Relate avait réellement et raisonnablement perdu confiance en M. McFarlane au point qu'elle ne pouvait pas être certaine que, s'il venait à aborder les questions de pratiques sexuelles homosexuelles dans le cadre de conseils à un couple de personnes de même sexe, il offrirait sans réticence ni réserve à ce couple des prestations identiques à celles qu'il aurait proposées à un couple hétérosexuel du fait des contraintes que lui imposaient ses convictions religieuses sincères.

39. M. McFarlane attaqua devant la Cour du travail les conclusions du tribunal du travail sur les griefs de discrimination directe et indirecte et de licenciement abusif. Dans son arrêt rendu le 30 novembre 2009, la Cour du travail jugea que la juridiction inférieure avait à bon droit rejeté ces griefs. Elle écarta le moyen tiré par M. McFarlane de ce qu'il eût été illégitime d'établir une distinction entre s'opposer à une conviction religieuse et s'opposer à un acte particulier qui en est la manifestation, et jugea ce raisonnement compatible avec l'article 9 de la Convention. Elle prit note du moyen tiré par Relate de ce que le compromis proposé par M. McFarlane eût été inacceptable du point de vue des principes parce qu'il était « totalement contraire à la déontologie interne d'accepter une situation dans laquelle un conseiller pourrait refuser de s'occuper de certains clients car il désapprouve leur conduite » et qu'il était irréaliste d'instaurer un système permettant à un conseiller de cesser de prodiguer des conseils à des couples homosexuels si, au vu des circonstances, il estime qu'il cautionnerait leurs activités sexuelles. Elle conclut que Relate était en droit de refuser d'accommoder des vues contraires à ses principes fondamentaux affichés et que, dans ces conditions, les arguments tenant à la possibilité pratique d'accommoder les convictions du requérant étaient hors de propos.

40. M. McFarlane demanda à la Cour d'appel l'autorisation de former devant elle un recours contre l'arrêt de la Cour du travail. Le 20 janvier 2010, la Cour d'appel rejeta cette demande au motif que, à la lumière de son arrêt de décembre 2009 dans l'affaire Ladele, le recours n'avait aucune chance réaliste d'aboutir. À la suite du refus par la Cour suprême d'autoriser un recours dans cette dernière affaire, M. McFarlane renouvela sa demande. Une audience se tint, à l'issue de laquelle cette demande fut une nouvelle fois rejetée le 29 avril 2010 au motif que la présente affaire ne pouvait se distinguer nettement de l'affaire Ladele.

## II. ÉLÉMENTS PERTINENTS DE DROIT INTERNE

41. L'article 3 du règlement de 2003 sur l'égalité au travail (religion et conviction) (*Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003*) dispose :

### « 3. Discrimination fondée sur la religion ou la conviction

1. Pour les besoins du présent règlement, une personne A opère une discrimination à l'encontre d'une personne B si :

(...)

b) A applique à B une disposition, un critère, une pratique qu'elle applique ou appliquerait également à des personnes ne partageant pas la même religion ou la même conviction que B mais qui

i. entraîne ou entraînerait un désavantage particulier pour les personnes partageant la même religion ou la même conviction que B par rapport à d'autres personnes,

ii. entraîne ce même désavantage pour B et

iii. ne peut être établie par A comme étant un moyen proportionné d'accomplir un but légitime.»

L'article 2 § 1 de ce même règlement définit la « religion » par toute religion et la « conviction » par toute conviction d'ordre religieux ou philosophique.

42. L'article 3 du règlement de 2007 relatif à la loi sur l'égalité (orientation sexuelle) (*Equality Act (Sexual Orientation)*) dispose :

### « 3. Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

1. Pour les besoins du présent règlement, une personne A opère une discrimination à l'encontre d'une personne B si, en raison de l'orientation sexuelle de B ou de toute autre personne à part A, A traite B moins favorablement qu'autrui (s'il n'existe aucune différence matérielle dans les circonstances de l'espèce).

(...)

3. Pour les besoins du présent règlement, une personne A opère une discrimination à l'encontre d'une personne B si A applique à B une disposition, un critère une pratique

a) que A applique ou appliquerait également aux personnes n'ayant pas la même orientation sexuelle que B ;

b) qui entraîne pour les personnes de même orientation sexuelle que B un désavantage par rapport à certaines ou à toutes les autres personnes (s'il n'existe aucune différence matérielle dans les circonstances de l'espèce) ;

c) qui entraîne pour B un désavantage par rapport à certaines ou à toutes les autres personnes n'ayant pas la même orientation sexuelle que B (s'il n'existe aucune différence matérielle dans les circonstances de l'espèce) ; et

d) que A ne saurait raisonnablement justifier sur un fondement autre que l'orientation sexuelle de B.»

En ce qui concerne la fourniture de marchandises, services et prestations, l'article 4 dispose :

«1. Une personne (A) proposant au public ou à une partie du public des marchandises, services ou prestations ne peut légalement établir de discrimination à l'encontre d'une autre personne (B) qui cherche à obtenir ou utiliser ces marchandises, services ou prestations

a) en refusant de fournir à B ces marchandises, services ou prestations ;

b) en refusant de fournir à B des marchandises, services ou prestations d'une qualité identique ou similaire à celle des marchandises, services ou prestations que A propose normalement

i. au public ou

ii. à la partie du public à laquelle B appartient ;

c) en refusant de fournir à B des marchandises, services ou prestations d'une manière identique ou similaire à celle par laquelle A propose normalement ces marchandises, services ou prestations

i. au public ou

ii. à la partie du public à laquelle B appartient ; ou

d) en refusant de fournir à B des marchandises, services ou prestations dans des conditions identiques ou similaires à celles dans lesquelles A propose normalement ces marchandises, services ou prestations

i. au public ou

ii. à la partie du public à laquelle B appartient.

2. Le paragraphe 1 du présent article s'applique en particulier à :

a) l'accès à un lieu public et à l'usage de celui-ci ;

b) le séjour dans un hôtel, un internat ou un établissement de ce type ;

(...)»

L'article 8 § 1 interdit aux autorités publiques de commettre tout acte discriminatoire dans l'exercice de leurs attributions. L'article 30 § 1 dispose qu'un acte commis par une personne dans le cadre de son travail vaut autant acte de l'employeur que de l'auteur lui-même.

43. La directive 2000/78/CE du Conseil de l'Union européenne du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail est à l'origine de ces deux textes réglementaires. En son article 2 § 2 b), voici ce qu'elle dit au sujet de la notion de discrimination :

« une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que :

i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ou que

ii) dans le cas des personnes d'un handicap donné, l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive ne soit obligé, en vertu de la législation nationale, de prendre des mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'article 5 afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique. »

44. Au Royaume-Uni, les tribunaux ont examiné plus en détail les questions soulevées dans les requêtes en l'espèce. Dans deux arrêts de principe, la Chambre des lords a eu en particulier l'occasion d'aborder des questions se rapportant aussi bien à la manifestation des convictions religieuses qu'aux circonstances dans lesquelles une violation de l'article 9 pourra être constatée.

45. Dans l'affaire *R. (Williamson and Others) v. Secretary of State for Education and Employment* [2005] UKHL 15, les demandeurs voyaient dans l'interdiction faite par le Royaume-Uni d'infliger des châtiments corporels aux enfants dans certaines circonstances une violation de leur droit à la liberté de manifester leurs convictions religieuses, énoncé à l'article 9 de la Convention. Au paragraphe 23 de l'arrêt, sur le sens à donner à la « manifestation » d'une conviction, Lord Nicholls of Birkenhead, à qui s'étaient ralliés Lords Bingham, Brown et Walker et la baronne Hale, énonça certains principes fondamentaux :

« (...) une conviction doit satisfaire certaines conditions minimales modestes et objectives. Ces conditions découlent implicitement de l'article 9 de la Convention européenne et de garanties comparables dans d'autres instruments de protection des droits de l'homme. La conviction doit être conforme à certaines règles fondamentales tenant à la dignité ou à l'intégrité de l'homme. Par exemple, la manifestation d'une conviction religieuse qui conduirait à soumettre autrui à la torture ou à un traitement inhumain ne mériterait pas d'être protégée. La conviction doit porter sur des questions plus que simplement banales. Ainsi qu'il a été dit, elle doit porter sur un problème fondamental. Elle doit être suffisamment sérieuse et importante. Ce préalable indispensable est aisément satisfait si la conviction est de nature religieuse. La conviction doit également être cohérente, c'est-à-dire intelligible et compréhensible. Mais, une nouvelle fois, il ne faut pas être trop exigeant sur ce point. En général, toute religion suppose une croyance en quelque chose de surnaturel. Elle ne se prête pas toujours à un exposé lucide et encore moins à une justification rationnelle. Le langage qu'elle emploie est souvent celui de l'allégorie, du symbole et de la métaphore. Selon le sujet, on ne peut pas toujours attendre des croyants qu'ils s'expriment avec à-propos et

précision. Les convictions de chacun ne sont pas non plus fixes et statiques : elles sont sujettes à des changements au cours de la vie. Globalement, ces conditions minimales ne doivent pas être posées avec une rigueur qui priverait les convictions minoritaires de la protection que la Convention est censée leur offrir.»

Plus loin, au paragraphe 32, Lord Nicholls poursuit :

« (...) pour dire si (...) un comportement peut s'analyser en la manifestation d'une conviction en pratique sur le terrain de l'article 9, il faut d'abord cerner la nature et la portée de cette conviction. Si (...) cette dernière incarne ce que l'on croit être une obligation d'agir de telle ou telle manière, alors, en principe, agir ainsi conformément à cette conviction est en soi une manifestation de cette conviction en pratique. En pareil cas, l'action est « intimement liée » à la conviction, pour reprendre la phraséologie de Strasbourg.»

46. Dans l'affaire *R. (Begum) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School* [2006] UKHL 15, la demanderesse soutenait notamment que son exclusion de l'école pour des violations répétées du code vestimentaire restreignait illégitimement son droit de manifester sa religion et ses convictions, protégé par l'article 9 de la Convention. Sur la question de l'existence d'une ingérence dans les droits que la demanderesse tirait de l'article 9, Lord Bingham dit ceci aux paragraphes 23 et 24 de l'arrêt :

« 23. Les instances de Strasbourg ne sont pas du tout disposées à conclure à une ingérence dans le droit de manifester sa conviction religieuse par certaines pratiques ou certains rites dès lors que l'intéressé a volontairement accepté un emploi ou une fonction qui ne s'accommode pas avec ces pratiques ou rites et que la religion en question peut être pratiquée ou observée par d'autres moyens sans difficulté ni désagrément excessifs. Ainsi, dans l'affaire *X. c. Danemark* [n° 7374/76, décision de la Commission du 8 mars 1976, Décisions et rapports (DR) 5, p. 157], elles ont jugé qu'un ecclésiastique était réputé avoir accepté la discipline de son église lors de son entrée en fonction et que son droit de quitter cette église garantissait sa liberté de religion. Elles ont donc rejeté le grief soulevé sur le terrain de l'article 9 (...) *Karaduman c. Turquie* [n° 16278/90, décision de la Commission du 3 mai 1993, DR 74, p. 93] est un précédent important. La requérante s'était vu refuser un certificat d'obtention de son diplôme parce qu'elle devait produire une photographie d'elle sans foulard et que, pour des raisons religieuses, elle était réticente à se faire photographier sans son foulard. La Commission a conclu (p. 109) à l'absence de violation des droits découlant de l'article 9 au motif que (p. 108) « en choisissant de faire ses études supérieures dans une université laïque, un étudiant se soumet à cette réglementation universitaire. Celle-ci peut soumettre la liberté des étudiants de manifester leur religion à des limitations de lieu et de forme destinées à assurer la mixité des étudiants de convictions diverses ». Rejetant le grief formulé par le requérant dans l'affaire *Konttinen c. Finlande* [n° 24949/94, décision de la Commission du 3 décembre 1996, DR 87-B, p. 68], la Commission a souligné (§ 1, p. 75) que l'intéressé n'avait pas été poussé à revenir sur ses opinions religieuses ni empêché de manifester sa religion ou sa conviction ; ayant constaté que ses heures de travail étaient en conflit avec ses convictions religieuses, lui il était loisible de renoncer à ses fonctions (...) Dans l'affaire *Stedman c. Royaume-Uni* [n° 29107/95, décision de

la Commission du 9 avril 1997, DR 89-B], l'élément qui a conduit au constat de non-violation de l'article 9 était que la requérante était libre de démissionner plutôt que de travailler le dimanche. Le requérant dans l'affaire *Kalaç c. Turquie* [n° 20704/92, 1<sup>er</sup> juillet 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-IV] n'a pas obtenu gain de cause car, en optant pour une carrière militaire, il avait accepté de son plein gré un régime de discipline militaire qui, de par sa nature même, impliquait que certains droits et certaines libertés pussent faire l'objet de limitations spéciales et qu'il pouvait honorer les obligations ordinaires de la foi musulmane. Dans l'affaire *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* [[GC], n° 27417/95, § 81, CEDH 2000-VII], le grief tiré par l'association requérante de la réglementation de l'abattage rituel en France, non conforme selon elle à ses stricts préceptes religieux, a été rejeté au motif que, en Belgique, elle pouvait facilement s'approvisionner en viande abattue conformément à ces préceptes.

24. La Cour d'appel a reproché à cette politique jurisprudentielle d'être trop restrictive (*Copsey v. WWB Devon Clays Ltd* 2005 EWCA Civ 932, [2005] 1CR 1789, par. 31-39 et 44-66) et, dans l'arrêt *R. (Williamson) v. Secretary of State for Education and Employment* [2005] UKHL 15, par. 39, la Chambre des lords n'a pas estimé que, comme l'avait laissé entendre la Cour dans l'arrêt *Cha'are Shalom Ve Tsedek* (§ 80), il devait être « impossible » de trouver un autre moyen d'accommoder la manifestation de convictions religieuses avant de pouvoir alléguer une violation de l'article 9. Cependant, à mon sens, les précédents vont dans le sens de ce que j'ai dit au début du paragraphe 23 de la présente opinion. À supposer même qu'il soit reconnu que les instances de Strasbourg aient fait preuve à tort de rigueur en rejetant les griefs de ce type, il demeure une jurisprudence cohérente et remarquablement constante que les tribunaux de notre pays doivent prendre en compte et qui montre que l'ingérence n'est pas facile à établir. »

### III. ÉLÉMENTS PERTINENTS DE DROIT COMPARÉ

#### A. États membres du Conseil de l'Europe

47. Il ressort d'une analyse du droit et de la pratique de vingt-six États membres du Conseil de l'Europe concernant le port de vêtements ou de symboles à caractère religieux sur le lieu de travail que, majoritairement, ce port n'est pas réglementé. Dans trois États, à savoir l'Ukraine, la Turquie et la Suisse (pour certains cantons), le port de vêtements ou de symboles de ce type est interdit aux fonctionnaires et aux autres agents du secteur public mais autorisé en principe pour les employés du secteur privé. Dans cinq États – Allemagne, Belgique, Danemark, France et Pays-Bas –, les tribunaux internes ont expressément reconnu, au moins en principe, le droit pour tout employeur d'imposer certaines restrictions au port de symboles religieux par les employés ; cependant, il n'y a dans ces pays aucun texte législatif ou réglementaire permettant à un employeur de le faire. En Allemagne et en France, il est strictement interdit aux fonctionnaires et aux agents de l'État de porter des symboles religieux tandis que, dans les trois autres pays,

le régime est plus souple. Nulle part n'est permise une interdiction totale du port par les employés du secteur privé de vêtements ou de symboles religieux sur le lieu de travail. Au contraire, en France, pareille interdiction est expressément exclue par la loi. Selon la législation française, pour qu'une restriction de ce type soit légale, elle doit poursuivre un but légitime, tenant au respect des normes sanitaires, à la protection de la santé et des bonnes mœurs, et à la crédibilité de l'image de l'employeur aux yeux du client, et satisfaire à un critère de proportionnalité.

## B. Pays tiers

### 1. États-Unis d'Amérique

48. Pour les agents de l'État et du secteur public, le port des symboles religieux est protégé tant par la Constitution des États-Unis (les dispositions consacrant la séparation de l'Église et de l'État (*Establishment Clause*) et le libre exercice des religions (*Free Exercise Clause*)) que par la loi de 1964 sur les droits civils (*Civil Rights Act 1964*). Dès lors qu'un agent public invoque la Constitution, les tribunaux opèrent un contrôle dit « intermédiaire », dans le cadre duquel l'État peut imposer des restrictions au port de symboles religieux si cette mesure « se rattache substantiellement » à la défense d'un motif d'intérêt général « important » (*Tenafty Eruv Association v. Borough of Tenafty*, 309 F.3d 144, 157 (3rd Cir. 2002)). Dès lors que la loi est invoquée, l'employeur doit avoir soit proposé un « accommodement raisonnable » à la pratique religieuse, soit prouvé que permettre les pratiques religieuses en cause créerait pour lui une « difficulté excessive » (*Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 479 US 60 (1986), *United States v. Board of Education for School District of Philadelphia*, 911 F.2d 882, 886 (3rd Cir. 1990), et *Webb v. City of Philadelphia*, 562 F.3d 256 (3rd Cir. 2009)). En ce qui concerne les employés du secteur privé, il n'existe aucune limitation constitutionnelle à la possibilité pour l'employeur de restreindre le port des vêtements ou symboles religieux. Toutefois, les restrictions énoncées dans le titre VII de la loi sur les droits civils continuent de s'appliquer du moment que l'employeur a plus de quinze employés.

### 2. Canada

49. La liberté de religion est constitutionnellement protégée par la Charte canadienne des droits et libertés de 1982 (« la Charte »). L'article 1 de ce texte permet à l'État de porter atteinte à la liberté de religion de la manière la moins restrictive possible s'il peut se prévaloir d'un « intérêt primordial » (*B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1995) 1 RCS 315).

Les employeurs au Canada sont censés en principe adapter les règles sur le lieu de travail qui auraient des conséquences disproportionnées sur certaines minorités religieuses. Le critère retenu par les tribunaux sur ce point est celui de l'«accommodement raisonnable» (R. c. Big M Drug Mart Limited (1985) 1 RCS 295). Il existe en la matière un contentieux récent axé sur les droits des Sikhs à porter le turban ou le *kirpan* au travail. Dans l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (1985) 2 RCS 561, la Cour suprême a jugé que le demandeur ne pouvait porter un turban au travail car celui-ci rendait plus difficile le port du casque d'ouvrier. Elle a vu en cette interdiction une «exigence professionnelle normale». Plutôt que de chercher à définir la religion ou la pratique religieuse, les tribunaux canadiens s'intéressent davantage à la sincérité de la conviction en une pratique ayant un lien avec une religion (*Syndicat Northcrest c. Amselem* (2004) 2 RCS 551). Dans l'affaire *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* (2006) 1 RCS 256, où elle a confirmé le droit pour un étudiant sikh de porter le *kirpan* à l'école, la Cour suprême ne s'est pas livrée à une analyse théologique de l'importance du *kirpan* dans la foi sikhe. Elle a plutôt estimé que le requérant n'avait qu'à établir «que sa conviction personnelle et subjective en la signification religieuse du *kirpan* [était] sincère».

## EN DROIT

(...)

51. Les première, deuxième et quatrième requérants voient dans les sanctions qui leur sont infligées au travail une violation de leurs droits tirés de l'article 9 de la Convention, pris isolément ou combiné avec l'article 14. La troisième requérante allègue une violation des articles 14 et 9 conjointement.

L'article 9 dispose :

«1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions 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 publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»

L'article 14 dispose :

«La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la

langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.»

(...)

### III. SUR LE FOND

#### A. Thèses des parties

##### 1. *Le Gouvernement*

58. Pour ce qui est des griefs soulevés sur le terrain du seul article 9 par la première, la deuxième et le quatrième requérants, le Gouvernement s'appuie sur la jurisprudence de la Cour qui précise que cette disposition ne protège pas n'importe quel acte ou type de comportement motivé ou inspiré par une religion ou une conviction. Il soutient qu'un comportement ainsi motivé ou inspiré mais non constitutif d'un acte de pratique généralement reconnu d'une religion échappe à la protection offerte par l'article 9. Il s'appuie sur les conclusions non contestées du tribunal du travail concernant les première et deuxième requérantes selon lesquelles celles-ci souhaitaient porter la croix visiblement comme mode d'expression personnelle de leur foi. Nul ne soutiendrait que le port visible d'une croix soit une forme généralement reconnue de pratique, et encore moins un précepte, de la foi chrétienne. Quand bien même le souhait des première et deuxième requérantes de porter visiblement la croix serait inspiré ou motivé par une foi religieuse sincère, il ne s'agirait pas d'un rite ou d'un précepte religieux reconnu du christianisme et la protection de l'article 9 ne jouerait donc pas. De même, le refus de M. McFarlane de proposer des thérapies psychosexuelles aux couples homosexuels ne constituerait pas une pratique généralement reconnue de cette religion.

59. À titre subsidiaire, le Gouvernement soutient que, dans l'hypothèse où le port visible de la croix ou le refus d'offrir certains services à des couples homosexuels seraient qualifiés de manifestations d'une conviction et donc de droits protégés par l'article 9, il n'y aurait eu d'ingérence dans l'exercice de ceux-ci à l'égard d'aucun des requérants. Il s'appuie sur l'arrêt rendu par la Chambre des lords en l'affaire *R. (Begum) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School* (paragraphe 46 ci-dessus), dans lequel Lord Bingham a analysé la jurisprudence des instances de Strasbourg concernant des personnes qui avaient volontairement accepté un emploi non accommodable avec la pratique de leur religion, mais qui avaient d'autres moyens de la pratiquer ou de l'observer sans difficulté ni désagrément excessifs. Lord Bingham dit

que cette jurisprudence « cohérente et remarquablement constante » montre clairement qu'il n'y aurait pas de violation de l'article 9 en pareils cas. Pareille violation n'aurait été supposée ou établie que si, même après avoir démissionné et cherché un autre emploi ou après s'être inscrits dans un autre établissement d'enseignement, les intéressés n'avaient pas été en mesure de se soustraire à une obligation incompatible avec leurs convictions religieuses (voir, par exemple, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, série A n° 260-A, *Leyla Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98, CEDH 2005-XI, et *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, n° 41135/98, 23 février 2010). En revanche, en l'espèce, les première et deuxième requérantes auraient été autorisées par leurs employeurs à porter la croix au travail à condition que celle-ci soit couverte devant les clients ou les patients. Le cas de la troisième requérante ne pourrait se distinguer de l'affaire *Pichon et Sajous c. France* (déc.), n° 49853/99, CEDH 2001-X, où la Cour a conclu que des pharmaciens qui ne voulaient pas proposer des préservatifs ne pouvaient s'estimer victimes d'une atteinte à leurs droits découlant de l'article 9 au motif qu'ils avaient la possibilité de manifester leurs convictions religieuses de bien des façons hors du travail. Chacun des requérants en l'espèce aurait été libre de chercher du travail ailleurs; de plus, pendant la période considérée, les employeurs de la première et de la deuxième requérantes leur auraient offert, pour le même salaire, d'autres postes n'emportant aucune restriction à leur liberté de porter visiblement la croix.

60. Le Gouvernement souligne en outre que les première et quatrième requérants étaient employés d'entités privées. Leurs griefs seraient donc tirés non pas d'une ingérence directe de l'État mais de ce que celui-ci n'aurait pas fait tout ce que l'article 9 lui imposait de faire pour s'assurer que leurs employeurs privés leur permettaient d'exprimer leurs convictions religieuses au travail. Le Gouvernement souligne que l'éventualité d'obligations positives imposées par l'article 9 ne peut être envisagée que si une inaction de l'État a empêché une personne de pratiquer librement sa religion. Or, à ce jour, la Cour n'aurait conclu à la violation par l'État d'une obligation positive tirée de l'article 9 que dans une affaire, à savoir *Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie* (n° 71156/01, 3 mai 2007), où les instances de l'État n'avaient rien fait après la violente attaque d'une congrégation de témoins de Jéhovah par un groupe de chrétiens orthodoxes. Les présentes affaires ne seraient pas comparables. La possibilité pour les requérants en l'espèce de démissionner et de trouver un autre emploi ailleurs, ou de pratiquer leur religion hors du travail, aurait suffi à préserver dans l'ordre juridique interne leurs droits énoncés à l'article 9. En tout état de cause, quand bien même l'État serait tenu en vertu de l'article 9 à des obligations positives à raison de l'action des employeurs privés, le Royaume-

Uni aurait satisfait à celles qui lui incombaient pendant la période en cause, avec le règlement de 2003 (paragraphe 41 ci-dessus). La « discrimination », telle que définie par l'article 3 de ce texte, engloberait la discrimination religieuse directe (c'est-à-dire le traitement moins favorable d'un employé du fait de sa religion ou de ses convictions) et la discrimination religieuse indirecte (c'est-à-dire l'application d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique entraînant pour les coreligionnaires de l'employé un désavantage particulier et dont l'employeur ne peut pas établir qu'il s'agit d'un moyen proportionné de parvenir à un but légitime).

61. À titre très subsidiaire, sur le terrain de l'article 9, le Gouvernement soutient que, dans chacun des cas, les mesures prises par les employeurs étaient proportionnées à un but légitime. S'agissant de la première requérante, British Airways aurait été fondée à conclure que le port de l'uniforme joue un rôle important dans le maintien d'une image professionnelle et pour mieux distinguer sa marque, et qu'elle avait contractuellement le droit d'insister pour que ses employés le revêtent. Avant les événements en question, la restriction du port d'objets visibles autour du cou n'aurait causé aucun problème parmi les nombreux membres de son personnel en uniforme. Au lieu d'objecter au code vestimentaire en demandant sa révision ou l'autorisation de porter la croix, la première requérante se serait présentée au travail sans respecter la réglementation. Cependant qu'elle examinait son grief, British Airways lui aurait proposé un poste avec le même salaire sans contact avec la clientèle, mais elle aurait préféré rester à son domicile. En novembre 2006, cinq mois après l'ouverture de la procédure de plainte par l'intéressée, British Airways aurait annoncé la révision de sa politique sur le port des symboles religieux visibles et, après avoir consulté les membres de son personnel et les représentants syndicaux, de nouvelles règles auraient été adoptées en janvier 2007, permettant le port de symboles religieux visibles.

62. S'agissant de la deuxième requérante, le Gouvernement souligne que la restriction en cause avait pour but de réduire les risques de blessure dans le traitement des patients. Des restrictions au port d'objets religieux auraient également été imposées pour des raisons de santé et de sécurité aux personnes de confession non chrétienne: par exemple, les infirmières sikhes n'auraient pas été autorisées à porter le *kara* (bracelet) ni le *kirpan* et les infirmières musulmanes n'auraient été autorisées à porter qu'un *hijab* serré et non flottant. Il s'agirait d'un but légitime, poursuivi de manière proportionnée, d'autant que les instances hospitalières auraient offert à l'intéressée un poste non médical pour le même salaire.

63. Le Gouvernement admet que la troisième requérante croit sincèrement que l'union civile homosexuelle est contraire à la loi de Dieu et que le quatrième requérant croit sincèrement que les activités homosexuelles

sont un péché et qu'il ne doit rien faire qui les cautionnerait directement. Cependant, il relève aussi que l'arrondissement londonien d'Islington et Relate s'étaient engagés à proposer leurs services d'une manière non discriminatoire. Il s'agirait manifestement d'un but légitime que poursuivrait une autorité locale ou un service de conseils relationnels. Il aurait été proportionné à ce but, dans chacun des cas, que l'employeur imposât à tous ses employés d'accomplir leur tâche sans opérer de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le règlement de 2003 et le règlement de 2007 (paragraphe 41-42 ci-dessus) ménageraient au Royaume-Uni un équilibre entre le droit de manifester ses convictions religieuses et le droit pour chacun de ne pas être victime d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Fixer les modalités d'un tel équilibre relèverait de la marge d'appréciation dont jouiraient les autorités nationales sur le terrain de l'article 9. De plus, la Cour devrait aborder de la même manière les questions de la proportionnalité et de la marge d'appréciation selon qu'elle examine de tels cas sous l'angle du seul article 9 ou de l'article 14 combiné avec l'article 9.

## *2. La première requérante*

64. La première requérante voit dans le port d'une croix visible un rite chrétien généralement reconnu. En tout état de cause, le Gouvernement aurait mal formulé le critère à satisfaire pour que l'article 9 trouve à s'appliquer, à savoir l'existence d'un «acte de pratique religieuse sous une forme généralement reconnue». Pareil critère serait trop vague pour fonctionner en pratique et imposerait aux juges de trancher des questions relevant du débat théologique, ce qui serait manifestement hors de leur ressort. De plus, il ne trouverait aucun appui dans la jurisprudence de la Cour.

65. La première requérante soutient en outre qu'une interprétation restrictive de la notion d'ingérence dans l'exercice des droits tirés de l'article 9 ne serait pas à la mesure de l'importance donnée par la Cour à la liberté de religion. Aucun autre droit fondamental ne serait assujéti à l'idée qu'il n'y aurait pas d'ingérence si l'intéressé peut éviter la restriction, par exemple en démissionnant et en trouvant un autre travail, et nul ne pourrait être réputé avoir «renoncé» à ses droits en restant en fonction. La Cour devrait interpréter la Convention à la lumière du contexte d'aujourd'hui. L'existence pour un requérant de tout moyen permettant d'éviter la restriction devrait être prise en compte sur le terrain non pas du premier paragraphe de l'article 9, pour conclure à l'absence d'ingérence, mais de son second paragraphe, lorsqu'est examinée la justification de la restriction. En l'espèce, l'ingérence serait patente: il aurait été interdit à la première requérante de porter une croix visible, article essentiel de sa foi à

ses yeux ; elle aurait jugé l'application du code vestimentaire profondément humiliante et insultante ; de plus, la perte de son salaire pendant quatre mois aurait été source pour elle de graves difficultés financières.

66. La première requérante considère que le droit interne, tel qu'interprété et appliqué par les juridictions anglaises dans son cas, n'a pas adéquatement protégé ses droits découlant de l'article 9. Alors qu'elle souhaitait tout à fait sincèrement, conformément à son dogme, manifester sa foi en portant la croix, le droit national lui aurait refusé toute protection faute pour elle d'avoir pu apporter la preuve qu'il s'agissait d'un précepte biblique ou de la manifestation communément répandue d'une conviction. De plus, le critère de droit national fondé sur la preuve d'un désavantage pour un groupe serait juridiquement incertain et risquerait intrinsèquement de conduire à des résultats arbitraires. Jamais la Cour n'aurait dit que l'État ne peut être tenu que dans des cas exceptionnels à une obligation positive sur le terrain de l'article 9 et aucune raison de principe ne le justifierait. En l'espèce, il y aurait un manquement continu de la part du gouvernement du Royaume-Uni à mettre en place une législation adéquate permettant aux personnes dans la situation de la requérante de protéger leurs droits.

### 3. La deuxième requérante

67. La deuxième requérante soutient que le port visible de la croix ou du crucifix est à l'évidence une pratique chrétienne généralement reconnue. Il serait inexact d'opérer une distinction entre ce qui relève des « préceptes » d'une religion et ce qui n'en relève pas, pour n'accorder la protection de l'article 9 qu'aux premiers. Pareil critère n'offrirait une protection que dans des conditions trop strictes et ne serait pas conforme à la manière de raisonner retenue par les juridictions internes dans des affaires comme *R. (Watkins-Singh) v. Governing Body of Aberdare Girls' High School* [2008] EWHC 1865 (Admin) et *Williamson and Others* (précité) et par la Cour dans des affaires comme *Branche de Moscou de l'Armée du Salut c. Russie*, n° 72881/01, CEDH 2006-XI, *Jakóbski c. Pologne*, n° 18429/06, 7 décembre 2010, et *Bayatyan c. Arménie* [GC], n° 23459/03, CEDH 2011. De plus, dire que seules les pratiques religieuses impératives tombent sous le coup de l'article 9 protégerait davantage les religions énonçant des règles précises à respecter, et moins les religions dépourvues de règles de ce type, comme le christianisme.

68. La deuxième requérante repousse la thèse du Gouvernement ne voyant aucune ingérence dans l'exercice de son droit de manifester sa religion ou ses convictions dans l'obligation d'ôter ou de couvrir sa croix au travail. Quand bien même cette thèse pourrait trouver appui dans une jurisprudence antérieure de la Commission et de la Cour, cette dernière

aurait conclu à l'existence d'une ingérence dans des affaires plus récentes concernant les restrictions au port d'objets religieux dans les établissements scolaires et au travail (voir, par exemple, *Dahlab c. Suisse* (déc.), n° 42393/98, CEDH 2001-V, *Leyla Şahin*, précité, et *Dogru c. France*, n° 27058/05, 4 décembre 2008).

69. Enfin, la deuxième requérante soutient que l'ingérence en question n'était pas justifiée au regard de l'article 9 § 2. Bien que la restriction eût pour but affiché de réduire le risque de blessure dans le travail avec les personnes âgées, aucun élément n'aurait été produit devant le tribunal du travail pour démontrer que le port de la croix eût causé un quelconque problème de santé ou de sécurité. Par ailleurs, les faits en cause seraient constitutifs d'une violation des droits que la requérante tire de l'article 14, combiné avec l'article 9, compte tenu de la différence de traitement qu'auraient opéré à son égard les instances de la santé par rapport aux adeptes d'autres religions (...)

#### 4. La troisième requérante

70. S'estimant victime d'une discrimination fondée sur la religion, la troisième requérante soulève son grief sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 9, plutôt que sous l'angle de cette seule dernière disposition. Elle soutient que ses actes, qui lui ont valu des sanctions disciplinaires, étaient une manifestation de sa religion et que son grief satisfait assurément au critère d'applicabilité moins strict de l'article 14, en ce que ce grief relève du champ d'application de l'article 9. Elle considère en outre que, en s'abstenant de la traiter différemment des employés n'ayant aucune objection de conscience à l'enregistrement des unions civiles, l'autorité locale a indirectement opéré une discrimination à son égard. Elle dit que l'employeur aurait raisonnablement pu accommoder ses convictions religieuses et que la non-adoption par lui de mesures moins restrictives était disproportionnée au regard des articles 14 et 9.

71. Pour la troisième requérante, la Cour doit dire que seules de « très fortes raisons » peuvent justifier une discrimination fondée sur la religion. La foi religieuse serait un élément essentiel de l'identité de chacun, au même titre que les catégories suspectes (par exemple le sexe, l'orientation sexuelle, l'origine ethnique et la nationalité) sur la base desquelles une distinction, comme la Cour l'a dit jusqu'à présent, ne peut reposer que pour de telles raisons. De plus, la race, l'origine ethnique et la religion seraient souvent imbriquées et la Cour aurait fait le lien entre elles (*Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* [GC], n°s 27996/06 et 34836/06, § 43, CEDH 2009, et *Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, § 309, CEDH 2001-IV).

72. La troisième requérante reconnaît la légitimité des buts poursuivis par l'autorité locale, à savoir proposer un accès aux services indépendamment

de l'orientation sexuelle et montrer son attachement résolu à l'interdiction de toute discrimination. Elle estime cependant que le Gouvernement n'a pas démontré l'existence d'un lien raisonnable de proportionnalité entre ces buts et les moyens employés. Elle souligne qu'elle exerçait les fonctions d'officier d'état civil affecté à l'enregistrement des mariages avant la réforme législative autorisant la formation d'unions civiles et que les bases mêmes de sa mission s'en étaient trouvées fondamentalement altérées. L'autorité locale aurait très bien pu ne pas l'affecter à l'enregistrement des unions civiles et proposer quand même des services efficaces en la matière tout en accommodant l'objection de conscience de l'intéressée. Cette dernière aurait refusé de participer à la formation d'un statut légal fondé sur une institution qui, selon elle, est le mariage sans en avoir le nom : elle n'aurait manifesté aucun préjugé contre les homosexuels. En tout état de cause, nul ne pourrait supposer que, si elle avait accommodé les convictions de l'intéressée, l'autorité locale aurait été réputée avoir approuvé celles-ci. Ainsi, lorsqu'il permet au médecin qu'il emploie de refuser de pratiquer des avortements, l'État ne serait pas forcément censé cautionner les opinions des médecins : il faudrait plutôt y voir un signe de tolérance de sa part. En l'espèce, cependant, l'autorité locale n'aurait pas dûment tenu compte de son devoir de neutralité. Elle n'aurait pas ménagé un équilibre entre, d'une part, proposer des services selon des modalités n'opérant aucune discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et, d'autre part, éviter les discriminations fondées sur la religion contre ses propres employés.

##### *5. Le quatrième requérant*

73. M. McFarlane repousse la thèse du Gouvernement ne voyant aucune manifestation d'une conviction religieuse dans son adhésion à la moralité sexuelle judéo-chrétienne. En effet, la religion définirait universellement des frontières claires en matière morale et sexuelle. Dire que tout acte motivé ou inspiré par la conviction religieuse n'est pas protégé serait un truisme juridique : il en irait ainsi de tout autre droit de la Convention susceptible de restriction, par exemple le droit à la liberté d'expression ou le droit au respect de la vie privée. Le critère que la Cour devrait retenir est que toute atteinte à la liberté de pensée, de conscience et de religion doit être nécessaire dans une société démocratique et proportionnée au but légitime poursuivi. Lorsqu'elle détermine la marge d'appréciation à accorder à l'État en matière de restrictions à la liberté de religion, la Cour devrait tenir compte des enjeux, à savoir la nécessité de maintenir un véritable pluralisme religieux, lequel va de pair avec l'idée de société démocratique. La protection offerte par l'article 9 serait vide de sens si elle se résumait à ne sauvegarder que les

manifestations privées de foi ou de conviction sous une forme généralement reconnue, telles que définies par l'État.

74. Le quatrième requérant souligne que le licenciement et l'atteinte à la réputation professionnelle sont parmi les sanctions les plus graves qui puissent être infligées à un individu et qu'il faut en tenir compte lorsqu'est examinée la question de la marge d'appréciation existante. Il aurait été employé par une société privée qui n'avait aucune obligation légale de fournir les services en question. Il estime qu'il aurait été possible de confier les clients homosexuels à un autre conseiller. Il ajoute qu'il aurait été irréaliste d'exiger de lui qu'il changeât d'emploi ou de métier en raison de son opposition morale aux comportements homosexuels : selon lui, il ne serait pas autant exigé d'un homosexuel ayant perdu son travail pour des raisons discriminatoires.

#### 6. *Les tiers intervenants*

75. Douze tiers au total ont été autorisés, en vertu des articles 44 § 2 du règlement et 36 § 2 de la Convention, à présenter des observations écrites (paragraphe 5 ci-dessus).

76. Certains intervenants ont fait des observations sur le point de savoir si le port de la croix peut s'analyser en la manifestation d'une conviction religieuse. Dans leurs observations, s'appuyant sur l'arrêt récemment rendu par la Cour dans l'affaire *Lautsi et autres c. Italie* [GC], n° 30814/06, CEDH 2011, Premier Christian Media Trust, Peter Forster, l'évêque de Chester, Nicholas Reade, l'évêque de Blackburn, et Michael Nazir-Ali, ancien évêque de Rochester, font remarquer que la croix est un symbole chrétien universellement reconnu et une « manifestation évidente » de la foi chrétienne. De plus, avec Equality and Human Rights Commission, Associazione Giuseppe Dossetti : i Valori et Lord Carey of Clifton, ils estiment que le critère subjectif est celui à retenir lorsqu'il faut se prononcer sur la manifestation d'une conviction religieuse. Ils soutiennent en particulier que l'idée d'un « précepte obligatoire » est trop contraignante et trop simpliste. Premier Christian Media Trust, Associazione Giuseppe Dossetti : i Valori et Michael Nazir-Ali invitent la Cour à conclure qu'il n'appartient ni à l'État ni à l'employeur d'apprécier la véracité d'une conviction ou d'une manifestation religieuse. Equality and Human Rights Commission recommande que le critère à retenir, tiré de la jurisprudence plus récente de la Cour, demeure principalement fondé sur la conviction de l'adepte. En revanche, National Secular Society dit que les juridictions nationales ont tiré des conclusions factuelles sur la question de savoir si telle ou telle pratique religieuse était un « commandement de la conscience » ou une « simple volonté de s'exprimer ».

Elle estime que la Cour devrait faire preuve de la plus grande prudence avant de revenir sur ces conclusions.

77. Sur la question de l'existence d'une ingérence dans l'exercice des droits découlant de l'article 9, Equality and Human Rights Commission soutient que les juridictions britanniques garantissent concrètement différents niveaux de protection aux personnes se réclamant d'une identité purement religieuse par opposition à celles dont les identités religieuses et raciales sont imbriquées (*R. (Watkins-Singh) v. Governing Body of Aberdare Girls' High School* [2008] EWHC 1865 (Admin)). Elle souligne en outre que la question de l'ingérence doit tenir compte non seulement des choix opérés par l'intéressé, par exemple celui de l'emploi qu'il exerce, mais aussi des mesures prises par l'employeur. D'autres intervenants disent clairement qu'il est tout à fait inopportun qu'un employé soit contraint de faire le difficile choix entre son travail et sa foi. National Secular Society voit les choses différemment, soulignant que «la liberté de démissionner est la garantie ultime de la liberté de conscience». Partant de cela, elle estime que l'État n'est tenu à aucune obligation positive de protéger les employés contre une quelconque prescription, notamment celle imposant le port d'un uniforme.

78. Sur la question de la proportionnalité et de la justification d'une ingérence dans l'exercice des droits découlant de l'article 9, certains intervenants (European Centre for Law and Justice, M. Jan Carnogurksy et Alliance Defence Fund, Equality and Human Rights Commission, Associazione Giuseppe Dossetti: i Valori, Michael Nazir-Ali, Lord Carey et The Clapham Institute et KLM) invoquent la notion d'«accommodement raisonnable» ou, comme le dit Lord Carey, de «réciprocité de respect». Ils soutiennent globalement que l'analyse de proportionnalité par la Cour doit tenir compte de la possibilité d'un accommodement avec les convictions et rites de chacun. Ils soulignent qu'un compromis entre des droits concurrents est nécessaire dans une société démocratique et pluraliste. Cela étant entendu, du moment qu'elles n'ont aucune conséquence négative sur l'employeur et sur les services proposés par lui, les pratiques religieuses d'une personne devraient être autorisées et protégées sur le lieu de travail. À cet égard, Alliance Defence Fund invoque devant la Cour la jurisprudence des États-Unis d'Amérique, qui imposerait un accommodement raisonnable avec les convictions et pratiques religieuses pourvu que celui-ci ne soit pas source de «difficultés excessives» pour l'employeur. Liberty estime que, pour apprécier la justification d'une restriction aux droits tirés de l'article 9, les États contractants doivent jouir d'une marge d'appréciation «significative». Partageant cet avis, la National Secular Society appelle l'attention de la Cour sur l'examen par les chambres du Parlement du projet de loi de 2010 sur l'égalité (Equality Bill 2010). Dans ce cadre, le Royaume-Uni aurait

abordé en détail l'éventualité d'une exception fondée sur l'« objection de conscience ». Le rejet en définitive de cette exception à l'issue d'un débat exhaustif montrerait que la marge d'appréciation à retenir doit être étendue. International Commission of Jurists, M. le professeur Robert Wintemute, la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme et ILGA-Europe ont produit devant la Cour des éléments de droit comparé indiquant que, lorsqu'elles existent, les exceptions légales aux règles en matière de discrimination bénéficient généralement aux institutions et organisations religieuses plutôt qu'aux particuliers. À l'inverse des autres intervenants, Liberty invite la Cour à conclure que, lorsque sont examinées les questions connexes de la proportionnalité et de l'accommodement, les conséquences de tout accommodement sur les autres personnes, et en particulier sur celles appartenant elles-mêmes à une minorité et/ou se trouvant dans une situation désavantageuse, doivent être prises en compte. Elle invite même la Cour à faire application, le cas échéant, de l'article 17 de la Convention.

## **B. Appréciation de la Cour**

### *1. Principes généraux découlant de l'article 9 de la Convention*

79. La Cour rappelle que, telle que la consacre l'article 9, la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une « société démocratique » au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y a du pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles –, consubstantiel à pareille société (*Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 31, série A n° 260-A).

80. La liberté religieuse relève avant tout de la pensée et de la conscience de chacun. Cet aspect du droit énoncé au premier paragraphe de l'article 9, celui de nourrir n'importe quelle conviction religieuse et de changer de religion ou de conviction, est absolu et inconditionnel. Toutefois, comme le dit ensuite l'article 9 § 1, la liberté de religion comprend la liberté de manifester sa croyance seul et en privé mais aussi de la pratiquer en société avec autrui et en public. Une conviction religieuse peut se manifester par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. Le témoignage, en paroles et en actes, se trouve lié à l'existence de convictions religieuses (voir *Kokkinakis*, précité, § 31, et aussi *Leyla Şahin*, précité, § 105). La manifestation par une personne de ses convictions religieuses pouvant avoir des conséquences pour autrui, les rédacteurs de la Convention ont assorti ce volet de la liberté de religion des réserves émises au second paragraphe de

l'article 9. Ce dernier dispose que toute restriction à la liberté de manifester sa religion ou sa conviction doit être prévue par la loi et nécessaire, dans une société démocratique, à la poursuite de l'un ou de plusieurs des buts légitimes qui y sont énoncés.

81. Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion s'applique à des vues atteignant un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance (*Bayatyan c. Arménie* [GC], n° 23459/03, § 110, CEDH 2011, *Leela Förderkreis e. V. et autres c. Allemagne*, n° 58911/00, § 80, 6 novembre 2008, et *Jakóbski c. Pologne*, n° 18429/06, § 44, 7 décembre 2010). À supposer cette condition satisfaite, le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de sa part quant à la légitimité des convictions religieuses ou à la manière dont elles sont exprimées (*Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 septembre 1996, § 47, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], n° 30985/96, § 78, CEDH 2000-XI, et *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* [GC], nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 91, CEDH 2003-II).

82. À supposer même que la conviction en question atteigne le degré de force et d'importance requis, tout acte inspiré, motivé ou influencé par elle ne peut passer pour en constituer une « manifestation ». Ainsi, une action ou une omission n'étant pas l'expression directe d'une conviction ou n'ayant qu'un rapport lointain avec un principe de foi échappe à la protection de l'article 9 § 1 (*Skugar et autres c. Russie* (déc.), n° 40010/04, 3 décembre 2009, et, par exemple, *Arrowsmith c. Royaume-Uni*, n° 7050/75, rapport de la Commission du 12 octobre 1978, Décisions et rapports (DR) 19, p. 5, *C. c. Royaume-Uni*, n° 10358/83, rapport de la Commission du 15 décembre 1983, DR 37, p. 142, et *Zaoui c. Suisse* (déc.), n° 41615/98, 18 janvier 2001). Pour être qualifié de « manifestation » au sens de l'article 9, l'acte en question doit être étroitement lié à la religion ou à la conviction. Des actes du culte ou de dévotion relevant de la pratique d'une religion ou d'une conviction sous une forme généralement reconnue en constitueraient un exemple. Toutefois, la manifestation d'une religion ou d'une conviction ne se limite pas aux actes de ce type: l'existence d'un lien suffisamment étroit et direct entre l'acte et la conviction qui en est à l'origine doit être établie au vu des circonstances de chaque cas d'espèce. En particulier, le requérant n'est aucunement tenu d'établir qu'il a agi conformément à un commandement de la religion en question (*Châ'are Shalom Ve Tsedek c. France* [GC], n° 27417/95, §§ 73-74, CEDH 2000-VII, *Leyla Şahin*, précité, §§ 78 et 105, *Bayatyan*, précité, § 111, *Skugar et autres*, décision précitée, et *Pichon et Sajous*, décision précitée).

83. Certes, comme le Gouvernement le souligne et comme Lord Bingham l'a observé dans l'arrêt *R. (Begum) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School* (paragraphe 46 ci-dessus), une jurisprudence de la Cour et de la Commission veut que, si l'intéressé a la possibilité de prendre des mesures pour contourner une restriction à sa liberté de manifester sa religion ou sa conviction, il n'y ait pas d'ingérence dans l'exercice du droit découlant de l'article 9 § 1 et la restriction n'a donc pas à être justifiée au regard de l'article 9 § 2. Ainsi, dans l'arrêt précité *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, la Cour a dit qu'«il n'y aurait ingérence dans la liberté de manifester sa religion que si l'interdiction de pratiquer légalement [l']abattage [rituel] conduisait à l'impossibilité pour les croyants ultraorthodoxes de manger de la viande d'animaux abattus selon les prescriptions religieuses qui leur paraissent applicables en la matière». Cependant, cette conclusion peut s'expliquer par le constat de la Cour selon lequel la pratique et le rite religieux en cause étaient la consommation de viande provenant des seuls animaux abattus selon le rite et certifiés conformes aux lois religieuses en matière alimentaire, plutôt qu'une quelconque participation personnelle à l'abattage rituel et au processus de certification eux-mêmes (§§ 80 et 82). Surtout, dans les cas de restrictions imposées par l'employeur à la possibilité pour l'employé de se livrer à des pratiques religieuses, la Commission a conclu dans plusieurs décisions à l'absence d'ingérence dans l'exercice de la liberté de religion du requérant au motif que celui-ci pouvait démissionner de ses fonctions et trouver un autre travail (voir, par exemple, *Konttinen c. Finlande*, n° 24949/94, décision de la Commission du 3 décembre 1996, DR 87-B, p. 68, et *Stedman c. Royaume-Uni*, n° 29107/95, décision de la Commission du 9 avril 1997, DR 89-B, p. 104 ; à comparer avec *Kosteski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 55170/00, § 39, 13 avril 2006). Toutefois, la Cour n'a pas tenu le même raisonnement en ce qui concerne les sanctions professionnelles infligées à des employés parce qu'ils avaient exercé d'autres droits protégés par la Convention, par exemple le droit au respect de la vie privée énoncé à l'article 8, le droit à la liberté d'expression énoncé à l'article 10 ou le droit négatif de ne pas s'affilier à un syndicat, découlant de l'article 11 (voir, par exemple, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, nos 33985/96 et 33986/96, § 71, CEDH 1999-VI, *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, § 44, série A n° 323, et *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, §§ 54-55, série A n° 44). Vu l'importance que revêt la liberté de religion dans une société démocratique, la Cour considère que, dès lors qu'il est tiré grief d'une restriction à cette liberté sur le lieu de travail, plutôt que de dire que la possibilité de changer d'emploi excluait toute ingérence dans l'exercice du droit en question, il

vaut mieux apprécier cette possibilité parmi toutes les circonstances mises en balance lorsqu'est examiné le caractère proportionné de la restriction.

84. Selon sa jurisprudence constante, la Cour laisse aux États parties à la Convention une certaine marge d'appréciation pour ce qui est de dire si et dans quelle mesure une ingérence est nécessaire. Cette marge d'appréciation va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent. La tâche de la Cour consiste à rechercher si les mesures prises au niveau national se justifient dans leur principe et sont proportionnées (*Leyla Şahin*, précité, § 110, *Bayatyan*, précité, §§ 121-122, et *Manoussakis et autres*, précité, § 44). Lorsque, comme dans les cas de la première et du quatrième requérants, les actes dénoncés ont été commis par des sociétés privées et ne sont donc pas directement imputables à l'État défendeur, la Cour doit examiner les questions sur le terrain de l'obligation positive incombant aux instances de l'État de reconnaître à toute personne relevant de sa juridiction les droits énoncés à l'article 9 (voir, *mutatis mutandis*, *Palomo Sánchez et autres c. Espagne* [GC], n<sup>os</sup> 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, §§ 58-61, CEDH 2011; voir aussi *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 septembre 1994, § 47, série A n<sup>o</sup> 295-A). Si la frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'État au regard de la Convention ne se prête pas à une définition précise, les principes applicables n'en sont pas moins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, l'État jouissant en toute hypothèse d'une marge d'appréciation (*Palomo Sánchez et autres*, précité, § 62).

## 2. Principes généraux relevant de l'article 14 de la Convention

85. La Cour rappelle que l'article 14 de la Convention n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour la jouissance des droits et libertés garantis par les autres dispositions normatives de la Convention et des Protocoles. Cependant, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, possède une portée autonome. Pour que l'article 14 trouve à s'appliquer, il suffit que les faits du litige tombent sous l'empire de l'une au moins desdites clauses (voir, par exemple, *Thlimmenos c. Grèce* [GC], n<sup>o</sup> 34369/97, § 40, CEDH 2000-IV).

86. La Cour a établi dans sa jurisprudence que seules les différences de traitement fondées sur une caractéristique identifiable (« situation ») sont susceptibles de revêtir un caractère discriminatoire aux fins de l'article 14 (*Carson et autres c. Royaume-Uni* [GC], n<sup>o</sup> 42184/05, § 61, CEDH 2010). La « religion » est expressément mentionnée à l'article 14 parmi les motifs de discrimination interdits.

87. En principe, pour qu'un problème se pose au regard de l'article 14, il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations analogues ou comparables (*Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, § 60, CEDH 2008). Toutefois, ce n'est pas la seule facette de l'interdiction de toute discrimination énoncée par l'article 14. Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes (*Thlimmenos*, précité, § 44, *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, § 175, CEDH 2007-IV, et *Runkee et White c. Royaume-Uni*, nos 42949/98 et 53134/99, § 35, 10 mai 2007).

88. Une telle distinction entre personnes dans une situation comparable – ou un tel défaut de traitement différent entre personnes dans des situations sensiblement différentes – est discriminatoire si l'un ou l'autre manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si l'un ou l'autre ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a aucun rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Par ailleurs, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement (*Burden*, précité, § 60). L'étendue de cette marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte (*Carson et autres*, précité, § 61).

### 3. Application des principes susmentionnés aux faits de la cause

#### a) La première requérante

89. Il n'a été contesté ni dans la procédure conduite devant le juge national ni devant la Cour que l'insistance de M<sup>me</sup> Eweida à porter la croix visiblement au travail était motivée par sa volonté de témoigner de sa foi chrétienne. Faisant application des principes énoncés ci-dessus, la Cour considère que le comportement de M<sup>me</sup> Eweida était la manifestation de sa conviction religieuse, sous la forme d'un culte, d'une pratique et d'un rite, et était donc protégé par l'article 9.

90. M<sup>me</sup> Eweida était employée par une société privée, British Airways. Le 20 septembre 2006, son employeur la renvoya chez elle parce qu'elle refusait de dissimuler sa croix, en violation du code vestimentaire de l'entreprise. Seulement un peu plus d'un mois plus tard, on lui proposa un poste administratif pour lequel le port de l'uniforme n'était pas nécessaire. Cependant, M<sup>me</sup> Eweida choisit de décliner cette offre et de rester plutôt

à son domicile sans salaire jusqu'au 3 février 2007, date à laquelle British Airways modifia ses règles vestimentaires et l'autorisa à exhiber sa croix.

91. La Cour estime que le refus par British Airways, entre septembre 2006 et février 2007, de permettre à la requérante de rester en fonction tout en portant visiblement sa croix s'analyse en une ingérence dans le droit de l'intéressée de manifester sa religion. Cette ingérence n'étant pas directement imputable à l'État défendeur, la Cour doit rechercher si, au vu de l'ensemble des circonstances, les instances de l'État ont respecté les obligations positives que leur impose l'article 9 ou, autrement dit, si le droit de M<sup>me</sup> Eweida de manifester librement sa religion était suffisamment reconnu dans l'ordre juridique interne et si un juste équilibre a été ménagé entre ses droits et ceux d'autrui.

92. Tout comme bon nombre d'États contractants (paragraphe 47 ci-dessus), le Royaume-Uni n'a pas adopté de texte légal réglementant expressément le port des vêtements et symboles religieux sur le lieu de travail. M<sup>me</sup> Eweida a formé devant le juge britannique une action en réparation pour discrimination directe et indirecte contraire à l'article 3 du règlement de 2003 (paragraphe 41 ci-dessus). Il a été reconnu devant le tribunal du travail que celui-ci était incompétent pour connaître de toute demande formulée de manière distincte ou autonome sur le terrain de l'article 9 de la Convention. La requérante a pu invoquer l'article 9 devant la Cour d'appel, même si celle-ci a conclu à l'absence d'ingérence dans ses droits découlant de cette disposition. En tout état de cause, si les juridictions nationales ont principalement analysé cette affaire sous l'angle du grief de traitement discriminatoire, il est clair que les questions de la légitimité du code vestimentaire et de la proportionnalité des mesures prises par British Airways à l'égard de M<sup>me</sup> Eweida ont été examinées en détail. La Cour en conclut que l'absence d'une protection expresse en droit interne ne signifie pas en elle-même que le droit de la requérante de manifester sa religion par le port d'un symbole religieux au travail fût insuffisamment protégé.

93. Lorsqu'ils ont examiné la proportionnalité des mesures prises par British Airways pour faire appliquer son code vestimentaire, les juridictions nationales, à tous les degrés, ont estimé que le but poursuivi par ce code était légitime, à savoir véhiculer une certaine image de l'employeur et mieux distinguer sa marque et son personnel. Le tribunal du travail a jugé disproportionnée l'obligation de respecter le code, au motif que celle-ci n'établissait aucune distinction entre un objet porté en tant que symbole religieux et une pièce de joaillerie portée pour des raisons purement ornementales. Infirmant cette conclusion, la Cour d'appel a estimé que British Airways avait agi de manière proportionnée. Ce faisant, elle s'est appuyée sur les circonstances de l'espèce telles qu'établies par le tribunal

du travail et en particulier sur les faits suivants : bien qu'en vigueur depuis plusieurs années, le code vestimentaire n'avait causé aucun problème connu à la requérante ni à aucun autre employé ; M<sup>me</sup> Eweida s'était formellement plainte mais avait décidé ensuite de se rendre au travail en exhibant sa croix, sans attendre l'issue de la procédure de plainte ; British Airways avait consciencieusement examiné la question une fois la plainte déposée, ouvrant notamment une procédure de consultation et, au bout du compte, assouplissant le code vestimentaire de manière à permettre le port des symboles religieux visibles, et M<sup>me</sup> Eweida s'était vu offrir un poste administratif au cours de cette procédure pour un salaire identique et avait été réintégrée dans ses anciennes fonctions en février 2007.

94. Il est clair, aux yeux de la Cour, que, pris ensemble, ces éléments ont atténué la portée de l'ingérence subie par la requérante et doivent être pris en compte. De plus, lorsqu'elles apprécient la proportionnalité de mesures prises par une société privée à l'égard de son employé, les instances nationales, en particulier les tribunaux, disposent d'une marge d'appréciation. La Cour conclut néanmoins qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé en l'espèce. D'une part était en jeu la volonté de M<sup>me</sup> Eweida de manifester sa conviction religieuse. Ainsi qu'il a déjà été dit, c'est un droit fondamental, non seulement parce qu'une société démocratique saine a besoin de tolérer et soutenir le pluralisme et la diversité mais aussi en raison de l'utilité que revêt pour quiconque fait de la religion un principe essentiel de sa vie la possibilité de communiquer cette conviction à autrui. D'autre part était en jeu la volonté qu'avait un employeur de projeter une certaine image commerciale. La Cour estime que, si ce dernier but était assurément légitime, les tribunaux internes lui ont donné trop d'importance. La croix de M<sup>me</sup> Eweida était discrète et ne pouvait nuire à son apparence professionnelle. Rien ne prouvait que le port par les employés d'autres vêtements religieux autorisés d'emblée, par exemple le turban ou le *hijab*, eût nui à la marque ou à l'image de British Airways. De surcroît, le fait que l'employeur a pu modifier son code vestimentaire pour permettre le port visible de pièces symboliques de joaillerie religieuse montre que l'ancienne interdiction n'était pas d'une importance cruciale.

95. La Cour en conclut que, au regard de ces circonstances où aucune atteinte réelle aux intérêts d'autrui n'a été établie, les instances nationales n'ont pas suffisamment protégé le droit de la première requérante à manifester sa religion, en violation de l'obligation positive découlant de l'article 9. Au vu de cette conclusion, elle n'estime pas nécessaire d'examiner séparément le grief soulevé par l'intéressée sur le terrain de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 9.

**b) La deuxième requérante**

96. M<sup>me</sup> Chaplin est elle aussi une chrétienne pratiquante, qui porte au cou une croix en pendentif depuis sa confirmation en 1971. Pendant la période considérée, elle était infirmière dans un service gériatrique régi par des règles vestimentaires fondées sur des directives du département de la Santé. Ces règles stipulaient notamment que « [d]e manière à réduire le risque de blessures dans le traitement des patients, aucun pendentif ne sera porté » et que tout membre du personnel souhaitant porter un objet particulier pour des raisons religieuses ou culturelles devait au préalable en faire la demande auprès du supérieur hiérarchique, lequel ne pouvait le refuser sans motif raisonnable. En 2007, de nouvelles tuniques furent introduites, avec un col en V, si bien que la croix de la requérante pouvait désormais être plus aisément vue et touchée, tant à l'avant qu'à l'arrière du cou. La requérante fut priée d'ôter sa croix en pendentif. Lorsqu'elle refusa, elle fut mutée en novembre 2009 à un poste autre qu'infirmière, qui fut supprimé en juillet 2010. Elle se plaignit devant le tribunal du travail d'une discrimination directe et indirecte. Ce dernier rejeta son grief de discrimination directe au motif que rien ne prouvait qu'elle eût été traitée moins favorablement que des collègues qui auraient souhaité porter d'autres objets pour des raisons d'ordre religieux. Il rejeta en outre le grief de discrimination indirecte, ayant jugé proportionnées au but poursuivi les règles des autorités de la santé.

97. Comme dans le cas de M<sup>me</sup> Eweida, et conformément aux principes généraux énoncés ci-dessus, la Cour estime que la résolution de la deuxième requérante à porter sa croix en pendentif sur le lieu de travail était une manifestation de sa conviction religieuse et que le refus par les instances de la santé de l'autoriser à conserver ses fonctions d'infirmière en portant la croix a constitué une ingérence dans l'exercice de sa liberté de manifester sa religion.

98. La deuxième requérante avait pour employeur une autorité publique et la Cour doit rechercher si l'ingérence en question était nécessaire, dans une société démocratique, à la poursuite de l'un des buts énoncés à l'article 9 § 2. Dans cette affaire, nul n'apparaît contester que la restriction au port de pièces de joaillerie, qui englobait les symboles religieux, visait à protéger la santé et la sécurité des infirmières et des patients. Devant le tribunal du travail, les supérieurs de la requérante ont dit qu'il y avait un risque qu'un patient perturbé s'empare du pendentif, tire celui-ci et se blesse lui-même ou blesse l'intéressée, ou que la croix pende et entre par exemple en contact avec une plaie ouverte. Il avait en outre été établi qu'une autre infirmière chrétienne avait été priée de retirer sa croix en pendentif, que des infirmières sikhes avaient été prévenues qu'elles ne pouvaient pas porter le bracelet ou

le *kirpan*, ou que les *hijabs* flottants étaient interdits. La possibilité avait été offerte à la requérante de porter une croix sous la forme d'une broche accrochée à son uniforme ou rentrée sous un col roulé porté sous sa tunique, mais l'intéressée l'a estimée insuffisante pour respecter ses convictions religieuses.

99. La Cour considère que, comme dans le cas de M<sup>me</sup> Eweida, l'importance que revêtait pour la deuxième requérante la possibilité de manifester sa religion par le port visible de la croix doit peser lourdement dans la balance. Cependant, la raison pour laquelle elle a été priée d'ôter sa croix, à savoir la protection de la santé et de la sécurité dans un service hospitalier, est par nature plus importante que celle invoquée dans le cas de M<sup>me</sup> Eweida. De plus, il s'agit d'un domaine dans lequel une marge d'appréciation étendue doit être accordée aux autorités internes. Les responsables hospitaliers sont mieux placés pour prendre des décisions concernant la sécurité dans leur établissement que le juge ou, qui plus est, un tribunal international devant lequel personne n'a directement témoigné.

100. La Cour ne peut donc conclure que les mesures dénoncées par M<sup>me</sup> Chaplin étaient disproportionnées. Dès lors, l'ingérence dans l'exercice de sa liberté de manifester sa religion était nécessaire dans une société démocratique et il n'y a pas eu violation de l'article 9 de la Convention à l'égard de la deuxième requérante.

101. Par ailleurs, la Cour considère que les éléments à mettre en balance pour apprécier la proportionnalité de la mesure sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 9 seraient similaires et que rien ne lui permet de conclure non plus à une violation de l'article 14 de la Convention dans cette affaire.

### c) La troisième requérante

102. La Cour relève que la troisième requérante est une chrétienne, dont la vision orthodoxe du mariage est que celui-ci est l'union d'un homme et d'une femme pour la vie. Elle estime que les unions homosexuelles sont contraires à la volonté de Dieu et qu'il serait mal qu'elle participe à la création entre personnes de même sexe d'une situation assimilable au mariage. Parce qu'elle refusait d'être affectée à l'enregistrement à l'état civil des unions civiles, elle a fait l'objet d'une procédure disciplinaire, qui s'est soldée par son licenciement.

103. La troisième requérante ne soulève pas ses griefs sur le seul terrain de l'article 9 : elle se dit victime d'une discrimination fondée sur ses convictions chrétiennes, en violation de l'article 14 combiné avec l'article 9. Aux yeux de la Cour, il est patent que son refus de participer à la formation d'unions civiles entre homosexuels était directement motivé par ses convictions

chrétiennes. Les faits dénoncés relèvent de l'article 9 et l'article 14 trouve à s'appliquer.

104. La Cour considère que l'élément de comparaison pertinent dans ce cas est un officier d'état civil n'ayant aucune objection religieuse aux unions homosexuelles. Elle reconnaît, avec la troisième requérante, que l'obligation faite par l'autorité locale à tous les officiers d'état civil affectés à l'enregistrement des naissances, mariages et décès de s'occuper aussi des unions civiles a eu des répercussions négatives particulières sur elle en raison de ses convictions religieuses. Pour rechercher si la décision prise par l'autorité locale de ne pas faire d'exception pour l'intéressée ni pour d'autres personnes dans sa situation vaut discrimination indirecte contraire à l'article 14, elle doit examiner si les règles en cause poursuivaient un but légitime et étaient proportionnées.

105. La Cour d'appel a jugé dans cette affaire que le but poursuivi par l'autorité locale était de fournir un service dont la qualité ne se résumait pas seulement à sa commodité et à son efficacité, mais aussi de respecter le principe primordial d'être «un employeur et une autorité publique entièrement attaché à la défense de l'égalité des chances et exigeant de chacun de ses employés qu'il agisse d'une manière n'opérant aucune discrimination à l'encontre d'autrui». La Cour rappelle avoir jugé dans sa jurisprudence relative à l'article 14 que seules des considérations très fortes peuvent l'amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée exclusivement sur l'orientation sexuelle (voir, par exemple, *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, § 37, CEDH 2003-IX, *Smith et Grady*, précité, § 90, et *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, § 97, CEDH 2010). Elle a également jugé que les couples homosexuels se trouvent dans une situation comparable à celle des couples hétérosexuels pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation, même si, les pratiques en la matière continuant à évoluer en Europe, les États contractants jouissent d'une marge d'appréciation étendue quant aux moyens de parvenir à ce but dans l'ordre juridique interne (*Schalk et Kopf*, précité, §§ 99-108). Au vu de ces éléments, il est évident que le but poursuivi par l'autorité locale était légitime.

106. Il reste à déterminer si les moyens employés dans la poursuite de ce but étaient proportionnés. La Cour relève que les conséquences pour la requérante étaient lourdes : vu la force de ses convictions religieuses, cette dernière a estimé qu'elle n'avait pas d'autre choix que de s'exposer à une procédure disciplinaire, plutôt que d'être chargée d'inscrire les unions civiles, et elle a finalement été licenciée. De plus, l'intéressée ne saurait passer pour avoir expressément renoncé, à la date de signature de son contrat de travail, à son droit de manifester sa conviction religieuse en refusant de prendre part à

la formation d'unions civiles, l'obligation en cause n'ayant été créée par son employeur qu'ultérieurement. Cependant, la politique de l'autorité locale visait à reconnaître les droits d'autrui, eux aussi protégés par la Convention. La Cour laisse en principe aux autorités nationales une marge d'appréciation étendue lorsqu'il s'agit de ménager un équilibre entre des droits concurrents tirés de la Convention (voir, par exemple, *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 77, CEDH 2007-I). Au vu du dossier, la Cour estime que les instances nationales, en l'occurrence l'autorité locale employeuse qui avait ouvert la procédure disciplinaire, ainsi que les tribunaux nationaux qui avaient rejeté l'action en discrimination ouverte par l'intéressée, n'ont pas excédé la marge d'appréciation dont ils jouissaient. Il n'y a donc pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 9 à l'égard de la troisième requérante.

**d) Le quatrième requérant**

107. Le grief principal de M. McFarlane est formulé sur le terrain de l'article 9 de la Convention, mais il allègue aussi une violation de l'article 14 combiné avec l'article 9. Employé par une société privée qui a pour politique d'imposer à son personnel de fournir des services aux couples hétérosexuels comme aux couples homosexuels, il refusa de s'engager à proposer des conseils en thérapie psychosexuelle à des couples de même sexe, en conséquence de quoi il fit l'objet d'une procédure disciplinaire. Le grief de discrimination indirecte qu'il avait notamment soulevé fut rejeté par le tribunal du travail et par la Cour du travail, et la Cour d'appel ne l'autorisa pas à la saisir.

108. La Cour admet que l'objection de M. McFarlane est directement motivée par ses convictions chrétiennes orthodoxes en matière de mariage et de relations sexuelles, et elle estime que son refus de s'engager à conseiller des couples homosexuels constitue une manifestation de sa religion et de ses convictions. L'obligation positive découlant de l'article 9 imposait à l'État défendeur de reconnaître les droits garantis à l'intéressé par cette disposition.

109. Il reste à déterminer si l'État défendeur a honoré cette obligation positive et, en particulier, si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts concurrents en jeu (paragraphe 84 ci-dessus). Ce faisant, la Cour relève que le licenciement du requérant était une sanction sévère ayant de lourdes conséquences pour lui. En revanche, l'intéressé s'était inscrit de son plein gré aux programmes de formation d'enseignement supérieur de conseil en thérapie psychosexuelle proposés par son employeur, en sachant que celui-ci appliquait une politique d'égalité des chances et que le filtrage des clients selon leur orientation sexuelle ne serait pas possible (paragraphe 32-34 ci-dessus). Bien que la Cour estime que la décision que prend une personne de signer un contrat de travail et d'assumer des responsabilités dont celle-ci sait

qu'elles auront des répercussions sur sa liberté de manifester sa conviction religieuse n'est pas concluante sur la question de l'existence d'une ingérence dans les droits découlant de l'article 9, il s'agit d'un élément à mettre en balance lorsqu'il faut rechercher si un juste équilibre a été ménagé (paragraphe 83 ci-dessus). Cela étant dit, la Cour estime que l'élément le plus important à retenir est que l'action de l'employeur visait à garantir la mise en œuvre de sa politique de prestation de services sans discrimination. Les instances de l'État jouissaient donc d'une marge d'appréciation étendue pour décider de quelle façon peser le droit pour M. McFarlane de manifester sa conviction religieuse à l'aune de l'intérêt pour son employeur de garantir les droits d'autrui. Au vu du dossier, la Cour considère que cette marge d'appréciation n'a pas été outrepassée dans ce cas.

110. La Cour en conclut que le rejet par les tribunaux internes des griefs de M. McFarlane n'a pas emporté violation de l'article 9 de la Convention, pris isolément ou combiné avec l'article 14.

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

111. 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**

112. M<sup>me</sup> Eweida demande réparation pour une perte de gains d'un total de 3 906,69 livres sterling (GBP) et le versement d'intérêts sur cette somme. Elle réclame en outre un dédommagement pour préjudice moral. L'État défendeur ne lui ayant pas selon elle proposé une voie de droit interne adéquate, elle se dit victime d'une longue campagne de traitement discriminatoire, à raison de laquelle elle aurait pu percevoir 30 000 GBP de dommages-intérêts au niveau interne.

113. Le Gouvernement estime que, British Airways ayant révisé et modifié son code vestimentaire peu après la plainte déposée par M<sup>me</sup> Eweida, les sommes réclamées sont excessives et que le constat d'une violation vaudrait satisfaction équitable suffisante.

114. La Cour a conclu à une violation à l'égard de M<sup>me</sup> Eweida au motif que le droit interne, tel qu'appliqué dans son cas, n'avait pas ménagé un bon équilibre entre la protection de son droit à manifester sa religion et les droits et intérêts d'autrui. Elle estime toutefois que les éléments du dossier ne permettent pas d'étayer la demande formulée par M<sup>me</sup> Eweida au titre

d'une perte de gains dont la violation serait à l'origine. L'autorisation de porter la croix visiblement au travail lui fut refusée le 20 septembre 2006 et elle décida de rentrer chez elle et d'y rester, sans salaire, jusqu'à ce que British Airways revienne sur sa position en février 2007. Le 23 octobre 2006, le choix lui fut offert d'être mutée dans un poste administratif sans uniforme, au même salaire, en attendant l'issue de la procédure de plainte, une offre qu'elle décida de ne pas accepter. De plus, le tribunal du travail releva dans son jugement que nul ne contestait dans le cadre de l'action dont il était saisi que, pendant la période allant de septembre 2006 à février 2007, l'intéressée avait perçu des revenus deux fois supérieurs à sa perte de gain, provenant de cadeaux, de donations ou d'autres sources. Dans ces conditions, la Cour considère que l'État défendeur n'a pas à indemniser M<sup>me</sup> Eweida pour sa perte de gain. Elle estime toutefois que la violation de son droit à manifester sa conviction religieuse a dû être pour l'intéressée une source considérable d'angoisse, de frustration et de désarroi. Elle lui alloue donc 2 000 euros pour dommage moral.

(...)

#### PAR CES MOTIFS, LA COUR

(...)

3. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu'il y a eu violation de l'article 9 de la Convention à l'égard de la première requérante et qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément le grief soulevé par elle sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 9;
4. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 9 de la Convention, pris isolément ou combiné avec l'article 14, à l'égard de la deuxième requérante;
5. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 9, à l'égard de la troisième requérante;
6. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 9 de la Convention, pris isolément ou combiné avec l'article 14, à l'égard du quatrième requérant;
7. *Dit*, par cinq voix contre deux,
  - a) que l'État défendeur doit verser à la première requérante, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif, conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, 2 000 EUR (deux mille euros), à convertir en livres sterling, au taux applicable à la date du règlement,

pour dommage moral, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par la première requérante sur cette somme ;

b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, cette somme sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;

(...)

9. *Rejette*, à l'unanimité, les demandes de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 15 janvier 2013, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Lawrence Early  
Greffier

Davíd Thór Björgvinsson  
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion en partie dissidente commune aux juges Bratza et Davíd Thór Björgvinsson ;
- opinion en partie dissidente commune aux juges Vučinić et De Gaetano.

D.T.B.  
T.L.E.

## OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES BRATZA ET DAVID THÓR BJÖRGVINSSON

*(Traduction)*

1. Si nous nous rallions à la majorité de la chambre lorsqu'elle dit que, à l'exception d'un grief soulevé par la deuxième requérante, les requêtes sont recevables dans leur ensemble et qu'il n'y a eu aucune violation des droits découlant de la Convention à l'égard des deuxième, troisième et quatrième requérants, nous ne pouvons souscrire au constat de violation des droits de la première requérante tirés de l'article 9 de la Convention au regard des circonstances particulières de ce cas d'espèce.

2. Nous approuvons l'exposé fait dans l'arrêt des principes généraux régissant les griefs soulevés sous l'angle tant de l'article 9 que de l'article 14. Nous attachons une importance particulière à trois de ces principes :

a) La « manifestation » d'une religion ou d'une conviction au sens de l'article 9 ne se limite pas aux actes de culte ou de dévotion relevant de la pratique d'une religion ou d'une conviction « sous une forme généralement reconnue ». Pourvu qu'existe un lien suffisamment étroit et direct entre l'acte et la conviction qui en est à l'origine, un requérant n'est pas tenu d'établir qu'il a agi pour honorer le commandement d'une religion. En l'espèce, nous n'avons aucun doute que le lien entre le port visible de la croix (le principal symbole du christianisme) et la foi à laquelle la première requérante adhère est suffisamment solide pour constituer la manifestation de sa conviction religieuse.

b) Une restriction à la manifestation d'une religion ou d'une conviction sur le lieu de travail peut porter aux droits découlant de l'article 9 une atteinte qu'il faut justifier même lorsque l'employé a accepté de son plein gré un emploi ou une fonction qui ne s'accommode pas avec la pratique en question ou lorsqu'il peut pratiquer ou observer sa religion d'autres manières, par exemple en démissionnant ou en occupant de nouvelles fonctions. Comme l'ont souligné les requérants, toute autre interprétation non seulement ne serait guère conciliable avec l'importance que revêt la conviction religieuse mais reviendrait aussi à donner aux droits tirés de l'article 9 un poids moindre que celui des droits énoncés aux articles 8, 10 ou 11, à l'égard desquels la possibilité pour un requérant de prendre des mesures en vue d'éviter un conflit entre des droits tirés de la Convention et d'autres obligations ou restrictions imposées à lui est considérée comme relevant de la question non pas de l'existence d'une ingérence dans l'exercice du droit en question mais de la justification et de la proportionnalité de

celle-ci. Nous ne pensons pas qu'il faille suivre les décisions antérieures de la Commission et de la Cour qui iraient en sens contraire.

c) Lorsque, comme dans le cas de la première et du quatrième requérants, les faits dénoncés ne sont pas directement imputables à l'État défendeur, la question essentielle est de savoir non pas si l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique ni si l'État a respecté ses obligations négatives découlant directement de l'article 9, mais s'il a manqué à son obligation positive de reconnaître les droits de l'article 9 dans son ordre juridique. Pour déterminer si, oui ou non, l'État a honoré ces obligations, il faut tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et ceux de la société dans son ensemble, y compris de l'employeur. La Cour a souvent précisé que, dans cette mise en balance, les buts énoncés au second paragraphe de cet article peuvent avoir une certaine pertinence.

3. Ainsi que le relève l'arrêt, au Royaume-Uni, tout comme dans bon nombre d'États contractants, le port de vêtements et/ou de symboles à caractère religieux sur le lieu de travail n'est pas expressément réglementé par la loi, que ce soit dans le secteur privé ou le secteur public. La première requérante a formé devant le juge interne une action en réparation pour discrimination directe et indirecte contraire à l'article 3 du règlement de 2003. British Airways a reconnu que le tribunal du travail ne pouvait pas connaître d'une demande formulée de manière distincte ou indépendante sur le terrain de l'article 9 de la Convention. Devant la Cour d'appel, l'article 9 a été invoqué mais celle-ci a jugé que cette disposition n'était d'aucune aide à la requérante au motif qu'il n'y avait eu aucune ingérence dans l'exercice des droits tirés par elle de cette disposition.

4. À nos yeux, il ne faut pas conclure de cette absence de protection expresse que, dans les circonstances particulières du cas d'espèce, les droits tirés par la requérante de l'article 9 n'ont pas été adéquatement reconnus. Si, à l'échelon national, l'examen de la demande formée par elle était axé sur le grief de discrimination, il est clair que le tribunal du travail comme la Cour d'appel ont examiné en détail non seulement la légitimité du but poursuivi par le code vestimentaire de British Airways mais aussi la proportionnalité des mesures prises par cette société à l'égard de l'intéressée. À l'unanimité, ce but a été jugé légitime. Le tribunal du travail a estimé que l'obligation n'était pas proportionnée en ce qu'elle n'opérait aucune distinction entre un objet tel qu'un symbole religieux et un objet porté pour des raisons purement frivoles ou comme pièce de joaillerie ornementale. Infirmant cette conclusion, la Cour d'appel a abordé plus largement la question, s'appuyant expressément sur les circonstances particulières de l'espèce jugées établies par le tribunal du travail. Parmi ces circonstances, il y avait le fait que le code vestimentaire en cause n'avait pendant des années causé

aucun problème connu à un quelconque employé, y compris à la requérante elle-même, laquelle, de 2004 à mai 2006, apparaît avoir porté la croix cachée sous ses vêtements sans s'en plaindre; le fait que l'intéressée avait initialement accepté l'obligation de dissimuler la croix avant de se rendre au travail en violant les règles, sans attendre l'issue d'une plainte formelle qu'elle avait déposée auprès de la compagnie; le fait que la question avait été consciencieusement examinée par British Airways, laquelle avait proposé à la requérante un poste administratif temporaire qui lui aurait permis de porter la croix ouvertement sans perte de salaire; le fait que des procédures au sein de la société ont été dûment suivies au regard du grief soulevé et que le code vestimentaire a été réexaminé avant d'être assoupli quelques mois plus tard de manière à permettre le port de symboles religieux et autres; et le fait que, en conséquence, la requérante a été réintégrée dans ses fonctions initiales et autorisée à partir de février 2007 à continuer de porter ouvertement la croix.

5. S'il ne fait aucun doute qu'une autre conclusion aurait pu être tirée – ce qu'avait fait le tribunal du travail lui-même –, il n'est pas possible à nos yeux de dire que la Cour d'appel n'a pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts concurrents ni que son réexamen des points de fait en l'espèce n'a pas adéquatement permis de reconnaître les droits de la requérante découlant de l'article 9. L'arrêt dit que le juge national a donné trop d'importance à la volonté de British Airways de projeter une certaine image commerciale et pas assez à la volonté de l'intéressée de manifester sa conviction religieuse et de pouvoir la témoigner à autrui. À nos yeux, ce n'est pas faire honneur à la décision et au raisonnement de la Cour d'appel. Si le code vestimentaire avait été appliqué scrupuleusement sans faire le moindre cas des demandes répétées de la requérante tendant à l'autoriser à porter sa croix sans la dissimuler sous ses vêtements ou si son insistance à la porter avait conduit à son licenciement, nous aurions volontiers pu accepter que la balance penchait fortement en sa faveur. Mais, comme le montrent les faits rappelés ci-dessus, tel n'a pas été le cas. Le fait que British Airways a pu finalement modifier son code vestimentaire de manière à permettre le port visible de symboles religieux a beau montrer, comme le dit l'arrêt, que l'interdiction antérieure n'était pas d'une « importance cruciale », il ne permet pas de démontrer que cette interdiction n'avait pas suffisamment d'importance pour être maintenue en attendant que le problème soit examiné sous tous ses points.

6. Ayant conclu à la non-violation de l'article 9 pris isolément, nous avons jugé nécessaire d'examiner séparément le grief soulevé par la requérante sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 9.

7. Devant le juge interne, la requérante alléguait une discrimination directe et indirecte sur le terrain du règlement de 2003. Le grief de

discrimination directe a été rejeté au motif que, au vu du dossier, elle avait été traitée de manière identique à toutes les autres personnes pouvant se trouver dans une situation comparable: à un adepte de toute foi non chrétienne ou à un agnostique portant une croix pour des raisons esthétiques et non religieuses, à un adepte d'une foi autre que le christianisme portant visiblement un symbole de celle-ci au bout d'un collier en argent autour du cou, et à un employé portant un pendentif d'argent visible sans aucune forme de parure religieuse, chrétienne ou autre. Nous ne voyons aucune raison de revenir sur cette appréciation ni de conclure à l'existence d'une discrimination directe.

8. Le principal grief porté devant la Cour apparaît être tiré d'une discrimination indirecte, la thèse de la requérante étant que sa religion la plaçait dans une situation différente des autres employés souhaitant porter de la joaillerie et qu'elle aurait dû être traitée différemment du point de vue du code vestimentaire de la compagnie. La requérante ne critique pas directement le règlement de 2003 qui, *a priori*, apparaît offrir en son article 3 § 1 b) une protection contre toute forme de discrimination indirecte. Elle se plaint plutôt de la manière dont ce texte a été appliqué par les juridictions nationales, lesquelles ont jugé que la notion de discrimination indirecte impliquait une discrimination contre un groupe défini et que la requérante avait apporté la preuve non pas d'un désavantage de groupe identifiable à l'encontre de Chrétiens mais d'un désavantage contre elle seule, parce qu'elle souhaitait manifester sa foi chrétienne d'une certaine manière. La Cour d'appel a relevé que, sur trente mille membres du personnel en uniforme, personne d'autre que la requérante n'avait formulé une telle demande ou exigence, et encore moins cessé de travailler en cas de refus. La requérante voit dans l'obligation pour le justiciable d'établir l'existence d'un désavantage de groupe une discrimination contre les adeptes de religions moins prescriptives quant à la manière de s'habiller ou de manifester extérieurement sa foi par d'autres moyens (comme le christianisme).

9. À nos yeux, l'une et l'autre de ces thèses sont solides. S'il est vrai que la discrimination indirecte vise principalement à régler le problème des discriminations de groupe, il est tout aussi vrai qu'exiger la preuve de l'existence d'un désavantage de groupe fera souvent peser sur le justiciable le fardeau excessif de démontrer qu'un désavantage particulier frappe des personnes partageant la même religion ou conviction. Comme la requérante le soutient, la difficulté sera peut-être d'autant plus grande dans le cas d'une religion comme le christianisme, qui n'est pas prescriptive et permet d'y manifester son adhésion de bien des manières différentes.

10. En définitive, nous n'avons pas jugé nécessaire de trancher cette question car, quand bien même la mesure aurait eu des répercussions

inégales et pu en principe faire naître une discrimination indirecte, il existait à nos yeux, au vu des circonstances particulières de l'espèce, une justification objective et raisonnable à cette mesure, laquelle était un moyen proportionné de parvenir à un but légitime. Sur ce point, nous en revenons aux circonstances factuelles particulières déjà évoquées sur le terrain de l'article 9 pris isolément.

11. Pour ces raisons, nous avons conclu à l'absence de violation des droits de la première requérante découlant de l'article 9, pris isolément ou combiné avec l'article 14. En conséquence, nous ne lui aurions accordé aucune somme mais, par respect pour les vues de la majorité, nous ne contestons pas la décision relative aux frais et dépens.

## OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES VUČINIĆ ET DE GAETANO

(Traduction)

1. Nous ne pouvons partager l'opinion de la majorité concluant à l'absence de violation de la Convention à l'égard de la troisième requérante (M<sup>me</sup> Ladele). Notre vote quant au point 9 du dispositif de l'arrêt ne doit se lire qu'à la lumière du fait que, compte tenu de la décision de la majorité à l'égard de cette requérante, il aurait été concrètement inutile d'exposer un chef de satisfaction équitable séparé dans son cas.

2. Le cas de la troisième requérante ne relève pas tant de la liberté de conviction religieuse que de la liberté de conscience, en ce que nul ne doit être contraint d'agir contre sa conscience ou sanctionné pour avoir refusé d'agir ainsi. Bien que la liberté de religion et la liberté de conscience soient traitées dans le même article de la Convention, il existe entre les deux une différence fondamentale qui, à nos yeux, n'a pas été adéquatement relevée aux paragraphes 79 à 88 de l'arrêt. Même l'article 9 y fait allusion : présent au premier paragraphe de cette disposition, le mot « conscience » brille par son absence au second. La conscience – c'est-à-dire la conscience morale – est ce qui dicte à chacun ce qui est bien et ce qui est mal à un moment donné. Il s'agit par essence d'un jugement de la raison par lequel une personne physique reconnaît la qualité morale d'un acte concret qu'elle est sur le point d'accomplir, qu'elle est en train d'accomplir ou qu'elle a déjà accompli. Ce jugement rationnel sur ce qui est bien et ce qui est mal peut être nourri par des croyances religieuses, mais pas forcément, et des gens n'ayant aucune croyance ni affiliation religieuse particulière font constamment de tels jugements dans leur vie quotidienne. La prééminence (et l'origine ontologique) de la conscience est soulignée par les mots suivants d'un écrivain du XIX<sup>e</sup> siècle : « La conscience peut aller à l'encontre de ce qu'a dit le pape, mais il faut la suivre malgré tout<sup>1</sup>. »

3. Comme l'a fort justement dit l'un des tiers intervenant en l'espèce (European Centre for Law and Justice (ECLJ)), « [t]out comme il existe une différence de nature entre la conscience et la religion, il existe aussi une différence entre les préceptes de la conscience et ceux de la religion ». Les seconds préceptes – ne pas consommer certains aliments (ou n'en manger

1. John Henry Cardinal Newman, *A letter addressed to His Grace the Duke of Norfolk, on occasion of Mr Gladstone's Recent Expostulation* (New York), 1875, chapitre 5, p. 71. Le chapitre se termine par ces mots (p. 86) : « J'ajouterais une chose. À l'évidence, s'il me faut évoquer la religion à l'occasion de toasts postdinatoires (ce qui d'ailleurs ne semble guère se faire), je boirais – en l'honneur du pape si vous voulez – mais en l'honneur d'abord de la conscience puis du pape. »

que certains jours), porter le turban ou le voile ou exhiber des symboles religieux, ou assister aux offices religieux certains jours – peuvent faire l’objet de restrictions selon les modalités et sous les conditions énoncées à l’article 9 § 2. Mais peut-on en dire de même des préceptes de la conscience? Nous estimons que dès lors qu’un cas *authentique* et *sérieux* d’objection de conscience est établi, l’État est tenu de respecter la liberté de conscience de l’individu tant positivement (en prenant toute mesure raisonnable et appropriée pour protéger les droits de l’objecteur de conscience<sup>2</sup>) que négativement (en s’abstenant de toute action qui sanctionnerait l’objecteur ou opérerait une discrimination à son encontre). Dans le passé, la liberté de conscience ne se payait que trop souvent en actes d’héroïsme, que ce soit face à l’Inquisition espagnole ou à un peloton d’exécution nazi. Comme le fait observer ECLJ, « [c]’est afin d’éviter qu’obéir à sa conscience ne doive toujours se payer qu’en actes d’héroïsme que la loi garantit désormais la liberté de conscience ».

4. Le gouvernement défendeur admet que l’objection de la troisième requérante à la célébration des cérémonies d’unions homosexuelles est authentique et sérieuse, étant fondée sur sa conviction que celles-ci sont contraires à la loi de Dieu. En cela, son objection de conscience est *également* une manifestation de ses profondes convictions et croyances religieuses. Dans sa décision, la majorité ne le conteste pas – d’ailleurs, en reconnaissant que « [l]es faits dénoncés relèvent de l’article 9 et [que] l’article 14 trouve à s’appliquer » (paragraphe 103 de l’arrêt), elle concède implicitement que l’objection de conscience de la troisième requérante atteint un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d’importance (paragraphe 81 de l’arrêt) digne de protection.

5. Rappelons à ce stade que la troisième requérante était entrée dans la fonction publique (en tant qu’agent de l’arrondissement londonien d’Islington) en 1992 et que, à la date où elle était devenue officier d’état civil chargé des naissances, décès et mariages en 2002, ses fonctions n’incluaient pas la célébration des cérémonies d’unions homosexuelles. Rien ne permet de dire, et nul n’a jamais dit, qu’il fallait s’attendre (en tous les cas avant 2002) à ce que les officiers d’état civil aient à célébrer ce type de cérémonies à l’avenir. À tout le moins, le droit (la loi de 2004 sur l’union civile) comme la pratique d’autres autorités locales ouvraient une possibilité de compromis permettant d’éviter que les officiers d’état civil aient à agir contre leur conscience (paragraphe 25 de l’arrêt). S’agissant de la troisième requérante, cependant, une trahison de ses collègues et l’esprit politiquement correct

2. Garantissant par la même occasion, d’une manière pratique et pas seulement théorique, une unité dans la diversité.

borné de l'arrondissement d'Islington (qui favorise clairement les « droits des gays » par rapport aux autres droits fondamentaux de la personne) ont à eux deux finalement conduit à son licenciement. L'*iter lamentabilis* jusqu'à la Cour d'appel est décrit aux paragraphes 26 à 29 de l'arrêt. Nous soulignons ces éléments car la situation de la troisième requérante diffère notablement de celle dans laquelle le quatrième requérant se trouvait ou, plus précisément, s'est lui-même placé. En effet, lorsqu'il a rejoint Relate, M. McFarlane aurait dû savoir qu'il pouvait être appelé à conseiller des couples homosexuels. Sa situation, pour les besoins de la présente affaire, se rapproche donc de celle d'une personne intégrant *volontairement* l'armée comme soldat et s'attendant ensuite à être exemptée de missions régulières de combat pour objection de conscience. Si nous convenons que, dans le cas du quatrième requérant, le licenciement de celui-ci n'a emporté aucune violation de l'article 9, que ce soit pris isolément ou combiné avec l'article 14, nous ne souscrivons pas pleinement au raisonnement retenu au paragraphe 109 de l'arrêt, selon lequel « [L]es instances de l'État jouissaient (...) d'une marge d'appréciation étendue pour décider de quelle façon peser le droit pour M. McFarlane de manifester sa conviction religieuse à l'aune de l'intérêt pour son employeur de garantir les droits d'autrui ». À nos yeux, la marge d'appréciation de l'État, qu'elle soit large ou étroite, n'entre pas en ligne de compte lorsqu'il s'agit de questions de conscience morale individuelle ayant atteint le degré voulu évoqué au paragraphe 4 ci-dessus. Selon nous, la raison qui explique l'absence de violation de l'article 9 à l'égard du quatrième requérant est qu'il avait effectivement abandonné ou renoncé à son droit d'invoquer l'objection de conscience lorsqu'il a volontairement accepté cet emploi.

6. Comme l'arrêt de la majorité le relève à juste titre, la troisième requérante se plaint non pas d'une violation de l'article 9 pris isolément, mais d'avoir été « victime d'une discrimination fondée sur ses convictions chrétiennes, en violation de l'article 14 combiné avec l'article 9 » (paragraphe 103 de l'arrêt). Nous convenons en outre que, aux fins de l'article 14, l'élément de comparaison à retenir dans le cas de l'intéressée est un officier d'état civil n'ayant aucune objection religieuse – nous dirions plutôt aucune objection de conscience – à la célébration des unions homosexuelles. C'est à partir de là que nous nous dissociions de la majorité. Tout d'abord, le raisonnement et les motifs exposés au paragraphe 105 de l'arrêt sont au mieux hors de propos, au pire illogiques : le problème dans le cas de M<sup>me</sup> Ladele n'est pas celui d'une discrimination par un employeur, une autorité publique ou un agent public *vis-à-vis d'un usager du service* de l'arrondissement d'Islington fondée sur l'orientation sexuelle de ce dernier. En effet, aucun usager concret ou potentiel de l'arrondissement ne semble avoir dénoncé la troisième requérante (contrairement à certains de

ses collègues homosexuels). La personne qui se plaint n'est pas une partie, concrète ou potentielle, à une union civile homosexuelle. L'arrondissement d'Islington veut offrir une égalité des chances et de services à tous sans discrimination et la légitimité de ce but n'est pas et n'a jamais été en cause. Aucune mise en balance ne peut donc être ménagée entre le droit concret de la troisième requérante à l'objection de conscience, l'un des droits les plus fondamentaux inhérents à la personne humaine – un droit qui n'est pas consacré par la Convention mais reconnu et protégé par elle –, et une politique légitime de l'État ou d'une autorité publique cherchant à protéger des droits dans l'abstrait. Dès lors, la Cour n'était pas appelée à dire « si les moyens employés dans la poursuite de ce but étaient proportionnés » (paragraphe 106 de l'arrêt).

7. Ce qui *est* en cause, c'est le *traitement discriminatoire* opéré par l'arrondissement *à l'encontre de la troisième requérante*, pour lequel elle n'a pas obtenu réparation devant le juge interne (sauf devant le tribunal du travail, paragraphe 28 de l'arrêt). Vu la force, le sérieux, la cohérence et l'importance de son objection de conscience (qui, ainsi qu'il a été dit, était *aussi* la manifestation de ses profondes croyances religieuses), il incombait à l'autorité locale de *la traiter différemment* des officiers d'état civil n'ayant aucune objection de conscience à la célébration des unions homosexuelles – ce qui aurait manifestement pu se réaliser sans porter préjudice à l'ensemble des services offerts par l'arrondissement, notamment ceux accomplis par les officiers d'état civil, comme le montre ce qu'ont fait d'autres autorités locales. Au lieu de pratiquer la tolérance et la « dignité pour tous » qu'il prêche, l'arrondissement d'Islington s'en est tenu à une ligne doctrinaire, la voie vers un « politiquement correct » obsessif. Il a effectivement cherché à contraindre la requérante à agir contre sa conscience sous peine de s'exposer à la sanction extrême du licenciement – ce qui, à supposer même que les restrictions de l'article 9 § 2 s'appliquent aux préceptes de la conscience, ne saurait passer pour nécessaire dans une société démocratique. M<sup>me</sup> Ladele n'a pas manqué à son devoir de réserve : elle n'a pas publiquement fait part de ses croyances aux usagers. Ses convictions n'avaient d'incidence que sur l'étendue de son travail, pas sur sa nature. Elle n'a jamais cherché à imposer ses convictions à autrui ni à nuire, ouvertement ou sournoisement, aux droits d'autrui. Par conséquent, même s'il fallait se livrer à l'examen de proportionnalité évoqué au paragraphe 106 de l'arrêt à l'aune de tout but légitime que l'arrondissement aurait poursuivi, la conclusion serait que les moyens employés étaient totalement disproportionnés.

8. Pour les raisons ci-dessus, notre conclusion est qu'il y a eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 9 à l'égard de la troisième requérante.



ZOLOTAS c. GRÈCE (N° 2)  
*(Requête n° 66610/09)*

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 29 JANVIER 2013<sup>1</sup>

---

1. Original français. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Attribution à l'État du solde des comptes bancaires inactifs soumis à prescription**

L'État a l'obligation positive, en vertu de l'article 1 du Protocole n° 1, de prévoir dans sa législation, compte tenu des conséquences fâcheuses de la prescription, l'obligation pour les banques d'informer les titulaires d'un compte inactif de l'approche de la fin du délai de prescription pour qu'ils puissent l'interrompre le cas échéant (paragraphe 53 de l'arrêt).

**Article 1 du Protocole n° 1**

*Respect des biens – Attribution à l'État du solde des comptes bancaires inactifs soumis à prescription – Convention entre les parties soumise à l'application de la loi – But légitime – Intérêt public – Liquidation des rapports juridiques créés dans un passé lointain et ayant une existence incertaine – Situation désavantageuse pour les particuliers – Obligation pour les banques d'informer le titulaire d'un compte inactif de l'approche de la fin du délai de prescription – Donner la possibilité d'interrompre la prescription – Juste équilibre entre les intérêts en jeu – Proportionnalité*

\*

\* \*

*En fait*

Alors qu'il avait ouvert un compte bancaire en Grèce, le requérant fut contraint de quitter le pays pendant plusieurs années. À son retour, sa banque refusa de lui restituer la somme présente sur son compte au motif qu'aucun mouvement n'y avait été enregistré depuis plus de vingt ans. En 2003, le requérant saisit les juridictions civiles en vue de récupérer la somme en question (30 550 euros (EUR)). Celles-ci estimèrent que ses prétentions envers la banque étaient touchées par le délai de prescription prévu dans le code civil et que la somme litigieuse revenait à l'État, bénéficiaire des comptes bancaires restés inactifs. En janvier 2009, la Cour de cassation rejeta le pourvoi du requérant.

*En droit*

Article 1 du Protocole n° 1 : lorsque le requérant s'est rendu en février 2003 à sa banque pour s'enquérir de l'état de son compte, il a appris que, en l'absence de tout mouvement sur le compte depuis le second semestre 1981, toutes les prétentions le concernant avaient été atteintes par la prescription. Il ressort des décisions des juridictions internes qu'en ouvrant son compte le requérant avait conclu avec

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

la banque une convention de dépôt. Les prétentions du requérant nées de cette convention étaient soumises à la prescription de vingt ans prévue par le code civil. Les juridictions internes saisies par le requérant ont fait application de la loi, aux termes de laquelle les dépôts en espèces auprès de banques et leurs intérêts reviennent définitivement à l'État lorsqu'ils n'ont pas été réclamés par le titulaire du compte ou qu'il n'y a eu aucun mouvement sur le compte pendant une période de vingt ans. La cour d'appel a de surcroît jugé que le délai de prescription n'était ni interrompu – l'inscription des intérêts produits par le compte du requérant sur les livres de comptes de la banque ne constituant pas un cas d'interruption du délai – ni suspendu pour la cause de force majeure invoquée par le requérant. La prescription des prétentions du requérant à l'égard de son propre compte a constitué une atteinte au droit de propriété de celui-ci. La prescription poursuit un but légitime et d'intérêt public : la liquidation, dans l'intérêt de la collectivité, des rapports juridiques créés dans un passé si lointain que leur existence devient incertaine. Ce système de prescription est raisonnable, le délai de vingt ans est ample et il n'est ni difficile ni impossible pour les intéressés d'arrêter la prescription. Toutefois, l'application d'une mesure aussi radicale que la prescription des prétentions afférentes à un compte bancaire au motif qu'il n'y a eu aucun mouvement sur ce compte pendant une certaine période, couplée à la jurisprudence selon laquelle l'inscription d'intérêts ne constitue pas un mouvement sur un compte, est de nature à placer les détenteurs des comptes, surtout lorsque ceux-ci sont de simples particuliers non rompus au droit civil ou bancaire, dans une situation désavantageuse par rapport à la banque ou même à l'État. En vertu du code civil, si la personne qui dépose une somme d'argent à la banque transfère à celle-ci le droit d'en user, la banque doit la garder et, si elle l'utilise pour son compte, elle doit rendre au déposant une somme équivalente au terme de la convention. Le titulaire d'un compte peut alors de bonne foi s'attendre à ce que son dépôt auprès de la banque soit en sécurité, surtout lorsqu'il remarque que des intérêts sont portés sur son compte. Il est légitime qu'il escompte qu'une situation menaçant l'équilibre de la convention qu'il a conclue avec la banque et ses intérêts financiers lui soit signalée afin qu'il puisse prendre à l'avance ses dispositions pour se conformer à la loi et sauvegarder son droit de propriété. Pareille relation de confiance est inhérente aux opérations bancaires et au droit y relatif. L'État a l'obligation positive de protéger le citoyen et de prévoir ainsi l'obligation pour les banques, compte tenu des conséquences fâcheuses que peut avoir la prescription, d'informer le titulaire d'un compte inactif de l'approche de la fin du délai de prescription et de lui donner ainsi la possibilité d'interrompre la prescription en effectuant par exemple une opération sur le compte. N'exiger aucune information de ce type risque de rompre le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la collectivité et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. Faute d'une telle information, le requérant a été amené à supporter une charge excessive et disproportionnée que ne sauraient justifier ni la nécessité de liquider les

rapports juridiques dont l'existence serait incertaine ni le bon fonctionnement du système bancaire.

*Conclusion*: violation (unanimité).

Article 41 : 15 000 EUR au titre du dommage matériel et moral.

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

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

*Fouklev c. Ukraine*, n° 71186/01, 7 juin 2005

*J.A. Pye (Oxford) Ltd c. Royaume-Uni*, n° 44302/02, 15 novembre 2005

*J.A. Pye (Oxford) Ltd et J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Royaume-Uni* [GC], n° 44302/02, CEDH 2007-III

*Kesyan c. Russie*, n° 36496/02, 19 octobre 2006

*Kin-Stib et Majkić c. Serbie*, n° 12312/05, 20 avril 2010

*Kotov c. Russie* [GC], n° 54522/00, 3 avril 2012

*Marčić et autres c. Serbie*, n° 17556/05, 30 octobre 2007

*Matheus c. France*, n° 62740/00, 31 mars 2005

*Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie* [GC], n° 13279/05, 20 octobre 2011

*Öneryıldız c. Turquie* [GC], n° 48939/99, CEDH 2004-XII

*Optim et Industerre c. Belgique* (déc.), n° 23819/06, 11 septembre 2012

*Păduraru c. Roumanie*, n° 63252/00, CEDH 2005-XII

*Sovtransavto Holding c. Ukraine*, n° 48553/99, CEDH 2002-VII

*Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, série A n° 52

*Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV

*Tunnel Report Limited c. France*, n° 27940/07, 18 novembre 2010



**En l'affaire Zolotas c. Grèce (n° 2),**

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

Isabelle Berro-Lefèvre, *présidente*,  
Elisabeth Steiner,  
Khanlar Hajiyev,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Julia Laffranque,  
Linos-Alexandre Sicilianos,  
Erik Møse, *juges*,

et de André Wampach, *greffier adjoint de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 8 janvier 2013,

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

**PROCÉDURE**

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 66610/09) dirigée contre la République hellénique et dont un ressortissant de cet État, M. Anastasios Zolotas («le requérant»), a saisi la Cour le 7 décembre 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 gouvernement grec («le Gouvernement») a été représenté par les déléguées de son agent, à savoir M<sup>me</sup> F. Dedoussi, assessseure auprès du Conseil juridique de l'État, et M<sup>me</sup> Z. Hadjipavlou, auditrice auprès du Conseil juridique de l'État.

3. Le requérant alléguait en particulier une violation du droit garanti par l'article 1 du Protocole n° 1.

4. Le 31 août 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.

**EN FAIT**

5. Le requérant, né en 1924, est décédé le 27 février 2011 alors que sa requête était pendante devant la Cour. Son fils, M. Panayotis Zolotas, a exprimé le souhait de reprendre l'instance.

**I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE**

6. Le 11 juillet 1974, le requérant, qui exerçait alors la profession d'avocat, ouvrit un compte bancaire auprès de la Banque générale de

Grèce, sur lequel il versa la somme de 660 000 drachmes (1 936,90 euros (EUR)). À partir du second semestre 1981 et jusqu'en 2003, il ne fit aucune opération sur son compte (prélèvement ou dépôt d'argent, ou inscription des intérêts sur le carnet prévu à cet effet). En raison de graves problèmes de santé invalidants pour lui-même et son épouse, il dut séjourner des années durant à l'étranger. Le 6 février 2003, il demanda à la banque de l'informer de l'état de son compte. La banque lui répondit que, comme il n'y avait eu aucun mouvement sur le compte depuis le second semestre 1981, toutes ses prétentions à l'égard dudit compte avaient été frappées de prescription. Toutefois, elle lui fit savoir qu'elle tenait à jour dans son livre de comptes la fiche personnelle du requérant, sur laquelle elle inscrivait les intérêts produits par le compte.

7. Le 3 juin 2003, le requérant saisit les juridictions civiles d'une action contre la banque. Il réclamait la somme qu'il avait déposée à la banque, augmentée des intérêts, soit un total de 30 550,74 EUR. Dans son jugement n° 1481/2005 du 21 avril 2005, le tribunal de première instance d'Athènes rejeta l'action en considérant que les prétentions du requérant étaient frappées par la prescription de vingt ans prévue pour les prétentions émanant d'une convention de dépôt irrégulier (*Ανώμαλη παρακαταθήκη*), au sens de l'article 830 du code civil (paragraphe 18-19 ci-dessous). Plus particulièrement, le tribunal précisa :

« (...) [Le requérant] invoque l'article 1 du Protocole n° 1 (...) ainsi que le Protocole de Paris du 20 mars 1952 relatif au respect de la propriété, lesquels ne trouvent pas à s'appliquer en l'espèce, car la prescription, en tant qu'institution du droit national, l'emporte sur ceux-ci. Cette prescription [prévue à l'article 247 du code civil] est indépendante du fait que, conformément à l'article 3 du décret-loi n° 1195/1942, les dépôts en espèces auprès des banques nationales et les intérêts y afférents sont définitivement dévolus à l'État lorsqu'ils n'ont pas été réclamés par leurs titulaires, pour les dépôts, pendant une durée de vingt ans, et pour les intérêts, pendant une durée de cinq ans (...) »

8. Le requérant interjeta appel de ce jugement. Il se fondait sur les dispositions du droit interne pertinent et sur l'article 1 du Protocole n° 1. Il soutenait que le délai de prescription avait été suspendu pour cause de force majeure ou interrompu en vertu de l'article 260 du code civil, car la banque mettait son dossier à jour tous les six mois en y inscrivant les intérêts produits.

9. Dans son arrêt n° 2452/2006 du 6 avril 2006, la cour d'appel d'Athènes rejeta l'appel, considérant que l'application de la prescription de vingt ans pour les contrats de dépôt irrégulier était justifiée par un but d'intérêt public : la liquidation, dans l'intérêt de la collectivité (*Κοινωνική οικονομία*), des rapports juridiques qui avaient été créés dans un passé si

lointain que leur existence était devenue incertaine. Le fait que la banque continuait à verser des intérêts sur le compte du requérant ne constituait pas, selon la cour d'appel, un acte de reconnaissance des prétentions du requérant susceptible d'interrompre le délai de prescription de vingt ans. Dans le cas de dépôts bancaires, le cours de ce délai ne pouvait être interrompu que par un nouvel acte de dépôt ou de retrait, un transfert d'argent ou un dépôt d'intérêts. La cour d'appel se fonda, en outre, sur le décret-loi n° 1195/1942, qui prévoit que les sommes d'argent placées sur des comptes bancaires restés inactifs pendant une période de vingt ans reviennent à l'État à l'expiration de ce délai.

10. La cour d'appel rejeta aussi l'objection du requérant selon laquelle le délai de prescription aurait été suspendu pour cause de force majeure (les maladies de son épouse et les siennes). Elle considéra qu'il n'y avait pas eu en l'espèce de cas de force majeure car ces maladies n'avaient pas été continues pendant tout le délai de la prescription et notamment pas pendant les six derniers mois de celui-ci, de sorte que le requérant ne se trouvait pas dans l'impossibilité de retirer lui-même ou par l'intermédiaire d'un représentant la somme déposée et les intérêts relatifs à celle-ci.

11. Le requérant se pourvut en cassation. Il se fondait sur l'article 1 du Protocole n° 1.

12. Le 12 janvier 2009, la Cour de cassation rejeta le pourvoi pour défaut de fondement au motif que l'application de la législation en cause ne portait pas atteinte au droit du requérant au respect de ses biens tel que défini par l'article 1 du Protocole n° 1 (arrêt n° 50/2009). Plus précisément, la Cour de cassation considéra que :

« (...) du fait que la prescription précitée, comme toute prescription, est imposée par l'intérêt général, qui exige la régularisation des relations qui relèvent du passé et de ce fait sont devenues incertaines, et dictée aussi par l'intérêt de la collectivité, les dispositions litigieuses ne sont pas contraires [au Protocole n° 1] ».

13. Cet arrêt fut mis au net et certifié conforme le 9 juin 2009.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

14. L'article 3 du décret-loi n° 1195/1942 relatif à la prescription au bénéfice de l'État des dépôts auprès des banques et d'autres valeurs et prétentions se lit comme suit :

### **Prescription des dépôts et intérêts en faveur de l'État**

« Les dépôts en espèces auprès de banques nationales et leurs intérêts (...) reviennent définitivement à l'État lorsqu'ils n'ont pas été réclamés par le titulaire du compte ou n'ont fait l'objet d'aucun mouvement sur le compte pendant une période de vingt ans

à partir du moment où ils étaient disponibles et, pour les intérêts, pendant une période de cinq ans à partir du moment où ils sont devenus exigibles.»

15. Le décret-loi n° 1195/1942 a été ratifié par l'acte n° 315 du Conseil des ministres du 30 mai 1946; il est resté en vigueur après l'adoption du code civil.

16. En vertu de ce décret-loi, la prescription de certaines créances et prétentions, au lieu de profiter au débiteur comme c'est le cas en vertu du droit ordinaire, joue au bénéfice de l'État. Outre les dépôts auprès des banques et des établissements de crédit, ces créances et prétentions recouvrent celles issues des capitaux et des rentes des titres et valeurs mobilières existant auprès de banques et de sociétés anonymes.

(...)

18. Les dispositions pertinentes du code civil sont ainsi libellées :

**Article 247**

**Prescription des prétentions**

«Le droit d'exiger d'autrui un acte ou une abstention (prétention) est sujet à prescription.»

**Article 249**

**Prescription de vingt ans**

«Sauf disposition contraire, le délai de prescription des prétentions est de vingt ans.»

**Article 260**

**Interruption – Reconnaissance**

«La prescription est interrompue par la reconnaissance de la prétention, de quelque manière que ce soit, par la personne tenue à la prestation (l'obligé).»

**Article 830**

**Dépôt irrégulier**

«Le dépôt d'une somme d'argent ou d'autres choses fongibles est, dans le doute, considéré comme un prêt si le dépositaire a le pouvoir d'en user. Toutefois, en ce qui concerne le temps et le lieu de restitution, sont applicables, dans le doute, les dispositions relatives au dépôt. (...)»

19. On désigne par l'expression «dépôt irrégulier» le dépôt, après accord des parties, d'argent ou d'autres choses fongibles aux fins de la garde par l'autre partie lorsque celle-ci a le pouvoir d'en disposer. Selon la doctrine et une jurisprudence bien établie, le dépôt d'argent dans une banque au taux d'intérêt habituel et avec possibilité de retrait immédiat de la somme déposée revêt le caractère d'une convention de dépôt irrégulier.

20. En vertu de l'article 260 du code civil, la prescription est interrompue lorsque l'obligé reconnaît la prétention de quelque manière que ce soit. Il

est généralement admis que pour qu'il y ait une telle reconnaissance, il suffit d'un acte ou d'un comportement qui démontre clairement que le débiteur reconnaît son obligation ainsi que la prétention du créancier. Une telle reconnaissance peut prendre la forme d'un remboursement partiel de la dette, du versement d'intérêts, de la constitution d'une sûreté, d'une demande d'octroi d'un délai ou d'une demande d'exonération de la dette (Georgiadis-Stathopoulos, *Code civil. Interprétation article par article*, p. 461).

21. Pour que l'acte de reconnaissance du débiteur entraîne interruption de la prescription (article 260 du code civil), il doit être adressé au créancier et lui parvenir (arrêt n° 1178/1976 de la Cour de cassation, *Nomiko Vima* 25/710). Le simple fait que le débiteur enregistre la dette dans ses livres de comptes ne constitue pas une reconnaissance de la prétention au sens de l'article 260 et ne peut donc interrompre la prescription (arrêt n° 924/1977 de la Cour de cassation, *Nomiko Vima* 26/726).

22. En ce qui concerne la prescription des prétentions des titulaires d'un compte à l'égard de ce compte, il est admis que celle-ci est interrompue par tout nouveau dépôt ou retrait ou par tout acte qui entraîne une modification du compte. La prescription n'est pas interrompue par les intérêts que produit le compte, même si ceux-ci sont transformés en capital, ni par la mise à jour du dossier du titulaire du compte qui a lieu tous les six mois (arrêts n° 739/2004 et n° 50/2009 de la Cour de cassation).

(...)

24. Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation a jugé qu'une banque n'a pas l'obligation de prévenir l'intéressé avant l'expiration du délai de prescription. Comme un livret de compte lui est remis par la banque, il lui appartient de le faire tenir à jour, ce livret constituant la preuve du montant déposé sur son compte et de l'existence de mouvements sur celui-ci (arrêts de la Cour de cassation n° 432/1990 et n° 1623/1995).

## EN DROIT

### I. REMARQUE GÉNÉRALE

25. La Cour doit tout d'abord trancher la question de savoir si M. Panayotis Zolotas a le droit de maintenir la requête originellement introduite par le requérant, décédé en février 2011.

26. La Cour rappelle que, dans plusieurs affaires où un requérant était décédé pendant la procédure, elle a pris en compte la volonté de poursuivre celle-ci exprimée par des héritiers ou parents proches (voir, par exemple, *Deweer c. Belgique*, 27 février 1980, §§ 37-38, série A n° 35, *X c. Royaume-*

*Uni*, 5 novembre 1981, § 32, série A n° 46, *Vocaturo c. Italie*, 24 mai 1991, § 2, série A n° 206-C, *G. c. Italie*, 27 février 1992, § 2, série A n° 228-F, *Pandolfelli et Palumbo c. Italie*, 27 février 1992, § 2, série A n° 231-B, *X c. France*, 31 mars 1992, § 26, série A n° 234-C, *Raimondo c. Italie*, 22 février 1994, § 2, série A n° 281-A, *Malhous c. République tchèque* (déc.) [GC], n° 33071/96, CEDH 2000-XII, et, *a contrario*, *Scherer c. Suisse*, 25 mars 1994, §§ 31-32, série A n° 287).

27. En l'espèce, la Cour note que M. Panayotis Zolotas est le fils du requérant et son héritier *ab intestat* et *par indivis*, et que le droit garanti par l'article 1 du Protocole n° 1 est éminemment transférable. M. Panayotis Zolotas a donc un intérêt légitime lui donnant qualité pour se plaindre au nom de son père décédé.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N°1

28. Le requérant se plaint que les juridictions civiles internes, en se fondant sur le délai de prescription de vingt ans prévu par le code civil ainsi que sur le décret législatif n° 1195/1942, ont considéré que ses prétentions envers la banque où il disposait d'un compte étaient prescrites et que le solde de son compte revenait à l'État, qui est le bénéficiaire ultime des comptes bancaires inactifs. Il allègue une violation de l'article 1 du Protocole n° 1, qui se lit ainsi :

«Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.»

(...)

### B. Sur le fond

#### 1. Arguments des parties

##### a) Le Gouvernement

30. Le Gouvernement souligne que l'objectif essentiel du décret-loi n° 1195/1942 est de servir l'intérêt général en évitant la captation par les banques, sociétés anonymes et autres personnes morales des sommes d'argent correspondant aux capitaux et aux rentes issues de titres et valeurs

mobilières, et ce à la suite de l'inactivité de leurs titulaires, laquelle est due le plus souvent au fait que ceux-ci décèdent sans descendants ou à leur volonté d'abandonner leurs prétentions.

31. La prétention du requérant serait tombée sous le coup de la prescription prévue par les dispositions générales du code civil, qui seraient en vigueur parallèlement à celles du décret-loi et indépendamment de celles-ci. Le décret-loi différerait des articles 247 et suivants du code civil en ce que la créance prescrite serait dévolue à l'État et non à la banque où est ouvert le compte inactif. L'application des dispositions du décret-loi dans le cas du requérant n'aurait eu aucune incidence particulière sur la prescription car, selon le Gouvernement, sa prétention aurait de toute manière été prescrite même sur le simple fondement du code civil, à cette différence près que le bénéficiaire aurait alors été la banque et non l'État.

32. La banque n'aurait pas eu l'obligation de prévenir le requérant avant l'expiration du délai de prescription. Un livret de compte lui ayant été remis par la banque, il lui aurait appartenu de le faire tenir à jour, ce livret constituant la preuve du montant déposé sur son compte et de l'existence de mouvements sur celui-ci (arrêts de la Cour de cassation n° 432/1990 et n° 1623/1995 – paragraphe 24 ci-dessus).

33. Il en résulterait que la mise à jour tous les six mois du relevé de compte du requérant par la banque, par le biais de l'inscription des intérêts produits par le compte, n'emporterait pas interruption du délai de prescription, car cet acte n'aurait pas été adressé au requérant et ne lui serait pas parvenu, mais aurait seulement concerné l'actualisation des données de la banque, ce qui constituerait une procédure interne à la banque. Cet acte n'aurait pas été porté à la connaissance du requérant, celui-ci ne s'étant pas présenté pour effectuer une opération ou pour faire inscrire sur son livret les modifications apportées sur son compte.

34. Par ailleurs, le Gouvernement reproche au requérant de ne pas avoir fait preuve d'un minimum de diligence. Enfin, les juridictions internes auraient rejeté les motifs de force majeure invoqués par le requérant à l'appui de son argument selon lequel le délai de prescription était suspendu en raison des maladies de lui-même et de son épouse.

#### **b) Le requérant**

35. Le requérant soutient que son intention, au moment de l'ouverture de son compte et dans l'esprit de la liberté contractuelle, était de conclure un contrat de rente viagère. Le jeu de la prescription, alors qu'il était manifeste que l'ordre public n'était pas menacé, n'était selon lui pas compatible avec les principes de la bonne foi, des bonnes mœurs et des pratiques synallagmatiques. En outre, la capitalisation du dépôt par le

biais de l'accumulation d'intérêts ne pouvait pas à son avis être sujette à prescription dans la mesure où, par ce moyen, la banque reconnaissait, indirectement mais sûrement, sa prétention. Par ailleurs, la capitalisation d'intérêts constituerait une cause de suspension de la prescription.

36. Le requérant souligne que la banque aurait dû l'informer du risque qu'il courait de perdre son argent et que l'État aurait dû garder les fonds pendant un délai minimum raisonnable au-delà de la date de prescription pour protéger sa propriété et celle de son ayant droit. Le requérant fait valoir l'exemple des législations française, italienne et allemande, qui prévoient une telle information.

37. Le requérant affirme que le fait qu'il n'y a eu aucun mouvement sur son compte pendant le délai de prescription était dû à une cause de force majeure, en particulier entre le dernier semestre du délai (1994) et la date (6 février 2003) à laquelle il a demandé à la banque de l'informer de l'état de son compte.

38. Enfin, le requérant soutient que le décret-loi n° 1195/1942 n'a jamais été ratifié et n'a pas la force d'un acte juridique valable. Il estime qu'il est accablant qu'un pays démocratique comme la Grèce applique un texte qui date de l'époque de son occupation par l'Allemagne nazie et procède de manière tacite à la confiscation des fonds d'un individu. À ses yeux, l'intérêt public ne peut pas être invoqué au détriment de l'intérêt privé en l'espèce, en l'absence d'une loi qui prévoirait l'indemnisation des personnes concernées pour la perte de leurs biens.

## 2. *Appréciation de la Cour*

### a) **Rappel des principes applicables**

39. La Cour rappelle que l'article 1 du Protocole n° 1, qui tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre toute atteinte par l'État au respect de ses biens, peut également impliquer des obligations positives entraînant pour l'État certaines mesures nécessaires pour protéger le droit de propriété, notamment là où il existe un lien direct entre les mesures qu'un requérant pourrait légitimement attendre des autorités et la jouissance effective par ce dernier de ses biens (*Öneryıldız c. Turquie* [GC], n° 48939/99, § 134, CEDH 2004-XII, *Păduraru c. Roumanie*, n° 63252/00, § 88, CEDH 2005-XII, *Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, § 143, CEDH 2004-V, et *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, n° 48553/99, § 96, CEDH 2002-VII). Même dans le cadre de relations horizontales il peut

y avoir des considérations d'intérêt public susceptibles d'imposer certaines obligations à l'État. Ainsi, dans l'arrêt *Broniowski* (précité, § 143), la Cour a dit que les obligations positives découlant de l'article 1 du Protocole n° 1 peuvent entraîner pour l'État certaines mesures nécessaires pour protéger le droit de propriété. Dès lors, des considérations d'intérêt général susceptibles d'imposer certaines obligations à l'État peuvent entrer en jeu même dans le cadre de relations horizontales (*Kotov c. Russie* [GC], n° 54522/00, § 109, 3 avril 2012).

40. La frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'État au titre de l'article 1 du Protocole n° 1 ne se prête pas à une définition précise, mais les principes applicables sont néanmoins comparables. Que l'on analyse l'affaire en termes d'obligation positive de l'État ou d'ingérence des pouvoirs publics qu'il faut justifier, les critères à appliquer ne sont pas différents en substance. Tant une atteinte au respect des biens qu'une abstention d'agir doivent ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la collectivité et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (voir, parmi d'autres, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, § 69, série A n° 52, et *Kotov*, précité, § 110).

41. La Cour a également affirmé que, dans certaines circonstances, l'article 1 du Protocole n° 1 peut imposer « certaines mesures nécessaires pour protéger le droit de propriété (...), même dans les cas où il s'agit d'un litige entre des personnes physiques ou morales » (*Sovtransavto Holding*, précité, § 96). Ce principe a été largement appliqué dans le contexte de procédures d'exécution dirigées contre des débiteurs privés (*Fouklev c. Ukraine*, n° 71186/01, §§ 89-91, 7 juin 2005, *Kesyan c. Russie*, n° 36496/02, §§ 79-80, 19 octobre 2006 ; voir également *Kin-Štib et Majkić c. Serbie*, n° 12312/05, § 84, 20 avril 2010, *Marčić et autres c. Serbie*, n° 17556/05, § 56, 30 octobre 2007, et, *mutatis mutandis*, *Matheus c. France*, n° 62740/00, §§ 68 et suiv., 31 mars 2005).

42. Pour apprécier la conformité de la conduite de l'État avec l'article 1 du Protocole n° 1, la Cour doit se livrer à un examen global des divers intérêts en jeu, en gardant à l'esprit que la Convention a pour but de sauvegarder des droits « concrets et effectifs ». Elle doit aller au-delà des apparences et rechercher la réalité de la situation litigieuse. Cette appréciation peut porter non seulement sur les modalités d'indemnisation applicables – si la situation s'apparente à une privation de propriété – mais également sur la conduite des parties, y compris les moyens employés par l'État et leur mise en œuvre. À cet égard, il faut souligner que l'incertitude – qu'elle soit législative ou administrative ou qu'elle tienne aux pratiques appliquées par les autorités

– est un facteur qu'il faut prendre en compte pour apprécier la conduite de l'État. En effet, lorsqu'une question d'intérêt général est en jeu, les pouvoirs publics sont tenus de réagir en temps utile, de façon correcte et avec la plus grande cohérence (*Tunnel Report Limited c. France*, n° 27940/07, § 39, 18 novembre 2010).

43. La Cour rappelle en outre sa jurisprudence selon laquelle le seul fait que les prétentions d'un requérant soient soumises à un délai de prescription ne pose aucun problème sous l'angle de la Convention. L'institution de délais de prescription est un trait commun aux systèmes juridiques des États contractants qui vise à garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions et à empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus dans un passé lointain (*J.A. Pye (Oxford) Ltd et J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Royaume-Uni* [GC], n° 44302/02, § 68, CEDH 2007-III; *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, § 51, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV).

44. Enfin, la Cour souligne que la notion d'«utilité publique» mentionnée à la seconde phrase du premier alinéa de l'article 1 du Protocole n° 1 est ample par nature. Les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est «d'utilité publique». Estimant normal que le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale, la Cour respecte la manière dont il conçoit les impératifs de l'«utilité publique» sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de fondement. Quant à des solutions de rechange, leur existence éventuelle ne rend pas à elle seule injustifiée la législation en cause. Tant que le législateur ne dépasse pas les limites de sa marge d'appréciation, la Cour n'a pas à dire s'il a choisi la meilleure façon de traiter le problème ou s'il aurait dû exercer son pouvoir différemment (*J.A. Pye (Oxford) Ltd c. Royaume-Uni*, n° 44302/02, §§ 43-45, 15 novembre 2005).

#### b) Application au cas d'espèce

45. Dans la présente affaire, la Cour relève tout d'abord que lorsque le requérant s'est rendu le 6 février 2003 à sa banque pour s'enquérir de l'état de son compte, il a appris que, en l'absence de tout mouvement sur celui-ci depuis le second semestre 1981, toutes les prétentions le concernant étaient touchées par la prescription. Il ressort des décisions des juridictions internes qu'en ouvrant son compte, le requérant a conclu avec la banque une convention qui, selon la jurisprudence et la doctrine constantes en Grèce, constituait une convention de dépôt irrégulier (article 830 du code civil).

Les prétentions du requérant nées de cette convention étaient soumises à la prescription de vingt ans prévue par le code civil (articles 247 et 249).

46. La Cour note aussi que les juridictions internes saisies par le requérant ont fait application de l'article 3 du décret-loi n° 1195/1942, aux termes duquel les dépôts en espèces auprès de banques et leurs intérêts reviennent définitivement à l'État lorsqu'ils n'ont pas été réclamés par le titulaire du compte ou qu'il n'y a eu aucun mouvement sur le compte pendant une période de vingt ans. La cour d'appel a de surcroît jugé que le délai de prescription n'était ni interrompu – l'inscription des intérêts produits par le compte du requérant sur les livres de comptes de la banque ne constituant pas un cas d'interruption du délai (paragraphe 9 ci-dessus) – ni suspendu pour la cause de force majeure invoquée par le requérant (paragraphe 10 ci-dessus).

47. Pour la Cour, la prescription des prétentions du requérant sur son propre compte a constitué une atteinte au droit de propriété de celui-ci qui ne correspondait ni à une expropriation ni à une mesure de réglementation de l'usage des biens et qui doit donc être examinée sous l'angle de la première phrase du premier alinéa de l'article 1 (voir, *mutatis mutandis*, *Optim et Induserre c. Belgique* (déc.), n° 23819/06, § 35, 11 septembre 2012). Aussi convient-il de déterminer si un juste équilibre a été ménagé entre les exigences relatives à l'intérêt général de la société et les impératifs liés à la protection des droits fondamentaux de l'individu.

48. La Cour ne doute pas que la prescription instituée par les articles 247 et 249 du code civil et l'article 3 du décret-loi n° 1195/1942 poursuit un but légitime. Comme l'a souligné la cour d'appel dans son arrêt du 6 avril 2006, la prescription de vingt ans pour les contrats de dépôt irrégulier est justifiée par un but d'intérêt public: la liquidation, dans l'intérêt de la collectivité, des rapports juridiques créés dans un passé si lointain que leur existence devient incertaine.

49. Eu égard entre autres à sa jurisprudence en matière de prescription (paragraphe 43 ci-dessus), la Cour estime que le système grec de prescription susmentionné est raisonnable: le délai de vingt ans est ample et il n'est ni difficile ni impossible pour les intéressés d'arrêter la prescription.

50. En se prononçant dans l'affaire du requérant, les juridictions grecques ont suivi et appliqué la législation et la jurisprudence pertinentes en vigueur: d'une part, l'article 3 du décret-loi, qui prévoit que la prescription des prétentions du titulaire d'un compte est interrompue seulement lorsque le titulaire réclame son dépôt ou effectue une opération sur le compte et, d'autre part, l'article 260 du code civil, qui prévoit que le délai de prescription est interrompu par la reconnaissance de la prétention

par l'obligé, en l'occurrence la banque. À cet égard, la Cour de cassation a jugé que cette reconnaissance doit avoir été adressée au créancier et lui être parvenue, et que la simple inscription de la dette dans les livres de comptes de la banque ne constitue pas une reconnaissance de la prétention au sens de l'article 260 et ne peut donc interrompre le délai de prescription (paragraphe 18 et 21 ci-dessus).

51. Toutefois, la Cour estime qu'une mesure aussi radicale que la prescription des prétentions afférentes à un compte bancaire au motif qu'il n'y a eu aucun mouvement sur ce compte pendant une certaine période, couplée à la jurisprudence selon laquelle l'inscription d'intérêts ne constitue pas un mouvement sur un compte, est de nature à placer les détenteurs des comptes, surtout lorsque ceux-ci sont de simples particuliers non rompus au droit civil ou bancaire, dans une situation désavantageuse par rapport à la banque ou même à l'État pour le cas où l'article 3 du décret-loi s'applique.

52. La Cour note qu'en vertu de l'article 830 du code civil, si la personne qui dépose une somme d'argent à la banque transfère à celle-ci le droit d'en user, la banque doit la garder et, si elle l'utilise pour son compte, elle doit rendre au déposant une somme équivalente au terme de la convention. Le titulaire d'un compte peut alors de bonne foi s'attendre à ce que son dépôt auprès de la banque soit en sécurité, surtout lorsqu'il remarque que des intérêts sont portés sur son compte. Il est légitime qu'il escompte qu'une situation menaçant l'équilibre de la convention qu'il a conclue avec la banque et ses intérêts financiers lui soit signalée afin qu'il puisse prendre à l'avance ses dispositions pour se conformer à la loi et sauvegarder son droit de propriété. Pareille relation de confiance est inhérente aux opérations bancaires et au droit y relatif.

53. La Cour rappelle par ailleurs que le principe de la sécurité juridique est implicite dans l'ensemble des articles de la Convention et qu'il constitue l'un des éléments fondamentaux de l'État de droit (*Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie* [GC], n° 13279/05, § 56, 20 octobre 2011). Or, de l'avis de la Cour, l'État a l'obligation positive de protéger le citoyen et de prévoir ainsi l'obligation pour les banques, compte tenu des conséquences fâcheuses que peut avoir la prescription, d'informer le titulaire d'un compte inactif de l'approche de la fin du délai de prescription et de lui donner ainsi la possibilité d'interrompre la prescription en effectuant par exemple une opération sur le compte. N'exiger aucune information de ce type risque de rompre le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la collectivité et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu.

54. Faute d'une telle information, la Cour estime que le requérant a été amené à supporter une charge excessive et disproportionnée que ne

sauraient justifier ni la nécessité de liquider des rapports juridiques dont l'existence serait incertaine – comme l'a affirmé en l'espèce la cour d'appel – ni le bon fonctionnement du système bancaire.

55. Dès lors, il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 dans le chef du requérant.

(...)

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

59. 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**

60. Le fils du requérant réclame d'abord l'indemnisation du dommage matériel subi par son père. Il renvoie à cet effet à la requête de celui-ci devant la Cour, dans laquelle il demandait le remboursement de la somme de 660 000 drachmes qu'il avait déposée à la banque, augmentée des intérêts, et telle qu'elle était indiquée dans son action du 3 juin 2003 devant le tribunal de première instance d'Athènes, à savoir 30 550,74 euros (EUR). Pour dommage moral, il réclame la somme de 100 000 EUR.

61. En ce qui concerne le dommage matériel, le Gouvernement soutient que le fils du requérant n'a pas présenté de demande spécifique, exprimée dans la monnaie de l'État défendeur et dans le délai imparti, comme l'exige l'article 60 § 2 du règlement de la Cour. Il renvoie seulement au formulaire de requête, qui ne contenait pas de demande claire et qui lui-même renvoie à l'action du requérant devant le tribunal de première instance d'Athènes. Quant au dommage moral, le Gouvernement considère non seulement que la somme sollicitée est infondée et excessive, mais encore que le fils du requérant ne saurait prétendre à une indemnité à ce titre car la personne affectée par la mesure litigieuse était le requérant lui-même et en aucun cas ses héritiers.

62. La Cour estime que le fils du requérant n'a pas manqué de présenter comme il le devait ses prétentions au titre du dommage matériel. Il réclame en fait la somme que le requérant lui-même demandait dans son action du 3 juin 2003 devant le tribunal de première instance d'Athènes et qui était clairement exprimée en euros dans cette action, soit 30 550,74 EUR.

63. La Cour, d'une part, rappelle avoir conclu qu'il y a eu en l'espèce violation de la première phrase du premier alinéa de l'article 1 du

Protocole n° 1, et, d'autre part, estime qu'elle ne saurait spéculer sur la somme que les juridictions helléniques auraient accordée au requérant si celui-ci avait obtenu gain de cause. Elle considère cependant qu'il y a lieu d'allouer au fils du requérant la somme de 15 000 EUR, tous dommages confondus.

### **B. Frais et dépens**

64. Le fils du requérant demande également 5 000 EUR pour frais et dépens mais sans préciser si cette somme porte sur les frais engagés devant les juridictions internes ou devant la Cour ou les deux.

65. Le Gouvernement souligne que le fils du requérant ne fournit aucune preuve à l'appui de ses prétentions.

66. 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. Dans le cas d'espèce, la Cour note que le requérant ne produit aucune facture en ce qui concerne les frais engagés devant les juridictions saisies et la Cour. Il échet donc de rejeter ses prétentions au titre des frais et dépens.

### **C. Intérêts moratoires**

67. 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,

(...)

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

3. *Dit*

a) que l'État défendeur doit verser au fils du requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, la somme de 15 000 EUR (quinze mille euros) tous dommages confondus, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt ;

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 ;

4. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 29 janvier 2013, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

André Wampach  
Greffier adjoint

Isabelle Berro-Lefèvre  
Présidente



ZOLOTAS v. GREECE (No. 2)  
*(Application no. 66610/09)*

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 29 JANUARY 2013<sup>1</sup>

---

1. Translation; original French. Extracts.



SUMMARY<sup>1</sup>**Transfer to State of money in dormant bank accounts owing to operation of statutory limitation period**

The State has a positive obligation under Article 1 of Protocol No. 1 to include provisions in its legislation requiring banks, in view of the potentially adverse consequences of limitation periods, to inform holders of dormant accounts when the limitation period is due to expire so that they can stop the period running if they so wish (see paragraph 53 of the judgment).

**Article 1 of Protocol No. 1**

*Peaceful enjoyment of possessions – Transfer to State of money in dormant bank accounts owing to operation of statutory limitation period – Agreement between the parties subject to application of the law – Legitimate aim – Public interest – Termination of legal relationships created in distant past whose existence has become uncertain – Individuals placed at disadvantage – Requirement for banks to inform holders of dormant bank accounts when limitation period due to expire – Affording opportunity to stop time running – Fair balance between interests at stake – Proportionality*

\*

\* \*

*Facts*

Having opened a bank account in Greece, the applicant was obliged to leave the country for several years. On his return, his bank refused to pay back the balance in his account to him on the ground that no transactions had been registered on the account for over twenty years. In 2003 the applicant brought an action in the civil courts in order to recover the sum in question (30,550 euros (EUR)). The courts took the view that his claims against the bank were barred by the limitation period laid down in the Civil Code and that the sum in question belonged to the State, as the beneficiary of dormant bank accounts. In January 2009 the Court of Cassation dismissed an appeal by the applicant on points of law.

*Law*

Article 1 of Protocol No. 1: When the applicant had visited his bank in February 2003 to enquire about his account, he had learnt that as no transactions had been registered on it since the second half of 1981 all his claims had become time-barred. It could be seen from the domestic courts' decisions that on opening his account he

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

had signed an agreement with the bank to open a deposit account. The applicant's claims under that agreement were subject to the twenty-year limitation period provided for by the Civil Code. The domestic courts to which the applicant had taken his case had applied the law, under which cash deposits and interest accruing thereon in banks would be transferred permanently to the State where, for a period of twenty years, they had not been claimed by the account holder or there had been no account transactions. The court of appeal had further found that the limitation period had not been interrupted, as the entry in the bank's records of the interest accruing on the applicant's account did not stop the period running, nor had it been suspended by *force majeure*, as the applicant had alleged. The time-barring of the applicant's claims in respect of his own bank account had constituted an interference with his right to the peaceful enjoyment of his possessions. The imposition of a limitation period had pursued a legitimate aim in the public interest, namely that of terminating, in the interests of the community, legal relationships that had been created so long before that their existence had become uncertain. The system of statutory limitation was reasonable, as the limitation period was a long one and it was not difficult or impossible for account holders to stop it running. However, the application of such a drastic measure as the time-barring of claims to a bank account on the ground that no transactions had been registered for a certain time, coupled with case-law to the effect that the entering of interest in the records was not regarded as an account transaction interrupting the limitation period, was liable to place account holders, especially when they were ordinary citizens unversed in civil or banking law, at a disadvantage *vis-à-vis* the bank or even the State. Under the Civil Code, while a person who deposited a sum of money in a bank transferred to the latter the right to use the sum in question, the bank was required to keep it, and if it used the sum for its own purposes it had to return an equivalent sum to the depositor on termination of the agreement. Account holders were therefore entitled to believe, in good faith, that their deposits with the bank were safe, especially if they saw that interest had been credited to their account. Account holders could legitimately expect to be informed of any situation that might jeopardise the agreement they had entered into with the bank or their financial interests, so that they could take the necessary steps in advance to comply with the law and protect their property rights. Such a relationship of trust was inherent in banking transactions and banking law. The State had a positive obligation to protect citizens and thus to require that banks, in view of the potentially adverse consequences of limitation periods, should inform the holders of dormant accounts when the limitation period was due to expire, thus enabling them to stop the period running, for example by carrying out a transaction on the account. Not requiring any information of this kind to be provided was liable to upset the fair balance that had to be struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights. The absence of such information had placed an

excessive and disproportionate burden on the applicant that could not be justified either by the need to terminate legal relationships whose existence had become uncertain or in order to ensure the proper functioning of the banking system.  
*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: EUR 15,000 in respect of pecuniary and non-pecuniary damage.

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

- Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, ECHR 2004-V  
*Fuklev v. Ukraine*, no. 71186/01, 7 June 2005  
*J.A. Pye (Oxford) Ltd v. the United Kingdom*, no. 44302/02, 15 November 2005  
*J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. the United Kingdom* [GC], no. 44302/02, ECHR 2007-III  
*Kesyan v. Russia*, no. 36496/02, 19 October 2006  
*Kin-Stib and Majkić v. Serbia*, no. 12312/05, 20 April 2010  
*Kotov v. Russia* [GC], no. 54522/00, 3 April 2012  
*Marčić and Others v. Serbia*, no. 17556/05, 30 October 2007  
*Matheus v. France*, no. 62740/00, 31 March 2005  
*Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey* [GC], no. 13279/05, 20 October 2011  
*Öneryıldız v. Turkey* [GC], no. 48939/99, ECHR 2004-XII  
*Optim and Industerre v. Belgium* (dec.), no. 23819/06, 11 September 2012  
*Păduraru v. Romania*, no. 63252/00, ECHR 2005-XII  
*Sovtransavto Holding v. Ukraine*, no. 48553/99, ECHR 2002-VII  
*Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 23 September 1982, Series A no. 52  
*Stubbings and Others v. the United Kingdom*, 22 October 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV  
*Tunnel Report Limited v. France*, no. 27940/07, 18 November 2010



**In the case of Zolotas v. Greece (no. 2),**

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

Isabelle Berro-Lefèvre, *President*,  
Elisabeth Steiner,  
Khanlar Hajiyev,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Julia Laffranque,  
Linos-Alexandre Sicilianos,  
Erik Møse, *judges*,

and André Wampach, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 8 January 2013,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 66610/09) against the Hellenic Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Greek national, Mr Anastasios Zolotas (“the applicant”), on 7 December 2009.

2. The Greek Government (“the Government”) were represented by their Agent’s delegates, Ms F. Dedoussi, Adviser at the State Legal Council, and Ms Z. Hadjipavlou, Legal Assistant at the State Legal Council.

3. The applicant alleged, in particular, a violation of the right guaranteed by Article 1 of Protocol No. 1.

4. On 31 August 2011 the Government were given notice of the application. It was also decided to rule on the admissibility and merits of the application at the same time (Article 29 § 1 of the Convention).

**THE FACTS**

5. The applicant was born in 1924 and died on 27 February 2011, while his application was pending before the Court. His son, Mr Panayotis Zolotas, stated that he wished to continue the proceedings.

## I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

6. On 11 July 1974 the applicant, who at that time was a practising lawyer, opened a bank account with the General Bank of Greece, into which he paid the sum of 660,000 drachmas (1,936.90 euros (EUR)). From the second half of 1981 until 2003, he did not perform any transactions on the account (cash withdrawals or deposits or entering of interest in the booklet provided for that purpose). As both he and his wife had severe and disabling health problems, the applicant was obliged to live abroad for many years. On 6 February 2003 he requested the bank to inform him of the status of his account. The bank replied that, because there had been no transactions on the account since the second half of 1981, all his claims in respect of the account had become time-barred. However, it informed the applicant that it still kept an up-to-date file concerning him in its records, in which it entered the interest accruing on the account.

7. On 3 June 2003 the applicant brought an action against the bank in the civil courts, claiming the sum he had deposited with the bank, plus interest, giving a total amount of EUR 30,550.74. In judgment no. 1481/2005 of 21 April 2005 the Athens Court of First Instance dismissed his action, finding that the applicant's claims were barred by the twenty-year limitation period laid down in respect of claims arising out of an agreement on the deposit of fungible goods (*Ανώμαλη παρακαταθήκη*) within the meaning of Article 830 of the Civil Code (see paragraphs 18 and 19 below). In particular, the court stated as follows:

“... [The applicant] relies on Article 1 of Protocol No. 1 ... and on the Paris Protocol of 20 March 1952 concerning protection of property; these are not applicable in the present case since the institution of statutory limitation under domestic law prevails over them. This statutory limitation [provided for by Article 247 of the Civil Code] is independent of the fact that, in accordance with Article 3 of Legislative Decree no. 1195/1942, cash deposits with national banks and the corresponding interest are transferred permanently to the State where they have not been claimed by the account holder for a period of twenty years for the deposits and a period of five years for the interest ...”

8. The applicant appealed against that judgment, basing his arguments on the relevant provisions of domestic law and on Article 1 of Protocol No. 1. He submitted that the limitation period had been suspended by *force majeure* or had stopped running in accordance with Article 260 of the Civil Code, since the bank had updated his file every six months, entering the interest that had accrued.

9. By judgment no. 2452/2006 of 6 April 2006 the Athens Court of Appeal dismissed the appeal, taking the view that the twenty-year limitation period applicable to agreements on the deposit of fungible goods had been justified by an aim in the public interest, namely that of terminating, in the interests of the community (*Κοινωνική οικονομία*), legal relationships that had been created so long before that their existence had become uncertain. The fact that the bank had continued to enter the interest accruing on the applicant's account did not, in the Court of Appeal's view, amount to a recognition of the applicant's claims capable of stopping the running of the twenty-year limitation period. In the case of bank deposits, the running of that period could be interrupted only by a new deposit or withdrawal, by a transfer of funds or by the payment of interest. The Court of Appeal also based its decision on Legislative Decree no. 1195/1942, according to which sums of money in bank accounts that had remained dormant for twenty years were transferred to the State on expiry of that period.

10. The Court of Appeal also rejected the objection raised by the applicant to the effect that the limitation period had been suspended by *force majeure* (his and his wife's health problems). The court considered that there had been no *force majeure* in the case before it since the applicant and his wife had not been continuously ill throughout the limitation period, and particularly during the last six months of the period, with the result that it had not been impossible for the applicant to withdraw the sum deposited and the corresponding interest, either in person or via a representative.

11. The applicant appealed on points of law, relying on Article 1 of Protocol No. 1.

12. On 12 January 2009 the Court of Cassation dismissed the appeal as unfounded, on the ground that the application of the legislation in question had not infringed the applicant's right to the peaceful enjoyment of his possessions as defined by Article 1 of Protocol No. 1 (judgment no. 50/2009). More specifically, the Court of Cassation found as follows:

“... [O]wing to the fact that the above-mentioned limitation period, like any statutory limitation period, is laid down in the public interest, which requires the regularisation of relationships that lie in the past and have therefore become uncertain, and is also dictated by the interest of the community, the impugned provisions are not contrary [to Protocol No. 1].”

13. That judgment was finalised and certified as authentic on 9 June 2009.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

14. Article 3 of Legislative Decree no. 1195/1942 on the statutory limitation of bank deposits and other securities and claims to the benefit of the State reads as follows:

### **Statutory limitation of deposits and interest to the benefit of the State**

“Cash deposits with national banks and the corresponding interest ... shall be transferred permanently to the State where they have not been claimed by the account holder or have not been the subject of any account transactions for a period of twenty years from the date on which they became available and, in the case of interest, for a period of five years from the date on which it became payable.”

15. Legislative Decree no. 1195/1942 was ratified by Cabinet decision no. 315 of 30 May 1946 and remained in force after the enactment of the Civil Code.

16. Under the terms of the legislative decree, the time-barring of certain debts and claims, instead of benefiting the debtor as is the case under the ordinary law, benefits the State. In addition to deposits with banks and credit institutions, these debts and claims also encompass those arising out of the capital and income from securities held with banks and limited companies.

...

18. The relevant provisions of the Civil Code read as follows:

### **Article 247**

#### **Statutory limitation of claims**

“The right to require another to perform or refrain from performing an act (claim) shall be subject to statutory limitation.”

### **Article 249**

#### **Twenty-year limitation period**

“Except where otherwise provided, the limitation period for claims shall be twenty years.”

### **Article 260**

#### **Interruption – Recognition**

“The limitation period shall stop running when the claim is recognised, by whatever means, by the debtor.”

### **Article 830**

#### **Deposit of fungible goods**

“The deposit of a sum of money or other fungible goods shall, in the event of doubt, be considered as a loan if the deposit taker is authorised to make use of the

goods. However, as regards the time and place for return of the goods, the provisions concerning deposits shall apply in the event of doubt. ...”

19. The term “deposit of fungible goods” refers to the deposit, following agreement between the parties, of money or other fungible goods for safekeeping by the other party, where the latter is authorised to use the goods. According to well-established legal theory and case-law, the depositing of money in a bank at the normal interest rate and with the possibility of immediate withdrawal is characterised as an agreement for the deposit of fungible goods.

20. Under Article 260 of the Civil Code, the limitation period stops running when the debtor recognises the claim by whatever means. It is generally accepted that such recognition simply requires some act or conduct which demonstrates clearly that the debtor recognises his or her obligation and the creditor’s claim. This may take the form of partial reimbursement of the debt, the payment of interest, the provision of a security, a request for additional time or a request to be discharged from the debt (Georgiadis-Stathopoulos, *Civil Code – Interpretation article by article*, p. 461).

21. In order for the act of recognition by the debtor to stop the limitation period running (Article 260 of the Civil Code), it must be addressed to the creditor and must reach him or her (Court of Cassation judgment no. 1178/1976, *Nomiko Vima* 25/710). The mere fact of the debtor entering the debt in his or her records does not amount to recognition of the claim within the meaning of Article 260 and is therefore not capable of stopping the running of the limitation period (Court of Cassation judgment no. 924/1977, *Nomiko Vima* 26/726).

22. As to the limitation period for claims by account holders in respect of their accounts, it is accepted that the period ceases to run with any new deposit or withdrawal or any action resulting in a change to the account. Time does not cease to run as a result of interest accruing on the account, even if the interest is capitalised, or as a result of the six-monthly update of the account holder’s file (Court of Cassation judgments nos. 739/2004 and 50/2009).

...

24. In a similar vein, the Court of Cassation ruled that banks were not obliged to notify account holders when the limitation period was due to expire. As the banks issued each customer with an account booklet, it was up to the customer to have it kept up to date, since it constituted proof of the sum deposited in the account and the performance of transactions on the account (Court of Cassation judgments nos. 432/1990 and 1623/1995).

## THE LAW

### I. GENERAL OBSERVATION

25. The Court must first of all determine the issue whether Mr Panayotis Zolotas is entitled to pursue the application originally lodged by the applicant, who died in February 2011.

26. The Court points out that in a number of cases in which an applicant died in the course of the proceedings, it has taken into account the statements of the applicant's heirs or of close family members expressing the wish to pursue the proceedings (see, for example, *Deweert v. Belgium*, 27 February 1980, §§ 37-38, Series A no. 35; *X v. the United Kingdom*, 5 November 1981, § 32, Series A no. 46; *Vocaturo v. Italy*, 24 May 1991, § 2, Series A no. 206-C; *G. v. Italy*, 27 February 1992, § 2, Series A no. 228-F; *Pandolfelli and Palumbo v. Italy*, 27 February 1992, § 2, Series A no. 231-B; *X v. France*, 31 March 1992, § 26, Series A no. 234-C; *Raimondo v. Italy*, 22 February 1994, § 2, Series A no. 281-A; *Malhous v. the Czech Republic* (dec.) [GC], no. 33071/96, ECHR 2000-XII; and contrast *Scherer v. Switzerland*, 25 March 1994, §§ 31-32, Series A no. 287).

27. In the instant case the Court notes that Mr Panayotis Zolotas is the applicant's son and joint heir to his estate by intestate succession, and that the right protected by Article 1 of Protocol No. 1 is eminently transferable. Mr P. Zolotas therefore has a legitimate interest which gives him standing to complain on behalf of his deceased father.

### II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 1 OF PROTOCOL No. 1

28. The applicant complained that the domestic civil courts, basing their findings on the twenty-year limitation period laid down by the Civil Code and on Legislative Decree no. 1195/1942, had held that his claims *vis-à-vis* the bank where he held an account were time-barred and that the balance of the account went to the State, as the ultimate beneficiary of dormant bank accounts. He alleged a violation of Article 1 of Protocol No. 1, which provides:

“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

...

## **B. Merits**

### *1. The parties' submissions*

#### **(a) The Government**

30. The Government stressed that the main aim of Legislative Decree no. 1195/1942 was to serve the general interest by preventing banks, limited companies and other legal entities from collecting the capital or income from securities when the holders of the securities had remained inactive; this was due in most cases to their having died without descendants or having decided to renounce their claims.

31. The applicant's claims had become time-barred under the general provisions of the Civil Code, which existed in parallel with those of the legislative decree and independently of them. The legislative decree differed from Articles 247 et seq. of the Civil Code in that sums in respect of which claims had become time-barred went to the State and not to the bank where the dormant account was held. The application of the provisions of the legislative decree in the applicant's case had had no particular impact on the limitation period since, in the Government's view, his claim would in any event have been time-barred even on the basis of the Civil Code alone, the only difference being that the bank rather than the State would have been the beneficiary.

32. In the Government's submission, the bank had not been obliged to notify the applicant when the limitation period was due to expire. As the bank had issued him with an account booklet, it had been up to him to ensure that it was kept up to date, since it constituted proof of the sum deposited in his account and the performance of transactions on the account (the Government referred to Court of Cassation judgments nos. 432/1990 and 1623/1995 – see paragraph 24 above).

33. Accordingly, the six-monthly update of the applicant's account statements by the bank, in the form of entry of the interest accruing on the account, did not stop the running of the limitation period, since that act was not addressed to the applicant and did not reach him but merely concerned the updating of the bank's data, which was an internal bank procedure. The act in question had not been notified to the applicant, as the latter had not come forward to perform a transaction or to have the changes to his account recorded in his booklet.

34. The Government further criticised the applicant for not having shown a minimum of diligence. Lastly, they pointed out that the domestic

courts had rejected the grounds of *force majeure* advanced by the applicant in support of his argument that the limitation period had been suspended on account of his own and his wife's health problems.

**(b) The applicant**

35. The applicant submitted that his intention, at the time of opening the account and in the spirit of freedom of contract, had been to take out a life annuity. The application of a limitation period, when it was clear that there was no threat to public order, had been incompatible in his view with the principles of good faith, morality and reciprocal practices. Moreover, the capitalisation of the deposit by means of the accrual of interest could not, in his view, be time-barred in so far as the bank had thereby recognised his claim, in an indirect but nevertheless certain manner. Furthermore, the capitalisation of interest constituted grounds for suspension of the limitation period.

36. The applicant stressed that the bank should have informed him of the risk he ran of losing his money, and that the State should have kept the funds for a reasonable minimum time after expiry of the limitation period in order to protect his property and that of his heir. The applicant cited the examples of the French, Italian and German legislation, which provided for persons to be informed in this way.

37. In the applicant's view, the fact that there had been no transactions on his account during the limitation period had been due to *force majeure*, particularly between the last six months of the period and the date (6 February 2003) on which he had requested the bank to inform him of the status of his account.

38. Lastly, the applicant submitted that Legislative Decree no. 1195/1942 had never been ratified and did not have the force of a valid legal instrument. He considered it damning that a democratic country like Greece should apply legislation dating from the era of occupation by Nazi Germany and confiscate individuals' money without informing them. In his view, public-interest grounds could not be invoked to the detriment of the private interests at stake in the present case, in the absence of legislation allowing the persons concerned to receive compensation for the loss of their property.

*2. The Court's assessment*

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

39. The Court points out that Article 1 of Protocol No. 1, the essential object of which is to protect the individual against unjustified interference

by the State with the peaceful enjoyment of his or her possessions, may also entail positive obligations requiring the State to take certain measures necessary to protect the right of property, particularly where there is a direct link between the measures an applicant may legitimately expect from the authorities and his effective enjoyment of his possessions (see *Öneryıldız v. Turkey* [GC], no. 48939/99, § 134, ECHR 2004-XII; *Păduraru v. Romania*, no. 63252/00, § 88, ECHR 2005-XII; *Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, § 143, ECHR 2004-V; and *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, no. 48553/99, § 96, ECHR 2002-VII). Even in horizontal relations there may be public-interest considerations involved which may impose some obligations on the State. In *Broniowski* (cited above, § 143), for instance, the Court held that positive obligations under Article 1 of Protocol No. 1 might require the State to take the measures necessary to protect property rights (see *Kotov v. Russia* [GC], no. 54522/00, § 109, 3 April 2012).

40. The boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 1 of Protocol No. 1 do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. Whether the case is analysed in terms of a positive duty of the State or in terms of interference by a public authority which needs to be justified, the criteria to be applied do not differ in substance. Both an interference with the peaceful enjoyment of possessions and an abstention from action must strike a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights (see, among other authorities, *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 23 September 1982, § 69, Series A no. 52, and *Kotov*, cited above, § 110).

41. The Court has also held that, in certain circumstances, Article 1 of Protocol No. 1 may impose "certain measures necessary to protect the right of property ... even in cases involving litigation between individuals or companies" (see *Sovtransavto Holding*, cited above, § 96). This principle has been applied extensively in the context of enforcement proceedings against private debtors (see *Fuklev v. Ukraine*, no. 71186/01, §§ 89-91, 7 June 2005, and *Kesyan v. Russia*, no. 36496/02, §§ 79-80, 19 October 2006; see also *Kin-Stib and Majkić v. Serbia*, no. 12312/05, § 84, 20 April 2010; *Marčić and Others v. Serbia*, no. 17556/05, § 56, 30 October 2007; and, *mutatis mutandis*, *Matheus v. France*, no. 62740/00, §§ 68 et seq., 31 March 2005).

42. In assessing compliance with Article 1 of Protocol No. 1, the Court must make an overall examination of the various interests in issue, bearing in mind that the Convention is intended to safeguard rights that are "practical and effective". It must look behind appearances and investigate the realities of the situation complained of. That assessment may involve not only the relevant compensation terms – if the situation is akin to the

taking of property – but also the conduct of the parties, including the means employed by the State and their implementation. In that context, it should be stressed that uncertainty – be it legislative, administrative or arising from practices applied by the authorities – is a factor to be taken into account in assessing the State’s conduct. Indeed, where an issue in the general interest is at stake, it is incumbent on the public authorities to act in good time, in an appropriate and consistent manner (see *Tunnel Report Limited v. France*, no. 27940/07, § 39, 18 November 2010).

43. The Court further reiterates its case-law to the effect that the fact that an applicant’s claims are subject to a limitation period does not by itself raise any issue with regard to the Convention. Limitation periods are a common feature of the domestic legal systems of the Contracting States, designed to ensure legal certainty and finality and prevent the injustice which might arise if courts were required to decide upon events which took place in the distant past (see *J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. the United Kingdom* [GC], no. 44302/02, § 68, ECHR 2007-III, and *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, 22 October 1996, § 51, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV).

44. Lastly, the Court stresses that the notion of “public interest” in the second sentence of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 is necessarily extensive. The national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in “the public interest”. The Court, finding it natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one, will respect the legislature’s judgment as to what is in the public interest unless that judgment is manifestly without foundation. The possible existence of alternative solutions does not in itself render the contested legislation unjustified. Provided that the legislature remains within the bounds of its margin of appreciation, it is not for the Court to say whether the legislation represented the best solution for dealing with the problem or whether the legislature’s discretion should have been exercised in another way (see *J.A. Pye (Oxford) Ltd v. the United Kingdom*, no. 44302/02, §§ 43-45, 15 November 2005).

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

45. In the present case the Court notes first of all that when the applicant went to his bank on 6 February 2003 to enquire about the status of his account, he learnt that, since there had been no transactions on the account since the second half of 1981, all claims in relation to it were time-barred. It is clear from the decisions of the domestic courts that, on opening the account, the applicant had entered into an agreement with the bank which,

according to consistent case-law and legal theory in Greece, constituted an agreement on the deposit of fungible goods (Article 830 of the Civil Code). The applicant's claims arising out of that agreement were subject to the twenty-year limitation period laid down by the Civil Code (Articles 247 and 249).

46. The Court also notes that the domestic courts to which the applicant took his case based their findings on Article 3 of Legislative Decree no. 1195/1942, under the terms of which cash deposits and the corresponding interest held with banks were transferred permanently to the State where they had not been claimed by the account holder or where there had been no transactions on the account for a period of twenty years. The Court of Appeal, moreover, held that the limitation period had neither stopped running – as the entry in the bank's records of the interest accruing on the applicant's account did not cause time to stop running (see paragraph 9 above) – nor had it been suspended by *force majeure* as argued by the applicant (see paragraph 10 above).

47. In the Court's view, the time-barring of the applicant's claims in respect of his own account constituted interference with his property rights. The interference in question was neither an expropriation nor a measure to control the use of property; it therefore falls to be dealt with under the first sentence of the first paragraph of Article 1 (see, *mutatis mutandis*, *Optim and Industerre v. Belgium* (dec.), no. 23819/06, § 35, 11 September 2012). It must therefore be determined whether a fair balance was struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights.

48. The Court does not doubt that the limitation period imposed under Articles 247 and 249 of the Civil Code and Article 3 of Legislative Decree no. 1195/1942 pursued a legitimate aim. As the Court of Appeal stressed in its judgment of 6 April 2006, the twenty-year limitation period for agreements on the deposit of fungible goods was justified by an aim in the public interest, namely that of terminating, in the interests of the community, legal relationships that had been created so long before that their existence had become uncertain.

49. Regard being had, among other factors, to its case-law concerning statutory limitation (see paragraph 43 above), the Court considers that the Greek system of statutory limitation referred to above is reasonable; the limitation period of twenty years is a long one and it is not difficult or impossible for the persons concerned to stop it running.

50. In ruling on the applicant's case the Greek courts followed and applied the relevant legislation and case-law in force: firstly, Article 3 of the legislative decree, which stated that the limitation period in respect

of an account holder's claims stopped running only when the account holder claimed back his or her deposit or performed a transaction on the account; and secondly, Article 260 of the Civil Code, which stated that the limitation period stopped running when the debtor – in this case, the bank – recognised the claim. In that regard the Court of Cassation held that the act of recognition had to have been addressed to the creditor and to have reached him or her, and that the mere fact of entering the debt in the bank's records did not amount to recognition of the claim for the purposes of Article 260 and was therefore not capable of stopping the running of the limitation period (see paragraphs 18 and 21 above).

51. However, the Court considers that such a drastic measure as the time-barring of claims in respect of a bank account, on the ground that there have been no transactions on the account for a certain time, coupled with the case-law according to which the entering of interest in the records does not constitute an account transaction, is apt to place account holders, especially when they are ordinary citizens unversed in civil or banking law, at a disadvantage *vis-à-vis* the bank or even the State in cases where Article 3 of the legislative decree is applicable.

52. The Court notes that under Article 830 of the Civil Code, if a person who deposits a sum of money in a bank transfers to the latter the right to use the sum in question, the bank must keep it and, if it uses it for its own purposes, must return an equivalent sum to the depositor on termination of the agreement. Account holders are therefore entitled to believe, in good faith, that their deposits are safe, especially if they see that interest has been credited to their account. They can legitimately expect to be informed of any situation that might jeopardise the agreement they entered into with the bank or their financial interests, so that they can take the necessary steps in advance to comply with the law and protect their property rights. Such a relationship of trust is inherent in banking transactions and banking law.

53. The Court further reiterates that the principle of legal certainty is implicit in all the Articles of the Convention and constitutes one of the fundamental aspects of the rule of law (see *Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey* [GC], no. 13279/05, § 56, 20 October 2011). In the Court's view, the State has a positive obligation to protect citizens and to require that banks, in view of the potentially adverse consequences of limitation periods, should inform the holders of dormant accounts when the limitation period is due to expire and thus afford them the possibility of stopping the limitation period running, for instance by performing a transaction on the account. Not requiring any information of this kind to be provided is liable to upset the fair balance that must be struck between the demands of the

general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights.

54. In the Court's view, the absence of such information placed an excessive and disproportionate burden on the applicant which cannot be justified either by the need to terminate legal relationships whose existence has become uncertain – as asserted by the Court of Appeal in the instant case – or in order to ensure the proper functioning of the banking system.

55. Accordingly, there has been a violation of the applicant's rights under Article 1 of Protocol No. 1.

...

#### IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

59. 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**

60. The applicant's son first claimed compensation for the pecuniary damage sustained by his father. He referred in that regard to his father's application to the Court, in which the latter had requested reimbursement of the sum of 660,000 drachmas which he had deposited with the bank, plus interest, giving a sum of 30,550.74 euros (EUR), as indicated in his action of 3 June 2003 before the Athens Court of First Instance. He also claimed EUR 100,000 in respect of non-pecuniary damage.

61. With regard to pecuniary damage, the Government submitted that the applicant's son had not lodged a specific claim expressed in the currency of the respondent State and within the time allowed, as required by Rule 60 § 2 of the Rules of Court. He had simply referred to the application form, which did not contain a clearly formulated claim and which in turn referred to the applicant's action before the Athens Court of First Instance. As to non-pecuniary damage, not only was the amount claimed unfounded and excessive, but the applicant's son was also not entitled to compensation under this head as the person affected by the measure in question had been the applicant himself and in no sense his heirs.

62. The Court considers that the applicant's son did not fail to present his claims in respect of pecuniary damage in the proper manner, as he claimed the sum which the applicant himself had sought in his action of

3 June 2003 before the Athens Court of First Instance and which had been clearly expressed in euros, namely the sum of EUR 30,550.74.

63. The Court observes, firstly, that it has found a violation of the first sentence of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 in the instant case and, secondly, that it cannot speculate as to the amount that the Greek courts would have awarded the applicant had his action succeeded. However, it considers it appropriate to award the applicant's son the sum of EUR 15,000 to cover all heads of damage.

### **B. Costs and expenses**

64. The applicant's son also claimed EUR 5,000 in respect of costs and expenses, without however specifying whether this amount related to the costs incurred before the domestic courts or this Court, or both.

65. The Government stressed that the applicant's son had not furnished any evidence in support of his claims.

66. 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 were reasonable as to quantum. In the present case the Court notes that the applicant did not produce any invoices in relation to the costs incurred before the domestic courts or this Court. His claim in respect of costs and expenses must therefore be dismissed.

### **C. Default interest**

67. 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,

...

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

3. *Holds*

(a) that the respondent State is to pay the applicant's son, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the sum of EUR 15,000 (fifteen thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of all heads of 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;

4. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in French, and notified in writing on 29 January 2013, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

André Wampach  
Deputy Registrar

Isabelle Berro-Lefèvre  
President



FABRIS c. FRANCE  
(*Requête n° 16574/08*)

GRANDE CHAMBRE<sup>1</sup>

ARRÊT DU 7 FÉVRIER 2013<sup>2</sup>

---

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

2. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Différence de traitement successoral entre enfant naturel et enfant légitime**

L'impératif de l'égalité des droits prime sur la protection des droits acquis des tiers concernant l'effet rétroactif d'une loi votée pour se conformer aux mesures générales demandées dans un arrêt de la Cour.

Les dispositions transitoires adoptées à la suite de la réforme législative en application de l'article 46 de la Convention doivent assurer le plein effet des normes de la Convention, telles qu'interprétées par la Cour (paragraphe 75 de l'arrêt).

**Article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1**

*Discrimination – Respect des biens – Différence de traitement successoral entre enfant naturel et enfant légitime – Applicabilité – Naissance – Réforme du droit des successions – Mesures transitoires sécurisant les droits acquis des tiers – Impératif de l'égalité de traitement – Reconnaissance de droits incontestés – Proportionnalité – But légitime – Justification objective et raisonnable – Mesures générales*

\*

\* \*

*En fait*

Le requérant est né en 1943 de la liaison entre son père et une femme mariée, déjà mère de deux enfants issus de son union légale. En 1970, les époux M. (la mère du requérant et son mari) firent une donation-partage de leurs biens entre leurs deux enfants légitimes, se réservant l'usage des biens jusqu'à leur décès. Monsieur M. décéda en 1981 et M<sup>me</sup> M. en 1994. En 1983, le tribunal de grande instance déclara le requérant enfant naturel de M<sup>me</sup> M. En 1998, ce dernier assigna les deux enfants légitimes devant le tribunal de grande instance, sollicitant la réduction de la donation-partage afin de prétendre à sa part dans la succession de sa mère. À cette époque, la loi du 3 janvier 1972 prévoyait que les enfants adultérins pouvaient prétendre à la succession de leur père ou de leur mère à hauteur de la moitié de la part d'un enfant légitime. Après sa condamnation par la Cour en 2000 dans l'affaire *Mazurek c. France* (n° 34406/97, CEDH 2000-II), la France modifia, par la loi du 3 décembre 2001, sa législation et accorda aux enfants adultérins des droits identiques aux enfants légitimes dans le cadre du règlement des successions. Par un jugement de septembre 2004, le tribunal de grande instance déclara l'action du requérant recevable et lui donna raison sur le fond. À la suite de l'appel des

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

enfants légitimes, la cour d'appel infirma le jugement du tribunal. Le pourvoi en cassation du requérant fut rejeté.

*En droit*

Article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 :

a) *Applicabilité de l'article 14* – C'est uniquement en considération du caractère « adultérin » de sa filiation que le requérant s'est vu refuser le droit de demander la réduction de la donation-partage faite par sa mère. Or n'eût été ce motif discriminatoire, l'intéressé aurait eu un droit, pouvant être sanctionné par les tribunaux internes, sur cette valeur patrimoniale. Si la donation-partage a pour effet immédiat de réaliser un transfert de propriété, elle ne devient un partage successoral que lors du décès du donateur, soit en l'espèce en 1994. Or, à cette date, la filiation du requérant était établie. Il en résulte que les intérêts patrimoniaux du requérant entrent dans le champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1 et du droit au respect des biens qu'il garantit, ce qui suffit à rendre l'article 14 de la Convention applicable.

b) *Fond* – Le requérant s'est vu privé d'une part de réserve héréditaire et placé définitivement dans une situation différente de celle des enfants légitimes quant à la succession de leur mère. Cette différence de traitement résulte de la loi de 2001, qui met comme condition à l'application des nouveaux droits successoraux des enfants « adultérins » aux successions ouvertes avant le 4 décembre 2001 qu'elles n'aient pas donné lieu à un partage avant cette date. Or, interprétant la disposition transitoire concernée, la Cour de cassation a estimé que le partage successoral avait eu lieu en 1994, au moment du décès de la mère du requérant, suivant en cela une jurisprudence ancienne selon laquelle en matière de donation-partage la succession est à la fois ouverte et partagée par le décès du donateur. Un enfant légitime, omis de la donation-partage ou non encore conçu lors de celle-ci, ne se serait pas vu opposer un tel obstacle pour obtenir sa réserve ou sa part héréditaire. Il n'est dès lors pas contesté que la différence de traitement subie par le requérant a pour seul motif sa naissance hors mariage.

L'État français a modifié le droit des successions, à la suite de l'arrêt *Mazurek*, en abrogeant l'ensemble des dispositions discriminatoires à l'égard de l'enfant « adultérin ». Toutefois, selon le Gouvernement, il n'était pas possible de porter atteinte aux droits acquis par les tiers, en l'occurrence les autres héritiers, et cela a justifié de limiter l'effet rétroactif de la loi de 2001 aux seules successions qui étaient ouvertes à la date de sa publication et n'avaient pas donné lieu à un partage à cette date. Les dispositions transitoires auraient ainsi été aménagées pour garantir la paix des familles en sécurisant les droits acquis des bénéficiaires de successions déjà partagées.

Sous la réserve de l'action en réduction prévue par la loi, le demi-frère et la demi-sœur du requérant ont obtenu des droits patrimoniaux par l'effet de la donation-partage de 1970, celle-ci opérant partage successoral lors du décès de la mère en 1994.

Cette circonstance permet de distinguer la présente affaire de l'affaire *Mazurek*, où le partage successoral n'avait pas encore été réalisé. Cependant, « la protection de la « confiance » du *de cuius* et de sa famille doit s'effacer devant l'impératif de l'égalité de traitement entre enfants nés hors mariage et enfants issus du mariage ». À cet égard, le demi-frère et la demi-sœur du requérant savaient, ou auraient dû savoir, que leurs droits pouvaient se voir remis en cause. En effet, lors du décès de leur mère en 1994, la loi prévoyait un délai de cinq ans pour exercer une action en réduction de la donation-partage. Leur demi-frère pouvait demander sa part héréditaire jusqu'en 1999 et cette action était susceptible de remettre en cause, non pas le partage comme tel, mais l'étendue des droits de chacun des descendants. Par ailleurs, l'action en réduction que le requérant avait finalement engagée en 1998 était pendante devant les juridictions nationales au moment du prononcé de l'arrêt *Mazurek*, qui déclarait incompatible avec la Convention une inégalité successorale fondée sur la naissance hors mariage, et de la publication de la loi de 2001, qui donnait exécution à cet arrêt en incorporant en droit français les principes qui y étaient affirmés. Enfin, le requérant n'était pas un descendant dont ils ignoraient l'existence, car il avait été reconnu comme fils naturel de leur mère par un jugement rendu en 1983. Ceci suffisait à nourrir des doutes justifiés sur la réalité du partage successoral réalisé. Sur ce dernier point, dans les circonstances particulières de l'espèce, où la jurisprudence européenne et les réformes législatives nationales montraient une tendance claire vers la suppression de toute discrimination des enfants nés hors mariage s'agissant de leurs droits héréditaires, le recours exercé par le requérant en 1998 devant le juge national et rejeté par celui-ci en 2007 pèse lourd dans l'examen de la proportionnalité de la différence de traitement. Le fait que ce recours était toujours pendant en 2001 ne pouvait, en effet, que relativiser l'attente des autres héritiers de M<sup>me</sup> M. de se voir reconnaître des droits incontestés sur la succession de celle-ci. Aussi, le but légitime de la protection des droits successoraux du demi-frère et de la demi-sœur du requérant n'était pas d'un poids tel qu'il dût l'emporter sur la prétention du requérant d'obtenir une part de l'héritage de sa mère. Au demeurant, il semble que, même aux yeux des autorités nationales, les attentes des héritiers ayant bénéficié d'une donation-partage ne sont pas à protéger en toutes circonstances. En effet, si la même action en réduction de la donation-partage avait été exercée au même moment par un autre enfant légitime, né après celle-ci ou volontairement exclu du partage, cette fin de non-recevoir ne lui aurait pas été opposée.

Ainsi, il n'existait pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but légitime poursuivi. La différence de traitement dont le requérant a fait l'objet n'avait donc pas de justification objective et raisonnable.

Cette conclusion ne met pas en cause le droit des États de prévoir des dispositions transitoires lorsqu'ils adoptent une réforme législative en vue de s'acquitter de leurs obligations découlant de l'article 46 § 1 de la Convention. Toutefois, si le caractère essentiellement déclaratoire des arrêts de la Cour laisse à l'État le choix des moyens

pour effacer les conséquences de la violation, il y a lieu de rappeler en même temps que l'adoption de mesures générales implique pour l'État l'obligation de prévenir, avec diligence, de nouvelles violations semblables à celles constatées dans les arrêts de la Cour. Cela entraîne l'obligation pour le juge national d'assurer, conformément à son ordre constitutionnel et dans le respect du principe de sécurité juridique, le plein effet des normes de la Convention, telles qu'interprétées par la Cour. Or tel n'a pas été le cas en l'espèce.

*Conclusion* : violation (unanimité).

Article 41 : question réservée.

### Jurisprudence citée par la Cour

- Alboize-Barthes et Alboize-Montezume c. France* (déc.), n° 44421/04, 21 octobre 2008
- Albu et autres c. Roumanie*, n° 34796/09 et 63 autres, 10 mai 2012
- Ališić et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l'ex-République yougoslave de Macédoine* (déc.), n° 60642/08, 17 octobre 2011
- Andrejeva c. Lettonie* [GC], n° 55707/00, CEDH 2009
- Antoni c. République tchèque*, n° 18010/06, 25 novembre 2010
- Association nationale des pupilles de la Nation c. France* (déc.), n° 22718/08, 6 octobre 2009
- Beian c. Roumanie (n° 1)*, n° 30658/05, CEDH 2007-V
- Beyeler c. Italie* [GC], n° 33202/96, CEDH 2000-I
- Bozcaada Kimisis Teodoku Rum Ortodoks Kilisesi Vakfı c. Turquie*, nos 37639/03, 37655/03, 26736/04 et 42670/04, 3 mars 2009
- Brauer c. Allemagne*, n° 3545/04, 28 mai 2009
- Brumărescu c. Roumanie* [GC], n° 28342/95, CEDH 1999-VII
- Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, n° 28369/95, CEDH 2000-X
- Compagnie des gaz de pétrole Primagaz c. France*, n° 29613/08, 21 décembre 2010
- Depalle c. France* [GC], n° 34044/02, CEDH 2010
- Di Marco c. Italie*, n° 32521/05, 26 avril 2011
- E.S. c. France* (déc.), n° 49714/06, 10 février 2009
- Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, série A n° 126
- Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, série A n° 112
- Karaman c. Turquie*, n° 6489/03, 15 janvier 2008
- Konstantin Markin c. Russie* [GC], n° 30078/06, CEDH 2012
- Kopecký c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98, CEDH 2004-IX
- Larkos c. Chypre* [GC], n° 29515/95, CEDH 1999-I
- Magnin c. France* (déc.), n° 26219/08, 10 mai 2012
- Malhous c. République tchèque* (déc.) [GC], n° 33071/96, CEDH 2000-XII
- Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A n° 31
- Mazurek c. France*, n° 34406/97, CEDH 2000-II
- Merger et Cros c. France*, n° 68864/01, 22 décembre 2004

- Mork c. Allemagne*, n<sup>os</sup> 31047/04 et 43386/08, 9 juin 2011
- Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie* [GC], n<sup>o</sup> 13279/05, 20 octobre 2011
- Nerva et autres c. Royaume-Uni*, n<sup>o</sup> 42295/98, CEDH 2002-VIII
- Padovani c. Italie*, 26 février 1993, série A n<sup>o</sup> 257-B
- Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II
- Pla et Puncernau c. Andorre*, n<sup>o</sup> 69498/01, CEDH 2004-VIII
- Plalam S.P.A. c. Italie*, n<sup>o</sup> 16021/02, 18 mai 2010
- Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, 20 novembre 1995, série A n<sup>o</sup> 332
- Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* [GC], n<sup>o</sup> 42527/98, CEDH 2001-VIII
- Salah c. Pays-Bas*, n<sup>o</sup> 8196/02, CEDH 2006-IX
- Saghinadze et autres c. Géorgie*, n<sup>o</sup> 18768/05, 27 mai 2010
- Slivenko et autres c. Lettonie* (déc.) [GC], n<sup>o</sup> 48321/99, 23 janvier 2002
- Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], n<sup>os</sup> 65731/01 et 65900/01, CEDH 2005-X
- Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n<sup>os</sup> 65731/01 et 65900/01, CEDH 2006-VI
- Stretch c. Royaume-Uni*, n<sup>o</sup> 44277/98, 24 juin 2003
- Taron c. Allemagne* (déc.), n<sup>o</sup> 53126/07, 29 mai 2012
- Van Raalte c. Pays-Bas*, 21 février 1997, *Recueil* 1997-I
- Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n<sup>o</sup> 2)* [GC], n<sup>o</sup> 32772/02, CEDH 2009
- Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991, série A n<sup>o</sup> 214-C
- Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n<sup>o</sup> 76240/01, 28 juin 2007
- Zarb Adami c. Malte*, n<sup>o</sup> 17209/02, CEDH 2006-VIII



**En l'affaire Fabris c. France,**

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

Josep Casadevall, *président*,  
Françoise Tulkens,  
Nina Vajić,  
Lech Garlicki,  
Karel Jungwiert,  
Elisabeth Steiner,  
Alvina Gyulumyan,  
Egbert Myjer,  
Dragoljub Popović,  
George Nicolaou,  
András Sajó,  
Ledi Bianku,  
Nona Tsotsoria,  
Işıl Karakaş,  
Guido Raimondi,  
Paulo Pinto de Albuquerque,  
André Potocki, *juges*,

et de Johan Callewaert, *greffier adjoint de la Grande Chambre*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 4 avril et 24 octobre 2012,

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

**PROCÉDURE**

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 16574/08) dirigée contre la République française et dont un ressortissant de cet État, M. Henry Fabris (« le requérant »), a saisi la Cour le 1<sup>er</sup> avril 2008 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le requérant est représenté par M<sup>e</sup> A. Ottan, avocat à Lunel. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M<sup>me</sup> E. Belliard, directrice des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. Le requérant, un enfant « adultérin », alléguait avoir subi, dans le cadre de la succession de sa mère, une discrimination fondée sur la

naissance contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 et avec l'article 8 de la Convention.

4. La requête a été attribuée à la cinquième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 10 février 2010, le président de la section a décidé de la communiquer au Gouvernement. Comme le permettaient l'ancien article 29 § 3 de la Convention (article 29 § 1 actuel) et l'article 54 A du règlement, il a décidé que seraient examinés en même temps la recevabilité et le fond de l'affaire. Le 21 juillet 2011, une chambre de la cinquième section, composée de Dean Spielmann, président, Jean-Paul Costa, Boštjan M. Zupančič, Mark Villiger, Isabelle Berro-Lefèvre, Ann Power et Angelika Nußberger, juges, ainsi que de Claudia Westerdiek, greffière de section, a déclaré la requête recevable. Elle a conclu, par cinq voix contre deux, qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 et, à l'unanimité, qu'il n'y avait pas lieu d'examiner séparément le grief tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

5. Le 6 septembre 2011, le requérant a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre en vertu de l'article 43 de la Convention et de l'article 73 du règlement. Le 28 novembre 2011, le collège de la Grande Chambre a fait droit à cette demande.

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

7. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des mémoires devant la Grande Chambre.

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 4 avril 2012 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M <sup>mes</sup> A.-F. Tissier,	<i>coagent,</i>
E. Topin, ministère des Affaires étrangères et européennes,	
M.-A. Recher, ministère de la Justice,	
C. Azar, ministère de la Justice,	<i>conseillers;</i>

– *pour le requérant*

M <sup>es</sup> A. Ottan, avocat,	
M. Ottan, avocate,	<i>conseils.</i>

La Cour a entendu en leurs déclarations M<sup>e</sup> Ottan et M<sup>me</sup> Tissier.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Le requérant est né en 1943 et réside à Orléans.

#### **A. Le contexte de l'affaire**

10. Le requérant fut reconnu à sa naissance par son père. Au temps de sa conception, sa mère, M<sup>me</sup> R. épouse M., était engagée dans les liens du mariage et de cette union étaient nés deux enfants, A. née en 1923 et J.L. né en 1941. Par un jugement du 28 février 1967, la séparation de corps fut prononcée entre la mère du requérant et son époux, M. M. 11. Par un acte du 24 janvier 1970, les époux M. firent donation-partage de leurs biens entre leurs deux enfants légitimes. Cet acte, passé devant notaire, contenait une réserve d'usufruit et une action révocatoire pour garantir les charges et conditions de la donation. Lors de sa conclusion, les époux M. déclarèrent ne pas avoir d'autres enfants que les deux donataires.

12. Par un jugement du 24 novembre 1983, le tribunal de grande instance de Montpellier déclara le requérant enfant naturel de M<sup>me</sup> M., après avoir constaté que la possession d'état d'enfant naturel était amplement établie.

13. En 1984, le requérant émit le souhait de faire opposition à la donation-partage consentie en 1970. À cette date, son avocat lui indiqua que cet acte ne pouvait être contesté du vivant du donateur et que seule une action en réduction pourrait être engagée dans les cinq ans à compter du décès de celui-ci.

14. En juillet 1994, la mère du requérant décéda. Par une lettre du 7 septembre 1994, le notaire en charge de la succession rappela au requérant qu'en tant qu'enfant « adultérin », il n'avait droit qu'à la moitié de ce qu'il aurait recueilli s'il avait été légitime (la législation applicable prévoyant à ce moment-là un droit successoral réduit de moitié par rapport à un enfant légitime (...)). Il lui indiqua que ses demi-frère et demi-sœur étaient prêts à lui payer comptant la somme de 298 311 francs français (FRF) (environ 45 477 euros (EUR)) en précisant que « dans le cas d'une réduction pour survenance d'enfant ultérieur, il ne peut s'agir que d'une réduction en argent et en aucun cas en nature ». Aucun accord ne fut conclu entre les trois enfants.

#### **B. L'action en réduction intentée par le requérant**

15. Par exploit du 7 janvier 1998, le requérant assigna son demi-frère J.L. et sa demi-sœur A. en réduction de la donation-partage, conformément

à l'article 1077-1 du code civil (paragraphe 25 ci-dessous). Il demanda une part réservataire égale aux leurs sur la masse successorale de sa mère.

16. Après sa condamnation par la Cour dans l'affaire *Mazurek c. France* (n° 34406/97, CEDH 2000-II), la France modifia, par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 (ci-après, la «loi de 2001»), sa législation et accorda aux enfants «adultérins» des droits successoraux identiques aux enfants légitimes (...) Cette nouvelle loi entra en vigueur avant qu'un jugement soit prononcé dans le litige en cours. Selon ses dispositions transitoires, sous réserve des accords amiables déjà intervenus et des décisions judiciaires irrévocables, les dispositions relatives aux nouveaux droits successoraux des enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage étaient applicables aux successions ouvertes à la date de publication de la loi au Journal officiel (4 décembre 2001), et n'ayant pas donné lieu à partage avant cette date (article 25-II de la loi de 2001, paragraphe 30 ci-dessous).

17. Dans ses conclusions récapitulatives du 20 février 2003, le requérant s'appuya sur les dispositions de la loi de 2001. Il soutint que celle-ci abrogeait l'article 14 de la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation (ci-après, la «loi de 1972» (...)), disposition transitoire qui prévoyait que les droits des réservataires institués par ladite loi ne pouvaient être exercés au préjudice des donations entre vifs consenties avant son entrée en vigueur. Selon le requérant, l'abrogation de cette disposition le rendait recevable à exercer l'action en réduction prévue à l'article 1077-1 du code civil bien que la donation-partage ait été consentie le 24 janvier 1970.

### 1. Le jugement de première instance

18. Par un jugement du 6 septembre 2004, le tribunal de grande instance de Béziers fit droit à la demande du requérant. Il considéra que l'article 14 de la loi de 1972 était contraire aux articles 8 et 14 de la Convention. À cet égard, il se référa à l'arrêt *Marckx c. Belgique* (13 juin 1979, série A n° 31) reconnaissant «que la vie familiale comprenait également les intérêts matériels», ainsi qu'à plusieurs arrêts de la Cour «qui ont continué à affirmer le caractère discriminatoire des différences de traitement en matière successorale entre enfants légitimes et enfants naturels (*Mazurek* [précité], *Inze [c. Autriche]*, 28 octobre 1987, série A n° 126) et *Vermeire [c. Belgique]*, 29 novembre 1991, série A n° 214-C)». Il estima également que cet article était contraire à la loi nouvelle de 2001. Il jugea que l'intéressé disposait des mêmes droits successoraux que ses demi-frère et demi-sœur dans la succession en motivant sa décision comme suit :

«Que l'article 25-1 de la loi du 3 décembre 2001 dispose que cette loi est applicable aux successions ouvertes à compter de sa mise en application; que sous réserve des

accords amiables déjà intervenus et des décisions judiciaires irrévocables les dispositions de cette loi sont applicables aux successions ouvertes à la date de la publication de la loi au *Journal officiel de la République française* dans la mesure où ces successions n'ont pas donné lieu à un partage avant cette date ;

Qu'en l'espèce, la succession de M<sup>me</sup> M. n'a pas encore donné lieu à partage et qu'ainsi s'appliquent les dispositions relatives aux nouveaux droits successoraux des enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage. (...)

Qu'en effet, il n'est pas sérieux de soutenir que le législateur, en adoptant la loi du 3 décembre 2001, a souhaité maintenir une disposition contraire à l'esprit et au but de la nouvelle loi. »

## 2. *L'arrêt d'appel*

19. En octobre et décembre 2004, J.L. et les héritiers de A., décédée en cours de procédure, firent appel du jugement.

20. Par un arrêt du 14 février 2006, la cour d'appel de Montpellier infirma le jugement et déclara que le requérant n'était pas admis à exercer l'action en réduction de la donation-partage par application de l'article 14 alinéa 2 de la loi de 1972. Elle précisa que :

« (...) aux termes de [cet article], les droits des réservataires institués par la présente loi ou résultant des règles nouvelles concernant l'établissement de la filiation ne pourront être exercés au préjudice des donations entre vifs consenties avant son entrée en vigueur.

Ce texte, qui édicte une règle générale notamment quant aux effets rétroactifs des règles nouvelles relatives à la filiation issues de la loi du 3 janvier 1972, n'a pas été expressément abrogé par la loi du 3 décembre 2001, et son abrogation tacite ne s'évince pas non plus des termes de cette loi, d'une part en ce qu'il ne lui est pas contraire, et d'autre part en ce qu'il n'était pas cantonné à la seule application de l'article 915 du code civil abrogé par ladite loi. »

La cour d'appel estima qu'une telle conclusion n'était pas inconciliable avec le principe général d'égalité des droits quelle que soit la naissance, tel qu'il ressort des articles 1 du Protocole n° 1, 8 et 14 de la Convention :

« D'abord, les dispositions de l'article 14 de la loi de 1972 ont pour seul objet d'interdire l'exercice des droits des réservataires institués par cette loi et élargis par la loi du 3 décembre 2001, au préjudice des donations entre vifs consenties avant le 1<sup>er</sup> août 1972, sans priver lesdits réservataires de leurs droits à succession. Ensuite, elles présentent une justification objective et raisonnable au regard du but légitime poursuivi, à savoir garantir une certaine paix des rapports familiaux en sécurisant des droits acquis dans ce cadre, parfois de très longue date, sans pour autant créer de distorsion excessive entre héritiers, étant observé que [ces dispositions] ont une portée limitée à la fois dans le temps et quant aux libéralités concernées. »

### 3. L'arrêt de la Cour de cassation

21. Le requérant forma un pourvoi en cassation. Dans son moyen en cassation fondé sur la violation des articles 1 du Protocole n° 1 et 14 de la Convention, il fit valoir que la paix des rapports familiaux ne pouvait pas avoir une légitimité supérieure à l'égalité, en matière de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage.

22. Dans son avis transmis aux parties, l'avocat général de la Cour de cassation proposa de rejeter le pourvoi. Il s'adressa aux juges de la première chambre civile de la Cour de cassation en ces termes :

« (...) ne faut-il pas considérer que la succession ouverte n'a pas donné lieu à partage avant la date de publication de la loi, dès lors qu'une action en réduction concernant la donation-partage est pendante à cette date ?

C'est bien, en effet, de l'approche différente proposée par les dispositions transitoires des lois de 1972 et de 2001 que naît la difficulté qui vous est soumise. Alors que ni les successions ouvertes, ni les donations entre vifs consenties avant l'entrée en vigueur de la loi de 1972, ne pouvaient être remises en cause par cette loi, la loi de 2001 permet aux enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage d'avoir des droits successoraux dans des successions ouvertes avant la publication de cette dernière loi.

Cette différence justifie que les dispositions de la loi de 2001 ne soient pas appliquées de façon restrictive. Seul un partage réalisé, un accord amiable intervenu, ou une décision judiciaire irrévocable, permettent d'exclure les droits nouveaux de ces enfants dans les successions déjà ouvertes. Par l'exercice de l'action en réduction, la succession ouverte à la date de publication de la loi de 2001 ne peut pas avoir « donné lieu à partage » à la date de publication de la loi.

Il me paraît, en conséquence, difficile de soutenir que la loi du 3 décembre 2001 n'est pas applicable. En revanche, les termes de l'article 14 de la loi du 3 janvier 1972 sont dénués de toute ambiguïté. Les droits des réservataires institués par cette loi ne peuvent être exercés « *au préjudice des donations entre vifs consenties avant son entrée en vigueur* ». Faut-il, alors, admettre que ces dispositions ont été tacitement abrogées ?

Faisant abstraction du temps, le mémoire ampliatif soutient que la contradiction manifeste entre les dispositions transitoires de ces deux lois emporte abrogation tacite de celles régissant la loi de 1972. Si l'approche est différente entre le régime transitoire instauré en 1972 et celui retenu en 2001, il ne me paraît pas, cependant, qu'il y ait contradiction.

En excluant la remise en cause des donations entre vifs consenties avant l'entrée en vigueur de la loi de 1972, le législateur a entendu garantir la sécurité juridique que ces donations appelaient. Rien ne justifie que cette sécurité juridique soit remise en cause en 2002, les dispositions transitoires antérieures étant complémentaires de celles définies par la loi de 2001.

C'est ce qui me conduit à vous proposer de rejeter la première branche du moyen, la donation entre vifs intervenue le 24 janvier 1970 ne pouvant être remise en cause par les droits successoraux nés de règles nouvelles concernant l'établissement de la filiation. À cet égard, si la réalité du partage avant la date de publication de la loi du 3 décembre 2001 est discutable, l'existence d'une donation entre vifs consentie avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1972 n'est pas discutée. (...)»

23. Par un arrêt du 14 novembre 2007, la Cour de cassation rejeta le pourvoi en soulevant d'office un motif de pur droit. Elle rappela qu'en application des dispositions transitoires de la loi de 2001, les nouveaux droits successoraux des enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage, n'étaient applicables qu'aux successions ouvertes et non encore partagées avant le 4 décembre 2001 (paragraphe 16 ci-dessus). Elle releva qu'un partage successoral s'étant réalisé par le décès de M<sup>me</sup> M., survenu en juillet 1994 et donc avant le 4 décembre 2001, les dispositions précitées n'étaient pas applicables.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. Donation-partage et action en réduction

24. La loi française permet de procéder soi-même au partage de sa succession entre ses héritiers. Dans le cadre d'une donation-partage, le donateur décide d'une distribution immédiate de ses biens (transfert entre vifs). C'est un partage anticipé, définitif et négocié. La propriété des biens concernés est transférée au moment de la donation, qui constitue en même temps le premier acte (anticipé) d'une succession destinée à s'ouvrir plus tard. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la donation-partage devient un partage successoral par le décès du donateur. La succession est à la fois ouverte et définitivement liquidée ou partagée au jour du décès de l'ascendant (Cass. civ., 7 mars 1876; 1<sup>re</sup> Civ, 5 octobre 1994, *Bull.* 1994, I, n° 27).

25. Le descendant qui n'a pas été alloti dans le partage est invité à composer sa part de réserve sur les biens existant à l'ouverture de la succession. Si ces biens n'y suffisent pas, il dispose d'une action en réduction, à exercer dans un délai de cinq ans à partir du décès du donateur. C'est la voie de recours qu'a utilisée le requérant conformément aux articles 1077-1 et 1077-2 du code civil, ainsi libellés à l'époque des faits :

#### Article 1077-1

«Le descendant qui n'a pas concouru à la donation-partage, ou qui a reçu un lot inférieur à sa part de réserve, peut exercer l'action en réduction, s'il n'existe pas à

l'ouverture de la succession des biens non compris dans le partage et suffisants pour composer ou compléter sa réserve, compte tenu des libéralités dont il a pu bénéficier.»

### Article 1077-2

«Les donations-partages suivent les règles des donations entre vifs pour tout ce qui concerne l'imputation, le calcul de la réserve et la réduction.

L'action en réduction ne peut être introduite qu'après le décès de l'ascendant qui a fait le partage ou du survivant des ascendants en cas de partage conjonctif. Elle se prescrit par cinq ans à compter dudit décès.

L'enfant non encore conçu au moment de la donation-partage dispose d'une semblable action pour composer ou compléter sa part héréditaire.»

(...)

## C. Dispositions transitoires

(...)

### 2. L'article 25 de la loi de 2001

30. Selon l'article 25-I de la loi de 2001, en principe, l'entrée en vigueur de la loi est différée au 1<sup>er</sup> juillet 2002. Toutefois, s'agissant de l'abrogation des dispositions du code civil relatives aux droits des enfants «adultérins», le législateur a décidé, par exception, une règle d'entrée en vigueur immédiate à la date de la publication de la loi au *Journal officiel* soit le 4 décembre 2001. Ainsi l'article 25-II dispose que :

«La présente loi sera applicable aux successions ouvertes à compter [du 1<sup>er</sup> juillet 2002], sous les exceptions suivantes: (...)

2° Sous réserve des accords amiables déjà intervenus et des décisions judiciaires irrévocables, seront applicables aux successions ouvertes à la date de publication de la présente loi au *Journal officiel de la République française* et n'ayant pas donné lieu à partage avant cette date :

- les dispositions relatives aux nouveaux droits successoraux des enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage; (...)

31. Pour autant qu'elle porte sur les droits des enfants «adultérins», la loi de 2001 a donc vocation à s'appliquer à toutes les successions ouvertes au 4 décembre 2001, à condition qu'il n'y ait pas partage avant cette date.

(...)

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1

36. Le requérant se plaint de l'impossibilité de faire valoir ses droits successoraux en tant qu'enfant « adultérin » et dénonce la persistance d'une discrimination injustifiée après l'arrêt *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CEDH 2000-II et malgré l'adoption de la loi de 2001.

Il allègue la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1, lesquels se lisent ainsi :

#### **Article 14 de la Convention**

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur (...) la naissance (...) »

#### **Article 1 du Protocole n° 1**

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

### **A. L'arrêt de la chambre**

37. Dans son arrêt du 21 juillet 2011, la chambre a jugé que le grief du requérant entrait dans le champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1, ce qui suffisait pour rendre l'article 14 de la Convention applicable. En effet, en raison de la reconnaissance de sa filiation maternelle en 1983, le requérant disposait d'un intérêt, sanctionnable devant les tribunaux internes, à faire valoir ses droits dans la succession de sa mère d'une manière compatible avec l'article 14 de la Convention (paragraphe 38-42 de l'arrêt de la chambre).

38. Sur le fond, la chambre a observé que les lois de 1972 et 2001 avaient mis en place des dispositions transitoires précises quant à l'application des nouveaux droits successoraux qu'elles consacraient. Elle a relevé que les juridictions internes avaient considéré que le requérant ne pouvait en bénéficier au moment de l'introduction de l'action en réduction de la donation-partage de 1970. En effet, selon la cour d'appel, la disposition transitoire de la loi de 1972 excluait la remise en cause de donations consenties entre vifs avant l'entrée en vigueur de cette loi. La Cour de cassation, quant à elle, avait estimé que la réalisation du partage successoral lors du décès

de la mère en 1994 constituait une situation faisant obstacle, en vertu de l'article 25-II de la loi de 2001, à l'application des nouvelles dispositions consacrant l'égalité successorale. Ces interprétations du droit interne poursuivaient le but légitime de garantir le principe de sécurité juridique et les droits acquis de longue date par les enfants légitimes; de plus, elles n'apparaissent pas déraisonnables, arbitraires ou en flagrante contradiction avec l'interdiction de la discrimination. La chambre a distingué la situation spécifique de la présente espèce des affaires dans lesquelles le partage successoral n'avait pas encore été réalisé (*Mazurek*, précité, et *Merger et Cros c. France*, n° 68864/01, 22 décembre 2004) pour arriver à la conclusion que la différence de traitement litigieuse était proportionnée au but poursuivi et qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 (paragraphe 50-59 de l'arrêt de la chambre).

## **B. Les arguments des parties**

### *1. Le Gouvernement*

#### **a) Sur l'applicabilité de l'article 14 de la Convention**

39. Le Gouvernement soutient que les faits dénoncés par le requérant ne tombent pas sous l'empire de l'article 1 du Protocole n° 1, ce qui rend l'article 14 de la Convention inapplicable. Il observe à cet égard que la donation-partage de 1970 a opéré un transfert de propriété des biens aux deux enfants légitimes et instauré une situation juridique acquise qui a empêché le requérant de bénéficier de la succession. Ni la loi de 1972, ni celle de 2001 n'ont pu entraîner la réalisation de la part successorale à laquelle il aurait eu droit si l'acte de 1970 n'avait pas existé. À la différence des affaires *Mazurek* et *Merger et Cros* (précitées), dans lesquelles les requérants ont acquis automatiquement des droits héréditaires à la suite du décès de leur parent, la succession en l'espèce a été réglée en 1970 avant le décès de la mère du requérant. De surcroît, ce partage des biens est antérieur de plusieurs années à l'établissement de sa filiation en 1983. Dès lors, selon le Gouvernement, l'intéressé n'avait aucun droit héréditaire sur la succession (voir, *mutatis mutandis*, *Alboize-Barthes et Alboize-Montezume c. France* (déc.), n° 44421/04, 21 octobre 2008).

#### **b) Sur le fond**

40. À l'instar de ce qu'il a souligné devant la chambre, le Gouvernement soutient que le requérant n'a pas été « exclu » de la succession de sa mère, mais que, dans la mesure où il avait déjà été disposé des biens de celle-ci

dans le cadre de la donation-partage de 1970, il ne pouvait pas réaliser la part successorale qui lui serait revenue du fait des lois de 1972 et 2001 en l'absence d'un tel acte. Ainsi, ce ne sont pas les décisions juridictionnelles en cause qui ont empêché le requérant de bénéficier de la succession de sa mère, mais un acte antérieur de transfert de propriété ayant instauré une situation juridique acquise.

41. C'est de ces droits acquis par les autres héritiers que le législateur de 2001, ayant au demeurant parfaitement répondu aux obligations à caractère général qui étaient à sa charge pour exécuter l'arrêt *Mazurek*, a dû tenir compte en aménageant l'entrée en vigueur de la loi. L'application de la nouvelle loi à des situations antérieures devait nécessairement prendre en compte les principes de sécurité juridique et de prévisibilité de la loi consacrés par la jurisprudence de la Cour. L'article 25 de la loi de 2001 a donc exclu l'application des nouveaux droits aux successions ouvertes à la date de sa publication et ayant donné lieu à partage avant cette date. De l'avis du Gouvernement, dans ces circonstances, l'interprétation retenue par la Cour de cassation n'est pas en contradiction avec l'arrêt *Mazurek*. À la différence de celui-ci et de l'affaire *Merger et Cros*, dans lesquels les requérants ont contesté des situations qui n'étaient pas encore acquises au moment de l'introduction de leur recours interne, l'action en réduction intentée par le requérant en 1998 visait à remettre en cause une situation de partage déjà réalisé.

42. Le Gouvernement reconnaît qu'un arrêt concluant à une violation de la Convention peut entraîner des mesures générales dans l'État défendeur et avoir une portée qui vaut au-delà du litige concernant les parties devant la Cour. Pour autant, il affirme que la Cour n'a jamais reconnu un effet rétroactif à ses arrêts. Soutenir que l'arrêt *Mazurek* devait s'appliquer à la présente affaire, c'est-à-dire à une situation juridique définitivement acquise avant son prononcé, et qu'il devrait avoir un effet rétroactif, viderait de sa portée l'article 46 de la Convention.

## 2. Le requérant

### a) Sur l'applicabilité de l'article 14 de la Convention

43. Le requérant ne produit pas d'observations supplémentaires devant la Grande Chambre à celles produites devant la chambre et marque son désaccord avec le Gouvernement sur ce point (paragraphe 37 de l'arrêt de la chambre). Il estime que l'établissement de sa filiation maternelle en 1983 lui donnait des droits héréditaires à l'ouverture de la succession de sa mère – pendante au jour de l'introduction de sa requête – qui entrent dans le champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1.

### b) Sur le fond

44. Selon le requérant, l'effectivité de l'article 14 de la Convention doit être garantie et seules des raisons « très fortes » peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance. La sécurité juridique n'est ni un droit garanti par la Convention ni une cause d'utilité publique susceptible de justifier une atteinte au respect des biens sous l'angle de l'article 1 du Protocole n° 1.

45. Ce qui pouvait être toléré en 1972, au nom du concept de sécurité juridique, pour mettre en échec le principe de non-discrimination garanti par l'article 14, ne peut plus l'être après l'arrêt *Mazurek*. En revanche, le requérant souligne que des droits injustement acquis ne devaient pas être sécurisés par les dispositions transitoires de la loi de 2001, censée mettre fin à la violation constatée dans cet arrêt. Il estime qu'en réparant le dommage causé à M. Mazurek, la Cour a refusé de sécuriser les situations juridiques antérieures à son arrêt. Le requérant considère que la méconnaissance de la force obligatoire de l'arrêt *Mazurek* doit être constatée en l'espèce et sanctionnée. Conclure autrement équivaldrait à admettre qu'un État adoptant une législation censée tirer les conséquences de la jurisprudence de la Cour dispose d'un délai indéfini de transposition des décisions de celle-ci, pour ne s'occuper, en la circonstance, que des successions futures, et puisse ainsi valider *a posteriori* des violations avérées de la Convention. Le requérant dénonce le maintien d'une discrimination conservant les effets de la loi de 1972 sanctionnée par la Cour et désavouée dans son inspiration par le législateur de 2001.

46. Il souligne également que l'action en réduction qu'il a engagée en 1998 était pendante lors de la publication de la loi de 2001, ce qui devait entraîner à son égard le bénéfice des droits nouveaux accordés aux enfants « adultérins ». Il estime par voie de conséquence que du fait de cette *causae pendentiae*, la succession de sa mère ne pouvait être définitivement partagée sauf à faire de l'action en réduction de la donation-partage une voie de recours inefficace.

## C. L'appréciation de la Cour

### 1. Sur l'applicabilité de l'article 14 de la Convention

#### a) Principes généraux

47. Selon une jurisprudence constante de la Cour, l'article 14 de la Convention complète les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement

pour «la jouissance des droits et libertés» qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses (voir, parmi beaucoup d'autres, *Van Raalte c. Pays-Bas*, 21 février 1997, § 33, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I, *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, § 22, *Recueil* 1998-II, *Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02, § 42, CEDH 2006-VIII, et *Konstantin Markin c. Russie* [GC], n° 30078/06, § 124, CEDH 2012).

**b) Sur la question de savoir si les faits de l'espèce tombent sous l'empire de l'article 1 du Protocole n° 1**

48. En la présente espèce, il convient donc d'établir si le grief du requérant, portant sur l'impossibilité de faire valoir ses droits successoraux au moyen d'une action en réduction de la donation-partage faite par sa mère en méconnaissance de sa part réservataire, tombe sous l'empire, c'est-à-dire dans le champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1.

49. La Cour rappelle que la notion de «bien» évoquée à la première partie de cette disposition a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété de biens corporels et qui est indépendante des qualifications formelles du droit interne: certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des «droits patrimoniaux» et donc des «biens» aux fins de cette disposition (*Beyeler c. Italie* [GC], n° 33202/96, § 100, CEDH 2000-I).

50. L'article 1 du Protocole n° 1 ne garantit pas le droit d'acquérir des biens (*Slivenko et autres c. Lettonie* (déc.) [GC], n° 48321/99, § 121, 23 janvier 2002, et *Ališić et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l'ex-République yougoslave de Macédoine* (déc.), n° 60642/08, § 52, 17 octobre 2011), en particulier par voie de succession *ab intestat* ou de libéralités (voir, *mutatis mutandis*, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 50, série A n° 31, et *Merger et Cros*, précité, § 37). Cependant, la notion de «biens» peut recouvrir tant des «biens actuels» que des valeurs patrimoniales, y compris des créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une «espérance légitime» d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété (voir, entre autres, *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, 20 novembre 1995, § 31, série A n° 332, *Kopecký c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98, § 35, CEDH 2004-IX, et *Association nationale des pupilles de la Nation c. France* (déc.), n° 22718/08, 6 octobre 2009). L'espérance légitime doit reposer sur une «base suffisante en droit interne» (*Kopecký*, précité, § 52, *Depalle c. France* [GC], n° 34044/02, § 63, CEDH 2010, et *Saghinadze et autres c. Géorgie*, n° 18768/05, § 103, 27 mai 2010). De

même, la notion de « biens » peut s'étendre à une prestation donnée dont les intéressés ont été privés en vertu d'une condition d'octroi discriminatoire (*Andrejeva c. Lettonie* [GC], n° 55707/00, § 79, CEDH 2009). Par contre, l'espoir de voir reconnaître la survivance d'un ancien droit de propriété qu'il est depuis bien longtemps impossible d'exercer effectivement ne peut être considéré comme un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1, et il en va de même d'une créance conditionnelle s'éteignant du fait de la non-réalisation de la condition (voir le rappel des principes pertinents dans *Malhous c. République tchèque* (déc.) [GC], n° 33071/96, CEDH 2000-XII, avec des références ultérieures à la jurisprudence de la Commission; voir aussi *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* [GC], n° 42527/98, § 85, CEDH 2001-VIII, *Nerva et autres c. Royaume-Uni*, n° 42295/98, § 43, CEDH 2002-VIII, *Stretch c. Royaume-Uni*, n° 44277/98, § 32, 24 juin 2003).

51. Dans chaque affaire, il importe d'examiner si les circonstances, considérées dans leur ensemble, ont rendu le requérant titulaire d'un intérêt substantiel protégé par l'article 1 du Protocole n° 1 (*Bozcaada Kimisis Teodoku Rum Ortodoks Kilisesi Vakfi c. Turquie*, nos 37639/03, 37655/03, 26736/04 et 42670/04, § 41, 3 mars 2009, *Depalle*, précité, § 62, *Plalam S.P.A. c. Italie*, n° 16021/02, § 37, 18 mai 2010, et *Di Marco c. Italie*, n° 32521/05, § 50, 26 avril 2011). Dans cette optique, la Cour estime qu'il y a lieu de tenir compte des éléments de droit et de fait suivants.

52. En l'espèce, la Cour relève que c'est uniquement en considération du caractère « adultérin » de sa filiation que le requérant s'est vu refuser le droit de demander la réduction de la donation-partage faite par sa mère, cette qualification de sa filiation étant à l'origine de la décision de la Cour de cassation – interprétant les dispositions transitoires de la loi de 2001 – d'exclure l'application à son égard des dispositions relatives aux nouveaux droits successoraux reconnus par cette loi. Or dans des cas où, comme en l'espèce, un requérant formule sur le terrain de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 un grief aux termes duquel il a été privé, en tout ou en partie et pour un motif discriminatoire visé à l'article 14, d'une valeur patrimoniale, le critère pertinent consiste à rechercher si, n'eût été ce motif discriminatoire, l'intéressé aurait eu un droit, sanctionnable par les tribunaux internes, sur cette valeur patrimoniale (voir, *mutatis mutandis*, *Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], nos 65731/01 et 65900/01, § 55, CEDH 2005-X, *Andrejeva*, précité, § 79). Tel est le cas en l'espèce.

53. Le Gouvernement soutient que le requérant ne pouvait prétendre à aucun droit héréditaire sur la donation-partage de 1970 car celle-ci avait eu pour effet de distribuer, immédiatement et de manière irrévocable, les biens de sa mère, et ce antérieurement à sa filiation maternelle judiciairement

constatée (paragraphe 39 ci-dessus). La Cour ne saurait cependant souscrire à cette thèse. Elle relève que si la donation-partage a pour effet immédiat de réaliser un transfert de propriété, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, elle ne devient un partage successoral que lors du décès du donateur. La succession est à la fois ouverte et définitivement liquidée ou partagée au jour du décès de l'ascendant (paragraphe 24 ci-dessus), qui en l'espèce n'est survenu qu'en 1994. Or, à cette date, la filiation du requérant était établie. C'est donc bien par l'effet du caractère « adultérin » de celle-ci que le requérant a été écarté de la succession de sa mère.

54. À cet égard, la présente affaire se rapproche des affaires *Mazurek et Merger et Cros* précitées, et se distingue de l'affaire *Alboize-Barthes et Alboize-Montezume* (précitée), dans laquelle il a été décidé que le règlement de la succession du père des requérantes, survenu en 1955 et donc bien avant l'établissement de leur filiation, les empêchait de disposer de droits héréditaires sur la succession du *de cuius* et de se prétendre titulaires d'un « bien ».

55. Il en résulte que les intérêts patrimoniaux du requérant entrent dans le champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1 et du droit au respect des biens qu'il garantit, ce qui suffit à rendre l'article 14 de la Convention applicable.

## 2. Sur le fond

### a) Principes généraux

56. La Cour rappelle que dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables. Au regard de cette disposition, une distinction est discriminatoire si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (*Mazurek*, précité, §§ 46 et 48). Par ailleurs, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des différences de traitement (*Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], nos 65731/01 et 65900/01, §§ 51-52, CEDH 2006-VI). L'étendue de cette marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte, mais il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention. Celle-ci étant avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme, la Cour doit cependant tenir compte de l'évolution de la situation dans les États contractants et

réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre (*Konstantin Markin*, précité, § 126).

57. Selon une jurisprudence constante depuis l'arrêt *Marckx*, précité, la distinction établie en matière successorale entre enfants « naturels » et enfants « légitimes » pose problème sous l'angle de l'article 8 de la Convention pris isolément (*Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, série A n° 112) ainsi que sous celui de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 (*Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991, série A n° 214-C, *Brauer c. Allemagne*, n° 3545/04, 28 mai 2009) et l'article 1 du Protocole n° 1 (*Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, série A n° 126, *Mazurek*, précité, et *Merger et Cros*, précité). La Cour a étendu cette jurisprudence aux libéralités en confirmant la prohibition de la discrimination dans le domaine testamentaire (*Pla et Puncernau c. Andorre*, n° 69498/01, CEDH 2004-VIII). Ainsi, dès 1979, dans l'arrêt *Marckx*, la Cour affirmait l'incompatibilité avec la Convention des limitations aux droits successoraux des enfants fondées sur la naissance. Elle n'a eu de cesse de réaffirmer ce principe fondamental, érigeant l'interdiction de discrimination fondée sur le caractère « naturel » du lien de parenté en norme de protection de l'ordre public européen.

58. La Cour rappelle également que la communauté de vue entre les États membres du Conseil de l'Europe quant à l'importance de l'égalité de traitement entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage est établie depuis longtemps, ce qui a d'ailleurs conduit aujourd'hui à l'uniformité des législations nationales en la matière – le principe d'égalité faisant disparaître les notions même d'enfant légitime et naturel – ainsi qu'à une évolution sociale et juridique qui entérine définitivement l'objectif d'égalité entre les enfants (...)

59. Aussi, seules de très fortes raisons peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage (*Inze*, précité, § 41, *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, n° 28369/95, § 38, CEDH 2000-X, et *Brauer*, précité, § 40).

60. La Cour n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés. Cela étant, dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention (*Larkos c. Chypre* [GC], n° 29515/95, §§ 30-31, CEDH 1999-I, *Pla et Puncernau*, précité, § 59, et *Karaman c. Turquie*, n° 6489/03, § 30, 15 janvier 2008).

## b) Application en l'espèce

### i. Sur l'existence d'une différence de traitement fondée sur la naissance hors mariage

61. En l'espèce, nul ne conteste le fait que le requérant s'est vu privé d'une part de réserve héréditaire et placé définitivement dans une situation différente de celle des enfants légitimes quant à la succession de leur mère. Il s'est en effet trouvé empêché d'obtenir la réduction de la donation-partage dont il avait été exclu et une part réservataire en raison de son statut d'enfant « adultérin ».

62. Cette différence de traitement entre le requérant et ses demi-frère et demi-sœur résulte de l'article 25-II de la loi de 2001 qui met comme condition à l'application des nouveaux droits successoraux des enfants « adultérins » aux successions ouvertes avant le 4 décembre 2001 qu'elles n'aient pas donné lieu à un partage avant cette date (paragraphe 30 ci-dessus). Or, interprétant la disposition transitoire concernée, la Cour de cassation a estimé que le partage successoral avait eu lieu en 1994, au moment du décès de la mère du requérant (paragraphe 23 ci-dessus), suivant en cela une jurisprudence ancienne selon laquelle en matière de donation-partage, la succession est à la fois ouverte et partagée par le décès du donateur (paragraphe 24 ci-dessus). Un enfant légitime, omis de la donation-partage ou non encore conçu lors de celle-ci, ne se serait pas vu opposer un tel obstacle pour obtenir sa réserve ou sa part héréditaire conformément aux articles 1077-1 et 1077-2 du code civil (paragraphe 25 ci-dessus). Il n'est dès lors pas contesté que la différence de traitement subie par le requérant a pour seul motif sa naissance hors mariage.

63. La Cour rappelle que son rôle n'est pas de se prononcer sur l'interprétation la plus correcte de la législation interne, mais de rechercher si la manière dont cette législation a été appliquée a enfreint les droits garantis au requérant par l'article 14 de la Convention (voir, parmi beaucoup d'autres et, *mutatis mutandis*, *Padovani c. Italie*, 26 février 1993, § 24, série A n° 257-B, et *Pla et Puncernau*, précité, § 46). En l'espèce, elle est donc appelée à établir si la différence de traitement litigieuse, ayant sa source dans une disposition de la loi interne, avait une justification objective et raisonnable.

### ii. Sur la justification de la différence de traitement

#### a) Sur la poursuite d'un but légitime

64. Le Gouvernement n'avance plus aucune justification à la discrimination entre enfants légitimes et « adultérins ». La Cour constate en

effet que l'État français a accepté de modifier sa législation à la suite de l'arrêt *Mazurek*, précité, et a réformé le droit des successions en abrogeant l'ensemble des dispositions discriminatoires à l'égard de l'enfant « adultérin » moins de deux ans après son prononcé. Elle se félicite d'ailleurs de cette mise en conformité du droit français avec le principe conventionnel de non-discrimination.

65. Toutefois, selon le Gouvernement, il n'était pas possible de porter atteinte aux droits acquis par les tiers, en l'occurrence les autres héritiers, et cela a justifié de limiter l'effet rétroactif de la loi de 2001 aux seules successions qui étaient ouvertes à la date de sa publication et n'avaient pas donné lieu à partage à cette date. Les dispositions transitoires auraient ainsi été aménagées pour garantir la paix des familles en sécurisant les droits acquis des bénéficiaires de successions déjà partagées.

66. La Cour n'est pas convaincue que la négation des droits héréditaires de l'un ou de plusieurs de ses membres puisse contribuer à renforcer la paix au sein d'une famille. En revanche, elle admet que la protection des droits acquis peut servir les intérêts de la sécurité juridique, valeur sous-jacente à la Convention (*Brumărescu c. Roumanie* [GC], n° 28342/95, § 61, CEDH 1999-VII, *Beian c. Roumanie (n° 1)*, n° 30658/05, § 39, CEDH 2007-V, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie* [GC], n° 13279/05, §§ 56-57, 20 octobre 2011, *Albu et autres c. Roumanie*, n° 34796/09 et 63 autres, § 34, 10 mai 2012). Ainsi, à propos d'une succession acceptée par un enfant « adultérin » à l'ouverture de celle-ci, en 1993, et liquidée en 1996, la Cour a déjà jugé que l'irrecevabilité de l'action décidée par la Cour de cassation au motif que la succession avait déjà fait l'objet d'un partage – ce qui ne lui permettait pas de bénéficier des droits nouveaux en application des dispositions transitoires de la loi de 2001 – était conforme au principe de sécurité juridique tel que rappelé dans l'arrêt *Marckx* (précité). En effet, « l'on ne saurait exiger que l'institution judiciaire annule un partage librement accepté au vu d'un arrêt de la Cour intervenu après ledit partage » (*E.S. c. France* (déc.), n° 49714/06, 10 février 2009). La Cour en conclut que le souci d'assurer la stabilité des règlements successoraux achevés, lequel était prépondérant aux yeux du législateur et du juge saisi en l'espèce, constitue un but légitime susceptible de justifier la différence de traitement dont il s'agit en l'occurrence. Encore faut-il que celle-ci fût proportionnée par rapport à ce but.

β) Sur la proportionnalité entre les moyens employés et le but visé

67. La Cour observe qu'en l'espèce, sous la réserve de l'action en réduction prévue par la loi, le demi-frère et la demi-sœur du requérant ont obtenu des droits patrimoniaux par l'effet de la donation-partage de 1970,

celle-ci opérant partage successoral lors du décès de M<sup>me</sup> M., survenu en juillet 1994. Cette circonstance permet de distinguer la présente affaire des affaires *Mazurek* et *Merger et Cros*, précitées, où le partage successoral n'avait pas encore été réalisé.

68. Cependant, la Cour rappelle que « la protection de la « confiance » du *de cuius* et de sa famille doit s'effacer devant l'impératif de l'égalité de traitement entre enfants nés hors mariage et enfants issus du mariage » (*Brauer*, précité, § 43). À cet égard, elle estime que le demi-frère et la demi-sœur du requérant savaient – ou auraient dû savoir – que leurs droits pouvaient se voir remis en cause. En effet, lors du décès de leur mère en 1994, la loi prévoyait un délai de cinq ans pour exercer une action en réduction de la donation-partage. Les héritiers légitimes devaient donc savoir que leur demi-frère pouvait demander sa part héréditaire jusqu'en 1999 et que cette action était susceptible de remettre en cause, non pas le partage comme tel, mais l'étendue des droits de chacun des descendants. Par ailleurs, l'action en réduction que le requérant avait finalement engagée en 1998 était pendante devant les juridictions nationales au moment du prononcé de l'arrêt *Mazurek*, qui déclarait incompatible avec la Convention une inégalité successorale fondée sur la naissance hors mariage, et de la publication de la loi de 2001, qui donnait exécution à cet arrêt en incorporant en droit français les principes qui y étaient affirmés. Enfin, le requérant n'était pas un descendant dont ils ignoraient l'existence, car il avait été reconnu comme fils naturel de leur mère par un jugement rendu en 1983 (paragraphe 12 ci-dessus; voir, *mutatis mutandis*, *Camp et Bourimi*, précité, § 39). Ceci suffisait à nourrir des doutes justifiés sur la réalité du partage successoral réalisé par le décès de M<sup>me</sup> M. en 1994 (voir les conclusions de l'avocat général, paragraphe 22 ci-dessus).

69. Sur ce dernier point, la Cour relève que, selon le Gouvernement, la spécificité de la donation-partage empêchait une quelconque remise en cause d'une situation juridique existante, en l'occurrence le partage des biens opéré en 1970 et devenu définitif au décès du *de cuius*, nonobstant le recours juridictionnel en cours (paragraphe 40 et 41 ci-dessus). Le requérant s'oppose à cette thèse (paragraphe 46 ci-dessus). Dans les circonstances particulières de l'espèce, où la jurisprudence européenne et les réformes législatives nationales montraient une tendance claire vers la suppression de toute discrimination des enfants nés hors mariage s'agissant de leurs droits héréditaires, la Cour estime que le recours exercé par le requérant en 1998 devant le juge national et rejeté par celui-ci en 2007 pèse lourd dans l'examen de la proportionnalité de la différence de traitement (paragraphe 22 et 68 ci-dessus, et 72 ci-dessous). Le fait que ce recours était toujours pendant en 2001 ne pouvait, en effet, que relativiser l'attente des

autres héritiers de M<sup>me</sup> M. de se voir reconnaître des droits incontestés sur la succession de celle-ci.

70. Aussi, à la lumière de ce qui précède, la Cour considère-t-elle que le but légitime de la protection des droits successoraux du demi-frère et de la demi-sœur du requérant n'était pas d'un poids tel qu'il dût l'emporter sur la prétention du requérant d'obtenir une part de l'héritage de sa mère.

71. Au demeurant, il semble que, même aux yeux des autorités nationales, les attentes des héritiers ayant bénéficié d'une donation-partage ne sont pas à protéger en toutes circonstances. En effet, si la même action en réduction de la donation-partage avait été exercée au même moment par un autre enfant légitime, né après celle-ci ou volontairement exclu du partage, cette fin de non-recevoir ne lui aurait pas été opposée.

72. À cet égard, la Cour juge contestable qu'en 2007, des années après les arrêts *Marckx* et *Mazurek* précités, le juge national ait pu moduler différemment la protection de la sécurité juridique selon qu'elle était opposée à un enfant légitime ou à un enfant «adultérin». Elle note aussi que la Cour de cassation n'a pas répondu au moyen principal invoqué par le requérant et tiré de la méconnaissance du principe de non-discrimination tel que garanti par l'article 14 de la Convention. Or elle a déjà jugé que les tribunaux doivent examiner avec rigueur les moyens ayant trait aux «droits et libertés» garantis par la Convention dont ils sont saisis et qu'il s'agit là d'un corollaire du principe de subsidiarité (*Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n° 76240/01, § 96, 28 juin 2007, et *Magnin c. France* (déc.), n° 26219/08, 10 mai 2012).

#### γ) Conclusion

73. À la lumière de toutes ces considérations, la Cour conclut qu'il n'existait pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but légitime poursuivi. La différence de traitement dont le requérant a fait l'objet n'avait donc pas de justification objective et raisonnable. Partant, il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1.

74. Cette conclusion ne met pas en cause le droit des États de prévoir des dispositions transitoires lorsqu'ils adoptent une réforme législative en vue de s'acquitter de leurs obligations découlant de l'article 46 § 1 de la Convention (voir, par exemple, *Antoni c. République tchèque*, n° 18010/06, 25 novembre 2010, *Compagnie des gaz de pétrole Primagaz c. France*, n° 29613/08, § 18, 21 décembre 2010, *Mork c. Allemagne*, nos 31047/04 et 43386/08, §§ 28 à 30 et 54, 9 juin 2011, et *Taron c. Allemagne* (déc.), n° 53126/07, 29 mai 2012).

75. Toutefois, si le caractère essentiellement déclaratoire des arrêts de la Cour laisse à l'État le choix des moyens pour effacer les conséquences de la violation (*Marckx*, précité, § 58, et *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)* [GC], n° 32772/02, § 61, CEDH 2009), il y a lieu de rappeler en même temps que l'adoption de mesures générales implique pour l'État l'obligation de prévenir, avec diligence, de nouvelles violations semblables à celles constatées dans les arrêts de la Cour (voir, par exemple, *Salah c. Pays-Bas*, n° 8196/02, § 77, CEDH 2006-IX). Cela entraîne l'obligation pour le juge national d'assurer, conformément à son ordre constitutionnel et dans le respect du principe de sécurité juridique, le plein effet des normes de la Convention, telles qu'interprétées par la Cour. Or tel n'a pas été le cas en l'espèce.

(...)

### III. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

82. 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. »

83. Le requérant demande la somme de 128 550,75 euros (EUR) qui correspond au montant de la part successorale qui lui serait revenue s'il avait été traité à égalité avec ses demi-frère et demi-sœur, augmenté des intérêts légaux. Le requérant demande également une indemnisation de son préjudice moral qu'il chiffre à 30 000 EUR. Enfin, le requérant chiffre à 20 946 EUR les frais et dépens engagés devant les juridictions internes et devant la Cour.

84. Le Gouvernement estime que le constat de violation constituerait une réparation adéquate du préjudice matériel subi par le requérant. Au titre du préjudice moral, une réparation d'ordre monétaire ne pourrait qu'être symbolique. Quant aux frais et dépens, le Gouvernement estime qu'il pourrait être octroyé au requérant la somme globale de 10 000 EUR.

85. Dans les circonstances de la cause, la Cour juge que la question de l'application de l'article 41 de la Convention ne se trouve pas en état. Par conséquent, il y a lieu de la réserver en entier et de fixer la procédure ultérieure en tenant compte de l'éventualité d'un accord entre l'État défendeur et le requérant (article 75 § 1 du règlement). À cette fin, la Cour accorde aux parties un délai de trois mois.

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

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 ;

(...)

3. *Dit* que la question de l'application de l'article 41 de la Convention ne se trouve pas en état ;

en conséquence,

a) la *réserve* en entier ;

b) *invite* le Gouvernement et le requérant à lui adresser par écrit, dans le délai de trois mois à compter de la date de notification du présent arrêt, leurs observations sur cette question et notamment à lui donner connaissance de tout accord auquel ils pourraient aboutir ;

c) *réserve* la procédure ultérieure et *délègue* au président de la Grande Chambre le soin de la fixer au besoin.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 7 février 2013.

Johan Callewaert  
Greffier adjoint

Josep Casadevall  
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

– opinion concordante du juge Popović, à laquelle se rallie la juge Gyulumyan ;

– opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque.

J.C.M.  
J.C.

## OPINION CONCORDANTE DU JUGE POPOVIĆ, À LAQUELLE SE RALLIE LA JUGE GYULUMYAN

(Traduction)

J'estime que la Cour a omis de préciser, au paragraphe 75 de l'arrêt, en quoi consistent les obligations des États membres s'agissant d'assurer le plein effet des normes de la Convention compte tenu de leur obligation générale de se conformer aux arrêts de la Cour. À mes yeux, l'analyse de la jurisprudence pertinente ne laisse aucun doute quant à la portée de cette obligation.

Il est vrai que l'État peut choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales appropriées dont l'adoption permettra de prévenir de nouvelles violations des dispositions de la Convention. Cependant, dans l'affaire *Vermeire c. Belgique* (29 novembre 1991, § 26, série A n° 214-C), la Cour a déclaré : « La liberté de choix reconnue à l'État quant aux moyens de s'acquitter de son obligation [au titre de l'article 46] ne saurait lui permettre de suspendre l'application de la Convention en attendant l'aboutissement d'une pareille réforme ». Dans *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)* ([GC], n° 32772/02, § 37, CEDH 2009), elle a confirmé son attachement à l'obligation pour les États d'exécuter les traités de bonne foi. Cela vaut également pour la Convention.

La Cour a réitéré son point de vue sur la question dans *Dumitru Popescu c. Roumanie (n° 2)* (n° 71525/01, § 103, 26 avril 2007), ainsi que dans *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)* (précité, § 61). Dans *Dumitru Popescu*, elle a déclaré, renvoyant à l'arrêt *Vermeire* précité, que le juge national avait pour obligation notamment d'assurer le plein effet des dispositions de la Convention, en considérant celles-ci comme supérieures et en les faisant passer avant toute disposition contraire de la législation nationale. Dans *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)* précité, la Cour a reconsidéré sa jurisprudence passée et confirmé que les Hautes Parties contractantes à la Convention s'étaient engagées à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles étaient parties.

La position ferme et réitérée de la Cour sur l'obligation pour les États membres de se conformer à ses arrêts cadre également avec la Recommandation du Comité des Ministres, organe compétent pour surveiller l'exécution des arrêts. Dans sa Recommandation (2004)6, le Comité des Ministres a souligné que la Convention fait aujourd'hui partie intégrante de l'ordre juridique interne des États membres.

Pour ces raisons, j'estime que c'est en effet le principe de sécurité juridique qui aurait dû conduire l'ordre judiciaire national à se conformer aux normes de la Convention, même en l'absence de mesures immédiates du législateur.

## OPINION CONCORDANTE DU JUGE PINTO DE ALBUQUERQUE

(Traduction)

L'affaire *Fabris* soulève la question matérielle d'une discrimination devant la loi qui touche les droits successoraux des enfants nés hors mariage. Outre le principe de l'égalité devant la loi, cette affaire porte sur deux autres questions revêtant une importance capitale pour le système de protection des droits de l'homme en Europe, à savoir l'effet rétroactif des arrêts de la Cour et la compétence de celle-ci s'agissant de contrôler l'exécution par les autorités nationales de ses propres arrêts. Je souscris au constat de violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 mais, avec tout le respect dû à mes collègues, je désapprouve le raisonnement suivi dans l'arrêt, et ce pour les motifs exposés ci-après.

### L'effet direct et *erga omnes* des arrêts de la Cour

À première vue, la Convention dispose que les effets des arrêts de la Cour se limitent aux parties à l'affaire, c'est-à-dire au(x) requérant(s) et à l'État ou aux États défendeurs. Or cette première lecture est trompeuse, et une interprétation correcte de l'article 46 exige que cette disposition soit lue conjointement avec l'article 1. À la lumière de ces dispositions, lues ensemble, les arrêts de la Cour ont un effet direct et *erga omnes*<sup>1</sup>.

En fait, la Cour a formulé l'effet *erga omnes* de ses arrêts en affirmant, dans l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, que ses arrêts servent à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention<sup>2</sup>. Ainsi, elle a maintes fois refusé de rayer une requête du rôle alors que le requérant souhaitait la retirer, parce qu'elle estimait que l'affaire soulevait des problèmes de caractère général touchant à l'observation de la Convention. C'est le même intérêt général fondamental qui a justifié l'introduction de la notion de « victime

1. Dans *Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991, § 26, série A n° 214-C, la Cour a explicitement indiqué qu'elle ne pouvait pas rejeter en 1991, pour une succession ouverte le 22 juillet 1980, des griefs identiques à ceux qu'elle avait accueillis le 13 juin 1979 dans l'arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A n° 31. Le manquement du législateur belge à appliquer l'arrêt *Marckx* au niveau national n'exonérait pas l'État défendeur de son obligation internationale d'éviter que des violations de la Convention ne se reproduisent à cause des mêmes défaillances du droit successoral, les juridictions étant également liées par la Convention, telle qu'interprétée par la Cour. Ainsi, la Cour a reconnu l'autorité du précédent (*stare decisis*) *Marckx*, arrêt qui avait déjà réglé la question soulevée par la requérante dans *Vermeire*.

2. *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 239, série A n° 25, et, plus clairement encore, *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, § 26, CEDH 2003-IX.

potentielle<sup>3</sup> » et de la pratique de la tierce intervention<sup>4</sup>. La « sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales » au Conseil de l'Europe et la « réalisation d']une union plus étroite entre ses membres » appellent en effet une interprétation large de la mission de la Cour, non seulement en ce qui concerne les conditions de recevabilité et de radiation des requêtes soumises à la Cour, mais également l'effet de ses arrêts. Le caractère collectif des plaintes portées devant la Cour a, en bonne logique, un impact sur le caractère *erga omnes* de ses jugements. Les États parties non impliqués dans une procédure ne peuvent ignorer l'interprétation authentique de la Convention que livre la Cour, instance finale investie de ce pouvoir<sup>5</sup>. S'ils passaient outre, délibérément ou par négligence, ils seraient en porte-à-faux avec leurs propres engagements au titre de la Convention, telle qu'interprétée par la Cour, et manqueraient ainsi à faire preuve de la volonté attentive de remplir les obligations conventionnelles qu'appelle le principe de bonne foi dans l'exécution d'un traité. Si en revanche les États parties se conforment aux normes établies par la jurisprudence de la Cour, et ce même sans avoir été concernés par les litiges spécifiques qui sont à l'origine de la jurisprudence, non seulement ils évitent de futurs constats de violation mais de plus ils anticipent la mise en œuvre des droits et libertés inscrits dans la Convention. Cette approche proactive des États parties est également requise par l'application rigoureuse du principe de subsidiarité. La pleine mise en œuvre de la Convention au niveau national oblige les États parties à prendre toutes les mesures nécessaires pour redresser, et de préférence prévenir, les violations. Le manquement à se conformer à la jurisprudence de la Cour, même de la part des États qui n'ont pas été parties aux différends à l'origine de la jurisprudence établie, irait à l'encontre de l'obligation susmentionnée d'agir efficacement, promptement et de manière préventive pour garantir à toute personne les droits et libertés inscrits dans la Convention<sup>6</sup>. Ces développements ont culminé par la reconnaissance de

3. Voir, par exemple, *Marckx*, précité, § 27, *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 42, série A n° 112, et *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* [GC], n° 27996/06 et 34836/06, § 29, CEDH 2009.

4. Avis sur la mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, adopté par la Commission de Venise lors de sa 53<sup>e</sup> session plénière, 2002, §§ 86-87.

5. Déclaration de Brighton, paragraphe 10.

6. Dans son « Mémoire aux États en vue de la Conférence d'Interlaken », en date du 3 juillet 2009, le président de la Cour avait lui-même souligné cette idée : « Il n'est plus acceptable qu'un État ne tire pas le plus tôt possible les conséquences d'un arrêt concluant à une violation de la Convention par un autre État lorsque son ordre juridique comporte le même problème. L'autorité de la chose interprétée par la Cour va au-delà de la *res judicata* au sens strict. Une telle évolution ira de pair avec l'« effet direct » de la Convention en droit interne et avec son appropriation par les États. » Cette idée, inscrite au point 4 c) de la Déclaration d'Interlaken, constitue la pratique des États parties (Avis de la Commission de Venise, précité, § 32).

la Convention en tant qu'«instrument constitutionnel de l'ordre public européen<sup>7</sup>» et donc de la Cour en tant que «Cour constitutionnelle de l'Europe<sup>8</sup>». Dès lors, tous les organes et représentants de n'importe quelle autorité publique de l'État défendeur, à tous les niveaux de son organisation (national, fédéral, régional ou local), sont directement liés par les arrêts de la Cour et donc, pour reprendre la formule forgée par la Déclaration de Brighton, «[t]outes les lois et politiques devraient être conçues et tous les agents publics devraient exercer leurs responsabilités d'une manière qui donne plein effet à la Convention». Dans ce contexte, la Cour ayant le pouvoir d'interpréter et d'appliquer la Convention par le biais d'arrêts définitifs et contraignants (article 19 de la Convention), l'effet direct et *erga omnes* de ses arrêts ne peut pas être limité par les États parties. Seule la Cour elle-même peut décider de restreindre l'effet de ses arrêts<sup>9</sup>.

### **La compétence de la Cour pour contrôler l'exécution de ses propres arrêts**

La politique initiale de la Cour, qui s'abstenait d'émettre des directives, a fait place à une politique générale consistant à donner aux États défendeurs des orientations, voire des instructions, sur la manière d'exécuter un arrêt. Les arrêts de la Cour ne sont plus purement déclaratoires, mais prescriptifs<sup>10</sup>. Compte tenu du caractère de plus en plus prescriptif des arrêts de la Cour, et donc de la dualité croissante de l'obligation – de résultat et de moyens –

7. *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, § 75, série A n° 310, et Avis de la CEDH sur la réforme du système de contrôle de la CEDH, 4 septembre 1992, § I(5).

8. Pour reprendre les termes de l'ancien président Ryssdal, «Vers une Cour constitutionnelle européenne», in *Collected Courses of the Academy of European Law*, II, 1993, p. 20, et de l'ancien président Wildhaber, «Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des droits de l'homme?», in RUDH, 2002, p. 1.

9. Sont dès lors problématiques l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 14 octobre 2004, 2 BvR 1481/04, § 47, et l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n° 311 du 26 novembre 2009, dans la mesure où ils admettent la non-application – totale ou partielle – des arrêts de la Cour, pour des motifs d'inconstitutionnalité interne (voir ci-dessous).

10. Voir, parmi bien d'autres arrêts, *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italie*, n° 31524/96, § 69, CEDH 2000-VI, *Fatullayev c. Azerbaïdjan*, n° 40984/07, § 177, 22 avril 2010, et *Sejdovic c. Italie* [GC], n° 56581/00, § 126, CEDH 2006-II, et évidemment l'ensemble des arrêts «pilotes» et «quasi pilotes». En fait, cette politique montre que les arrêts doivent reposer sur une approche fondée sur des principes et non sur une approche casuistique des questions de droit en jeu afin d'apporter la clarté, la précision et la prévisibilité nécessaires aux autorités nationales pour saisir pleinement les répercussions des choix de la Cour (voir la Résolution de l'Assemblée parlementaire n° 1226 (2000) du 28 septembre 2000 et l'Avis de la Commission de Venise, précité, §§ 56-58). De toute évidence, plus la jurisprudence s'attache aux circonstances propres à l'affaire, moins elle a de valeur interprétative, plus elle présente de risques d'incohérence et moins elle offre d'orientations aux États parties en général et à l'État défendeur en particulier. Une véritable *jurisdictio* ne peut être obtenue que lorsqu'une juridiction fait l'effort de s'élever au-dessus des facteurs propres à l'affaire en question et de formuler des normes générales.

pour les États parties de se conformer aux arrêts de la Cour, le contrôle de celle-ci sur l'application de l'article 46 de la Convention est crucial<sup>11</sup>.

*Les traités relatifs aux droits de l'homme doivent être interprétés de la manière qui protège le mieux les droits et libertés qui s'y trouvent inscrits*<sup>12</sup>. À la lumière de ce principe, il est évident que le caractère juridictionnel de la Cour serait gravement menacé si la Cour ne réagissait pas aux atteintes portées à ses arrêts et, pire, si le dernier mot quant à l'exécution de ses arrêts dépendait *de facto* de la volonté des premiers destinataires des arrêts eux-mêmes, à savoir les gouvernements. C'est tout le système de protection des droits de l'homme qui serait sacrifié sur l'autel de la politique, les arrêts de la Cour étant alors réduits à des déclarations provisoires sur des différends qui, pour être effectives, nécessiteraient un *satisfecit* politique consécutif. La victoire du requérant au Palais des droits de l'homme serait une victoire à la Pyrrhus, l'État défendeur ayant une seconde chance de se défendre, au Palais de l'Europe. Les droits de l'homme seraient alors un mirage trompeur en Europe. Pour que les droits de l'homme ne deviennent pas un simple mirage, c'est l'interprétation la plus protectrice pour les droits et libertés consacrés par la Convention qui s'impose : pour garantir une indépendance réelle – et non virtuelle – du pouvoir judiciaire et un effet utile – et non apparent – des droits et libertés découlant de la Convention, il est indispensable que la Cour soit investie du pouvoir implicite de surveiller l'exécution de ses arrêts et, le cas échéant, de contredire une décision du Comité des Ministres à ce sujet<sup>13</sup>.

Depuis longtemps, le droit et la pratique internationaux reconnaissent la « théorie des pouvoirs implicites », selon laquelle les organisations internationales disposent non seulement des pouvoirs explicitement prévus dans leurs textes fondateurs, mais aussi de ceux qui sont nécessaires à l'exercice

11. Dans *Olsson c. Suède* (n° 2), 27 novembre 1992, § 94, série A n° 250, la Cour était confrontée au manquement persistant des autorités nationales à autoriser les contacts entre les requérants et leurs enfants, en dépit d'un précédent arrêt de la Cour qui avait été rendu en faveur des requérants. La Cour a dit que « les faits et circonstances sous-jacents au grief invoqué par les intéressés sur le terrain de l'article 53 (...) coïncid[ai]ent pour l'essentiel avec ceux qu'elle [venait] d'examiner sous l'angle de l'article 8 sans constater de violation » et a conclu que « nulle question distincte ne se pos[ait] au regard de l'article 53 ». Ainsi, la Cour ne s'est pas prononcée sur la possibilité qu'il existe des circonstances dans lesquelles un grief tiré de l'ancien article 53 (à présent l'article 46 § 1) de la Convention pouvait être examiné. La réponse à la question à laquelle il n'a pas été répondu dans l'arrêt *Olsson* appelle une interprétation téléologique de la Convention.

12. *Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, § 8, série A n° 7, et, suivant une longue tradition de la Cour interaméricaine, *Ricardo Canese c. Paraguay*, 31 août 2004, série C n° 111, § 181. Ce principe repose sur l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui prescrit une interprétation téléologique du droit international.

13. Voir les arguments du juge Martens dans « *Individual complaints under Article 53 of the European Convention on Human Rights* », in « *The dynamics of the protection of human rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers* », Lawson and de Blois (éd.), vol. III, Londres, 1994, pp. 262, 274 et 285.

le plus efficace de leurs missions. Appliquée à la présente affaire, cette théorie exige que les tribunaux internationaux et autres organes chargés de régler des différends soient implicitement investis du pouvoir de surveiller l'exécution de leurs jugements lorsque cela s'impose pour l'accomplissement de leurs fonctions<sup>14</sup>. Dans le cadre juridique européen relatif aux droits de l'homme, le pouvoir de la Cour de surveiller l'exécution de ses arrêts découle implicitement de sa tâche consistant à assurer le respect par les États parties de leurs obligations au titre de la Convention et de son pouvoir de statuer sur toute question concernant l'application de la Convention (article 19 combiné avec l'article 32).

Le Protocole n° 14 a constitué un pas dans la bonne direction mais n'a cependant pas permis de consacrer pleinement ce pouvoir implicite. Ce Protocole prévoit un élargissement du pouvoir de la Cour de contrôler la phase de l'exécution : la Cour peut interpréter ses propres arrêts et déclarer qu'un État défendeur ne s'y est pas conformé lorsque des problèmes surgissent au cours de l'exécution. Que le Protocole n° 14 reconnaisse explicitement que ces importants pouvoirs appartiennent à la Cour ne dissimule pas le fait que ceux-ci dépendent d'une demande du Comité des Ministres, c'est-à-dire des États parties. Dans l'hypothèse où ces pouvoirs d'interpréter les arrêts de la Cour et de constater que l'État défendeur ne s'y est pas conformé ne seraient pas conférés à la Cour quand l'initiative appartiendrait à la partie lésée, non seulement celle-ci serait en situation d'infériorité par rapport à l'État défendeur, mais, pire encore, l'État défendeur pourrait « bloquer » les effets des arrêts de la Cour au niveau du Comité des Ministres, la Cour ne pouvant alors rien faire face à un éventuel « blocage » politique pendant la phase d'exécution<sup>15</sup>. En cas d'échec du mécanisme de surveillance susmentionné

14. Pour la formulation de cette doctrine consolidée, voir Réparation des dommages subis au service des Nations unies, Avis consultatif, CIJ Recueil 1949, p. 180, et, concernant en particulier les pouvoirs implicites d'une juridiction internationale, voir *Usine de Chorzów* (Allemagne c. Pologne), 1927, CPJI, série A, n° 9 (26 juillet), pp. 21-22, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, CIJ Recueil 1986, p. 142, et *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), arrêt, CIJ Recueil 2001, p. 485, ainsi que CIDH, *Baena-Ricardo et autres c. Panama*, arrêt sur la compétence, 28 novembre 2003, série C, n° 104, §§ 72, 114 et 132.

15. Voir les observations de l'ancien président Costa qui, dans son opinion séparée jointe à l'arrêt *Assanidzé c. Géorgie* [GC], n° 71503/01, CEDH 2004-II, avertissait que la « solution risqu[ait] d'être bloquée » sur le plan politique. Diverses manières de contourner les effets d'un arrêt de la Cour, comme une conduite dilatoire dans sa mise en œuvre ou le dépôt d'une dérogation à la Convention après le constat d'une violation, prouvent que ce risque est bien réel. Enfin, le risque de l'« auto-amnistie » n'est pas bien loin. La majorité qualifiée des deux tiers des représentants des gouvernements ayant le droit de siéger au Comité qui est requise pour le déclenchement d'une procédure d'interprétation et d'une procédure en manquement, les pouvoirs limités du Comité en matière d'enquête et de collecte d'informations, c'est-à-dire l'absence de visites des lieux, d'auditions de témoins et autres moyens d'apprécier les effets réels des normes adoptées et des mesures prises, et le déséquilibre entre la position de la partie lésée et celle du gouvernement dans la procédure d'exécution devant le Comité des Ministres aggravent ce risque.

du Comité des Ministres, la seule voie de droit effective permettant à la partie lésée de réagir à une interprétation incorrecte ou à l'inobservation d'un arrêt de la Cour demeure l'accès à la Cour elle-même. Face à certaines affaires déplorables de non-respect évident de ses arrêts, la Cour a affirmé son pouvoir de censure. Elle n'aurait pas pu faire autrement. C'était la seule manière de protéger son autorité et la force juridique de la Convention. Le risque d'un déni de l'autorité des arrêts de la Cour et la privation concomitante de la force juridique de la Convention ont judicieusement été évités dans l'arrêt éclairant qui a été rendu dans l'affaire *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)*<sup>16</sup>. En affirmant fermement le pouvoir de la Cour de surveiller les manquements à l'article 46 de la Convention, l'arrêt *Emre* a apporté la touche finale à cette approche<sup>17</sup>. Par la formulation résolue et très claire du paragraphe 75, la Cour a condamné la conduite de l'État défendeur après le premier arrêt *Emre*. En outre, elle a affirmé de manière directe quelle aurait été l'«exécution la plus naturelle» du premier arrêt *Emre*, à savoir l'annulation avec «effet immédiat» de la mesure litigieuse d'interdiction du territoire national. Dans ce contexte, le constat de violation de l'article 46 était une conséquence logique et nécessaire du raisonnement tenu<sup>18</sup>.

En somme, *non seulement la Cour aide de diverses façons au processus d'exécution, par exemple en fournissant elle-même des indications sur les mesures adéquates d'exécution, mais de plus elle porte la responsabilité ultime de l'efficacité à long terme de l'ensemble du système de protection des droits de l'homme en Europe en veillant au respect de l'article 46 par le processus d'exécution. L'exercice de la compétence de la Cour pour surveiller l'exécution de*

16. *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)* [GC], n° 32772/02, § 65, CEDH 2009. La clé de voûte de l'arrêt de Grande Chambre réside dans le postulat que fait la Cour de sa compétence inhérente (implicite) pour examiner la conduite des autorités nationales après le premier arrêt *Verein gegen Tierfabriken*, l'argument crucial étant que si la Cour ne pouvait en connaître, il serait soustrait à tout contrôle au titre de la Convention. Ainsi, la motivation de *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)* (précité) vise non seulement les actes des autorités nationales qui heurtent l'arrêt de la Cour, mais *a fortiori* également les omissions de ces autorités lorsqu'un arrêt de la Cour les prie de prendre des mesures pour faire cesser une violation de la Convention. L'importance de cette position se trouve encore renforcée par le fait que la Cour n'a pas hésité à contredire la Résolution du Comité des Ministres ResDH(2003)125 ayant mis fin à sa surveillance de l'exécution du premier arrêt *Verein gegen Tierfabriken*. Voir également *Wasserman c. Russie (n° 2)*, n° 21071/05, § 37, 10 avril 2008, et *Ivançoc et autres c. Moldova et Russie*, n° 23687/05, §§ 86 et 95-96, 15 novembre 2011.

17. *Emre c. Suisse (n° 2)*, n° 5056/10, 11 octobre 2011. L'État défendeur avait expulsé le requérant pour une période indéterminée, ce que la Cour avait estimé disproportionné. Le Tribunal fédéral avait maintenu la mesure d'éloignement mais en avait ramené la durée à dix ans. La question posée par la Cour au paragraphe 68 de l'arrêt *Emre* – il s'agissait de savoir si, en ramenant à dix ans la période d'éloignement du requérant, le Tribunal fédéral s'était conformé aux conclusions et à l'esprit du précédent arrêt de la Cour (2008) – indique l'intention de la Cour de traiter la seconde requête comme une véritable procédure en manquement.

18. *Emre*, précité, § 43, et, concernant l'exécution de cet arrêt, la Résolution du Comité des Ministres CM/ResDH(2012)139.

*ses propres arrêts l'emporte sur une décision contraire du Comité des Ministres. Si la Cour n'est pas liée par une décision du Comité de clore la procédure d'exécution, elle n'est a fortiori pas dans l'impossibilité, pour des motifs de litispendance, d'examiner la question de l'exécution des arrêts.*

### **L'application de l'arrêt *Mazurek* à l'espèce**

La présente affaire est un test pour les effets matériels et temporels de l'arrêt *Mazurek*<sup>19</sup>, dans la mesure où elle soulève la question de l'applicabilité de l'arrêt de 2000 à une succession ouverte en France en 1994. L'effet rétroactif des arrêts de la Cour remet en question la prévisibilité de l'activité judiciaire<sup>20</sup>. Ainsi, la sécurité juridique plaide pour l'effet prospectif des arrêts. Néanmoins, la pleine mise en œuvre des droits et libertés protégés par la Convention peut exiger qu'un arrêt de la Cour soit appliqué rétroactivement, c'est-à-dire à des faits présentés dans une nouvelle requête mais qui sont antérieurs à la date à laquelle l'arrêt est devenu définitif<sup>21</sup>. En l'espèce, *le requérant a eu une espérance légitime de compter parmi les héritiers de sa mère entre le 24 novembre 1983 – date de l'établissement de sa filiation – et le 28 juillet 1994, date du décès de sa mère. Ce jour-là, l'espérance légitime du requérant s'est convertie en un droit acquis à une part réservataire sur la succession ouverte de sa mère*<sup>22</sup>. Bien que la donation-partage faite en 1970 ait eu pour effet de transférer des biens aux donataires, cela n'est devenu un partage des biens de la donatrice à des fins successorales qu'à la date de son décès. À cette date, la filiation du requérant avait déjà été établie, et un fait

19. *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CEDH 2000-II.

20. Il est vrai que la Convention doit s'appliquer à la lumière des conditions actuelles. Dès lors que la Cour ne souscrit pas à une lecture strictement littérale ou une interprétation historique de la Convention, ses arrêts ne visent pas à déterminer le sens originel des dispositions de la Convention. En conséquence, le canon de l'interprétation évolutive de la Convention favorise l'applicabilité non rétroactive des arrêts de la Cour. Le principe de sécurité juridique renforce cette conclusion (*Marckx*, précité, § 58).

21. Dans l'arrêt *Merger et Cros c. France*, n° 68864/01, § 33, 22 décembre 2004, la Cour a appliqué le principe de l'égalité des droits successoraux à une succession ouverte le 12 mars 1986. En bref, elle a appliqué de façon rétroactive la jurisprudence *Mazurek* à une succession ouverte avant la date à laquelle l'arrêt était devenu définitif. En pratique, toutes les successions déjà ouvertes et les partages correspondant qui étaient en cours en France à l'époque où l'arrêt *Mazurek* était devenu définitif – et pas uniquement le partage concernant M. Mazurek – auraient dû être traités suivant le principe de l'égalité entre les enfants issus du mariage et les enfants nés hors mariage. Dans les situations où, après le 1<sup>er</sup> février 2000, les biens du défunt n'avaient pas encore été définitivement partagés et où il était encore possible d'appliquer la jurisprudence *Mazurek* et donc d'assurer aux enfants nés hors mariage une part égale des biens, cela aurait dû être fait. Cette conclusion a acquis encore plus de force après l'arrêt *Merger et Cros*.

22. Le droit comparé montre que l'« ouverture de la succession » intervient à la date du décès du *de cuius* et que cette date sert souvent de point de départ déterminant lorsqu'il faut élaborer des dispositions transitoires dans le domaine du droit des successions (voir l'article 8 de la Convention de La Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, et le rapport sur le projet de Convention, où il est noté que « C'est la solution la plus fréquente en droit comparé » (Actes et documents de la IX<sup>e</sup> session, III, p. 27). Tel est le cas également en France.

antérieur à l'ouverture de la succession de sa mère – la donation-partage – ne pouvait le priver du droit d'obtenir sa part réservataire<sup>23</sup>. Affirmer le contraire reviendrait à faire abstraction de la filiation établie en 1983 et à ôter tout effet utile à l'action en réduction intentée dans les délais par l'intéressé<sup>24</sup>. Autrement dit, l'établissement de la filiation maternelle du requérant en 1983 a conféré à ce dernier des droits successoraux lors de l'ouverture de la succession de sa mère, droits qui relèvent de l'article 1 du Protocole n° 1.

En vertu de la loi du 3 décembre 2001, une succession ouverte au 4 décembre 2001 est partagée suivant le principe de l'égalité entre les enfants issus du mariage et les enfants nés hors mariage, excepté si le partage des biens a été effectué avant cette date. Cette exception a été appliquée par la Cour de cassation dans la présente affaire. À la lumière de l'arrêt *Mazurek*, cette disposition transitoire de la loi de 2001 n'est pas valable. Le choix opéré par le législateur national au moyen des dispositions transitoires continue sans raison valable d'établir une distinction entre les enfants issus du mariage et les enfants nés hors mariage<sup>25</sup>. En d'autres termes, cette loi va à l'encontre de *Mazurek*, qui avait condamné tout traitement discriminatoire concernant les droits successoraux des enfants nés hors mariage. Ainsi, la Cour aurait dû se distancier de la Résolution ResDH(2005)25, adoptée par le Comité des Ministres le 25 avril 2005, et de la Résolution CM/ResDH(2010)191, adoptée le 2 décembre 2010, selon laquelle l'État défendeur avait appliqué de manière satisfaisante l'arrêt *Mazurek* dans son ordre juridique interne<sup>26</sup>.

---

23. C'est pourquoi je trouve insuffisants les paragraphes 52 à 55 de l'arrêt, et ce pour trois raisons : premièrement, ils n'indiquent pas le « droit » auquel pouvait prétendre le requérant et dont celui-ci a été privé ; deuxièmement, ils ne précisent pas quand le requérant a acquis ce droit et à quel moment celui-ci est devenu exécutoire en droit interne, et troisièmement, ils ne distinguent pas, à l'égard des biens de la mère, la situation juridique du requérant avant le décès de celle-ci, et sa situation juridique après le décès.

24. Indépendamment du débat bien connu sur la nature de la donation-partage en tant que présuccession ou anticipation successorale, le fait est que le requérant a été privé de toute part pour la seule raison qu'il n'était pas partie à un acte notarié dont les donateurs l'avaient intentionnellement exclu.

25. Je ne puis admettre l'existence d'un intérêt particulier à assurer la « paix des rapports familiaux » dans le cadre d'une succession mettant en jeu des enfants nés hors mariage. Je ne puis non plus accepter que la portée de l'exception soit limitée dans le temps et sur le fond. Mais même en admettant le caractère prétendument limité de l'exception, cet argument ne pourrait jamais justifier le fait que ces règles transitoires perpétuent et multiplient des inégalités qui reviennent à sanctionner un enfant né hors mariage pour la conduite de son parent. Un enfant ne doit tout simplement pas avoir à supporter les conséquences des actes de ses parents.

26. En conséquence, je ne trouve pas rigoureusement exacte l'observation, au paragraphe 68 de l'arrêt, selon laquelle la loi du 3 décembre 2001 « donnait exécution à cet arrêt en incorporant en droit français les principes qui y étaient affirmés ». Cette appréciation générale néglige le caractère problématique des règles transitoires de la loi. Ce problème a également été évité dans la Résolution ResDH(2005)25 du Comité des Ministres, qui omet toute référence aux règles transitoires de 2001.

Comme le cadre législatif était défaillant, les juridictions nationales auraient dû appliquer *Mazurek* de façon rétroactive à la succession de M<sup>me</sup> M. Puisque cette succession n'était pas définitivement close lorsque l'arrêt *Mazurek* est devenu définitif, en raison de l'action en réduction engagée dans les délais par un héritier disposant d'un droit à une part réservataire mais écarté de la donation-partage, les tribunaux auraient dû considérer que *Mazurek* l'emportait sur les dispositions transitoires de la loi de 2001 et de la loi de 1972, en faisant primer la Convention et en reconnaissant le droit du requérant à une part réservataire sur la masse successorale de sa mère<sup>27</sup>.

### Les conséquences de l'arrêt *Fabris*

De la même manière que l'arrêt *Loizidou* a permis la pleine reconnaissance de la Cour en tant que « Cour constitutionnelle de l'Europe », dont la tâche ne peut être compromise par des États parties exerçant un droit de réserve, l'arrêt *Fabris* réaffirme la valeur constitutionnelle des arrêts de la Cour et la compétence de celle-ci pour vérifier qu'un État partie s'est conformé aux obligations découlant pour lui de l'un des arrêts de la Cour. Cette valeur, qui a été constamment renforcée par la pratique de la Cour et du Comité des Ministres, comme nous l'avons montré, n'est assurément pas remise en question par la malencontreuse formule figurant au paragraphe 75 du présent arrêt : « conformément à son ordre constitutionnel et dans le respect du principe de sécurité juridique ». Cette formule semble limiter l'obligation pour les États parties de donner plein effet aux normes de la Convention, telles qu'interprétées par la Cour, à leur « conform[ité] à [l']ordre constitutionnel ». Si on la comprenait comme autorisant implicitement un mécanisme de filtrage complet et non restrictif vérifiant la constitutionnalité interne des arrêts de la Cour, cette formule anéantirait tout simplement des décennies de construction du système européen des droits de l'homme,

27. Pour être plus précis, il convient de noter que l'arrêt *Marckx* lui-même a posé un principe applicable à tous les États parties à la Convention, y compris l'État défendeur dans l'affaire *Fabris*. C'est un fait qu'à l'époque où M<sup>me</sup> M. est décédée et où le requérant a réclamé auprès du notaire sa part réservataire dans la masse successorale de sa mère (1994), et au moment où M. Fabris a engagé l'action en réduction devant les tribunaux français (1998), les autorités françaises avaient déjà connaissance du principe de non-discrimination concernant les droits successoraux des enfants nés hors mariage qui avait été défini de longues années auparavant, dans *Marckx* en 1979, réaffirmé en 1987 dans *Inze* (c. Autriche, 28 octobre 1987, série A n° 126) et dans *Vermeire* en 1991, et appliqué directement par des juridictions suprêmes telles que le *Hoog Raad* et la Cour de cassation du Luxembourg dans leurs remarquables arrêts du 13 juin 1979 et du 17 janvier 1985 respectivement. En conséquence, le principe de bonne foi dans l'exécution des obligations découlant des traités aurait dû conduire les autorités françaises à traiter la demande du requérant de façon non discriminatoire. Après que l'arrêt *Mazurek* est devenu définitif en 2000, l'obligation internationale pour l'État défendeur d'éviter de futures violations de la Convention s'est trouvée renforcée du fait qu'il était lié non seulement par le principe de bonne foi mais aussi par l'effet *erga omnes* national de *Mazurek*.

viderait la Convention de sa force juridique et cantonnerait la Cour à un rôle d'annexe des juridictions constitutionnelles nationales. De plus, cette lecture serait un coup porté à l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, car elle permettrait à un État partie à la Convention d'invoquer les dispositions de son droit constitutionnel pour justifier son manquement à exécuter un traité. La validité et l'efficacité des arrêts de la Cour ne dépendent pas d'un *fiat* des cours constitutionnelles nationales<sup>28</sup>. La référence à la « conform[ité] à [l'] ordre constitutionnel » n'est donc rien d'autre qu'un renvoi anodin au principe de sauvegarde des droits de l'homme reconnus, inscrit à l'article 53 de la Convention.

Dans ce contexte, la référence complémentaire au principe de sécurité juridique n'est pas moins problématique. Les juridictions internes ne peuvent annuler, restreindre ou retarder l'effet des arrêts de la Cour au motif qu'ils menacent le principe de sécurité juridique. Si elles le pouvaient, cela leur permettrait de se livrer à une application sélective des arrêts de la Cour, avec le risque de voir quarante-sept manières différentes de mettre en œuvre un même arrêt. Ainsi, la référence au principe de sécurité juridique, outre le fait qu'elle rappelle la motivation de *Marckx*<sup>29</sup>, est aussi une injonction adressée aux tribunaux nationaux de se conformer strictement et sans aucune marge d'appréciation aux arrêts de la Cour. Tout comportement

28. Voir Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, Avis consultatif, 4 février 1932, CPJI, série A/B, n° 44, p. 24 (« un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur »); Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, Avis consultatif, CIJ Recueil 1988, pp. 34 et 35; *Dumitru Popescu c. Roumanie* (n° 2), n° 71525/01, § 103, 26 avril 2007, et, concernant l'acceptation par les États parties de cette idée, voir la Résolution DH (95) 211 du 11 septembre 1995, la Résolution DH (96) 368 du 26 juin 1996 et la Résolution DH (96) 150 du 15 mai 1996. L'autorité prépondérante des obligations internationales sur le droit interne, notamment le droit constitutionnel, est *a fortiori* également valable dans le domaine du droit international des droits de l'homme, compte tenu de la nature des droits de l'homme, matière non réservée à la compétence nationale des États (article 2 § 7 de la Charte des Nations unies), et du fait que les traités relatifs aux droits de l'homme non seulement lient les États parties mais de plus reconnaissent les droits et libertés des citoyens au sein de la juridiction des États parties (article 1 de la Convention). La conclusion est inéluctable: sans préjudice de l'article 15 de la Convention, aucune disposition de droit interne, pas même une disposition constitutionnelle, ne peut limiter ou porter atteinte à l'un quelconque des droits et libertés inscrits dans la Convention telle qu'interprétée par la Cour. Rien n'empêche les tribunaux nationaux, et à leur sommet les juridictions constitutionnelles, d'offrir un niveau supérieur de protection des droits et libertés individuels (article 53), ce qui signifie que les normes de la Convention ne peuvent être écartées que lorsque les dispositions internes offrent une meilleure protection du droit du requérant.

29. Suivant « le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention », la Cour « peut dispenser les États de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs à des arrêts de la Cour déclarant la législation nationale incompatible avec la Convention » (*Marckx*, précité, § 58, et *Henryk Urban et Ryszard Urban c. Pologne*, n° 23614/08, § 65, 30 novembre 2010).

discrétionnaire des juridictions nationales dans la mise en œuvre des arrêts de la Cour remettrait en question le principe de sécurité juridique.

### **Conclusion**

Eu égard à l'applicabilité directe et *erga omnes* de *Mazurek* au sein de l'État défendeur et à son applicabilité rétroactive au partage des biens de M<sup>me</sup> M., considérant la compétence de la Cour pour surveiller l'exécution de l'arrêt *Mazurek* par l'État défendeur et appliquant les principes d'égalité devant la loi et de non-discrimination entre les enfants issus du mariage et les enfants nés hors mariage, j'estime que l'État défendeur n'a pas appliqué de façon satisfaisante l'arrêt *Mazurek* à la présente affaire et a donc porté atteinte à l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1.



FABRIS v. FRANCE  
*(Application no. 16574/08)*

GRAND CHAMBER<sup>1</sup>

JUDGMENT OF 7 FEBRUARY 2013<sup>2</sup>

---

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

2. Extracts.



SUMMARY<sup>1</sup>**Difference in treatment for inheritance purposes between child born outside and child born within marriage**

The imperative of equality of rights takes precedence over the protection of rights acquired by third parties regarding the retroactive effect of a law enacted in order to comply with the general measures requested in a judgment of the Court.

The transitional provisions enacted following the legislative reform, pursuant to Article 46 of the Convention, must ensure the full effect of the Convention standards, as interpreted by the Court (see paragraph 75 of the judgment).

**Article 14 in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1**

*Discrimination – Peaceful enjoyment of property – Difference in treatment for inheritance purposes between child born outside and child born within marriage – Applicability – Birth – Reform of inheritance law – Transitional measures guaranteeing rights acquired by third parties – Imperative of equality of treatment – Recognition of unchallenged rights – Proportionality – Legitimate aim – Objective and reasonable justification – General measures*

\*

\* \*

*Facts*

The applicant was born in 1943 of a liaison between his father and a married woman who was already the mother of two children born of her marriage. In 1970 Mr and Mrs M. (the applicant's mother and her husband) divided their property *inter-vivos* (*donation-partage*) between their two legitimate children, whilst keeping a life interest in the property. Mr M. died in 1981 and Mrs M. in 1994. In 1983 the *tribunal de grande instance* declared the applicant to be Mrs M.'s "illegitimate" child. In 1998 the applicant brought proceedings against the two legitimate children in the *tribunal de grande instance*, seeking an abatement of the *inter-vivos* division so that he could claim his share in his mother's estate. At that time the Law of 3 January 1972 provided that children born of adultery could claim a share in their father or mother's estate equal to half the share of a legitimate child. After the Court had found against France in 2000 in *Mazurek v. France* (no. 34406/97, ECHR 2000-II), France enacted the Law of 3 December 2001 amending its legislation and granting children born of adultery identical inheritance rights to those of legitimate children. In a judgment of September 2004, the *tribunal de grande instance* declared

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

the action brought by the applicant admissible and upheld his claim on the merits. Following an appeal by the legitimate children, the Court of Appeal set aside the lower court's judgment. The applicant unsuccessfully appealed on points of law.

### *Law*

Article 14 in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1:

(a) *Applicability of Article 14* – It was purely on account of his status as a child “born of adultery” that the applicant had been refused the right to request an abatement of the *inter-vivos* division signed by his mother. But for that discriminatory ground, he would have had a right, enforceable under domestic law, in respect of the asset in question. Whilst *inter-vivos* gifts had the immediate effect of transferring ownership, they did not become a division for inheritance purposes until the death of the donor (in 1994 in the present case). By that date the applicant's filiation had been established. It followed that the applicant's pecuniary interests fell within the scope of Article 1 of Protocol No. 1 and the right to peaceful enjoyment of possessions safeguarded by that provision. That was sufficient to render Article 14 of the Convention applicable.

(b) *Merits* – The applicant was deprived of a reserved portion and definitively placed in a different situation from that of the legitimate children regarding inheritance of their mother's estate. That difference in treatment derived from the 2001 Law, which restricted application of the new inheritance rights of children “born of adultery” to successions opened prior to 4 December 2001 that had not given rise to division before that date. In interpreting the transitional provision concerned, the Court of Cassation had considered that division for inheritance purposes had taken place in 1994, at the time of the applicant's mother's death, in line with long-standing case-law authority to the effect that in respect of *inter-vivos* divisions the death of the donor triggered both the opening of the succession and the division. A legitimate child who had been omitted from the *inter-vivos* division or not yet conceived when the deed was signed would not have been precluded from obtaining his or her reserved portion or share of the estate. It was therefore not disputed that the only reason for the difference in treatment suffered by the applicant was the fact that he had been born outside marriage.

The French State had amended the rules of inheritance law following the *Mazurek* judgment by repealing all the discriminatory provisions relating to children “born of adultery”. However, according to the Government, it was not possible to undermine rights acquired by third parties – in the instant case by the other heirs – and that justified restricting the retroactive effect of the 2001 Law to those successions that were already open on the date of its publication and had not given rise to a division by that date. The transitional provisions had accordingly been enacted in order to safeguard peaceful family relations by securing the rights acquired by beneficiaries where the estate had already been divided.

Subject to the statutory right to bring an action for abatement, the applicant's half-brother and half-sister had obtained property rights on the basis of the *inter-vivos* division of 1970 by virtue of which their mother's estate had passed to them on her death in 1994. On that basis the present case was distinguishable from that of *Mazurek* (cited above), in which the estate had not yet passed to the beneficiaries. However, "protecting the 'legitimate expectation' of the deceased and their families must be subordinate to the imperative of equal treatment between children born outside and children born within marriage". In that connection the applicant's half-brother and half-sister knew – or should have known – that their rights were liable to be challenged. At the time of their mother's death in 1994 there had been a statutory five-year time-period for bringing an action for abatement of an *inter-vivos* division. Their half-brother had had until 1999 to claim his share in the estate and such an action was capable of calling into question not the division as such, but the extent of the rights of each of the descendants. Moreover, the action for abatement that the applicant did finally bring in 1998 had been pending before the national courts at the time of delivery of the judgment in *Mazurek*, which declared that inequality of inheritance rights on the ground of birth was incompatible with the Convention, and at the time of publication of the 2001 Law, which executed that judgment by incorporating the principles established therein into French law. Lastly, the applicant was not a descendant whose existence was unknown to them, as he had been recognised as their mother's "illegitimate" son in a judgment delivered in 1983. That was sufficient to arouse justified doubts as to whether the estate had actually passed to them. On that point, in the particular circumstances of the present case, in which European case-law and the national legislative reforms showed a clear tendency towards eliminating all discrimination regarding the inheritance rights of children born outside marriage, the action brought by the applicant before the domestic courts in 1998 and dismissed in 2007 was a weighty factor when examining the proportionality of the difference in treatment. The fact that that action had still been pending in 2001 could not but relativise the expectation of Mrs M.'s other heirs that they would succeed in establishing undisputed rights to her estate. Consequently, the legitimate aim of protecting the inheritance rights of the applicant's half-brother and half-sister was not sufficiently weighty to override the claim by the applicant to a share in his mother's estate. Moreover, it appeared that, even in the eyes of the national authorities, the expectations of heirs who were the beneficiaries of an *inter-vivos* division were not to be protected in all circumstances. Indeed, if the same action for an abatement of the *inter-vivos* division had been brought at the same time by another legitimate child, born at a later date or wilfully excluded from the division, it would not have been declared inadmissible.

Accordingly, there had been no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the legitimate aim pursued. There had therefore been no

objective and reasonable justification for the difference in treatment regarding the applicant.

That conclusion did not call into question the right of States to enact transitional provisions where they adopted a legislative reform with a view to complying with their obligations under Article 46 § 1 of the Convention. However, whilst the essentially declaratory nature of the Court's judgments left it up to the State to choose the means by which to erase the consequences of the violation, it should at the same time be pointed out that the adoption of general measures required the State concerned to prevent, with diligence, further violations similar to those found in the Court's judgments. That imposed an obligation on the domestic courts to ensure, in conformity with their constitutional order and having regard to the principle of legal certainty, the full effect of the Convention standards, as interpreted by the Court. That had not been done in the present case, however.

*Conclusion* : violation (unanimously).

Article 41: Question reserved.

### Case-law cited by the Court

*Alboize-Barthes and Alboize-Montezume v. France* (dec.), no. 44421/04, 21 October 2008

*Albu and Others v. Romania*, no. 34796/09 and 63 others, 10 May 2012

*Ališić and Others v. Bosnia-Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the former Yugoslavian Republic of Macedonia* (dec.), no. 60642/08, 17 October 2011

*Andrejeva v. Latvia* [GC], no. 55707/00, ECHR 2009

*Antoni v. the Czech Republic*, no. 18010/06, 25 November 2010

*Association nationale des pupilles de la Nation v. France* (dec.), no. 22718/08, 6 October 2009

*Beian v. Romania (no. 1)*, no. 30658/05, ECHR 2007-V

*Beyeler v. Italy* [GC], no. 33202/96, ECHR 2000-I

*Bozcaada Kimisis Teodoku Rum Ortodoks Kilisesi Vakfi v. Turkey*, nos. 37639/03, 37655/03, 26736/04 and 42670/04, 3 March 2009

*Brauer v. Germany*, no. 3545/04, 28 May 2009

*Brumărescu c. Romania* [GC], no. 28342/95, ECHR 1999-VII

*Camp and Bourimi v. the Netherlands*, no. 28369/95, ECHR 2000-X

*Compagnie des gaz de pétrole Primagaz v. France*, no. 29613/08, 21 December 2010

*Depalle v. France* [GC], no. 34044/02, ECHR 2010

*Di Marco v. Italy*, no. 32521/05, 26 April 2011

*E.S. v. France* (dec.), no. 49714/06, 10 February 2009

*Inze v. Austria*, 28 October 1987, Series A no. 126

*Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, Series A no. 112

*Karaman v. Turkey*, no. 6489/03, 15 January 2008

*Konstantin Markin v. Russia* [GC], no. 30078/06, ECHR 2012

*Kopecký v. Slovakia* [GC], no. 44912/98, ECHR 2004-IX

*Larkos v. Cyprus* [GC], no. 29515/95, ECHR 1999-I  
*Magnin v. France* (dec.), no. 26219/08, 10 May 2012  
*Malhous v. the Czech Republic* (dec.) [GC], no. 33071/96, ECHR 2000-XII  
*Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, Series A no. 31  
*Mazurek v. France*, no. 34406/97, ECHR 2000-II  
*Merger and Cros v. France*, no. 68864/01, 22 December 2004  
*Mork v. Germany*, nos. 31047/04 and 43386/08, 9 June 2011  
*Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey* [GC], no. 13279/05, 20 October 2011  
*Nerva and Others v. the United Kingdom*, no. 42295/98, ECHR 2002-VIII  
*Padovani v. Italy*, 26 February 1993, Series A no. 257-B  
*Petrovic v. Austria*, 27 March 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II  
*Pla and Puncernau v. Andorra*, no. 69498/01, ECHR 2004-VIII  
*Plalam S.P.A. v. Italy*, no. 16021/02, 18 May 2010  
*Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium*, 20 November 1995, Series A no. 332  
*Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* [GC], no. 42527/98, ECHR 2001-VIII  
*Salah v. the Netherlands*, no. 8196/02, ECHR 2006-IX  
*Saghinadze and Others v. Georgia*, no. 18768/05, 27 May 2010  
*Slivenko and Others v. Latvia* (dec.) [GC], no. 48321/99, 23 January 2002  
*Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, ECHR 2005-X  
*Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, ECHR 2006-VI  
*Stretch v. the United Kingdom*, no. 44277/98, 24 June 2003  
*Taron v. Germany* (dec.), no. 53126/07, 29 May 2012  
*Van Raalte v. the Netherlands*, 21 February 1997, *Reports* 1997-I  
*Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2)* [GC], no. 32772/02, ECHR 2009  
*Vermeire v. Belgium*, 29 November 1991, Series A no. 214-C  
*Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, no. 76240/01, 28 June 2007  
*Zarb Adami v. Malta*, no. 17209/02, ECHR 2006-VIII



**In the case of Fabris v. France,**

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

Josep Casadevall, *President*,  
Françoise Tulkens,  
Nina Vajić,  
Lech Garlicki,  
Karel Jungwiert,  
Elisabeth Steiner,  
Alvina Gyulumyan,  
Egbert Myjer,  
Dragoljub Popović,  
George Nicolaou,  
András Sajó,  
Ledi Bianku,  
Nona Tsotsoria,  
Işıl Karakaş,  
Guido Raimondi,  
Paulo Pinto de Albuquerque,  
André Potocki, *judges*,

and Johan Callewaert, *Deputy Grand Chamber Registrar*,

Having deliberated in private on 4 April 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. 16574/08) 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 Henry Fabris (“the applicant”), on 1 April 2008.

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

3. Relying on Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 and Article 8 of the Convention, the applicant, a

child “born of adultery”, alleged that he had suffered discrimination on the ground of birth regarding the division of his mother’s estate.

4. The application was allocated to the Fifth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 10 February 2010 the President of the Section decided to communicate it to the Government. As provided for by former Article 29 § 3 of the Convention (current Article 29 § 1) and Rule 54A, it decided to examine the merits of the application at the same time as its admissibility. On 21 July 2011 it was declared admissible by a Chamber of the Fifth Section composed of Dean Spielmann, President, Jean-Paul Costa, Boštjan M. Zupančič, Mark Villiger, Isabelle Berro-Lefèvre, Ann Power and Angelika Nußberger, judges, and Claudia Westerdiek, Section Registrar. It held, by five votes to two, that there had been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 and unanimously that there was no need to examine separately the complaint based on Article 14 of the Convention taken together with Article 8.

5. On 9 September 2011 the applicant requested that the case be referred to the Grand Chamber under Article 43 of the Convention and Rule 73. On 28 November 2011 a panel of the Grand Chamber granted the request.

6. The composition of the Grand Chamber was determined in accordance with the provisions of Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24.

7. The applicant and the Government each filed a memorial before the Grand Chamber.

8. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 4 April 2012 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mrs A.-F. Tissier, *Co-Agent,*

Mrs E. Topin, Ministry of Foreign and  
European Affairs,

Mrs M.-A. Recher, Ministry of Justice,

Mrs C. Azar, Ministry of Justice, *Advisers;*

(b) *for the applicant*

Mr A. Ottan, lawyer,

Mrs M. Ottan, lawyer, *Counsel.*

The Court heard addresses by Mr Ottan and Mrs Tissier.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicant was born in 1943 and lives in Orléans.

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

10. The applicant was recognised by his father at birth. At the time of the applicant's conception, his mother – Mrs M., née R. – was married and two children had been born of that marriage: A., born in 1923, and J.L., born in 1941. By a decree of 28 February 1967, the applicant's mother and her husband, Mr M., were pronounced judicially separated.

11. By a deed of 24 January 1970, Mr and Mrs M. divided their property *inter vivos* (*donation-partage*) between their two legitimate children. The deed, which was signed before a notary, provided for a life interest in their favour and for revocation of the gift in the event of a breach of its terms and conditions. When signing the deed Mr and Mrs M. declared that the two donees were their only offspring.

12. In a judgment of 24 November 1983, the Montpellier *tribunal de grande instance* declared the applicant to be the “illegitimate” child of Mrs M., after finding that his status of “illegitimate” child had been fully established.

13. In 1984 the applicant expressed his intention to challenge the 1970 deed of *inter-vivos* division. On that date his lawyer informed him that the deed could not be challenged during the donor's lifetime and that his only option was to bring an action for abatement within five years of the donor's death.

14. The applicant's mother died in July 1994. The notary administering the estate informed the applicant by letter of 7 September 1994 that, as a child “born of adultery”, he was entitled to only half the share he would have received if he had been a legitimate child (at that time the applicable law provided that a child “born of adultery” could inherit only half the share of a legitimate child ...). He added that the applicant's half-brother and half-sister were willing to pay him 298,311 French francs (FRF) (approximately 45,477 euros (EUR)) in cash, while specifying that “in the event of a reduction following the subsequent birth of a child, only a monetary abatement [was] possible and in no circumstances an abatement in kind”. No agreement was reached between the three children.

## B. Action for abatement brought by the applicant

15. By a writ of action dated 7 January 1998, the applicant brought proceedings against his half-brother J.L. and his half-sister A. seeking an abatement of the *inter-vivos* division in accordance with Article 1077-1 of the Civil Code (see paragraph 25 below). He claimed a reserved portion equal to their share of his mother's estate.

16. After the Court had found against France in the case of *Mazurek v. France* (no. 34406/97, ECHR 2000-II), France passed Law no. 2001-1135 of 3 December 2001 ( "the 2001 Law"), amending its legislation and granting children "born of adultery" identical inheritance rights to those of legitimate children ... That new Law came into force before judgment was given in the proceedings instituted by the applicant. Its transitional provisions provided that, subject to any prior agreement between the parties or final court decision, the provisions relating to the new inheritance rights of children born outside marriage whose father or mother was, at the time of their conception, bound by marriage to another person were applicable to successions that were already open on the date of publication of the Law in the Official Gazette (4 December 2001) and had not given rise to division prior to that date (section 25(2) of the 2001 Law, see paragraph 30 below).

17. In his recapitulatory pleading of 20 February 2003, the applicant relied on the provisions of the 2001 Law. In his submission, that Law repealed section 14 of the Filiation Law of 3 January 1972 (hereafter "the 1972 Law" ...), a transitional provision stipulating that the rights of heirs entitled under that Law to a reserved portion of the estate could not be exercised to the detriment of *inter-vivos* gifts granted prior to the date on which it came into force. The applicant argued that as that provision had been repealed, he was entitled to bring an action for abatement under Article 1077-1 of the Civil Code even though the deed of *inter-vivos* division had been signed on 24 January 1970.

### 1. Judgment at first instance

18. In a judgment of 6 September 2004, the Béziers *tribunal de grande instance* upheld the applicant's claim. It found that section 14 of the 1972 Law was contrary to Articles 8 and 14 of the Convention. The court referred in that connection to the judgment in *Marckx v. Belgium* (13 June 1979, Series A no. 31) which recognised "that family life also comprise[d] interests of a material kind", and to several judgments of the Court "which ha[d] continued to rule that differences of treatment in inheritance matters between children born within and children born outside marriage were discriminatory (see *Mazurek*, [cited above]; *Inze v. Austria*, 28 October

1987, Series A no. 126]; and *Vermeire [v. Belgium*, 29 November 1991, Series A no. 214-C]”). It also found that the provision was contrary to the new 2001 Law. It held that the applicant had the same inheritance rights in respect of the estate as his half-brother and half-sister, for the following reasons:

“Section 25(1) of the Law of 3 December 2001 provides that this Law is applicable from the date on which it comes into force to successions that are already open; subject to any prior agreement between the parties or final court decision, the provisions of this Law are applicable to successions already open on the date of publication of the Law in the Official Gazette of the French Republic where these have not given rise to division prior to that date.

In the present case there has not yet been division of Mrs M.’s estate; accordingly, the provisions relating to the new inheritance rights of children born outside marriage whose father or mother was, at the time of their conception, bound by marriage to another person will apply. ...

Indeed, it cannot reasonably be argued that the legislature, in enacting the Law of 3 December 2001, intended to maintain a provision contrary to the spirit and aim of the new Law.”

## 2. *Judgment on appeal*

19. In October and December 2004 J.L. and the heirs of A., who had died during the proceedings, appealed against the judgment.

20. In a judgment of 14 February 2006, the Montpellier Court of Appeal set aside the lower court’s judgment and declared that, under section 14(2) of the Law of 1972, the applicant was not entitled to bring an action for abatement of the *inter-vivos* division. It held that

“... under [that section], the rights acquired to a reserved portion of the estate under the present Law or arising from the new rules regarding the establishment of filiation cannot be exercised to the detriment of *inter-vivos* gifts granted before that Law came into force.

This provision, which lays down a general rule regarding, among other things, the retroactive effects of the new rules relating to the establishment of filiation deriving from the Law of 3 January 1972, has not been expressly repealed by the Law of 3 December 2001; neither can it be deduced from the terms of the later Law that it has been tacitly repealed, firstly because its provisions do not conflict with the later Law and secondly because it was not limited solely to application of Article 915 of the Civil Code, which was repealed by that Law.”

According to the Court of Appeal, that conclusion did not conflict with the general principle of equality of rights regardless of birth, as guaranteed by Article 1 of Protocol No. 1 and Articles 8 and 14 of the Convention:

“Firstly, the sole purpose of the provisions of section 14 of the Law of 1972 is to prohibit heirs who have acquired rights to a reserved portion of the estate under that Law – and extended by the Law of 3 December 2001 – from exercising them to the detriment of *inter-vivos* gifts granted prior to 1 August 1972, without depriving the said heirs of their inheritance rights. Next, there is objective and reasonable justification for section 14 of the Law of 1972 in the light of the legitimate aim pursued, namely, ensuring peaceful family relations by securing rights acquired in that context – sometimes long-standing ones – without at the same time creating an excessive imbalance between heirs, it being observed that [these provisions] are of limited scope both in terms of time and the type of voluntary disposition concerned.”

### 3. *Judgment of the Court of Cassation*

21. The applicant lodged an appeal on points of law. In his grounds of appeal based on a violation of Article 1 of Protocol No. 1 and Article 14 of the Convention, he argued that peaceful family relations could not take precedence over equality, in terms of civil rights, between children born within marriage and children born outside marriage.

22. In his opinion, which was communicated to the parties, the advocate-general at the Court of Cassation recommended dismissing the appeal. He made the following submissions to the judges of the First Civil Division of the Court of Cassation:

“... should the court not consider that the succession that had been opened did not give rise to division before the date of publication of the Law, seeing that an action for abatement was pending on that date?

The difficulty submitted for your examination does indeed arise from the different approach proposed by the transitional provisions of the 1972 and 2001 Laws. Whilst neither successions already open, nor *inter-vivos* gifts granted prior to the entry into force of the Law of 1972, could be challenged under that Law, the Law of 2001 allows children born outside marriage whose father or mother was, at the time of conception, bound by marriage to another person to assert inheritance rights in respect of successions already open prior to publication of that Law.

That difference justifies a non-restrictive application of the provisions of the Law of 2001. Only where there has been actual division, or an agreement has been reached between the parties or a final court decision delivered can the new inheritance rights of such children be excluded where the succession has already been opened. On account of the action for an abatement, the succession already open on the date of publication of the Law of 2001 cannot have ‘given rise to division’ on the date of publication of that Law.

I therefore find the submission that the Law of 3 December 2001 is not applicable difficult to sustain. The terms of section 14 of the Law of 3 January 1972, however, are entirely unambiguous. Heirs who have acquired rights under this Law to the reserved portion of the estate cannot exercise those rights ‘*to the detriment of inter-vivos gifts*

*granted before the Law came into force*. Should, then, these provisions be deemed to have been tacitly repealed?

Without having regard to the time factor, the applicant maintains in his supplementary pleadings that it must be concluded from the clear contradiction between the transitional provisions of the two Laws that those governing the Law of 1972 have been tacitly repealed. Whilst the approach is different between the transitional provisions enacted in 1972 and those enacted in 2001, they do not, however, appear to me to conflict.

By excluding any challenge to *inter-vivos* gifts granted prior to the entry into force of the Law of 1972, the legislature intended to guarantee the legal security required by such gifts. There is nothing to justify calling that legal security into question in 2002, since the earlier transitional provisions complement those laid down by the 2001 Law.

It is on those grounds that I invite you to dismiss the first ground of the appeal: the *inter-vivos* gift made on 24 January 1970 cannot be called into question on account of inheritance rights arising from new rules concerning the establishment of filiation. In that connection, whilst it remains debatable whether there had actually been division prior to publication of the Law of 3 December 2001, the existence of an *inter-vivos* gift granted prior to the entry into force of the Law of 3 January 1972 is not in dispute. ...”

23. The Court of Cassation dismissed the appeal in a judgment of 14 November 2007, substituting of its own motion a new legal ground. It found that the effect of the transitional provisions of the 2001 Law was that, subject to any prior agreement between the parties or a final court decision, the provisions relating to the new inheritance rights of children born outside marriage whose father or mother was, at the time of conception, bound by marriage to another person were applicable only to successions that were already open on 4 December 2001 and had not given rise to division before that date (see paragraph 16 above). It found that as division had been triggered by Mrs M.’s death – in July 1994, and thus prior to 4 December 2001 – the above-mentioned provisions were not applicable.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

### A. *Inter-vivos* division of property and action for abatement

24. Under French law, estate-owners can divide their estate themselves between their heirs. An *inter-vivos* division (*donation-partage*) is a deed by which the donor divides his or her property immediately among his or her heirs (*inter-vivos* transfer). It is an anticipated, definitive and negotiated division. Title to the property is transferred at the time of the donation, which is also the first (anticipated) step in a succession that will be opened later. According to the case-law of the Court of Cassation, an *inter-vivos* division becomes a division for the purposes of inheritance on the donor’s

death. The succession is both opened and definitively liquidated or divided on the date of the ascendant's death (Court of Cassation, 7 March 1876; First Civil Division, 5 October 1994, *Bull.* 1994, I, no. 27).

25. A descendant who has not received a share of the estate may claim his or her reserved portion from the assets existing when the succession is opened. If there are insufficient assets in the estate, he can bring an action for abatement within five years of the donor's death. This was the remedy used by the applicant in accordance with Articles 1077-1 and 1077-2 of the Civil Code, which read as follows at the material time:

**Article 1077-1**

“A descendant who has not participated in the *inter-vivos* division of the estate, or has received a lower share than his or her reserved portion, may bring an action for abatement if, when the succession is opened, there are insufficient assets not included in the division of the estate to constitute or complete his or her reserved portion, regard being had to any voluntary dispositions from which he may have benefited.”

**Article 1077-2**

“*Inter-vivos* divisions are subject to the rules governing *inter-vivos* gifts as regards determination of the amount, calculation of the reserved portion and reductions.

An action for abatement cannot be brought until after the death of the ascendant who has made the division or the surviving ascendant in the event of a division by the mother and father of their estate among all their issue. Such an action shall become time-barred five years after the death.

A child not yet conceived at the time of the *inter-vivos* division may bring a similar action for the purpose of constituting or supplementing his or her reserved portion.”

...

**C. Transitional provisions**

...

*2. Section 25 of the 2001 Law*

30. Under section 25(1) of the 2001 Law, entry into force of that Law was in principle deferred until 1 July 2002. However, regarding the repeal of the provisions of the Civil Code concerning the rights of children “born of adultery”, the legislature decided, exceptionally, that the Law would come into force immediately on the date of publication of the Law in the Official Gazette, that is, on 4 December 2001. Accordingly, section 25(2) provides:

“The present Law shall apply to successions that are already open from [1 July 2002], subject to the following exceptions: ...

(2) Subject to any prior agreement between the parties or final court decision, the following shall apply to successions already open on the date of publication of the present Law in the Official Gazette of the French Republic and not having given rise to division prior to that date:

(a) the provisions relating to the new inheritance rights of children born outside marriage whose father or mother was, at the time of conception, bound by marriage to another person; ...”

31. In so far as it concerns the rights of children “born of adultery”, the 2001 Law is therefore applicable to all successions open on 4 December 2001, on condition that there has been no division prior to that date.

...

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 1 OF PROTOCOL No. 1

36. The applicant complained that, as a child “born of adultery”, he was unable to assert his inheritance rights and that such unjustified discrimination persisted after the Court’s judgment in *Mazurek v. France* (no. 34406/97, ECHR 2000-II) and despite the enactment of the 2001 Law.

He alleged that there had been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1, which read as follows:

#### **Article 14 of the Convention**

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as ... birth ...”

#### **Article 1 of Protocol No. 1**

“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

### **A. The Chamber judgment**

37. In its judgment of 21 July 2011, the Chamber held that the applicant’s complaint fell within the scope of Article 1 of Protocol No. 1,

which sufficed to render Article 14 of the Convention applicable. As his maternal filiation had been recognised in 1983, the applicant had an interest, enforceable in the domestic courts, in asserting his right to receive a share of his mother's estate in a manner compatible with Article 14 of the Convention (see paragraphs 38-42 of the Chamber judgment).

38. The Chamber observed, on the merits, that the 1972 and 2001 Laws had put in place specific transitional provisions in respect of the new inheritance rights enshrined in those Laws. It noted that the domestic courts had considered that the applicant could not benefit from those provisions at the time of lodging his action for abatement of the *inter-vivos* gift of 1970. According to the Court of Appeal, the transitional provision of the 1972 Law precluded any challenge to *inter-vivos* gifts granted before the Law came into force. The Court of Cassation had held that as division of the estate had taken place on the mother's death in 1994, this precluded – under section 25(2) of the 2001 Law – application of the new provisions providing for equal inheritance rights. Those interpretations of domestic law pursued the legitimate aim of safeguarding the principle of legal certainty and the long-standing rights of the legitimate children. Moreover, they did not appear unreasonable, arbitrary or blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination. The Chamber distinguished the specific situation in the present case from the cases in which there had not yet been division of the estate (see *Mazurek*, cited above, and *Merger and Cros v. France*, no. 68864/01, 22 December 2004) in concluding that the difference in treatment in question was proportionate to the aim pursued and that there had been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 (see paragraphs 50-59 of the Chamber judgment).

## **B. The parties' submissions**

### *1. The Government*

#### **(a) Applicability of Article 14 of the Convention**

39. The Government submitted that the facts complained of by the applicant did not fall within the scope of Article 1 of Protocol No. 1, which rendered Article 14 of the Convention inapplicable. They observed in that connection that the *inter-vivos* division of 1970 had vested title to the property in the two legitimate children and established an acquired legal situation which precluded the applicant from obtaining a share in his mother's estate. Neither the 1972 Law nor the 2001 Law had had the

effect of enabling him to acquire the share in the estate to which he would have been entitled if the deed of 1970 had not existed. Unlike the cases of *Mazurek* and *Merger and Cros* (both cited above), in which the applicants had automatically acquired inheritance rights following the death of their parent, the succession in the present case had been settled in 1970 before the death of the applicant's mother. Moreover, division of the property had taken effect several years before the applicant's filiation had been established in 1983. Consequently, according to the Government, the applicant had no inheritance rights in respect of the estate (they referred, *mutatis mutandis*, to *Alboize-Barthes and Alboize-Montezume v. France* (dec.), no. 44421/04, 21 October 2008).

**(b) Merits**

40. As they had previously submitted before the Chamber, the Government maintained that the applicant had not been "excluded" from his mother's succession but, in so far as the assets had already been disposed of under the terms of the deed of *inter-vivos* division of 1970, he could not acquire the share to which he would have been entitled under the 1972 and 2001 Laws if that deed had not existed. Accordingly, it was not the judicial decisions in question which had prevented the applicant from inheriting under his mother's estate, but a prior deed of transfer of property which had established an acquired legal situation.

41. It was to those rights acquired by the other heirs that the legislature in 2001 – having, moreover, fully satisfied the general obligations incumbent on it to execute the above-cited *Mazurek* judgment – had had to have regard when bringing the Law into force. Application of the new Law to pre-existing situations necessarily had to abide by the principles of legal certainty and foreseeability of the law established by the case-law of the Court. Section 25 of the 2001 Law thus excluded application of the new rights to successions already open on the date of its publication that had given rise to division before that date. In the Government's view, the Court of Cassation's interpretation did not therefore conflict with the *Mazurek* judgment. Unlike that judgment and the above-cited case of *Merger and Cros*, in which the applicants had challenged situations that were not yet established when they lodged their action in the domestic courts, the action for abatement brought by the applicant in 1998 had sought to challenge a situation in which there had already been division of the estate.

42. The Government acknowledged that a judgment finding a violation of the Convention could give rise to general measures in the respondent State and have an impact going beyond the dispute concerning the parties before the Court. Nevertheless, they stated that the Court had never recognised a

retroactive effect of its judgments. To claim that the above-cited *Mazurek* judgment should apply to the present case, that is, to a legal situation that had been definitively established before it was delivered, and that it should have retroactive effect, would render Article 46 of the Convention nugatory.

## 2. *The applicant*

### (a) **Applicability of Article 14 of the Convention**

43. The applicant did not file additional observations with the Grand Chamber to those produced before the Chamber in which he had expressed his disagreement with the Government on this point (paragraph 37 of the Chamber judgment). He submitted that the establishment of his maternal filiation in 1983 had vested inheritance rights in him at the opening of his mother's succession – pending on the day he lodged his application – which fell within the scope of Article 1 of Protocol No. 1.

### (b) **Merits**

44. According to the applicant, the effectiveness of Article 14 of the Convention had to be guaranteed and only “very weighty” reasons could lead to a difference in treatment on the ground of birth being regarded as compatible with the Convention. Legal certainty was neither a right guaranteed by the Convention nor a public-interest ground capable of justifying an infringement of the right to peaceful enjoyment of possessions under Article 1 of Protocol No. 1.

45. What might have been tolerable in 1972, on the ground of the concept of legal certainty, in frustrating the principle of non-discrimination guaranteed by Article 14 could no longer be so after *Mazurek* (cited above). However, the applicant stressed that rights unfairly acquired should not be made secure by the transitional provisions of the 2001 Law, which was meant to put an end to violations of the type found in that judgment. In his submission, in redressing the damage caused to Mr Mazurek, the Court had refused to secure pre-existing legal situations obtaining prior to its judgment. The applicant considered that the Court should take note here of the failure to observe the binding force of *Mazurek* and find against France accordingly. To conclude otherwise would be tantamount to accepting that a State enacting legislation designed to draw the consequences of the Court's case-law had an indefinite period of time in which to transpose its decisions, and could be concerned, in the particular circumstance, only with future successions, and thus validate *ex post facto* recognised violations of the Convention. The applicant complained of continuing discrimination which perpetuated the effects of the 1972 Law that had been the subject of

a finding against France by the Court and disavowed by the legislature in 2001.

46. He further submitted that the action for abatement that he had brought in 1998 had been pending when the 2001 Law was published, which should have resulted in his benefiting from the new rights granted to children “born of adultery”. Consequently, as his action had been pending, his mother’s estate could not have been definitively divided; to conclude otherwise would amount to making actions for abatement of *inter-vivos* divisions an ineffective remedy.

### **C. The Court’s assessment**

#### *1. Applicability of Article 14 of the Convention*

##### **(a) General principles**

47. According to the established case-law of the Court, Article 14 of the Convention complements the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to “the enjoyment of the rights and freedoms” safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions – and to this extent it is autonomous – there can be no room for its application unless the facts in issue fall within the ambit of one or more of the latter (see, among many other authorities, *Van Raalte v. the Netherlands*, 21 February 1997, § 33, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I; *Petrovic v. Austria*, 27 March 1998, § 22, *Reports* 1998-II; *Zarb Adami v. Malta*, no. 17209/02, § 42, ECHR 2006-VIII; and *Konstantin Markin v. Russia* [GC], no. 30078/06, § 124, ECHR 2012).

##### **(b) Whether the facts of the case fall within the ambit of Article 1 of Protocol No. 1**

48. In the present case it therefore needs to be determined whether the applicant’s complaint, regarding his inability to assert his inheritance rights by means of an action for abatement of the *inter-vivos* division signed by his mother without regard for his reserved portion, falls within the ambit, that is, the scope of Article 1 of Protocol No. 1.

49. The Court reiterates that the concept of “possessions” referred to in the first part of Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is not limited to ownership of physical goods and is independent from the formal classification in domestic law: certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as “property rights”, and

thus as “possessions” for the purposes of this provision (see *Beyeler v. Italy* [GC], no. 33202/96, § 100, ECHR 2000-I).

50. Article 1 of Protocol No. 1 does not guarantee the right to acquire possessions (see *Slivenko and Others v. Latvia* (dec.) [GC], no. 48321/99, § 121, 23 January 2002, and *Ališić and Others v. Bosnia-Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia* (dec.), no. 60642/08, § 52, 17 October 2011), in particular on intestacy or through voluntary dispositions (see, *mutatis mutandis*, *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 50, Series A no. 31, and *Merger and Cros*, cited above, § 37). However, “possessions” can be either “existing possessions” or assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he or she has at least a “legitimate expectation” of obtaining effective enjoyment of a property right (see, among other authorities, *Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium*, 20 November 1995, § 31, Series A no. 332; *Kopecký v. Slovakia* [GC], no. 44912/98, § 35, ECHR 2004-IX; and *Association nationale des pupilles de la Nation v. France* (dec.), no. 22718/08, 6 October 2009). A legitimate expectation must have a “sufficient basis in national law” (see *Kopecký*, cited above, § 52; *Depalle v. France* [GC], no. 34044/02, § 63, ECHR 2010; and *Saghinadze and Others v. Georgia*, no. 18768/05, § 103, 27 May 2010). Likewise, the concept of “possessions” may extend to a particular benefit of which the persons concerned have been deprived on the basis of a discriminatory condition of entitlement (see *Andrejeva v. Latvia* [GC], no. 55707/00, § 79, ECHR 2009). However, the hope of recognition of the survival of an old property right which it has long been impossible to exercise effectively cannot be considered as a “possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1, nor can a conditional claim which lapses as a result of the non-fulfilment of the condition (see the recapitulation of the relevant principles in *Malhous v. the Czech Republic* (dec.) [GC], no. 33071/96, ECHR 2000-XII, with further references to the Commission’s case-law; see also *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* [GC], no. 42527/98, § 85, ECHR 2001-VIII; *Nerva and Others v. the United Kingdom*, no. 42295/98, § 43, ECHR 2002-VIII; and *Stretch v. the United Kingdom*, no. 44277/98, § 32, 24 June 2003).

51. The issue that needs to be examined in each case is whether the circumstances of the case, considered as a whole, conferred on the applicant title to a substantive interest protected by Article 1 of Protocol No. 1 (see *Bozcaada Kimisis Teodoku Rum Ortodoks Kilisesi Vakfi v. Turkey*, nos. 37639/03, 37655/03, 26736/04 and 42670/04, § 41, 3 March 2009; *Depalle*, cited above, § 62; *Plalam S.P.A. v. Italy*, no. 16021/02, § 37, 18 May 2010; and *Di Marco v. Italy*, no. 32521/05, § 50, 26 April 2011).

The Court considers that that approach requires it to take account of the following points of law and of fact.

52. In the present case the Court observes that it is purely on account of his status as a child “born of adultery” that the applicant was refused the right to request an abatement of the *inter-vivos* division signed by his mother, that status being the basis of the Court of Cassation’s decision – interpreting the transitional provisions of the 2001 Law – to exclude application in his case of the provisions relating to the new inheritance rights recognised by that Law. In cases, such as the present, concerning a complaint under Article 14 of the Convention in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 that the applicant has been denied all or part of a particular asset on a discriminatory ground covered by Article 14, the relevant test is whether, but for the discriminatory ground about which the applicant complains, he or she would have had a right, enforceable under domestic law, in respect of the asset in question (see, *mutatis mutandis*, *Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 55, ECHR 2005-X, and *Andrejeva*, cited above, § 79). That test is satisfied in the present case.

53. The Government argued that the applicant could not claim any inheritance rights in respect of the *inter-vivos* gift of 1970 because this had had the effect of immediately and irrevocably distributing his mother’s assets, and had done so before his maternal filiation had been judicially established (see paragraph 39 above). The Court cannot accept that argument, however. It notes that whilst *inter-vivos* gifts have the immediate effect of transferring ownership, according to the case-law of the Court of Cassation this does not become a division for inheritance purposes until the death of the donor. The succession is both opened and definitively liquidated or divided on the date of the ascendant’s death (see paragraph 24 above), which in this case was not until 1994. By that date the applicant’s filiation had been established. It was thus indeed on the ground of his status as a child “born of adultery” that the applicant was excluded from his mother’s estate.

54. In that connection the present case resembles those of *Mazurek* and *Merger and Cros*, both cited above, and can be distinguished from the case of *Alboize-Barthes and Alboize-Montezume*, cited above, in which it was decided that the liquidation of the applicants’ father’s estate – in 1955, and thus well before their filiation had been established – precluded them from asserting inheritance rights to their late father’s estate and claiming title to a “possession”.

55. It follows that the applicant’s pecuniary interests fall within the scope of Article 1 of Protocol No. 1 and the right to the peaceful enjoyment of possessions which it safeguards. This is sufficient to render Article 14 of the Convention applicable.

## 2. *The merits*

### (a) **General principles**

56. The Court reiterates that in the enjoyment of the rights and freedoms guaranteed by the Convention, Article 14 affords protection against different treatment, without an objective and reasonable justification, of persons in similar situations. For the purposes of Article 14, a difference of treatment is discriminatory if it “has no objective and reasonable justification”, that is, if it does not pursue a “legitimate aim” or if there is not a “reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised” (see *Mazurek*, cited above, §§ 46 and 48). Moreover, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment (see *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, §§ 51-52, ECHR 2006-VI). The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and the background, but the Court must determine in the last resort whether the Convention requirements have been complied with. Since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must however have regard to the changing conditions in Contracting States and respond, for example, to any emerging consensus as to the standards to be achieved (see *Konstantin Markin*, cited above, § 126).

57. According to the Court’s established case-law since *Marckx*, cited above, the distinction established for inheritance purposes between children “born outside marriage” and “legitimate” children has raised an issue under Article 8 of the Convention taken alone (see *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, Series A no. 112) and under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 (see *Vermeire v. Belgium*, 29 November 1991, Series A no. 214-C, and *Brauer v. Germany*, no. 3545/04, 28 May 2009) and Article 1 of Protocol No. 1 (see *Inze v. Austria*, 28 October 1987, Series A no. 126; *Mazurek*, cited above; and *Merger and Cros*, cited above). The Court has extended this case-law to voluntary dispositions by confirming the prohibition on discrimination where testamentary dispositions are concerned (see *Pla and Puncernau v. Andorra*, no. 69498/01, ECHR 2004-VIII). Accordingly, as early as 1979, in *Marckx*, the Court held that restrictions on children’s inheritance rights on grounds of birth were incompatible with the Convention. It has constantly reiterated this fundamental principle, establishing the prohibition of discrimination on the ground of a child’s birth “outside marriage” as a standard of protection of European public order.

58. The Court also observes that common ground between the member States of the Council of Europe regarding the importance of equal treatment of children born within and children born outside marriage has been established for a long time, which has, moreover, led to a uniform approach today by the national legislatures on the subject – the principle of equality eliminating the very concepts of legitimate children and children born outside marriage – and to social and legal developments definitively endorsing the objective of achieving equality between children ...

59. Accordingly, very weighty reasons have to be advanced before a distinction on the ground of birth outside marriage can be regarded as compatible with the Convention (see *Inze*, cited above, § 41; *Camp and Bourimi v. the Netherlands*, no. 28369/95, § 38, ECHR 2000-X; and *Brauer*, cited above, § 40).

60. The Court is not in principle required to settle disputes of a purely private nature. That being said, in exercising the European supervision incumbent on it, it cannot remain passive where a national court's interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary or blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by Article 14 and more broadly with the principles underlying the Convention (see *Larkos v. Cyprus* [GC], no. 29515/95, §§ 30-31, ECHR 1999-I; *Pla and Puncernau*, cited above, § 59; and *Karaman v. Turkey*, no. 6489/03, § 30, 15 January 2008).

**(b) Application in the present case**

*(i) Whether there was a difference in treatment on the ground of birth outside marriage*

61. It is not in dispute in the present case that the applicant was deprived of a reserved portion and definitively placed in a different situation from that of the legitimate children regarding inheritance of their mother's estate. He was precluded from obtaining an abatement of the *inter-vivos* division from which he had been excluded and a reserved portion on the ground of his status as a child "born of adultery".

62. That difference in treatment between the applicant and his half-brother and half-sister derives from section 25(2) of the 2001 Law, which restricts application of the new inheritance rights of children "born of adultery" to successions opened prior to 4 December 2001 that have not given rise to division before that date (see paragraph 30 above). In interpreting the transitional provision concerned, the Court of Cassation considered that division for inheritance purposes had taken place in 1994, at the time of

the applicant's mother's death (see paragraph 23 above), in line with long-standing case-law authority to the effect that in respect of *inter-vivos* divisions the death of the donor triggers both the opening of the succession and the division (see paragraph 24 above). A legitimate child who had been omitted from the *inter-vivos* division or not yet conceived when the deed was signed would not have been precluded from obtaining his or her reserved portion or share of the estate in accordance with Articles 1077-1 and 1077-2 of the Civil Code (see paragraph 25 above). It is therefore not disputed that the only reason for the difference in treatment suffered by the applicant was the fact that he had been born outside marriage.

63. The Court reiterates that its role is not to rule on which interpretation of the domestic legislation is the most correct, but to determine whether the manner in which that legislation has been applied has infringed the rights secured to the applicant under Article 14 of the Convention (see, among many other authorities and *mutatis mutandis*, *Padovani v. Italy*, 26 February 1993, § 24, Series A no. 257-B, and *Pla and Puncernau*, cited above, § 46). In the instant case its task is thus to establish whether there was objective and reasonable justification for the difference in treatment in question, which had its basis in a provision of domestic law.

(ii) *Justification for the difference in treatment*

(α) Pursuit of a legitimate aim

64. The Government did not advance any further justification for discriminating between legitimate children and children "born of adultery". The Court notes that the French State agreed to amend its legislation following the Court's judgment in the case of *Mazurek*, cited above, and reformed the rules of inheritance law by repealing all the discriminatory provisions relating to children "born of adultery" less than two years after the judgment had been delivered. Moreover, it welcomes this measure bringing French law into line with the Convention principle of non-discrimination.

65. However, according to the Government, it was not possible to undermine rights acquired by third parties – in the instant case by the other heirs – and that justified restricting the retroactive effect of the 2001 Law to those successions that were already open on the date of its publication and had not given rise to division by that date. The transitional provisions had accordingly been enacted in order to safeguard peaceful family relations by securing the rights acquired by beneficiaries where the estate had already been divided.

66. The Court is not convinced that denying the inheritance rights of one or more of its members can contribute to strengthening peaceful

relations within a family. However, it accepts that the protection of acquired rights can serve the interests of legal certainty, an underlying value of the Convention (see *Brumărescu v. Romania* [GC], no. 28342/95, § 61, ECHR 1999-VII; *Beian v. Romania* (no. 1), no. 30658/05, § 39, ECHR 2007-V; *Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey* [GC], no. 13279/05, §§ 56-57, 20 October 2011; and *Albu and Others v. Romania*, nos. 34796/09 and 63 others, § 34, 10 May 2012). Accordingly, with regard to a succession accepted by a child “born of adultery” when it was opened, in 1993, and liquidated in 1996, the Court has held that the Court of Cassation’s ruling of inadmissibility on the ground that there had already been division, which precluded the applicant from benefiting from the new rights, under the transitional provisions of the 2001 Law, was in accordance with the principle of legal certainty as reiterated in *Marckx*, cited above. Indeed “a judicial body cannot be required to set aside a freely accepted division in the light of a judgment of the Court delivered after the said division” (see *E.S. v. France* (dec.), no. 49714/06, 10 February 2009). The Court concludes that the concern to ensure the stability of completed inheritance arrangements, which was an overriding requirement in the opinion of the legislature and the court dealing with the case, constitutes a legitimate aim capable of justifying the difference in treatment in the present case. However, the difference in treatment must have been proportionate to that aim.

(β) Proportionality between the means employed and the aim pursued

67. The Court observes that in the present case, subject to the statutory right to bring an action for abatement, the applicant’s half-brother and half-sister obtained property rights on the basis of the *inter-vivos* division of 1970 by virtue of which Mrs M.’s estate passed to them on her death in July 1994. On that basis this case is distinguishable from those of *Mazurek* and *Merger and Cros*, both cited above, in which the estate had not yet passed to the beneficiaries.

68. However, the Court reiterates that “protecting the ‘legitimate expectation’ of the deceased and their families must be subordinate to the imperative of equal treatment between children born outside and children born within marriage” (see *Brauer*, cited above, § 43). In that connection it considers that the applicant’s half-brother and half-sister knew – or should have known – that their rights were liable to be challenged. At the time of their mother’s death in 1994 there was a statutory five-year time-period for bringing an action for abatement of an *inter-vivos* division. The legitimate heirs should therefore have known that their half-brother had until 1999 to claim his share in the estate and that such an action was capable of calling into question not the division as such, but the extent of the rights of each

of the descendants. Moreover, the action for abatement that the applicant did finally bring in 1998 was pending before the national courts at the time of delivery of the judgment in *Mazurek*, which declared that inequality of inheritance rights on the ground of birth was incompatible with the Convention, and at the time of publication of the 2001 Law, which executed that judgment by incorporating the principles established therein into French law. Lastly, the applicant was not a descendant whose existence was unknown to them, as he had been recognised as their mother's "illegitimate" son in a judgment delivered in 1983 (see paragraph 12 above; see, *mutatis mutandis*, *Camp and Bourimi*, cited above, § 39). That was sufficient to arouse justified doubts as to whether the estate had actually passed to them on Mrs M.'s death in 1994 (see the conclusions of the advocate-general, paragraph 22 above).

69. The Court observes on that point that, according to the Government, the specific nature of *inter-vivos* divisions precluded any calling into question of an existing legal situation – in this case the division effected in 1970 and subsequently definitively implemented on the estate-owner's death – notwithstanding the legal proceedings under way (see paragraphs 40-41 above). The applicant challenged that submission (see paragraph 46 above). In the particular circumstances of the case, in which European case-law and the national legislative reforms showed a clear tendency towards eliminating all discrimination regarding the inheritance rights of children born outside marriage, the Court considers that the action brought by the applicant before the domestic courts in 1998 and dismissed in 2007 is a weighty factor when examining the proportionality of the difference in treatment (see paragraphs 22 and 68 above, and paragraph 72 below). The fact that that action was still pending in 2001 could not but relativise the expectation of Mrs M.'s other heirs that they would succeed in establishing undisputed rights to her estate.

70. Accordingly, in the light of the foregoing, the Court considers that the legitimate aim of protecting the inheritance rights of the applicant's half-brother and half-sister was not sufficiently weighty to override the claim by the applicant to a share in his mother's estate.

71. Moreover, it would appear that, even in the eyes of the national authorities, the expectations of heirs who are the beneficiaries of an *inter-vivos* division are not to be protected in all circumstances. Indeed, if the same action for an abatement of the *inter-vivos* division had been brought at the same time by another legitimate child, born at a later date or wilfully excluded from the division, it would not have been declared inadmissible.

72. In that connection the Court questions the decision of the national court, in 2007 – years after the above-cited *Marckx* and *Mazurek* judgments

– to apply the principle of protection of legal certainty differently according to whether it was asserted against a legitimate child or a child “born of adultery”. It also notes that the Court of Cassation did not address the applicant’s principal ground of appeal relating to an infringement of the principle of non-discrimination as guaranteed by Article 14 of the Convention. The Court has previously held that where an applicant’s pleas relate to the “rights and freedoms” guaranteed by the Convention the courts are required to examine them with particular rigour and care and that this is a corollary of the principle of subsidiarity (see *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, no. 76240/01, § 96, 28 June 2007, and *Magnin v. France* (dec.), no. 26219/08, 10 May 2012).

(γ) Conclusion

73. In the light of all the aforementioned considerations, the Court concludes that there was no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the legitimate aim pursued. There was therefore no objective and reasonable justification for the difference in treatment regarding the applicant. Accordingly, there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1.

74. This conclusion does not call into question the right of States to enact transitional provisions where they adopt a legislative reform with a view to complying with their obligations under Article 46 § 1 of the Convention (see, for example, *Antoni v. the Czech Republic*, no. 18010/06, 25 November 2010; *Compagnie des gaz de pétrole Primagaz v. France*, no. 29613/08, § 18, 21 December 2010; *Mork v. Germany*, nos. 31047/04 and 43386/08, §§ 28-30 and 54, 9 June 2011; and *Taron v. Germany*, (dec.), no. 53126/07, 29 May 2012).

75. However, whilst the essentially declaratory nature of the Court’s judgments leaves it up to the State to choose the means by which to erase the consequences of the violation (see *Marckx*, cited above, § 58, and *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2)* [GC], no. 32772/02, § 61, ECHR 2009), it should at the same time be pointed out that the adoption of general measures requires the State concerned to prevent, with diligence, further violations similar to those found in the Court’s judgments (see, for example, *Salah v. the Netherlands*, no. 8196/02, § 77, ECHR 2006-IX). This imposes an obligation on the domestic courts to ensure, in conformity with their constitutional order and having regard to the principle of legal certainty, the full effect of the Convention standards, as interpreted by the Court. This was not done in the present case, however.

...

### III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

#### 82. Under Article 41 of the Convention

“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.”

83. The applicant claimed 128,550.75 euros (EUR), which is the share of the estate that would have been paid to him if he had been treated as having equal rights to his half-brother and half-sister, plus interest. The applicant also claimed compensation for non-pecuniary damage which he assessed at EUR 30,000. Lastly, the applicant assessed at EUR 20,946 the costs and expenses incurred before the domestic courts and before the Court.

84. The Government submitted that the finding of a violation would be adequate compensation for the pecuniary loss suffered by the applicant. Any monetary compensation awarded for non-pecuniary damage could only be symbolic. With regard to costs and expenses, the Government considered that the award of an aggregate sum of EUR 10,000 would be appropriate.

85. In the circumstances of the present case the Court finds that the question of the application of Article 41 of the Convention is not ready for decision. Consequently, it will reserve the question in its entirety and fix the subsequent procedure, bearing in mind the possibility of an agreement being reached between the respondent State and the applicant (Rule 75 § 1 of the Rules of Court). The Court gives the parties three months for that purpose.

### FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

1. *Holds* that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No.1;
- ...
3. *Holds* that the question of the application of Article 41 of the Convention is not ready for decision;  
accordingly,
  - a) *reserves* the said question in its entirety;
  - b) *invites* the Government and the applicant to submit, within three months from the date of notification of this judgment, their written observations on the matter and, in particular, to notify the Court of any agreement that they may reach;

c) *reserves* the further procedure and *delegates* to the President of the Grand Chamber the power to fix the same if need be.

Done in English and French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 7 February 2013.

Johan Callewaert  
Deputy Registrar

Josep Casadevall  
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

- (a) concurring opinion of Judge Popović joined by Judge Gyulumyan;
- (b) concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque.

J.C.M.  
J.C.

CONCURRING OPINION OF JUDGE POPOVIĆ  
JOINED BY JUDGE GYULUMYAN

I think that the Court failed to specify in paragraph 75 of the judgment what the obligations of member States are in terms of ensuring the full effect of Convention standards in the light of the general obligation of member States to comply with judgments of the Court. To my mind, an analysis of the relevant case-law leaves no doubt as regards the scope of the obligation.

It is true that the State is entitled to choose appropriate general measures under the supervision of the Committee of Ministers, by the adoption of which it will prevent further violations of the Convention provisions. The Court nevertheless held in *Vermeire v. Belgium* (29 November 1991, § 26, Series A no. 214-C) as follows: “The freedom of choice allowed to a State as to the means of fulfilling its obligations [under Art. 46] cannot allow it to suspend the application of the Convention while waiting for such a reform to be completed.” In *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2)* ([GC], no. 32772/02, § 37, ECHR 2009) the Court confirmed its endorsement of the obligation of the States to perform treaties in good faith. This applies to the Convention as well.

The Court reiterated its stance on the issue in *Dumitru Popescu v. Romania (no. 2)* (no. 71525/01, § 103, 26 April 2007), as well as in *Verein gegen Tierfabriken*, (cited above, § 61). In *Dumitru Popescu* the Court stated, with reference to its ruling in *Vermeire*, cited above, that the duties of a national judge included ensuring the full effect of the Convention provisions by considering them superior to and giving them precedence over any contrary provision of the domestic legislation. In *Verein gegen Tierfabriken* the Court revisited its previous jurisprudence and confirmed that the High Contracting Parties to the Convention undertook to abide by the final judgments of the Court in any case to which they were parties.

The Court’s firm and repeated stance on the obligation of member States to comply with its judgments is also in line with the recommendation of the Committee of Ministers, which is competent to supervise the execution of judgments. The Committee of Ministers, in their Recommendation (2004)6, highlighted the fact that the Convention had now become an integral part of the domestic legal order of the member States.

For those reasons I find that it was indeed the principle of legal certainty which should have led the domestic judiciary to comply with the Convention rules even in the absence of immediate action by the legislature.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE PINTO DE ALBUQUERQUE

The *Fabris* case raises the substantive question of discrimination before the law regarding the inheritance rights of children born out of wedlock. In addition to the question of the principle of equality before the law, the case deals with two other questions of cardinal importance for the system of protection of human rights in Europe, namely, the retroactive effect of the Court's judgments and the Court's competence to control the execution of its own judgments by the national authorities. I agree with the finding of a violation of Article 14 of the Convention in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1, but with all due respect I disagree with the reasoning of the judgment for the reasons that follow.

### **The direct and *erga omnes* effect of the Court's judgments**

At first sight the Convention provides that the effects of the Court's judgments are restricted to the parties to the case, that is, the applicant or applicants and the respondent State or States. This first reading is misleading, however, and a correct construction of Article 46 requires it to be read jointly with Article 1. In the light of these provisions read together, the Court's judgments have a direct and *erga omnes* effect<sup>1</sup>.

In fact, the Court formulated the *erga omnes* effect of its judgments when it affirmed, in *Ireland v. the United Kingdom*, that the Court's judgments served to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention<sup>2</sup>. Thus, the Court has on many occasions refused to strike out a case, even though the applicant had sought to withdraw his or her application, because it considered that the case raised questions of a general character affecting the observance of the Convention. The same underlying general interest justified the introduction of the concept of "potential victim"<sup>3</sup>

1. In *Vermeire v. Belgium*, 29 November 1991, § 26, Series A no. 214-C, the Court explicitly reasoned that it could not reject in 1991, with respect to a succession which had taken effect on 22 July 1980, complaints identical to those which it had upheld on 13 June 1979 in *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, Series A no. 31. The failure by the Belgian legislature to implement *Marckx* at the national level did not absolve the respondent State of its international obligation to prevent future breaches of the Convention as a result of the same deficient inheritance law, having regard to the fact that the courts were also bound by the Convention as interpreted by the Court. Thus, the Court recognised the *stare decisis* force of *Marckx*, which had already settled the issue raised by the applicant in *Vermeire*.

2. *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 239, Series A no. 25, and in even clearer terms, *Karner v. Austria*, no. 40016/98, § 26, ECHR 2003-IX.

3. See, for example, *Marckx*, cited above, § 27; *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, § 42, Series A no. 112; and *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [GC], nos. 27996/06 and 34836/06, § 29, ECHR 2009.

and the practice of third-party intervention<sup>4</sup>. The “maintenance and further realization of human rights and fundamental freedoms” in the Council of Europe and the “achievement of greater unity between its members” indeed call for this broad understanding of the Court’s mission, not only in regard to the conditions for admissibility of applications to the Court and the striking out of applications, but also to the effects of its judgments. The collective nature of the Court’s input logically impacts on the *erga omnes* nature of its output. States Parties not involved in the proceedings must not turn a blind eye to the authoritative interpretation of the Convention made by the Court, which is the final instance invested with that power<sup>5</sup>. If they were to do so, either wilfully or negligently, they would be at variance with their own Convention engagements as interpreted by the Court, and thus fail to show the attentive commitment to the fulfillment of treaty obligations which is called for by the principle of good faith in performing a treaty. However, if the States Parties abide by the standards set in the Court’s case-law, even when they have not been involved in the particular disputes in respect of which the case-law was established, they not only avoid future findings of a violation, but also anticipate the implementation of the rights and freedoms foreseen in the Convention. This proactive approach by the States Parties is also required by a rigorous application of the principle of subsidiarity. The full implementation of the Convention at national level requires States Parties to take all measures necessary to redress, and preferably to prevent, violations. Failure to comply with the Court’s case-law, even by States not party to the disputes in respect of which this has been established, would run counter to the aforementioned obligation to act effectively, promptly and in a preventative way in order to secure to everyone the rights and freedoms of the Convention<sup>6</sup>. These developments have culminated in the recognition of the Convention as a “constitutional instrument of European public order”<sup>7</sup> and therefore of the Court as “Europe’s Constitutional

4. Opinion on the implementation of the judgments of the European Court of Human Rights, adopted by the Venice Commission at its 53rd Plenary Session, 2002, paras. 86-87.

5. The Brighton Declaration, para. 10.

6. In his “Memorandum to the States with a view to preparing the Interlaken Conference”, 3 July 2009, the President of the Court himself stressed this idea: “It is no longer acceptable that States fail to draw the consequences as early as possible of a judgment finding a violation by another State when the same problem exists in their own legal system. The binding effect of interpretation by the Court goes beyond *res judicata* in the strict sense. Such a development would go hand in hand with the possibility for citizens to invoke the Convention directly in domestic law (‘direct effect’) and the notion of ownership of the Convention by the States.” This idea was enshrined in point 4 (c) of the Interlaken Declaration and has been the States Parties’ practice (Venice Commission Opinion, cited above, para. 32).

7. *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), 23 March 1995, § 75, Series A no. 310, and Court’s Opinion on the Reform of the control system of the ECHR, 4 September 1992, para. I (5).

Court<sup>8</sup>). Hence, all bodies and representatives of any public authority of the respondent State, at all levels of its organisation (national, federal, regional or local), are directly bound by the Court’s judgments and therefore, to use the phrase coined by the Brighton Declaration, “all laws and policies should be formulated, and all State officials should discharge their responsibilities, in a way that gives full effect to the Convention”. In this context, the Court being tasked with the power to interpret and apply the Convention through final and binding judgments (Article 19 of the Convention), the direct and *erga omnes* effect of the Court’s judgments may not be restricted by the States Parties. Only the Court itself can determine a restriction of the effects of its judgments<sup>9</sup>.

### **The Court’s competence to control the execution of its own judgments**

The Court’s initial policy of refraining from issuing consequential orders has given way to a broad policy of directions and even orders to the respondent States regarding how to execute the judgment. The Court’s judgments are no longer purely declaratory, but prescriptive<sup>10</sup>. In view of the increasingly prescriptive nature of the Court’s judgments, and consequently of the growing dual *facet* of the States Parties’ obligation to comply with the Court’s judgments as an obligation of result and means, the Court’s control of the application of Article 46 of the Convention is crucial<sup>11</sup>.

8. To quote the expression of former Presidents Ryssdal, “Vers une Cour constitutionnelle européenne”, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, II, 1993, p. 20, and Wildhaber, “Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des droits de l’homme?”, in RUDH, 2002, p. 1.

9. Hence, the German Federal Constitutional Court judgment of 14 October 2004, 2 BvR 1481/04, para. 47, and the Italian Constitutional Court judgment no. 311 of 26 November 2009 are problematic, in so far as they allow non-implementation of the Court’s judgments, in full or in part, on grounds of domestic unconstitutionality (see below).

10. See, among many other authorities, *Belvedere Alberghiera S.r.l. v. Italy*, no. 31524/96, § 69, ECHR 2000-VI; *Fatullayev v. Azerbaijan*, no. 40984/07, § 177, 22 April 2010; and *Sejdovic v. Italy* [GC], no. 56581/00, § 126, ECHR 2006-II, and obviously all the “pilot” and “quasi-pilot” judgments. In fact, this policy shows that judgments should be based on a principled, rather than a casuistic, approach to the legal issues at stake in order to provide the clarity, precision and foreseeability needed for national authorities to fully understand the repercussions of the Court’s choices (see the Parliamentary Assembly Resolution 1226 (2000) of 28 September 2000, and the Venice Commission Opinion, cited above, paras. 56-58). Obviously, the more the case-law is attached to the specific circumstances of the case, the less interpretative value it has, the bigger the risk of inconsistency in the case-law, and the less guidance it provides to States Parties in general and the respondent State in particular. True *jurisdictio* can only be achieved when a court makes the effort to rise above the contingent factors of the individual case and formulate general standards.

11. In *Olsson v. Sweden* (no. 2), 27 November 1992, § 94, Series A no. 250, the Court was faced with the persistent failure by the national authorities to allow contacts between the applicants and their children in spite of a previous judgment of the Court in favour of the applicants. The Court held that “the facts and circumstances underlying the applicants’ complaint under Article 53 ... are essentially the same as those which were considered above under Article 8, in respect of which no violation was found” and concluded that “no separate issue arises under Article 53”. Thus, the Court left open the possibility that

*Human rights treaties should be interpreted in a way which is most protective of the rights and freedoms which they foresee*<sup>12</sup>. In the light of this principle, it is evident that the jurisdictional nature of the Court would be dangerously at risk if the Court did not react to infringements of its judgments and, even worse, if the final word on the execution of its judgments were *de facto* dependent on the will of the first addressees of the judgments themselves: the Governments. The entire system of human rights protection would be sacrificed on the altar of politics, the Court's judgments being downgraded to provisional statements on disputes in need of a subsequent political *satisfecit* to be effective. The applicant's victory at the Human Rights Building would be a Pyrrhic one, the respondent State having a second chance to fight the case in the *Palais de l'Europe*. Human rights would then be a deceptive mirage in Europe. To ensure that human rights do not become a mere mirage, the most protective interpretation of the Convention's rights and freedoms is required: to guarantee real, not virtual, independence of the judicial power and an *effet utile*, not apparent, of the rights and freedoms of the Convention, it is indispensable that the Court be vested with the implied power to oversee the execution of its judgments, and, if need be, to contradict a decision of the Committee of Ministers in this regard<sup>13</sup>.

International law and practice have long acknowledged the “implied-powers doctrine”, according to which international organisations not only have the powers which are explicitly foreseen in their founding texts, but also such powers as are necessary for the most efficient exercise of their tasks. Applied to the present case, this doctrine requires that *international tribunals and adjudication bodies be implicitly vested with the power to supervise the execution of their judgments when this is necessary for the discharge of their functions*<sup>14</sup>. *In the European legal framework of human rights, the Court's*

---

there might be circumstances under which a complaint under former Article 53 (now Article 46 § 1) of the Convention could be examined. The answer to the question left open by *Olson (no. 2)* calls for a teleological interpretation of the Convention.

12. *Wemhoff v. Germany*, 27 June 1968, § 8, Series A no. 7, and following a long tradition of the Inter-American Court, *Ricardo Canese v. Paraguay*, 31 August 2004, Series C No. 111, para. 181. This principle is based on Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which provides for a teleological interpretation of international law.

13. See Judge Martens's arguments in “Individual complaints under Article 53 of the European Convention on Human Rights”, in “The dynamics of the protection of human rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers”, Lawson and de Blois (eds.), vol. III, London, 1994, pp. 262, 274 and 285.

14. For the formulation of this consolidated doctrine see *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion: ICJ Reports 1949, p. 180, and specifically on the implied powers of an international court, see *Factory at Chorzów (Germ. v. Pol.)*, 1927, PCIJ, Series A, No. 9 (July 26), pp. 21-22, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, p. 142, and *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 2001, p. 485, and IACHR, *Baena-Ricardo and Others v. Panama*,

*power to supervise the execution of its judgments is implied in its duty to ensure compliance with States Parties' obligations under the Convention and its power to decide any question regarding the application of the Convention (Article 19 in conjunction with Article 32).*

Protocol No. 14 was a step in the right direction, but still did not fully enshrine this implied power. The Protocol provides for an enlargement of the Court's power to control the execution phase: the Court can interpret its own judgments and decide that a respondent State has not complied with them when problems arise during the execution process. The explicit recognition in Protocol No. 14 that these important powers vest in the Court does not conceal the fact that they are dependent on a request by the Committee of Ministers, that is, by the States Parties. If the same powers to interpret the Court's judgments and determine that the respondent State had not complied with them were not conferred on the Court when the initiative belonged to the injured party, not only would the injured party be placed in a position of inferiority with regard to the respondent Government, but, worse still, the respondent State could "block" the effects of the Court's judgments at the level of the Committee of Ministers, the Court being powerless to oppose any political "blockage" during the execution phase<sup>15</sup>. In the event of failure of the aforementioned supervisory mechanism of the Committee of Ministers, the injured party's only effective legal avenue by which to address an incorrect interpretation of or non-compliance with a Court's judgment remains access to the Court itself. Faced with some regrettable cases of clear non-compliance with its judgments, the Court has affirmed its power to censure such non-compliance. It could not have done otherwise. This was the only way to protect the Court's authority and the Convention's legal force. The danger of denial of the authority of the Court's judgments and the concomitant deprivation of the legal force of the Convention were wisely avoided by the enlightening judgment in the case of *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) (no. 2)*<sup>16</sup>. With a firm statement

---

judgment on competence, 28 November 2003, Series C, no. 104, paras. 72, 114 and 132.

15. See the remarks of former President Costa, warning about the "risk of blocking the situation" at the political stage, in his separate opinion in *Assanidze v. Georgia* [GC], no. 71503/01, ECHR 2004-II. Several ways of circumventing the effects of the Court's judgments, such as delaying tactics in fulfilling them or the lodging of a Convention derogation after the finding of a violation, have proven how real this risk is. Ultimately, the risk of "self-amnesty" is not far off. The qualified majority of two-thirds of the Governments' representatives entitled to sit on the Committee required to launch interpretation and infringement proceedings, the limited fact-finding and data-collection powers of the Committee, namely, the lack of on-site visits, hearings of witnesses and other means of assessing the real effects of norms enacted and measures taken, and the imbalance between the injured party's and the Government's position in the execution proceedings before the Committee, aggravate this risk.

16. *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2)* [GC], no. 32772/02, § 65, ECHR 2009. The cornerstone of the Grand Chamber's judgment was the Court's assumption of its inherent

of the Court’s power to oversee the infringement of Article 46 of the Convention, *Emre (no. 2)* applied the crowning touch to that approach<sup>17</sup>. In the crystal-clear and decisive wording of paragraph 75, the Court censured the respondent State’s conduct after the first *Emre* judgment. Furthermore, the Court affirmed in straightforward terms what would have been the “most natural execution” of the first *Emre* judgment: nullification with “immediate effect” of the impugned measure of expulsion from the national territory. In this context, the finding of a violation of Article 46 was a logically necessary consequence of the reasoning<sup>18</sup>.

*In sum, the Court not only assists the execution process in a number of ways, for example by itself providing guidance as to the proper execution measures, it also bears the ultimate responsibility for the long-term effectiveness of the entire system of protection of human rights in Europe by overseeing the compliance of the execution process with Article 46. The exercise of the Court’s competence to supervise the execution of its own judgments prevails over a contrary decision of the Committee of Ministers. If the Court is not bound by a decision of the Committee to close the execution proceedings, a fortiori it is not estopped on grounds of lis pendens from examining the issue of execution of its judgments.*

### **The application of *Mazurek* in the instant case**

The present case tests the material and temporal effects of *Mazurek*<sup>19</sup>, inasmuch as it raises the question of the applicability of the 2000 judgment to a succession opened in 1994 in France. The retroactive effect of the Court’s judgments calls into question the foreseeability of judicial activity<sup>20</sup>. Hence,

---

(implied) competence to examine the domestic authorities’ conduct after the first *Verein gegen Tierfabriken* judgment, with the crucial argument that if the Court were unable to examine it, it would escape all scrutiny under the Convention. Thus, the rationale of *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) (no. 2)* covers not only the actions of national authorities that conflict with the Court’s judgment, but a fortiori also omissions by national authorities where they are required by a judgment of the Court to take measures to terminate a violation of the Convention. The importance of this position is further enhanced by the fact that the Court did not refrain from contradicting the Committee of Ministers Resolution ResDH(2003)125 terminating its supervision of the execution of the first *Verein gegen Tierfabriken* judgment. See also *Wasserman v. Russia (no. 2)*, no. 21071/05, § 37, 10 April, 2008, and *Ivanțoc and Others v. Moldova and Russia*, no. 23687/05, §§ 86 and 95-96, 15 November 2011.

17. See *Emre v. Switzerland (no. 2)*, no. 5056/10, § 43, 11 October 2011. The respondent State had expelled the applicant for an indeterminate period of time, which the Court found disproportionate. The Federal Court maintained the expulsion order, but reduced the period to ten years. The question put by the Court in paragraph 68 of *Emre (no. 2)* – namely, whether by reducing the period of the applicant’s expulsion to ten years the Federal Court had complied with the conclusions and spirit of the Court’s previous judgment of 2008 – signals the intention of the Court to treat the second complaint as true infringement proceedings.

18. See *Emre (no. 2)*, cited above, § 43, and for its implementation see Committee of Ministers Resolution CM/ResDH(2012)139.

19. *Mazurek v. France*, no. 34406/97, ECHR 2000-II.

20. It is true that the Convention must be applied according to present-day conditions. Since the Court

legal certainty favours the prospective effect of judgments. Nevertheless, the full implementation of the rights and freedoms protected by the Convention may require that a Court's judgment be applied retroactively, that is to say, to facts submitted in a new application which have occurred prior to the date when the judgment became final<sup>21</sup>. In the instant case, *the applicant had a legitimate expectation of being counted among the inheritors of his mother's estate from 24 November 1983, the date on which his filiation was established, until his mother's death on 28 July 1994*. On the day of his mother's death, the applicant's legitimate expectation condensed into an acquired right to his reserved portion of his mother's opened succession<sup>22</sup>. Although the *inter-vivos* gift in 1970 had the effect of transferring property to the donees, this did not become a division of the donor's estate for inheritance purposes until the date of her death. By that time, the applicant's filiation had already been established and an event prior to the opening of his mother's succession – the *inter-vivos* division – could not deprive him of his right to obtain his reserved portion<sup>23</sup>. To argue otherwise would be tantamount to disregarding the filiation established in 1983 and depriving of all useful effect the abatement action brought by the applicant in due time<sup>24</sup>. In other

---

does not endorse a strictly literal reading or historical interpretation of the Convention, its judgments do not set out to determine the original meaning of the Convention provisions. Accordingly, the canon of evolutive interpretation of the Convention favours the non-retroactive applicability of the Court's judgments. The principle of legal certainty strengthens this conclusion (see *Marckx*, cited above, § 58).

21. In *Merger and Cros v. France*, no. 68864/01, § 33, 22 December 2004, the Court applied the principle of equal inheritance rights in respect of a succession which had been opened on 12 March 1986. In short, the Court applied *Mazurek* retroactively to a succession which had been opened before the date the judgment became final. Thus, all successions already opened and the respective divisions of estates pending in France at the time *Mazurek* became final – and not only the one affecting Mr Mazurek – should have been dealt with according to the principle of equality of children born in and out of wedlock. Wherever, after 1 February 2000, the estate of the deceased person had not yet been definitively divided and it was still possible to apply *Mazurek* and thereby secure to children born out of wedlock an equal share in the estate, that should have been done. This conclusion gained even more force after the *Merger and Cros* judgment.

22. Comparative law shows that the “opening of the succession” occurs on the date of the estate-owner's death and that this date is often used as the decisive starting point in the context of transitional provisions in the province of succession law (see Article 8 of the *Hague Convention on the Conflict of Laws relating to the Forms of Testamentary Dispositions*, and the report on the draft Convention, where it is stated that “This is the solution most frequently adopted in comparative law.” (*Actes et documents de la IXe session*, III, p. 27). That is also the case in France.

23. Thus, I find paragraphs 52-55 of the judgment insufficient for three reasons. First, they do not identify the “right” to which the applicant was entitled and which has been denied him; second, they do not clarify when the applicant acquired that right and the moment from which it was enforceable under domestic law; third, they do not distinguish the applicant's legal position in regard to his mother's estate before and after her death.

24. Regardless of the well-known discussion of the nature of an *inter-vivos* division as a “pre-succession” (*présuccession*) or an “anticipated succession” (*anticipation successorale*), the fact is that the applicant was deprived of any share for the sole reason that he was not a party to a deed from which the donors had knowingly excluded him.

words, the establishment of the applicant's maternal filiation in 1983 vested inheritance rights in him at the opening of his mother's succession which fall within the scope of Article 1 of Protocol No. 1.

The Law of 3 December 2001 provided that successions opened on 4 December 2001 would be distributed according to the principle of equality of children born in and out of wedlock, save in cases where division of the estate had taken place prior to that date. This exception was applied by the Court of Cassation in the instant case. In the light of *Mazurek*, this transitional rule of the 2001 Law cannot stand. The choice made by the national legislature by means of the transitional provisions still differentiates, without any plausible reason, between children born in and children born out of wedlock<sup>25</sup>. In other words, this Law runs counter to *Mazurek*, which had censured all discriminatory treatment regarding inheritance rights of children born out of wedlock. Hence, the Court should have distanced itself from Resolution ResDH(2005)25, adopted by the Committee of Ministers on 25 April 2005, and from Resolution CM/ResDH(2010)191, adopted on 2 December 2010, according to which the respondent State had satisfactorily implemented the *Mazurek* judgment in its domestic legal order<sup>26</sup>.

As the legislative framework was deficient, the domestic courts should have applied *Mazurek* retroactively to Mrs M.'s succession. Since Mrs M.'s succession was not definitively closed at the time *Mazurek* became final, on account of a timely action for abatement brought by an heir with a right to a reserved portion who had been excluded from the *inter-vivos* division, the courts should have considered that *Mazurek* prevailed over the transitional provisions of the 2001 Law and those of the 1972 Law, giving precedence to the Convention and acknowledging the applicant's right to inherit his reserved portion of his mother's estate<sup>27</sup>.

25. I cannot assume that there is a special interest in ensuring "peaceful family relations" in a succession where children born out of wedlock are involved. Neither can I agree that the scope of the exception is temporally and substantively limited. But even assuming the alleged limited nature of the exception, this argument could never justify the fact that these transitional rules perpetuate and multiply inequalities which punish a child born out of wedlock for the behaviour of his or her parent. Children simply should not bear the consequences of their parents' acts.

26. Accordingly, I do not find it rigorously exact to state, as in paragraph 68 of the judgment, that the Law of 3 December 2001 "executed that judgment by incorporating the principles established therein into French law". This general evaluation neglects the problematic nature of the transitional rules of the Law. The problem was also avoided in the Committee of Ministers Resolution ResDH(2005)25, which omits any reference to the 2001 transitional rules.

27. To be more precise, it should be noted that *Marckx* itself had laid down a principle applicable to all States Parties to the Convention, including the respondent State in the *Fabris* case. It is a fact that at the time of Mrs M.'s death and the claim for his reserved portion of his mother's estate from the notary in 1994 as well as at the time of the initiation by Mr Fabris of an action for abatement before the French courts in 1998, the French authorities already had knowledge of the principle of non-discrimination

### The legacy of *Fabris*

Just as *Loizidou* brought full recognition of the Court as “Europe’s Constitutional Court”, whose task could not be endangered by States Parties exercising their right of reservation, *Fabris* reaffirms the constitutional force of the Court’s judgments and the Court’s jurisdiction to verify whether a State Party has complied with the obligations imposed on it by one of the Court’s judgments. This force, which has been steadily strengthened by the Court’s and the Committee of Ministers’ practice, as has been demonstrated, is certainly not called into question by the unfortunate sentence included in paragraph 75 of the present judgment which says “in conformity with their constitutional orders and having regard to the principle of legal certainty”. That sentence apparently limits the States Parties’ obligation to give full effect to Convention standards as interpreted by the Court to their “conformity with their constitutional order”. If it is understood as implicit authorisation for a fully-fledged, unrestrictive filtering mechanism of the domestic constitutionality of the Court’s judgments, this sentence would simply annihilate decades of construction of the European human rights system, empty the Convention of its legal force and reduce the Court to the position of an annex to domestic constitutional courts. Moreover, it would be a blow to Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, in so far as it would allow a State Party to the Convention to invoke the provisions of its constitutional law as justification for its failure to perform a treaty. The Court’s judgments’ validity and efficacy do not depend on a *fiat* of national constitutional courts<sup>28</sup>. Hence, the reference to the “conformity

---

regarding the inheritance rights of children born out of wedlock that had been established many years earlier, in *Marckx* in 1979, and reaffirmed in *Inze* in 1987 and *Vermeire* in 1991, and applied directly by Supreme Courts, such as the *Hoog Raad* and the Luxembourg Court of Cassation in their remarkable judgments of 13 June 1979 and 17 January 1985 respectively. Accordingly, the principle of good faith in fulfilling treaty obligations should have prompted the French authorities to deal with the applicant’s claim in a non-discriminatory manner. After *Mazurek* became final in 2000, the international obligation of the respondent State to avoid future violations of the Convention was reinforced, since it was not only bound by the principle of good faith, but also by the national *erga omnes* effect of *Mazurek*.

28. See *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in Danzig Territory*, Advisory Opinion, 1932, PCIJ, Series A/B, No. 44 (Feb. 4), p. 24 (“a State cannot adduce as against another State its own Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force.”) and *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1988, pp. 34 and 35, and *Dumitru Popescu v. Romania* (no. 2), no. 71525/01, § 103, 26 April 2007, and for the States Parties’ acceptance of this understanding see, Resolution DH (95) 211 of 11 September 1995, Resolution DH (96) 368 of 26 June 1996, and Resolution DH (96) 150 of 15 May 1996. *A fortiori*, the overriding authority of international obligations over domestic law, including constitutional law, is also valid in the field of international human rights law, in view of the nature of human rights as a matter not reserved to the domestic jurisdiction of States (Article 2 § 7 of the United Nations Charter) and the fact that human rights treaties not only bind States Parties, but also recognise rights and freedoms of citizens

with their constitutional orders” is nothing but an anodyne reference to the principle of the safeguard for existing human rights foreseen in Article 53.

In this context, the additional reference to the principle of legal certainty is no less problematic. Domestic courts cannot annul, restrict or delay the effect of the Court’s judgments on the grounds that they threaten the principle of legal certainty. If they could, this would allow for a pick-and-choose application of the Court’s judgments by domestic courts, with the risk of having forty-seven different implementations of the same judgment. Thus, the reference to the principle of legal certainty, in addition to being a reminder of the *Marckx* rationale<sup>29</sup>, is also an injunction to domestic courts to comply strictly, without any margin of discretion, with the Court’s judgments. Any discretionary conduct of the domestic courts while implementing the judgments of the Court would call into question the principle of legal certainty.

### Conclusion

Having regard to the direct and *erga omnes* applicability of *Mazurek* in the respondent State and its retroactive applicability to the division of Mrs M.’s estate, considering the Court’s competence to oversee the execution of *Mazurek* by the respondent State and applying the principles of equality before the law and non-discrimination between children born in and out of wedlock, I find that the respondent State did not satisfactorily implement the *Mazurek* judgment in the present case and therefore breached Article 14 in conjunction with Article 1 of Protocol No 1.

---

within the jurisdiction of the States Parties (Article 1 of the Convention). The conclusion is inescapable: without prejudice to Article 15 of the Convention, no domestic provision, including constitutional provisions, may limit or derogate from any of the rights and freedoms set forth in the Convention as interpreted by the Court. Domestic courts, and constitutional courts at their apex, are not precluded from providing a higher degree of protection of the individual’s freedoms and rights (Article 53), which means that the Convention standards may be set aside only where the domestic provisions provide for better protection of the applicant’s claim.

29. Based on “the principle of legal certainty, which is necessarily inherent in the law of the Convention”, the Court “may dispense States from questioning legal acts or situations that antedate judgments of the Court declaring domestic legislation incompatible with the Convention” (see *Marckx*, cited above, § 58, and *Henryk Urban and Ryszard Urban v. Poland*, no. 23614/08, § 65, 30 November 2010).