

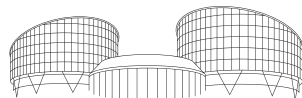
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME



REPORTS
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2013-II



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-II



Published by/Publié par

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

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

ISBN: 978-9-462-40203-4

© 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 Bureau¹ of the Court following a proposal by the Jurisconsult².

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

Note on citation

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

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

Examples

Judgment on the merits delivered by a Chamber

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

Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber

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

Decision on admissibility delivered by a Chamber

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

Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber

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

Judgment striking the case out delivered by a Chamber

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

Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber

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

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

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

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

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

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

Note concernant la citation des arrêts et décisions

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

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

Exemples

Arrêt rendu par une chambre sur le fond

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

Arrêt rendu par la Grande Chambre sur le fond

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

Décision rendue par une chambre sur la recevabilité

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

Décision rendue par la Grande Chambre sur la recevabilité

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

Arrêt rendu par une chambre rayant l'affaire du rôle

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

Arrêt rendu par une chambre sur un règlement amiable

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

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

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

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

Contents/Table des matières

	<i>Page</i>
Subject matter/Objet des affaires	VII
<i>X and Others v. Austria</i> [GC], no. 19010/07, judgment of 19 February 2013.....	1
<i>X et autres c. Autriche</i> [GC], n° 19010/07, arrêt du 19 février 2013 ..	73
<i>Zorica Jovanović v. Serbia</i> , no. 21794/08, judgment of 26 March 2013.....	147
<i>Zorica Jovanović c. Serbie</i> , n° 21794/08, arrêt du 26 mars 2013.....	175
<i>Animal Defenders International v. the United Kingdom</i> [GC], no. 48876/08, judgment of 22 April 2013 (extracts)	203
<i>Animal Defenders International c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 48876/08, arrêt du 22 avril 2013 (extraits)	263
<i>Mehmet Şentürk et Bekir Şentürk c. Turquie</i> , n° 13423/09, arrêt du 9 avril 2013.....	329
<i>Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk v. Turkey</i> , no. 13423/09, judgment of 9 April 2013.....	363
<i>Tarantino and Others v. Italy</i> , nos. 25851/09, 29284/09 and 64090/09, judgment of 2 April 2013 (extracts)	397
<i>Tarantino et autres c. Italie</i> , n ^{os} 25851/09, 29284/09 et 64090/09, arrêt du 2 avril 2013 (extraits)	425

Subject matter/Objet des affaires

Article 2

Refusal to carry out emergency operation on a pregnant woman on account of her inability to pay the fees for surgery

Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk v. Turkey, p. 363

Refus d'opérer d'urgence une femme enceinte à cause de son incapacité à régler les frais d'intervention

Mehmet Şentürk et Bekir Şentürk c. Turquie, p. 329

Article 8

Continuing failure to provide credible information concerning fate of newborn baby in hospital care

Zorica Jovanović v. Serbia, p. 147

Manquement continu à fournir des informations crédibles sur le sort d'un bébé né à l'hôpital

Zorica Jovanović c. Serbie, p. 175

Article 10

Refusal of permission for non-governmental organisation to place television advert owing to statutory prohibition on political advertising

Animal Defenders International v. the United Kingdom [GC], p. 203

Refus d'autoriser une organisation non gouvernementale à faire diffuser une publicité télévisée, en raison de l'interdiction légale de la publicité politique

Animal Defenders International c. Royaume-Uni [GC], p. 263

Article 14 in conjunction with Article 8/

Article 14 combiné avec l'article 8

Impossibility of second-parent adoption in same-sex couple

X and Others v. Austria [GC], p. 1

Impossibilité d'accès à l'adoption coparentale pour les couples homosexuels

X et autres c. Autriche [GC], p. 73

Article 35

Article 35 § 1

Starting-point for six-month period in disappearance cases

Zorica Jovanović v. Serbia, p. 147

Point de départ du délai de six mois dans les affaires de disparition

Zorica Jovanović c. Serbie, p. 175

Article 35 § 3

Court's temporal jurisdiction in respect of newborn baby who had allegedly died/gone missing over ten years before the respondent State recognised the right of individual petition

Zorica Jovanović v. Serbia, p. 147

Compétence temporelle de la Cour s'agissant d'un nouveau-né qui serait mort/aurait disparu plus de dix ans avant que l'État défendeur ne reconnaisse le droit de recours individuel

Zorica Jovanović c. Serbie, p. 175

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

Legislation making admission to State and private university courses in medicine and dentistry conditional on passing entrance examination with *numerus clausus*

Tarantino and Others v. Italy, p. 397

Législation appliquant à l'admission en faculté de médecine et d'odontologie dans les universités publiques et privées un *numerus clausus* assorti d'un concours d'entrée

Tarantino et autres c. Italie, p. 425

X AND OTHERS v. AUSTRIA
(Application no. 19010/07)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 19 FEBRUARY 2013¹

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following relinquishment of jurisdiction by a Chamber in accordance with Article 30 of the Convention.

SUMMARY¹**Impossibility of second-parent adoption in same-sex couple**

While there is no obligation under Article 8 to extend the right to second-parent adoption to unmarried couples, statutory exclusion of second-parent adoption in a same-sex couple, in contrast to an unmarried different-sex couple, is not shown to be necessary for the protection of the family in the traditional sense or for the protection of the interests of the child and thus amounts to discrimination within the meaning of Article 14 (see paragraph 151 of the judgment). Domestic legislation prohibiting second-parent adoption in same-sex couples appears to lack coherence in so far as it allows adoption by one person, including homosexuals (see paragraph 144). Several considerations – the existence of *de facto* family life, the importance of legal recognition thereof and the lack of evidence showing that it would be detrimental to a child to be brought up by a same-sex couple or to have two mothers and two fathers for legal purposes – weigh in favour of allowing the courts to examine in each individual case whether the requested adoption is in the child's best interests (see paragraph 146).

Article 14 in conjunction with Article 8

Discrimination – Impossibility of second-parent adoption in same-sex couple – Family life – Sexual orientation – Difference in treatment between same-sex couple and unmarried different-sex couple in which one partner wished to adopt the other partner's child – Comparable situation – Objective and reasonable justification – Protection of family in traditional sense – Protection of interests of child – Proportionality – Narrow margin of appreciation – Lack of evidence of detrimental impact of same-sex family on a child – Lack of coherence of domestic law – Importance of granting legal recognition to de facto family life

*

* *

Facts

The first and third applicants are two women living in a stable homosexual relationship. The second applicant is the third applicant's minor son. He was born out of wedlock. His father had acknowledged paternity but the third applicant had sole custody. The first applicant wished to adopt the second applicant in order to create a legal relationship between them without severing the boy's relationship with his mother and an adoption agreement was concluded to that end. However, the

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

domestic courts refused to approve the agreement after finding that under domestic law adoption by one person had the effect of severing the family-law relationship with the biological parent of the same sex, so that the boy's adoption by the first applicant would sever his relationship with his mother, the third applicant, not his father.

Law

Article 14 in conjunction with Article 8:

(a) *Applicability* – The relationship between the three applicants amounted to “family life” within the meaning of Article 8. Article 14, taken in conjunction with Article 8, was therefore applicable.

(b) *Comparison with a married couple in which one spouse wished to adopt the other spouse's child* – The Court saw no reason to deviate from its findings in *Gas and Dubois v. France* (no. 25951/07, ECHR 2012) and concluded that the first and third applicants in the instant case were not in a relevantly similar situation to a married couple.

Conclusion: no violation (unanimously).

(c) *Comparison with an unmarried different-sex couple in which one partner wished to adopt the other partner's child* – The Court accepted that the applicants were in a relevantly similar situation to an unmarried different-sex couple in which one partner wished to adopt the other partner's child. The Government had not argued that a special legal status existed which would distinguish an unmarried heterosexual couple from a same-sex couple and had conceded that same-sex couples could in principle be as suitable (or unsuitable) for adoption purposes, including second-parent adoption, as different-sex couples. Austrian law allowed second-parent adoption by an unmarried different-sex couple. In contrast, second-parent adoption in a same-sex couple was not legally possible. The relevant regulations of the Civil Code provided that any person who adopted effectively replaced the biological parent of the same sex. As the first applicant was a woman, her adoption of her partner's child could only sever the child's legal relationship with his mother. Adoption could therefore not serve to create a parent-child relationship between the first applicant and the child in addition to the relationship with his mother. The Court was not convinced by the Government's argument that the applicants' adoption request had been refused on grounds unrelated to their sexual orientation and that, therefore, the applicants were asking the Court to carry out an abstract review of the law. The domestic courts had made it clear that an adoption producing the effect desired by the applicants was impossible under the Civil Code. They had not carried out any investigation into the circumstances of the case. In particular, they had not dealt with the question whether there were any reasons for overriding the refusal of the child's father to consent to the adoption. In contrast, the regional court had underlined that the notion of “parents” in Austrian family law meant two

persons of the opposite sex and had stressed the interest of the child in maintaining contact with both those parents.

Given that the legal impossibility of the adoption had consistently been at the centre of their considerations, the domestic courts had been prevented from examining in any meaningful manner whether the adoption would be in the child's interests. In contrast, in the case of an unmarried different-sex couple they would have been required to examine that issue. The applicants had thus been directly affected by the legal situation of which they complained and since the adoption request was aimed at obtaining legal recognition of the family life they enjoyed, all three could claim to be victims of the alleged violation.

The difference in treatment between the first and third applicants and an unmarried different-sex couple in which one partner sought to adopt the other partner's child had been based on their sexual orientation. The case was thus to be distinguished from *Gas and Dubois*, in which the Court had found that there was no difference of treatment based on sexual orientation between an unmarried different-sex couple and a same-sex couple as, under French law, second-parent adoption was not open to either.

There was no obligation under Article 8 to extend the right to second-parent adoption to unmarried couples. However, given that domestic law did allow second-parent adoption in unmarried different-sex couples, the Court had to examine whether refusing that right to (unmarried) same-sex couples served a legitimate aim and was proportionate to that aim.

The domestic courts and the Government had argued that Austrian adoption law was aimed at recreating the circumstances of a biological family. The protection of the family in the traditional sense was in principle a legitimate reason which could justify a difference in treatment. The same applied to the protection of the child's interests. However, in cases where a difference in treatment based on sex or sexual orientation was concerned, the Government had to show that the difference in treatment was necessary to achieve the aim. The Government had not provided any evidence to show that it would be detrimental to a child to be brought up by a same-sex couple or to have two mothers and two fathers for legal purposes. Moreover, under domestic law, adoption by one person, including one homosexual, was possible. If he or she had a registered partner, the latter had to consent to the adoption. The legislature therefore accepted that a child might grow up in a family based on a same-sex couple and that this was not detrimental to the child. There was also force in the applicants' argument that *de facto* families based on a same-sex couple existed but were refused the possibility of obtaining legal recognition and protection. These considerations cast considerable doubt on the proportionality of the absolute prohibition on second-parent adoption in same-sex couples.

The Government had further argued that there was no consensus among European States regarding second-parent adoption by same-sex couples and that consequently the State had a wide margin of appreciation to regulate that issue. However, the issue

before the Court was not the general question of same-sex couples' access to second-parent adoption, but the difference in treatment between unmarried different-sex couples and same-sex couples in respect of such adoptions. Consequently, only ten Council of Europe member States, which allowed second-parent adoption in unmarried couples, might be regarded as a basis for comparison. Within that group, six States treated heterosexual couples and same-sex couples in the same manner, while four adopted the same position as Austria. The narrowness of that sample did not allow conclusions to be drawn as to a possible consensus among European States.

The instant case did not concern the question whether the applicants' adoption request should have been granted, but the question whether the applicants had been discriminated against on account of the fact that the courts had had no opportunity to examine in any meaningful manner whether the requested adoption was in the second applicant's interests, given that it was in any case legally impossible.

The Government had failed to give convincing reasons to show that excluding second-parent adoption in a same-sex couple, while allowing that possibility in an unmarried different-sex couple, was necessary for the protection of the family in the traditional sense or for the protection of the interests of the child. The distinction was therefore discriminatory.

Conclusion: violation (ten votes to seven).

Article 41: 10,000 euros jointly in respect of non-pecuniary damage.

Case-law cited by the Court

- A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, ECHR 2010
Al-Saadoon and Mufidhi v. the United Kingdom, no. 61498/08, ECHR 2010
Burden v. the United Kingdom [GC], no. 13378/05, ECHR 2008
Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI
Dudgeon v. the United Kingdom, 22 October 1981, Series A no. 45
E.B. v. France [GC], no. 43546/02, 22 January 2008
Emonet and Others v. Switzerland, no. 39051/03, 13 December 2007
Eski v. Austria, no. 21949/03, 25 January 2007
Fretté v. France, no. 36515/97, ECHR 2002-I
Gas and Dubois v. France, no. 25951/07, ECHR 2012
Hirst v. the United Kingdom (no. 2) [GC], no. 74025/01, ECHR 2005-IX
Karner v. Austria, no. 40016/98, ECHR 2003-IX
Kozak v. Poland, no. 13102/02, 2 March 2010
L. and V. v. Austria, nos. 39392/98 and 39829/98, ECHR 2003-I
Modinos v. Cyprus, 22 April 1993, Series A no. 259
Norris v. Ireland, 26 October 1988, Series A no. 142
P.B. and J.S. v. Austria, no. 18984/02, 22 July 2010
Petrovic v. Austria, 27 March 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II
S.H. and Others v. Austria [GC], no. 57813/00, ECHR 2011

Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, no. 33290/96, ECHR 1999-IX

Schalk and Kopf v. Austria, no. 30141/04, ECHR 2010

Smith and Grady v. the United Kingdom, nos. 33985/96 and 33986/96, ECHR 1999-VI

Sporer v. Austria, no. 35637/03, 3 February 2011

Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg, no. 76240/01, 28 June 2007

Zaunegger v. Germany, no. 22028/04, 3 December 2009

In the case of X and Others v. Austria,

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

Dean Spielmann, *President*,

Josep Casadevall,

Guido Raimondi,

Ineta Ziemele,

Nina Vajić,

Lech Garlicki,

Peer Lorenzen,

Anatoly Kovler,

Elisabeth Steiner,

Khanlar Hajiyev,

Egbert Myjer,

Danutė Jočienė,

Ján Šikuta,

Vincent A. De Gaetano,

Linos-Alexandre Sicilianos,

Erik Møse,

André Potocki, *judges*,

and Johan Callewaert, *Deputy Grand Chamber Registrar*,

Having deliberated in private on 3 October 2012 and 9 January 2013,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 19010/07) against the Republic of Austria lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by three Austrian nationals (“the applicants”), on 24 April 2007. The President of the Grand Chamber acceded to the applicants’ request not to have their names disclosed (Rule 47 § 3 of the Rules of Court).

2. The applicants were represented by Mr H. Graupner, a lawyer practising in Vienna. The Austrian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ambassador H. Tichy, Head of the International Law Department at the Federal Ministry for European and International Affairs.

3. The applicants alleged that they had been discriminated against in comparison with different-sex couples, as second-parent adoption was legally impossible for a same-sex couple.

4. The application was allocated to the First Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 29 January 2009 the application was communicated to the Government. It was also decided to rule on the admissibility and merits of the application at the same time (Article 29 § 1 of the Convention). A hearing was held by the First Section on 1 December 2011. On 5 June 2012 a Chamber of that Section composed of Nina Vajić, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Julia Laffranque, Linos-Alexandre Sicilianos and Erik Møse, judges, and also of Søren Nielsen, Section Registrar, relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber (Article 30 of the Convention), neither of the parties having objected to relinquishment within the time allowed (Rule 72).

5. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24 of the Rules of Court.

6. The Government and the applicants each filed further written observations on the admissibility and merits.

7. In addition, joint third-party comments were received from Prof. R. Wintemute on behalf of the following six non-governmental organisations: Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, the International Commission of Jurists, the European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, the British Association for Adoption and Fostering, the Network of European LGBT Families Associations and the European Commission on Sexual Orientation Law, which had been granted leave by the President of the Grand Chamber to intervene in the written procedure. Further third-party comments were received from the European Centre for Law and Justice, the Attorney General for Northern Ireland, Amnesty International and Alliance Defending Freedom, who had each been given leave to intervene in the written procedure.

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

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms B. Ohms, Federal Chancellery,

Mr M. Stormann, Federal Ministry of Justice,

Deputy Agent,

Ms A. Jankovic, Federal Ministry for European and
International Affairs

Advisers;

(b) *for the applicants*

Mr H. Graupner,

Counsel.

The Court heard addresses by Ms Ohms and Mr Graupner, as well as their answers to questions put by the judges.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The first and third applicants were born in 1967 and the second applicant was born in 1995.

10. The first applicant and the third applicant are two women living in a stable relationship. The second applicant is the third applicant's son and was born outside marriage. His father has recognised paternity and his mother has sole custody of him. The applicants have been living in the same household since the second applicant was about five years old and the first and third applicants care for him jointly.

11. On 17 February 2005 the first applicant and the second applicant, represented by his mother, concluded an agreement whereby the second applicant would be adopted by the first applicant. The applicants' intention was to create a legal relationship between the first and second applicants corresponding to the bond between them, without severing the relationship with the child's mother, the third applicant.

12. The applicants, aware that the wording of Article 182 § 2 of the Civil Code (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) could be understood to exclude the adoption of the child of one partner in a same-sex couple by the other partner without the relationship with the biological parent being severed, requested the Constitutional Court to declare that provision unconstitutional as discriminating against them on account of their sexual orientation. In the case of heterosexual couples, Article 182 § 2 of the Civil Code allowed for second-parent adoption, that is to say, the adoption by one partner of the child of the other partner, without the latter's legal relationship with the child being affected.

13. On 14 June 2005 the Constitutional Court rejected the request as inadmissible under Article 140 of the Federal Constitution. It noted that the competent District Court, in deciding whether to approve the adoption agreement, would have to examine the question whether or not

Article 182 § 2 of the Civil Code allowed second-parent adoption in the case of a same-sex couple. Should the District Court refuse to approve the adoption agreement, the applicants remained free to submit their arguments regarding the alleged unconstitutionality of that provision to the appellate courts, which in turn could bring the issue before the Constitutional Court if they shared the applicants' view.

14. Subsequently, on 26 September 2005, the applicants requested the District Court to approve the adoption agreement, to the effect that both the first and the third applicants would be the second applicant's parents. In their submissions they explained that the first and second applicants had developed close emotional ties and that the second applicant benefited from living in a household with two caring adults. Their aim was to obtain legal recognition of their *de facto* family unit. The first applicant would thus replace the second applicant's father. They noted that the second applicant's father had not consented to the adoption, without giving any reasons for his position. Furthermore, they alleged that he had displayed the utmost antagonism towards the family and that the court should therefore override his refusal to consent under Article 181 § 3 of the Civil Code, as the adoption was in the best interests of the second applicant. In support of their submissions, the applicants attached a report from the Youth Welfare Office which confirmed that the first and third applicants shared the day-to-day tasks involved in caring for the second applicant and the overall responsibility for his upbringing, and which concluded, while expressing doubts as to the legal position, that the award of joint custody would be desirable.

15. On 10 October 2005 the District Court refused to approve the adoption agreement, holding that Article 182 § 2 of the Civil Code did not provide for any form of adoption producing the effect desired by the applicants. Its reasoning reads as follows:

“Ms ..., the third applicant, has sole custody of her minor son ..., who was born outside marriage. [She] shares a home in ... with her partner ... (the first applicant) and with ... (the second applicant).

An application to the courts made jointly on 12 October 2001 by the child's mother and her partner for partial transfer of custody of [the child] to the mother's partner, so that the two women could exercise joint custody, was dismissed with final effect.

Under the terms of the adoption agreement of 17 February 2005 for which approval is now sought, the first applicant, as the partner of [the child's] mother, agreed to adopt the child.

The applicants seek court approval of the adoption such that the relationship with the biological father and his relatives under family law would cease to exist while the

relationship with the biological mother would remain fully intact. They request the courts to override the refusal of consent by the child's father.

The application, which is aimed *de facto* at securing joint custody for the biological mother and the adoptive mother – who lives in a same-sex relationship with her – fails on legal grounds.

Article 179 of the Civil Code provides for adoption either by one person or by a married couple. Only under certain strict conditions may a married person adopt a child on his or her own. Under the second sentence of Article 182 § 2 of the Civil Code, the legal relationship in family law – above and beyond the legal kinship itself – ceases only in respect of the biological father (the biological mother) and his (her) relatives, if the child is adopted **only** by a man (or a woman). In so far as the relationship with the other parent remains intact subsequently (that is, after the adoption), the court declares it to have been severed in respect of the parent concerned, subject to his or her consent.

Article 182 of the Civil Code was last amended in 1960 (Federal Gazette 58/1960). On the basis of the unambiguous wording of this provision and the undoubted intentions of the legislature at that time it must be assumed that, in the event of adoption by one person, the legal relationship with the biological parent of the **same** sex as the adoptive parent ceases to exist, while the relationship with the parent of the **opposite** sex remains intact (see also Schlemmer in *Schwimann*, ABGB ... I § 182, point 3). Only in this scenario does the law allow the courts to declare the latter relationship – which is unaffected by the adoption *per se* – to have been severed.

The arrangement sought by the applicants, whereby [the child] would be adopted by a woman and the relationship with his biological father, but not with his biological mother, would cease, is therefore incompatible with the law. In the court's view, the interpretation of this legislative provision in conformity with the Constitution – which, needless to say, is required – does nothing to alter this finding.

It is correct to state that, according to the settled case-law of the European Court of Human Rights, issues concerning sexual orientation fall within the scope of protection of the right to private and family life (Article 8 [of the Convention]). It is also true that, according to the Court's case-law, discrimination on the basis of sexual orientation is fundamentally incompatible with Articles 8 and 14 of the Convention. It should be noted, however, that the European Court has also consistently ruled that the Council of Europe member States are to be allowed a margin of appreciation in this regard, which is correspondingly broader the less common ground there is amongst member States' legal orders. In paragraph 41 of its judgment in *Fretté v. France* (no. 36515/97, ECHR 2002-I), the European Court expressly stated that, in the sphere of the right of homosexuals to adopt, member States had to be afforded a wide margin of appreciation as the issues concerned were subject to societal change and in a state of transition; however, this margin of appreciation was not to be interpreted as giving States *carte blanche* to exercise arbitrary power.

The issue whether a member State provides the possibility for two persons of the same sex to establish a legal relationship with a child on an equal footing is therefore

a matter for the State itself to decide, subject to the limits laid down in Article 8 § 2 of the Convention. In the view of this court no such possibility exists under Austrian law as it currently stands, even when the law is interpreted, as it is required to be, in conformity with the Constitution. The arrangement sought by the applicants would require an amendment to the legislation; it could not be authorised by means of an ordinary court decision interpreting Article 182 of the Civil Code in a manner running counter to the unambiguous wording of that provision.

For these reasons the court dismisses the application for approval of the adoption agreement.”

16. The applicants appealed. Referring to Articles 8 and 14 of the Convention, they argued that Article 182 § 2 of the Civil Code was discriminatory in that it led to an unjustified distinction between different-sex and same-sex couples. So-called second-parent adoption was possible for married or unmarried heterosexual couples but not for same-sex couples. The present case had to be distinguished from *Fretté*, cited above, which had dealt with adoption by a single homosexual. By contrast, the present case concerned a difference in treatment between different-sex and same-sex couples.

17. Having regard to the Court’s judgment in *Karner v. Austria* (no. 40016/98, ECHR 2003-IX), the difference in treatment between unmarried heterosexual couples and same-sex couples was particularly problematic. Only a few European States allowed second-parent adoption in same-sex couples; the majority of States reserved second-parent adoption to married couples, and there was a consensus that unmarried different-sex couples and same-sex couples should not be treated differently. The difference complained of did not serve a legitimate aim: in particular, it was not necessary in order to protect the child’s interests. There was research to show that children developed just as well in families with homosexual parents as in families with heterosexual parents. What was important was not the parents’ sexual orientation but their ability to provide a stable and caring family. The applicants requested the appellate court to quash the District Court’s decision and to grant their request of 26 September 2005 or, alternatively, to refer the case back to the District Court for a fresh decision.

18. The Regional Court, without holding a hearing, dismissed the applicants’ appeal on 21 February 2006. In its decision it described a number of related sets of proceedings (concerning visiting rights for the second applicant’s father as well as his maintenance obligations, and the proceedings in which the first and third applicants had tried unsuccessfully to obtain joint custody of the second applicant). The Regional Court observed that it had doubts as to whether the third applicant could represent her son

in the proceedings, as there was a potential conflict of interests. It went on to state as follows:

“Further examination of this issue is, however, objectively unnecessary, as, in the view of this court – as set out below – approval of the adoption agreement should in any event be refused in this case without the need for further investigation, and was indeed refused by the first-instance court, with the result that the effective representation of the child in the proceedings is not at issue.

As far back as the decision on the application for a partial transfer of custody of [the child] to [the mother’s partner], the courts reviewing the case observed that, while Austrian family law contained no legal definition of the term ‘parents’, it was nevertheless abundantly clear from the provisions of Austrian family law as a whole that the legislature intended that a parental couple should consist, as a matter of principle, of two persons of opposite sex. The legislation therefore provided first and foremost for the biological parents to have custody, or the biological mother in the case of a child born outside marriage. Only where this was not possible did the law provide for other persons to be awarded custody of a child. If the biological parents (father and mother) were present, it was unnecessary to award custody to another person, even if, from a purely factual viewpoint, that person had a close relationship with the child (compare OGH, 7 Ob 144/02 f). The courts stressed that no discrimination against persons in same-sex partnerships could be inferred from this legal stance, but that the provisions of family law were based, in line with the biological reality, on the presence of a couple made up of parents of opposite gender.

In this court’s view, these considerations also apply to the issue under examination here, namely the approval of the adoption of a minor child by the same-sex partner of one of the child’s parents. Here also, it is unnecessary to create an additional ‘legal parent’ where both the child’s opposite-sex parents are present. The aim is in no sense to discriminate against the same-sex partnership of the child’s mother; however, where both the opposite-sex parents are present, there is simply no need for a provision enabling one of the parents to be replaced by the same-sex partner of the other.

The adoption of a minor child is fundamentally designed to create a relationship akin to that which exists between biological parents and their children. The file in the present case shows that the biological father has regular contact with his child, with the result that the child maintains a meaningful relationship with both his opposite-sex parents. In these circumstances, however, there is no need to replace either of the biological parents with the same-sex partner of the other parent by authorising the child’s adoption.

The case-law concerning contact rights for parents also generally and indisputably recognises that, according to the available psychological and sociological findings, it is of particular importance for the child’s subsequent development that adequate personal contact be maintained with the parent with whom he or she is not living (see, *inter alia*, EFSlg 100.205). Accordingly, the legislation goes so far as to confer a right on the child to have personal contact with the parent not living in the same household (see, *inter alia*, OGH, 3 Ob 254/03 z). It is likewise beyond dispute that, for a minor child to thrive, it is highly desirable that he or she should have a personal relationship

with both – opposite-sex – parents, in other words, with both a female (mother) and a male (father) caregiver, and that efforts should be made to that end (compare, *inter alia*, EFSlg 89.668). At least a minimum degree of personal contact between the child and both parents is therefore greatly to be desired and is generally made a requirement in the interests of the child's healthy development (compare OGH, 7 Ob 234/99 h). These considerations also clearly militate against authorising the adoption of a child by the same-sex partner of one of the parents if that has the effect of severing the family-law relationship with the other parent.

As stated above, this legal position in no sense amounts to discrimination against people in same-sex partnerships. On this point the first-instance court, in the reasoning of the impugned decision, correctly pointed to the settled case-law of the European Court of Human Rights, according to which sexual orientation falls within the scope of protection of private and family life (Article 8 of the Convention), with the result that discrimination on the basis of sexual orientation is fundamentally incompatible with Articles 8 and 14 of the Convention. However, the first-instance court also correctly pointed out that national legal systems must be afforded a margin of appreciation in enacting legislation, a margin which is correspondingly broader where there is no clear consensus between member States' legal systems in the sphere in question. While noting that the margin of appreciation must not be interpreted as giving States *carte blanche* to make arbitrary decisions, the first-instance court observed that it must be construed very generously in the sphere of the right of homosexuals to adopt, as these were issues which were subject to societal change. In the context of this assessment, the Austrian legal system made no provision for the adoption of a child by the same-sex partner of one of the parents.

The appellants have adduced no convincing arguments to indicate that the provisions in force amount to discrimination against same-sex partners. Even in the case of heterosexual couples, the only legal relationship that may be severed when a partner's child is adopted is the relationship between the child and the parent of the same sex as the adoptive parent. In such cases the child therefore continues to have two opposite-sex parents and caregivers. This state of affairs, which is important for the child's development, does not however apply in the event of his or her adoption by the same-sex partner of one of the parents; there is therefore no evidence of an *unjustified* difference in treatment in this regard. Furthermore, in the judgment of the European Court of Human Rights cited by the appellants (see *Karner v. Austria*, [cited above]), the Court reiterated that a difference in treatment of people living in a same-sex relationship was to be considered discriminatory only if it had no objective and reasonable justification, that is if it did not pursue a legitimate aim, or if there was not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. The Court would thus regard a difference in treatment as compatible with the Convention only where very weighty reasons had been put forward. Particularly compelling reasons therefore had to be advanced to justify any difference in treatment based on sexual orientation. However, the Court also explicitly acknowledged in this regard that protection of the 'traditional family' was, in principle, a weighty and legitimate reason which might justify a difference in treatment by the national legislature. At the same time, it found that the aim of protecting the family in

the traditional sense was rather abstract and that a broad variety of concrete measures could be used to implement it. Compelling reasons had to be given for excluding people living in homosexual relationships from the scope of application of certain legal provisions. In the case in question, which concerned the right of a deceased person's same-sex partner to succeed to a tenancy, the Court found that no such reasons had been given.

Nevertheless, the judgment in question does not lend any support to the appellants' arguments in the present case. On the basis of the right – recognised by the Court – to include measures in the national legal system to protect the 'traditional family', the stance taken in the Austrian legal system whereby, as a matter of principle and in accordance with biological reality, a minor child should have an opposite-sex couple as parents, has to be respected. Hence, in the view of this court, the decision by the legislature not to provide for a child to be adopted by the same-sex partner of one of the parents, with the result that the relationship with the opposite-sex parent is severed, unquestionably pursues a 'legitimate aim'. Likewise, it cannot be said that 'no reasonable relationship of proportionality' exists between this aim and the means employed. This legal situation is not based – contrary to the appellants' assertions – on 'the prejudice of the heterosexual majority towards the homosexual minority', but is merely designed to ensure that minor children have regular contact with both a female and a male *parent* while they are growing up. This aim must be respected in just the same way as the decision of the child's mother to live in a same-sex partnership. Thus, there is no apparent justification for depriving the child of his family-law relationship with his parent of the other sex. However, that is precisely what the child's mother and her partner sought in the present case and have continued to seek since the lodging of the appeal.

Accordingly, in view of these overall considerations, the present appeal should be dismissed.

The ruling on the admissibility of an appeal on points of law is based on sections 59(1)(2) and 62(1) of the Non-contentious Proceedings Act. While it is true that the Supreme Court already issued one decision in the instant case, that decision concerned the lawfulness of the (partial) transfer of custody of the child to the mother's same-sex partner. As regards the issue now to be determined, however, namely whether the adoption of a child by the same-sex partner of one of the parents is lawful, no specific and express Supreme Court rulings exist on the subject to date, to the best of this court's knowledge. For that reason the present decision is of considerable importance in terms of the unity of the law, legal certainty and development of the law."

19. The applicants lodged an appeal on points of law with the Supreme Court. They submitted that Article 182 § 2 of the Civil Code as applied by the courts led to a difference in treatment between different-sex and same-sex couples in cases where one partner wished to adopt the other partner's biological child. While heterosexual couples (including unmarried ones) could establish an additional parent-child relationship between the child and its parent's partner, this was impossible for same-sex couples, as the same-sex

partner would replace the biological parent. Thus, any meaningful kind of second-parent adoption was excluded. The Regional Court had sought to justify this difference in treatment by referring to the aims of protecting the family in the traditional sense and allowing the child to grow up with both a male and a female caregiver. However, the Regional Court had not shown that the exclusion of same-sex families from second-parent adoption was necessary to achieve that aim. Recent studies showed that same-sex couples were just as capable of raising children as different-sex couples. Moreover, the present case did not concern the question whether the second applicant should or should not grow up in a same-sex family. He was already part of a *de facto* same-sex family. The question therefore was whether it was justified to deny legal recognition to the relationship between him and the first applicant. It had not been shown to be necessary to distinguish between unmarried heterosexual and same-sex couples. Finally, the applicants maintained that in many European States second-parent adoption was reserved to married couples. They asserted that where a State chose, as Austria had, to allow second-parent adoption in unmarried couples, it was not free to make a distinction on the basis of sexual orientation.

20. On 27 September 2006 the Supreme Court dismissed the appeal on points of law lodged by the applicants. It held as follows:

“[The minor] is the biological child of the third applicant, Ms ..., and of Mr ..., born on ... The child’s mother has sole custody. She shares a home in ... with her partner (the first applicant) and with [the child]. The applicants applied for court approval of an adoption agreement entered into on 17 February 2005 by the first applicant and the minor child, represented by his mother, under the terms of which the first applicant agreed to adopt the child. However, the agreement provided for the first applicant to take the place not of the child’s mother but of his biological father. The applicants sought court approval of the adoption such that the relationship with the biological father and his relatives under family law would cease to exist while the relationship with the child’s biological mother would remain fully intact. They requested the courts to override the refusal of consent by the child’s father.

The first-instance court refused the application, taking the view that Article 182 of the Civil Code reflected the legislature’s clear intention that, in the case of adoption by one person, the legal relationship with the parent of the same sex as the adoptive parent should cease to exist and the relationship with the opposite-sex parent should be preserved. Only in this scenario, according to the first-instance court, did the law allow the courts to also declare the latter relationship, which was not affected by the adoption *per se*, to have been severed. In the view of the first-instance court, the arrangement sought by the applicants, whereby [the child] would be adopted by a woman and the legal relationship with his biological father but not with his biological mother would cease, was incompatible with the law. This interpretation was in conformity with the Constitution and in particular with Articles 8 and 14 of the European Convention on Human Rights. According to the case-law of the

European Court of Human Rights, member States had a particularly wide margin of appreciation in the sphere of adoption by homosexuals, as these issues were subject to societal change and were in a state of transition. The question whether a member State provided the possibility for two persons of the same sex to create a legal relationship with a child on an equal footing was therefore a matter for the State itself to decide, subject to the limits laid down in Article 8 § 2 of the Convention. The arrangement sought by the applicants was not possible under Austrian law.

The appellate court upheld the decision of the first-instance court, taking the view that the law was clearly based on the premise that the term ‘parents’ necessarily referred to two persons of opposite sex. This was reflected in the law on custody, which as a matter of principle gave priority to the biological parents over other persons. The same considerations applied in the sphere of adoption law. Here too the legislative provisions were based, in line with the biological reality, on the presence of a couple made up of parents of opposite gender. Where both the opposite-sex parents were present, there was no need for a provision enabling one of the parents to be replaced by the same-sex partner of the other; this did not reflect any wish to discriminate against same-sex partners. In the sphere of contact rights it was also recognised beyond dispute that, for a minor child to thrive, it was highly desirable that he or she should have a personal relationship with both – opposite-sex – parents, in other words with both a female (mother) and a male (father) caregiver. At least a minimum degree of personal contact between the child and both (biological) parents was to be desired and was generally made a requirement in the interests of the child’s healthy development. These considerations too could be applied in relation to adoption. The appellate court also endorsed the first-instance court’s view that there was no discrimination against same-sex partners from the standpoint of the case-law of the European Court of Human Rights. A difference in the treatment of persons living in a same-sex relationship was to be regarded as discriminatory only if it had no objective and reasonable justification, in other words, if the rule in question did not pursue a legitimate aim or if there was no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. Differences in treatment were found to be compatible with the Convention where weighty reasons had been put forward. The Austrian legislature pursued one such legitimate aim in seeking to ensure that children, as they were growing up, had the regular contact with both a male and a female parent which their development required. That aim was to be accorded the same respect as the mother’s decision to live in a same-sex partnership. There was no justification, however, for depriving a child of the relationship under family law with his or her parent of the other sex.

The appellate court ruled that leave to appeal on points of law should be granted since no case-law existed on the issue of the lawfulness of the adoption of a child by the same-sex partner of one of his or her biological parents.

The applicants’ appeal on points of law is admissible for the reasons given by the appellate court. It is nevertheless unfounded.

Article 179 § 2 of the Civil Code provides that the adoption of a child by more than one person is permissible only where the adoptive parents are a married couple. Legal

commentators have concluded from this that adoption by more than one person of the same sex (whether simultaneously or consecutively) is prohibited (see Schwimann in *Schwimann*, Civil Code § 179, point 6, and Hopf in *Kozioł/Bydlinski/Bollenberger*, § 179, point 2, both cited by the Vienna Regional Civil Court, 27 August 2001 – EFSlg 96.699).

The second sentence of Article 182 § 2 of the Civil Code governs the effects produced in the event of adoption by one adoptive parent. If the child is adopted only by an adoptive father (an adoptive mother), the ties of kinship cease only in respect of the biological father (the biological mother) and his (her) relatives. It is quite clear from the materials (ErlBem RV 107 BlgNR IX. GP, 21) that this provision should be construed to mean that the non-proprietary legal ties are severed only with the biological parent who is being replaced by an adoptive parent of the same gender. In explicit terms, this means that the child cannot, for instance, be deprived of his or her biological father if he or she is being adopted just by a woman (see also: Schwimann in *Schwimann*, op. cit., § 182, sub-paragraph 3; Stabentheiner in *Rummel I* § 182, sub-paragraph 2).

Contrary to the applicants' assertion, this provision is not to be construed extensively in the way that they argue, nor does there exist an unintended legislative gap which therefore needs to be filled by analogy. According to the materials (op. cit., 11), the chief aim of adoption is to promote the well-being of the minor child (the protective principle). Adoption should constitute an appropriate means of entrusting to suitable and responsible individuals the care and upbringing of children who have no parents, those who come from broken homes or those whose parents, for whatever reason, are unable to provide their children with a proper upbringing or may not even want their children. However, this aim can be achieved only when the adoption allows the situation in a biological family to be recreated as far as possible.

The case-law (6 Ob 179/05z) also makes clear that the tie between the child and the adoptive parent is to be understood as a social and psychological relationship, akin to that between biological parents and their children. The model for the child-parent relationship in the context of adoption of minors is informed by the specific social and psychological ties that exist between parents and young people approaching adulthood. In addition to the socially typical ties of physical and personal proximity (shared household, care for the child's physical and psychological needs by its parents), these encompass emotional ties comparable to the love between parents and their children, and a specific role for the parents as mentors and role models.

Article 182 § 2 of the Civil Code imposes a general prohibition (that is, not just in the case of same-sex partners) on adoption by a man as long as the ties of kinship with the child's biological father still exist, and by a woman where such ties still exist with the biological mother. Under Article 182 § 2, therefore, a person who adopts a child on his or her own does not take the place of either parent at will, but only the place of the parent of the same sex. The adoption of the child by the female partner of the biological mother is therefore not legally possible.

Contrary to the applicants' view, this provision also survives the test of compatibility with the Constitution (fundamental rights perspective). In the case of *Fretté* [cited

above], the European Court of Human Rights was called upon to examine whether the authorities' refusal to authorise the adoption of a child by a homosexual man amounted to discrimination. In its judgment of 26 February 2002, the Court found that adoption meant 'providing a child with a family, not a family with a child'. According to the Court, it was the State's task to ensure that the persons chosen to adopt were those who could offer the child the most suitable home in every respect. Not least in view of the wide differences in national and international opinion concerning the possible consequences of a child being adopted by one or more homosexual parents, and bearing in mind the fact that there were not enough children to adopt to satisfy demand, States had to be allowed a broad margin of appreciation in this sphere. A refusal to authorise adoption by a homosexual would not be in breach of Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8 if it pursued a legitimate aim, namely the protection of the child's best interests, and did not infringe the principle of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved.

The applicants have not demonstrated, nor is there any other evidence to suggest, that the provisions of Article 182 § 2 of the Austrian Civil Code overstep the margin of appreciation accorded by the European Court, or that they infringe the proportionality principle. The Supreme Court is therefore in no doubt as to the compatibility of this provision with the Constitution, which is called into question by the applicants.

In view of the legal impossibility of the adoption it is also not necessary to further examine whether the conditions for overriding the father's refusal to consent, as an exceptional measure under Article 181 § 3 of the Civil Code, have been met."

The judgment was served on the applicants' counsel on 24 October 2006.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Adoption

21. The Civil Code (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) contains definitions of "mother" and "father".

Article 137b reads as follows:

"The mother shall be the woman who has given birth to the child."

Article 138 provides:

"(1) The child's father shall be the man

1. who is married to the child's mother at the time of the child's birth or, being the mother's husband, died no earlier than three hundred days prior to the child's birth, or
2. who has recognised paternity, or
3. whose paternity has been established by a court."

22. The following provisions of the Civil Code on adoption are relevant to the present case.

Article 179 provides in its relevant part as follows:

“(1) Persons of full legal age and capacity ... may adopt. The adoption creates an adoptive parent-child relationship.

(2) The adoption of a child by more than one person, whether simultaneously or – as long as the adoptive relationship still exists – consecutively, shall be permitted only if the adoptive parents form a married couple. As a rule, spouses may only adopt a child jointly. An exception may be made where the child to be adopted is the spouse’s biological child, where one spouse does not fulfil the requirement of having full legal age or the required difference in age with the adoptee, where one spouse’s whereabouts have been unknown for at least a year, where the spouses have not been living in matrimonial community for at least three years or where there are similar and particularly serious grounds justifying adoption by only one spouse.”

23. Pursuant to Article 179a of the Civil Code, adoption requires a written agreement between the adoptive parent and the adoptive child (who, if a minor, will be represented by his or her legal representative) and the approval of that agreement by the competent court.

24. The court has to approve the agreement if it serves the child’s interests and if a relationship corresponding to a biological parent-child relationship already exists or if such a relationship is intended to be created (Article 180a of the Civil Code).

25. Article 181 of the Civil Code, in the version in force at the material time, provided in its relevant parts as follows:

“(1) Approval may be granted only if the following persons agree to the adoption:

1. the parents of the minor adopted child;
2. the spouse of the adoptive parent;
3. the spouse of the adopted child;
4. the adopted child from the age of fourteen;

...

(3) Where one of the persons referred to in points 1 to 3 of paragraph 1 refuses consent without justifiable grounds, the court shall override the refusal on an application from one of the parties.”

26. According to the domestic courts’ case-law, overriding a party’s refusal to consent under Article 181 § 3 of the Civil Code is an extraordinary measure that will only be envisaged where the interests of the child in the adoption clearly outweigh the interests of the biological parent, for instance in having contact with the child. It may also be envisaged if the refusal is not justified in moral terms, for example if the parent who is refusing

consent has consistently displayed extreme antagonism towards the family or is guilty of flagrant neglect of his or her statutory obligations *vis-à-vis* the child such that the child's development has been jeopardised on a lasting basis or would have been jeopardised without third-party assistance.

27. Article 182 of the Civil Code regulates the effects of adoption. It provides as follows:

“(1) The same rights that arise as a consequence of legitimate descent shall be created at that time between the adoptive parent and his or her offspring on the one hand, and the adopted child and his or her offspring who are minors at the time the adoption takes effect on the other hand.

(2) If the child is adopted by a married couple, the legal relationship under family law – above and beyond the legal kinship itself (Article 40) – between the biological parents and their relatives on the one hand, and the adopted child and his or her offspring who are minors at the time the adoption takes effect on the other hand, shall cease at that time, apart from the exceptions referred to in Article 182a. If the child is adopted by just an adoptive father (an adoptive mother), the relationship shall cease only in respect of the biological father (the biological mother) and his (her) relatives; in so far as the legal relationship with the other parent remains intact after the adoption, the court shall declare it to have been severed, subject to the consent of the parent concerned. The relationship ceases to exist as of the date on which the statement of consent is given, but no earlier than the date on which the adoption takes effect.”

As the Supreme Court's judgment in the present case demonstrates, this provision is understood as excluding the adoption of one partner's child by the other partner in a same-sex couple.

28. In the event of an adoption, all family-law relationships apart from the legal kinship between the adopted child and his or her biological parent or parents cease to exist. That means in particular that the biological parents or parent lose all parental rights such as custody, visiting rights and rights of information and consultation (see below).

29. Following adoption only a subsidiary maintenance obligation remains on the part of the biological parent or parents *vis-à-vis* the child, pursuant to Article 182a of the Civil Code. A relationship also remains intact in inheritance law: pursuant to Article 182b the adopted child still has inheritance rights through his or her biological parents, while the biological parents and their descendants have subsidiary inheritance rights through the adopted child; the inheritance rights of the adoptive parents and their descendants take precedence over these rights.

30. It follows from the provisions of the Civil Code set out above that adoption under Austrian law is either joint adoption by a couple (this form being reserved to married couples), or adoption by one person. Persons adopting alone may be heterosexual and be living in a married couple (in which case the conditions for this type of adoption are tightly restricted), in

an unmarried couple or alone. They may also be homosexual and be living in a registered partnership, in an informal couple or alone.

31. Second-parent adoption, namely the adoption of one partner's biological child by the other partner, is allowed in heterosexual couples (whether married or unmarried) but is not possible in same-sex couples.

32. Currently, a draft law is pending which proposes amendments to the provisions of the Civil Code regulating the relations between parent and child and the right to bear a name, as well as amendments to a number of other laws (*Kindschaftsrechts- und Namensrechtsänderungsgesetz*). It does not include any proposals to change the provisions here in issue, in particular Articles 179 to 182 of the Civil Code. Although these provisions are renumbered under the proposed amendments, their wording remains unchanged.

B. Same-sex couples

33. Same-sex couples are not allowed to marry, in accordance with Article 44 of the Civil Code (on this issue, see *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, ECHR 2010). Article 44 of the Civil Code provides:

“The marriage contract shall form the basis for family relationships. Under the marriage contract two persons of opposite sex declare their lawful intention to live together in indissoluble matrimony, to beget and raise children and to support each other.”

34. On 1 January 2010 the Registered Partnership Act came into force. It gives same-sex couples the opportunity to enter into a registered partnership.

35. Section 2 of the Registered Partnership Act provides as follows:

“A registered partnership may be formed only by two persons of the same sex (registered partners). They thereby commit themselves to a lasting relationship with mutual rights and obligations.”

36. The rules on the establishment of a registered partnership, its effects and its dissolution resemble the rules governing marriage (for more details, see *Schalk and Kopf*, cited above, §§ 16-23). Like married couples, registered partners are expected to live together like spouses in every respect, to share a common home, to treat each other with respect and to provide mutual assistance (section 8(2) and (3)). Registered partners have the same obligations regarding maintenance as spouses (section 12). The Registered Partnership Act also contains a comprehensive range of amendments to existing legislation in order to provide registered partners with the same status as spouses in various other fields of law such as inheritance, employment, social security, tax, the law on administrative procedure, data

protection and public service, passport and registration issues, as well as the law on foreigners.

37. However, some differences between marriage and registered partnership remain, the most important of which concern parental rights. Hence, assisted reproduction is available only to married or unmarried different-sex couples (section 2(1) of the Artificial Procreation Act – *Fortpflanzungsmedizingesetz*).

38. Furthermore, registered partners are not allowed to adopt a child jointly, nor is second-parent adoption permitted.

39. Section 8(4) of the Registered Partnership Act provides as follows:

“Registered partners shall not be allowed to adopt a child jointly, nor shall one registered partner be allowed to adopt the other partner’s child.”

40. A person living in a registered partnership may adopt on his or her own: an amendment to Article 181 § 1, sub-paragraph 2, of the Civil Code introduced at the same time as the Registered Partnership Act states that the registered partner has to consent if his or her partner wishes to adopt a child.

41. The general section of the explanatory report on the draft law (*Erläuterungen zur Regierungsvorlage*, 485 of Annex to the Minutes of the National Council, XXIV GP) noted that the purpose of the Registered Partnership Act was to provide same-sex couples with a formal mechanism for recognising and giving legal effect to their relationships, having particular regard to developments in other European countries. However, it was not intended to include any provisions concerning children or any amendments to the law in force in respect of children. In that connection the explanatory report noted that the joint adoption of a child by registered partners was excluded, as was the adoption of one registered partner’s child by the other partner.

42. The specific comment on section 8(4) of the Registered Partnership Act noted that this provision contained a prohibition on adoption, as repeatedly requested during the consultation procedure. Furthermore, the comments expressed the view that the judgments of the European Court of Human Rights in *E.B. v. France* ([GC], no. 435466/02, 22 January 2008) and *Fretté* (cited above) were not relevant in this context, as they related only to the applicants’ aptitude to raise a child. The legislature was free to regulate this issue. Moreover, second-parent adoption or joint adoption by registered partners was in any case excluded, as Austrian law on adoption as it stood did not allow situations in which a child had, for legal purposes, two fathers or two mothers.

43. The specific comment on the amendment of Article 181 § 1, sub-paragraph 2, of the Civil Code merely noted that, as the result of an oversight,

the draft legislation had not proposed an amendment, an omission that had subsequently been corrected.

C. Children born outside marriage

44. Under Article 166 of the Civil Code, the mother of a child born outside marriage has sole custody (meaning that she exercises parental responsibility, caring for the child and raising him or her, representing the child in legal matters and managing his or her assets).

45. If the parents of a child born outside marriage are living in the same household, they can agree to exercise custody jointly under Article 167 of the Civil Code. Since an amendment to the Civil Code that came into force on 1 July 2001, the parents of a child born outside marriage can also agree to exercise custody jointly if they are not living in the same household. An agreement to exercise joint custody is subject to the approval of the court, which has to assess whether the agreement serves the child's interests.

46. Both parents are obliged to provide maintenance for the child (Article 140 § 1 of the Civil Code). In principle, maintenance is to be provided in kind. The parent not living in the same household as the child has to provide maintenance in the form of maintenance payments.

47. The parent not living in the same household as the child has contact rights pursuant to Article 148 § 1 of the Civil Code. Since 1 July 2001, this is also considered to be a right for the child concerned (before that date it was only regarded as a right for the parent). The parent and the child should agree on the exercise of contact rights. If they are unable to reach agreement the court, at the request of one of the persons concerned and having regard to the needs and wishes of the child, must put in place a contact arrangement which serves the interests of the child.

48. Furthermore, under Article 178 § 1 of the Civil Code the parent who does not have custody has the right to be informed of certain important matters concerning the child, some of which require his or her approval.

III. INTERNATIONAL CONVENTIONS AND COUNCIL OF EUROPE MATERIALS

A. Convention on the Rights of the Child

49. The Convention on the Rights of the Child was adopted by the General Assembly of the United Nations on 20 November 1989 and came into force on 2 September 1990. It has been ratified by all Council of Europe member States. Its relevant provisions read as follows:

Article 3

“1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

2. States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.

3. States Parties shall ensure that the institutions, services and facilities responsible for the care or protection of children shall conform with the standards established by competent authorities, particularly in the areas of safety, health, in the number and suitability of their staff, as well as competent supervision.”

Article 21

“States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration and they shall:

(a) Ensure that the adoption of a child is authorized only by competent authorities who determine, in accordance with applicable law and procedures and on the basis of all pertinent and reliable information, that the adoption is permissible in view of the child’s status concerning parents, relatives and legal guardians and that, if required, the persons concerned have given their informed consent to the adoption on the basis of such counselling as may be necessary;

...”

B. European Convention on the Adoption of Children (revised 2008) (“the 2008 Convention”)

50. The revised European Convention on the Adoption of Children was opened for signature on 27 November 2008 and came into force on 1 September 2011. It has been ratified by seven States, namely Denmark, Finland, the Netherlands, Norway, Romania, Spain and Ukraine. Austria has not ratified or signed the Convention.

51. One of the reasons for the revision, as stated in the preamble to the 2008 Convention, was that some of the provisions of the 1967 European Convention on the Adoption of Children were outdated and contrary to the case-law of the European Court of Human Rights. The relevant provisions of the 2008 Convention read as follows:

Article 4 – Granting of an adoption

“1. The competent authority shall not grant an adoption unless it is satisfied that the adoption will be in the best interests of the child.

2. In each case the competent authority shall pay particular attention to the importance of the adoption providing the child with a stable and harmonious home.”

Article 7 – Conditions for adoption

“1. The law shall permit a child to be adopted:

- a.* by two persons of different sex
 - i. who are married to each other, or
 - ii. where such an institution exists, have entered into a registered partnership together;
- b.* by one person.

2. States are free to extend the scope of this Convention to same-sex couples who are married to each other or who have entered into a registered partnership together. They are also free to extend the scope of this Convention to different-sex couples and same-sex couples who are living together in a stable relationship.”

Article 11 – Effects of an adoption

“1. Upon adoption a child shall become a full member of the family of the adopter(s) and shall have in regard to the adopter(s) and his, her or their family the same rights and obligations as a child of the adopter(s) whose parentage is legally established. The adopter(s) shall have parental responsibility for the child. The adoption shall terminate the legal relationship between the child and his or her father, mother and family of origin.

2. Nevertheless, the spouse or partner, whether registered or not, of the adopter shall retain his or her rights and obligations in respect of the adopted child if the latter is his or her child, unless the law otherwise provides.

...”

52. The explanatory report on the 2008 Convention states the following under the heading “General considerations”:

“14. In a sense, there is only one principle essential to good adoption practice, namely that adoption should be in the best interests of the child as stated in Article 4, paragraph 1, of the Convention. ...”

53. Under the heading “Article 7 – Conditions for adoption”, the explanatory report states in its relevant parts as follows:

“42. This article provides for adoption either by a couple or by one person.

43. While the scope of the 1967 Convention is restricted to heterosexual married couples, the scope of the revised Convention is extended to heterosexual unmarried couples who have entered into a registered partnership in States which recognise that institution. By such a regulation the trend in many States is taken into account.

...

45. Concerning paragraph 2 it was noted that certain State Parties (Sweden in 2002 and the United Kingdom in 2005) denounced the 1967 Convention on the ground that same sex registered partners under their domestic law may apply jointly to become adoptive parents and that this was not in line with the Convention. Similar situations in other States could also lead to the denunciation of the 1967 Convention. However, it was also noted that the right of same sex registered partners to adopt jointly a child was not a solution that a large number of States Parties were willing to accept at the present time.

46. In these circumstances, paragraph 2 shall enable those States which wished to do so, to extend the revised Convention to cover adoptions by same sex couples who are married or registered partners. In this respect, it is not unusual for Council of Europe instruments to introduce innovative provisions, but to leave it to States Parties to decide whether or not to extend their application to them ...

47. States are also free to extend the scope of the Convention to different or same sex couples who are living together in a stable relationship. It is up to States Parties to specify the criteria for assessing the stability of such a relationship.”

C. Recommendation of the Committee of Ministers

54. Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member States on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, adopted on 31 March 2010, covers a wide range of areas where lesbian, gay, bisexual or transgender persons may encounter discrimination. In the chapter concerning the “Right to respect for private and family life”, it provides as follows:

“23. Where national legislation confers rights and obligations on unmarried couples, member states should ensure that it applies in a non-discriminatory way to both same-sex and different-sex couples, including with respect to survivor’s pension benefits and tenancy rights.

24. Where national legislation recognises registered same-sex partnerships, member states should seek to ensure that their legal status and their rights and obligations are equivalent to those of heterosexual couples in a comparable situation.

25. Where national legislation does not recognise nor confer rights or obligations on registered same-sex partnerships and unmarried couples, member states are invited to consider the possibility of providing, without discrimination of any kind, including against different-sex couples, same-sex couples with legal or other means to address the practical problems related to the social reality in which they live.

...

27. Taking into account that the child’s best interests should be the primary consideration in decisions regarding adoption of a child, member states whose national

legislation permits single individuals to adopt children should ensure that the law is applied without discrimination based on sexual orientation or gender identity.”

IV. COMPARATIVE LAW

A. Study by the Council of Europe’s Commissioner for Human Rights

55. A recent study by the Council of Europe’s Commissioner for Human Rights entitled “Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe” (Council of Europe Publishing, June 2011) contains the following information on the issue:

“LGBT [lesbian, gay, bisexual and transgender] persons can adopt a child by one of three procedures. A single lesbian woman or gay man may apply to become an adoptive parent (single-parent adoption). Alternatively, a same-sex couple can adopt their partner’s biological or adopted children without terminating the first parent’s legal rights. These are so called ‘second-parent adoptions’ and give the child two legal guardians. Second-parent adoptions also protect the parents by giving both of them legally recognised parental status. The lack of second-parent adoption deprives the child and the non-biological parent of rights if the biological parent dies or in the case of divorce, separation, or other circumstances that would bar the parent from carrying out parental responsibilities. The child also has no right to inherit from the non-biological parent. Moreover, at an everyday level, the lack of second-parent adoption rules out parental leave, which can be harmful financially for LGBT families. The third procedure is joint adoption of a child by a same sex couple.

Ten member states allow second-parent adoption to same-sex couples (Belgium, Denmark, Finland, Germany, Iceland, the Netherlands, Norway, Spain, Sweden and the United Kingdom). Apart from Finland and Germany these member states also give access to joint adoptions for same-sex couples. In Austria and France there is no access to second-parent adoption but same-sex couples in registered partnerships are allowed some parental authority or responsibilities. No access to joint adoption or second-parent adoption is a reality in 35 member states: Albania, Andorra, Armenia, Azerbaijan, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Cyprus, the Czech Republic, Estonia, Georgia, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Malta, Moldova, Monaco, Montenegro, Poland, Portugal, Romania, the Russian Federation, San Marino, Serbia, Slovakia, Slovenia, Switzerland, ‘the former Yugoslav Republic of Macedonia’, Turkey and Ukraine. ...”

B. Further information on comparative law

56. From the information available to the Court, including a survey of thirty-nine Council of Europe member States, it would appear that in addition to the ten member States mentioned by the Commissioner’s study, (Belgium, Denmark, Finland, Germany, Iceland, the Netherlands, Norway,

Spain, Sweden and the United Kingdom (with the exception of Northern Ireland)), one further member State, namely Slovenia, has accepted second-parent adoption by same-sex couples in the recent case-law of its courts.

57. The majority (twenty-four) of the thirty-nine Council of Europe member States on which information is available to the Court reserve second-parent adoption to married couples.

Ten member States (Belgium, Iceland, the Netherlands, Portugal, Romania, Russia, Slovenia, Spain, Ukraine and the United Kingdom (with the exception of Northern Ireland)) also allow second-parent adoption by unmarried couples. Six States in this group allow second-parent adoption by unmarried heterosexual and unmarried same-sex couples alike, while four (Portugal, Romania, Russia and Ukraine) allow it – like Austria – only for unmarried different-sex couples but not for unmarried same-sex couples.

The remaining States surveyed have adopted different solutions, for instance allowing second-parent adoption for married couples and registered partners (for example, in Germany and Finland), but not for unmarried couples, whether heterosexual or homosexual.

THE LAW

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

58. The applicants complained under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 that they were being discriminated against in the enjoyment of their family life on account of the first and third applicants' sexual orientation. They submitted that there was no reasonable and objective justification for allowing the adoption of one partner's child by the other partner where heterosexual couples, whether married or unmarried, were concerned, while prohibiting the adoption of one partner's child by the other partner in the case of same-sex couples.

Article 8 of the Convention reads as follows:

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

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

Article 14 provides:

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

A. Admissibility

59. The Government asserted that the application should be declared inadmissible as being manifestly ill-founded. They argued that on the facts of the case there was no issue of discrimination. In particular, they submitted that the domestic courts had refused to authorise the second applicant’s adoption on the ground that his father had not consented and that it was not in the child’s interests. Consequently, the legal impossibility for a homosexual to adopt his or her partner’s child, resulting from Article 182 § 2 of the Civil Code, had not come into play. In the Government’s view, the applicants were therefore requesting the Court to review this provision in the abstract.

60. The Government thus appear to argue that the applicants cannot claim to be victims of the alleged violation within the meaning of Article 34 of the Convention as, in the specific circumstances of the case, they were not directly affected by the law complained of. However, the Court notes that the Government have not raised an explicit objection as to admissibility on that ground. The Court considers it appropriate to deal with the issues raised by the Government in the context of the examination of the merits of the case.

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

B. Merits

1. The parties’ submissions

(a) The applicants

62. The applicants argued that they were in a relevantly similar situation to different-sex couples raising children. They referred to numerous scientific studies which confirmed that children developed equally well in same-sex families and in different-sex families.

63. The applicants noted that second-parent adoption was open to married couples. Same-sex couples were not allowed to marry under Austrian law. Even if they became registered partners, second-parent adoption was

explicitly prohibited by section 8(4) of the Registered Partnership Act. However, the applicants stressed that they did not wish to assert a right which was reserved to marriage-based families.

64. They emphasised that the key issue in the present case was the unequal treatment between unmarried different-sex couples and unmarried same-sex couples. Under Austrian law, second-parent adoption was possible for unmarried heterosexual couples, but not for unmarried same-sex couples. The applicants pointed out that this was a crucial difference compared with *Gas and Dubois v. France* (no. 25951/07, ECHR 2012), as under French law second-parent adoption was reserved to married couples. The present case therefore raised an issue similar to that in *Karner v. Austria* (no. 40016/98, ECHR 2003-IX), in that a right which was open to unmarried heterosexual couples was refused to same-sex couples. Furthermore they pointed out that only four Council of Europe member States adopted the same position as Austria, that is to say, allowing second-parent adoption in unmarried opposite-sex couples while prohibiting it in same-sex couples. The vast majority either reserved second-parent adoption to married couples or granted it also to unmarried couples irrespective of their sexual orientation.

65. The applicants asserted that they had indeed been treated differently in the proceedings in issue. Before the domestic courts, they had argued that the refusal by the second applicant's father to consent to the adoption was not justified as he had been acting against the interests of the child. Consequently, the second applicant's interest in the adoption outweighed his father's interest in objecting to it. Thus, they argued that the court should have overridden the father's refusal in accordance with Article 181 § 3 of the Civil Code. In the case of an opposite-sex couple, the District Court would have carried out a detailed examination and would have had to deliver a separate decision on this issue. However, in the applicants' case it had denied them any inquiry of the facts on the ground that the adoption requested by them was in any case not possible under Austrian law. This position had been explicitly confirmed by the Supreme Court.

66. The applicants stressed that the gist of their complaint was that they were automatically excluded from any chance of adoption. The case was therefore similar to *E.B. v. France* ([GC], no. 43546/02, 22 January 2008) in that they were excluded from any meaningful possibility of adopting on account of the first and third applicants' sexual orientation.

67. The applicants noted the Government's argument that Austrian adoption law was aimed at protecting the interests of the child. According to the Court's case-law, it was for the Government to show that the exclusion of same-sex couples from second-parent adoption was necessary to achieve that aim. There was a far-reaching scientific consensus that same-sex couples

were as capable as different-sex couples of ensuring the positive development of children. From among the studies they submitted, the applicants referred at the hearing to a large-scale study entitled “The life of children in same-sex civil partnerships” commissioned by the German Ministry of Justice (Marina Rupp (ed.), *Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften*, Cologne, 2009).

68. In so far as the Government had argued that Austrian law sought to avoid a situation where a child had two fathers or two mothers for legal purposes, the applicants pointed out that they had formed a *de facto* family for many years but were still denied any possibility of legal recognition of their family life. Furthermore, they submitted that under Austrian law an adopted child often had two mothers or two fathers. Under Article 182 § 2 of the Civil Code, the adoption severed the family-law relationship between the adopted child and the biological parent or parents. However, mutual maintenance obligations and inheritance rights, albeit subsidiary to those of the adoptive parents, remained intact.

69. The applicants submitted a further argument based on the 2008 European Convention on the Adoption of Children (“the 2008 Convention”), the Committee of Ministers’ Recommendation of 31 March 2010 and the United Nations Convention on the Rights of the Child. In all these texts the key notion in respect of adoption was the best interests of the child and not the gender or the sexual orientation of the parents. Finally, they contested the Government’s argument that there were sufficient alternative possibilities under Austrian law for giving legal recognition to the relationship between a child and his or her parent’s same-sex partner.

(b) The Government

70. The Government did not contest the applicability of Article 14 taken in conjunction with Article 8. They accepted that the relationship between the three applicants constituted family life. However, they pointed out that the facts of the present case differed from those in *Gas and Dubois* (cited above), as the second applicant had a father with whom he also maintained a family relationship.

71. Furthermore, the Government argued that the applicants’ situation was not comparable to that of a married couple in which one spouse wished to adopt the other spouse’s child, and invited the Court to follow its findings in *Gas and Dubois* (cited above, §§ 66-68).

72. In respect of the comparison with an unmarried different-sex couple, the Government accepted that the applicants were in a comparable situation, conceding that, in personal terms, same-sex couples could in principle be as suitable or unsuitable as different-sex couples for the adoption of children

in general or for second-parent adoption in particular. They were also in a comparable situation in that any adoption required the consent of both biological parents.

73. The Government added that the fact that the adoption of a minor severed parental ties was considered compatible with Article 8 (they referred to *Emonet and Others v. Switzerland*, no. 39051/03, 13 December 2007, and *Eski v. Austria*, no. 21949/03, 25 January 2007), and that States enjoyed a wide margin of appreciation in the area of adoption law. Austrian adoption law gave priority to the biological parents when it came to the care of their child. Since adoption resulted in the loss of parental rights, it was only to be authorised if it was clearly in the child's interests. The consent of the replaced parent, whose relationship with the child was also protected by Article 8, was therefore a prerequisite for adoption. Austrian law struck a reasonable balance between all the interests involved.

74. On the facts of the case, the Government argued that it did not raise a discrimination issue as there had been no difference in treatment between the first and third applicants' case and the case of an unmarried different-sex couple. They asserted that the domestic courts, in particular the Regional Court, had thoroughly assessed the question of the second applicant's interest in the adoption and had come to the conclusion that he had a relationship with his father and that there was thus no need to replace the latter by an adoptive parent. The Government stressed in particular that the consent of both biological parents was an essential precondition for any adoption. As the second applicant's father did not consent in the present case, the courts would have been similarly prevented from agreeing to the adoption if the request had been made by the unmarried different-sex partner of the third applicant. The Government further argued that the applicants had not substantiated their allegations that there were grounds for overriding the father's refusal to consent to the adoption, nor had they requested a formal decision on that point.

75. Furthermore, the Government asserted that the Civil Code was not aimed at excluding same-sex partners. The impossibility for a woman to adopt another woman's child would also apply if an aunt wished to adopt her nephew while his relationship with his mother was still intact. The explicit exclusion of second-parent adoption in same-sex couples had only been introduced by the Registered Partnership Act in 2010. The latter had not been in force when the present case had been determined by the domestic courts and was therefore not relevant in the present context.

76. Should the Court consider that there had been a difference in treatment and enter into the question of justification for the prohibition of second-parent adoption in same-sex couples, the Government argued

that recreating the biological family and securing the child's well-being were legitimate aims. Austrian adoption law did not aim to exclude same-sex couples but sought, as a general rule, to avoid a situation where a child had two mothers or two fathers for legal purposes. The law pursued these aims using appropriate means, as it also had to take the interests of other persons involved into account, and secured the interests of the partner of the child's parent by other means.

77. Lastly, the Government asserted that States had a wide margin of appreciation on the issue of second-parent adoption by same-sex couples. According to the Government's information, only ten Council of Europe member States permitted such adoptions. It followed that there was no European standard and it could not even be said that a trend or a tendency existed.

(c) The third parties

- (i) *Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, the International Commission of Jurists, the European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, the British Association for Adoption and Fostering, the Network of European LGBT Families Associations and the European Commission on Sexual Orientation Law*

78. In their joint comments these six non-governmental organisations stressed that, like *Karner* (cited above), the present case concerned a difference in treatment in that an unmarried different-sex couple was granted a right which was denied to an unmarried same-sex couple. The standards developed in *Karner* should therefore be applied. Furthermore, in *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (no. 33290/96, ECHR 1999-IX) and in *E.B. v. France* (cited above), the Court had implicitly accepted that there were no reasons why a child should not be raised by a lesbian or gay individual living with a same-sex partner. A similar finding had recently been made by the Inter-American Court of Human Rights in the case of *Atala Riffo and Daughters v. Chile* (judgment of 24 February 2012).

79. Furthermore, if one considered the question of European consensus, the third-party interveners noted that the majority of the forty-seven Council of Europe member States restricted second-parent adoption to married different-sex couples. In the present case only those States which extended second-parent adoption to others, for instance to same-sex couples (married, living in a registered partnership or cohabiting) or to unmarried different-sex couples, could serve as a comparison. Within that group fourteen States extended, or were planning to extend, second-parent

adoption to same-sex couples, while only five (including Austria) extended it to unmarried different-sex couples while excluding same-sex couples.

80. Finally, Article 7 of the 2008 Convention recognised the variety of adoption legislation. This did not alter the fact that Articles 14 and 8 of the Convention prohibited member States from extending the right to adopt to one group but not to another on discriminatory grounds.

(ii) *The European Centre for Law and Justice (ECLJ)*

81. The ECLJ argued that Article 8 did not apply, as there had been no interference with the applicants' *de facto* family life. It further noted that there was no right to adopt or to be adopted. In essence the applicants wished to assert a right to legal recognition of their family life. However, the right to found a family under Article 12 was, like the right to marry, reserved to opposite-sex couples.

82. Should the case be examined under Article 8, even assuming interference with the applicants' right to respect for their family life, it was prescribed by law, namely by Article 182 § 2 of the Civil Code, and served a legitimate aim, namely to protect the relationship between the second applicant and his father, who did not consent to the adoption. The domestic courts' refusal of the adoption requested by the applicants also served the legitimate aims of preserving the natural family and providing legal certainty for the child. Biological reality was an objective factor and was therefore to be regarded as reasonable justification.

83. With regard to Article 14 taken in conjunction with Article 8, the ECLJ submitted that the first and third applicants were not in a similar situation to a different-sex couple as they did not have the biological possibility to found a family. There had been no difference in treatment, as Article 182 § 2 of the Civil Code applied to all couples, whether of different sex or of the same sex. The fact that the effects were different for a same-sex couple did not amount to discrimination.

(iii) *The Attorney General for Northern Ireland*

84. The Attorney General for Northern Ireland referred to the 2008 Convention, noting that it could serve to assess the state of European consensus with respect to adoption. He observed in particular that Article 4 established the best interests of the child as the governing principle of any adoption. Article 7 made it clear that there was no consensus in respect of adoption by same-sex couples.

85. The Attorney General explained that litigation was currently pending in Northern Ireland since, under Articles 14 and 15(1) of the Adoption (Northern Ireland) Order 1987 as amended by the Civil Partnership Act,

neither a same-sex couple, whether they were civil partners or not, nor a gay or lesbian person who was in a civil partnership could apply to adopt, while a single person regardless of their sexual orientation who was not in a civil partnership could apply to adopt. It was alleged in these proceedings that the cumulative effect of these provisions violated Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

86. Starting from the observation that the Convention did not guarantee a right to adopt, the Attorney General for Northern Ireland concluded on the basis of the Court's recent case-law (*E.B. v. France* and *Gas and Dubois*, both cited above; *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, ECHR 2010; and *S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, ECHR 2011) that the Court had so far exercised judicial restraint, accepting that the domestic legislature was better placed than the European judge to assess questions concerning the notion of family, marriage and the relations between parents and children.

(iv) *Amnesty International*

87. Amnesty International provided an overview of non-discrimination clauses in international and regional human rights treaties and of the relevant case-law of the Court and the Inter-American Court of Human Rights. They also drew on the interpretation of the relevant clauses by the various United Nations treaty monitoring bodies, in particular the Human Rights Committee and the Committee on the Rights of the Child.

88. They pointed out that differences in treatment based on sexual orientation required particularly convincing and weighty reasons, and referred in particular to a recent judgment by the Inter-American Court (*Atala Riffo and Daughters*, cited above), which had clarified that "sexual orientation is part of a person's intimacy and is not relevant when examining aspects related to an individual's suitability as a parent".

89. Amnesty International further referred to the Convention on the Rights of the Child, noting that Article 3 made the best interests of the child the "primary consideration" in all actions concerning children. In respect of adoption, Article 21 of the Convention on the Rights of the Child established that the best interests of the child were the "paramount consideration". Thus, the Convention on the Rights of the Child placed important limits on the States' margin of appreciation, prohibiting them, for instance, from applying different standards based on the composition of the child's family or the sexual orientation of a parent. Consequently, any adoption system had to allow the courts or other relevant authorities to base a decision on adoption petitions primarily on what was best for the child.

(v) *Alliance Defending Freedom*

90. Alliance Defending Freedom noted that the Convention did not guarantee a right to adopt nor did the Court's case-law recognise such a right under Article 8. By contrast, the Court had found Article 14 taken in conjunction with Article 8 to be applicable in cases of alleged discrimination in the adoption procedure and had examined a small number of such cases (*Fretté v. France*, no. 36515/97, ECHR 2002-I; and *E.B. v. France* and *Gas and Dubois*, both cited above). It was important to note that in *E.B. v. France* one of the decisive considerations for the Court was the fact that French law allowed single persons to adopt, thereby opening up the possibility of adoption by a single homosexual. The present case was different as the finding of a violation would amount to rewriting domestic law, which allowed second-parent adoption for heterosexual couples only. In that context the third-party intervener noted that there was no European consensus on the issue.

91. As a second line of argument, Alliance Defending Freedom asserted that the widely circulated "no differences" thesis – that is to say, the claim made by various studies that children raised by same-sex couples were not disadvantaged in any significant respect compared with children raised by heterosexual parents – had been called into question by recent social research, in particular by studies carried out in the United States of America. Given the inconclusive findings of the scientific research and the wide margin of appreciation States enjoyed in the area of family law, it was justified in the interests of the child to reserve adoption, including second-parent adoption, to heterosexual couples.

2. *The Court's assessment*

(a) **Applicability of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8**

92. The Court has dealt with a number of cases concerning discrimination on the ground of sexual orientation in the sphere of private and family life. Some were examined under Article 8 alone, namely cases concerning the prohibition under criminal law of homosexual relations between adults (see *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45; *Norris v. Ireland*, 26 October 1988, Series A no. 142; and *Modinos v. Cyprus*, 22 April 1993, Series A no. 259) and the discharge of homosexuals from the armed forces (see *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, ECHR 1999-VI). Others were examined under Article 14 taken in conjunction with Article 8. The issues at stake included differing

ages of consent under criminal law for both homosexual and heterosexual relations (see *L. and V. v. Austria*, nos. 39392/98 and 39829/98, ECHR 2003-I), the granting of parental rights (see *Salgueiro da Silva Mouta*, cited above), authorisation to adopt a child (see *Fretté, E.B. v. France* and *Gas and Dubois*, all cited above), the right to succeed to the deceased partner's tenancy (see *Karner*, cited above, and *Kozak v. Poland*, no. 13102/02, 2 March 2010), the right to social security cover (see *P.B. and J.S. v. Austria*, no. 18984/02, 22 July 2010) and the question of same-sex couples' access to marriage or to an alternative form of legal recognition (see *Schalk and Kopf*, cited above).

93. In the present case the applicants formulated their complaint under Article 14 taken in conjunction with Article 8, claiming that all three of them enjoyed family life together. The Government did not dispute the applicability of Article 14 taken in conjunction with Article 8. The Court sees no reason to follow a different approach for the following reasons.

94. As the Court has consistently held, Article 14 complements the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. It has no independent existence, since it has effect solely in relation to "the enjoyment of the rights and freedoms" safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions – and to this extent it is autonomous – there can be no room for its application unless the facts in issue fall within the ambit of one or more of the latter (see, for instance, *Schalk and Kopf*, cited above, § 89; *E.B. v. France*, cited above, § 47; *Karner*, cited above, § 32; and *Petrovic v. Austria*, 27 March 1998, § 22, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II).

95. The Court reiterates that the relationship of a cohabiting same-sex couple living in a stable *de facto* relationship falls within the notion of "family life" just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would (see *Schalk and Kopf*, cited above, § 94). Furthermore, the Court found in its admissibility decision in *Gas and Dubois v. France* ((dec.), no. 25951/07, 31 August 2010) that the relationship between two women who were living together and had entered into a civil partnership, with a child conceived by one of them by means of assisted reproduction but who was being brought up by both of them, constituted "family life" within the meaning of Article 8 of the Convention.

96. The first and third applicants in the present case form a stable same-sex couple. They have been cohabiting for many years and the second applicant shares their home. His mother and her partner care for him jointly. The Court therefore finds that the relationship between all three applicants amounts to "family life" within the meaning of Article 8 of the Convention.

97. The Court concludes that Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 applies to the facts of the present case.

(b) Compliance with Article 14 taken in conjunction with Article 8

(i) The principles established in the Court's case-law

98. It is the Court's established case-law that in order for an issue to arise under Article 14 there must be a difference in treatment of persons in relevantly similar situations. Such a difference in treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. The Contracting States enjoy a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a difference in treatment (see *Schalk and Kopf*, cited above, § 96, and *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, § 60, ECHR 2008).

99. Sexual orientation is a concept covered by Article 14. The Court has repeatedly held that, just like differences based on sex, differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification or, as is sometimes said, particularly convincing and weighty reasons (see, for example, *E.B. v. France*, § 91; *Kozak*, § 92; *Karner*, §§ 37 and 42; *L. and V. v. Austria*, § 45; and *Smith and Grady*, § 90, all cited above). Where a difference in treatment is based on sex or sexual orientation, the State's margin of appreciation is narrow (see *Kozak*, cited above, § 92, and *Karner*, cited above, § 41). Differences based solely on considerations of sexual orientation are unacceptable under the Convention (see *E.B. v. France*, §§ 93 and 96, and *Salgueiro da Silva Mouta*, § 36, both cited above).

100. Before examining the applicants' complaint, the Court points out that three types of situation may be distinguished in the context of adoption by homosexuals. Firstly, a person may wish to adopt on his or her own (individual adoption). Secondly, one partner in a same-sex couple may wish to adopt the other partner's child, with the aim of giving both of them legally recognised parental status (second-parent adoption). Finally, a same-sex couple may wish to adopt a child (joint adoption) (see the study of the Council of Europe's Commissioner for Human Rights, cited at paragraph 55 above; see also *E.B. v. France*, cited above, § 33).

101. So far, the Court has had to deal with two cases relating to individual adoption by homosexuals (*Fretté* and *E.B. v. France*, both cited above) and with one case relating to second-parent adoption in a same-sex couple (*Gas and Dubois*, also cited above).

102. In *Fretté* (cited above), the French authorities had refused the request for authorisation to adopt, finding that owing to his “lifestyle” (meaning his homosexuality) the applicant did not provide the requisite safeguards for adopting a child. The Court, examining the case under Article 14 taken in conjunction with Article 8, noted that French law authorised any unmarried person, man or woman, to apply to adopt, and that the French authorities had refused the applicant’s request for prior authorisation on the ground – albeit implicit – of his sexual orientation. Thus there had been a difference in treatment based on sexual orientation (see *Fretté*, cited above, § 32). The Court found that the domestic authorities’ decisions had pursued a legitimate aim, namely to protect the health and rights of children who could be involved in an adoption procedure. With regard to whether a difference in treatment was justified, the Court noted in particular that there was little common ground between member States of the Council of Europe, where the law appeared to be going through a transitional phase, and that national authorities should enjoy a wide margin of appreciation when ruling on such matters. In respect of the competing interests of the applicant and children eligible for adoption, the Court noted that the scientific community was divided over the possible consequences of children being brought up by one or more homosexual parents, regard being had in particular to the limited number of scientific studies on the subject published at the material time. In conclusion, the Court considered that the refusal to authorise the adoption had not infringed the principle of proportionality and that, accordingly, the difference in treatment complained of was not discriminatory within the meaning of Article 14 of the Convention (*ibid.*, §§ 37-43).

103. In its Grand Chamber judgment in *E.B. v. France* (cited above), the Court, again examining the case under Article 14 taken in conjunction with Article 8, reversed its position. It analysed in detail the reasons given by the French authorities for refusing the applicant, who was living with another woman in a stable same-sex relationship, authorisation to adopt. The Court noted that the domestic authorities had based their decisions on two main grounds, the lack of a “paternal referent” in the applicant’s household or immediate circle of family and friends, and the lack of commitment on the part of her partner. It added that the two grounds formed part of an overall assessment of the applicant’s situation, with the result that the illegitimacy of one ground contaminated the entire decision. While the second ground was not unreasonable, the first ground was implicitly linked to the applicant’s homosexuality and the authorities’ reference to it was excessive in the context of a single person’s request for authorisation to adopt. In sum, the applicant’s

sexual orientation had been consistently at the centre of deliberations in her regard and had been decisive for the decision to refuse her authorisation to adopt (see *E.B. v. France*, cited above, §§ 72-89). The Court went on to say that if the reasons advanced for a difference in treatment were based solely on considerations regarding the applicant's sexual orientation, this would amount to discrimination under the Convention (*ibid.*, § 93). It observed that, under French law, a single person was allowed to adopt and that it was undisputed that this opened up the possibility of adoption by a single homosexual. Having regard to its analysis of the reasons advanced by the French authorities, it concluded that in refusing the applicant authorisation to adopt, they had made a distinction on the basis of her sexual orientation which was not acceptable under the Convention. The Court consequently found a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 (*ibid.*, §§ 94-98).

104. The case of *Gas and Dubois* (cited above) concerned two women forming a same-sex couple who had concluded a civil partnership (*pacte civil de solidarité* – PACS) under French law. One of them was the mother of a child conceived by means of assisted reproduction. Under French law she was the sole parent of the child. The applicants complained under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 that one partner could not adopt the other's child. More specifically, they wished to obtain a simple adoption order (*adoption simple*) under French law in order to create a parent-child relationship between the child and her mother's partner with the possibility of sharing parental responsibility. The domestic courts had refused the adoption request on the ground that it would transfer parental rights from the child's mother to her partner, which was not in the child's interests (see *Gas and Dubois*, cited above, § 62). The Court examined the applicants' situation in comparison with that of a married couple. It noted that, in cases of *adoption simple*, French law allowed only married couples to share parental rights. As Contracting States were not obliged to grant access to marriage to same-sex couples, and having regard to the special status conferred by marriage, the applicants' legal situation was not comparable to that of a married couple (*ibid.*, § 68). As to the situation of unmarried different-sex couples living together – like the applicants – in a civil partnership, the Court noted that second-parent adoption was not open to them either (*ibid.*, § 69). Thus, there had been no difference in treatment based on sexual orientation. In conclusion, the Court found that there had been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

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

- (a) Comparison with a married couple in which one spouse wishes to adopt the other spouse's child

105. The first issue to be addressed is whether the applicants, namely the first and third applicants, who are living together as a same-sex couple, and the third applicant's son, are in a situation which is relevantly similar to that of a married different-sex couple in which one spouse wishes to adopt the other spouse's biological child.

106. The Court has recently answered this question in the negative in *Gas and Dubois*. The Court finds it appropriate to repeat and confirm the relevant considerations here. It reiterates in the first place that Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the Contracting States to grant same-sex couples access to marriage (see *Schalk and Kopf*, cited above, §§ 54-64). Nor can a right to same-sex marriage be derived from Article 14 taken in conjunction with Article 8 (*ibid.*, § 101). Where a State chooses to provide same-sex couples with an alternative means of legal recognition, it enjoys a certain margin of appreciation as regards the exact status conferred (*ibid.*, § 108; see also *Gas and Dubois*, cited above, § 66). Furthermore, the Court has repeatedly held that marriage confers a special status on those who enter into it. The exercise of the right to marry is protected by Article 12 of the Convention and gives rise to social, personal and legal consequences (see, among other authorities, *Gas and Dubois*, cited above, § 68, and *Burden*, cited above, § 63).

107. Austrian law indeed creates a special regime for married couples in respect of adoption. Under Article 179 § 2 of the Civil Code, joint adoption is open to married couples only. In turn, married couples may, as a rule, only adopt jointly. Second-parent adoption of the other spouse's child is provided for in the above-mentioned Article as an exception to that rule.

108. The Government, relying on the Court's *Gas and Dubois* judgment, argued that the applicants were not in a relevantly similar situation to a married couple. For their part, the applicants stressed that they did not wish to assert a right that was reserved to married couples. The Court does not see any reason to deviate from its case-law in this regard.

109. In the light of these considerations, the Court concludes that the first and third applicants are not in a relevantly similar situation to a married couple in respect of second-parent adoption.

110. Consequently, there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 when the applicants'

situation is compared with that of a married couple in which one spouse wishes to adopt the other spouse's child.

(β) Comparison with an unmarried different-sex couple in which one partner wishes to adopt the other partner's child

111. The Court notes that the applicants' submissions concentrated on the comparison with an unmarried different-sex couple. They pointed out that under Austrian law second-parent adoption was open not only to married couples, but also to unmarried heterosexual couples, while it was legally impossible for same-sex couples.

Relevantly similar situation

112. The Court observes that, in contrast to the comparison with a married couple, it has not been argued that a special legal status exists which would distinguish an unmarried heterosexual couple from a same-sex couple. Indeed, the Government did not dispute that the situations were comparable, conceding that, in personal terms, same-sex couples could in principle be as suitable or unsuitable for adoption, including second-parent adoption, as different-sex couples. The Court accepts that the applicants, who wished to create a legal relationship between the first and second applicants, were in a relevantly similar situation to a different-sex couple in which one partner wished to adopt the other partner's child.

Difference in treatment

113. The Court will now turn to the question whether there was a difference in treatment based on the first and third applicants' sexual orientation.

114. Austrian law allows second-parent adoption by an unmarried different-sex couple. In general terms, individuals may adopt under Article 179 of the Civil Code, and nothing in Article 182 § 2 of the Civil Code, which regulates the effects of adoption, prevents one partner in an unmarried heterosexual couple from adopting the other partner's child without severing the ties between that partner and the child. In contrast, second-parent adoption in a same-sex couple is legally impossible. This follows from Article 182 § 2 of the Civil Code, according to which any person who adopts effectively replaces the biological parent of the same sex. In the present case, as the first applicant is a woman, the second applicant's adoption by her could only sever the relationship with his mother, who is her same-sex partner. Adoption can therefore not serve to create a parent-child relationship between the first and second applicants in addition to the relationship with his mother, the third applicant. Although neutral at first

glance, Article 182 § 2 of the Civil Code excludes second-parent adoption in a same-sex couple.

115. For the sake of completeness the Court observes that, since the entry into force of the Registered Partnership Act on 1 January 2010, same-sex couples have had the opportunity to enter into a registered partnership. The first and third applicants have not made use of this opportunity. In any case, this would not open up the possibility of second-parent adoption to them, as section 8(4) of the Act explicitly prohibits the adoption of one registered partner's child by the other partner.

116. There is thus no doubt that the applicable legislation leads to a distinction between unmarried different-sex and same-sex couples in respect of second-parent adoption. Under Austrian law as it stands, second-parent adoption was and still is impossible in the applicants' case. This would be so even if the biological father of the second applicant were dead or unknown or if there were grounds for overriding his refusal to consent to the adoption. It would even be impossible if the second applicant's father were ready to give his consent to the adoption. This was not disputed by the Government.

117. However, the Government argued on the facts of the case that it disclosed no element of discrimination. They submitted that the applicants' adoption request had been refused on grounds unrelated to the first and third applicants' sexual orientation. Firstly, the courts and in particular the Regional Court had refused the adoption on the ground that it was not in the second applicant's interests. Secondly, any adoption required the consent of the child's biological parents. As the second applicant's father did not consent, the courts had been obliged to refuse the adoption request. They would have had to decide in exactly the same way had the first applicant been the male partner of the third applicant. In other words, the difference in law resulting from Article 182 § 2 of the Civil Code did not come into play in the circumstances of the applicants' case. Consequently, the Government asserted that the applicants were asking the Court to carry out a review of the law *in abstracto*.

118. Having regard to the content of the domestic courts' decisions (see paragraphs 15, 18 and 20 above), the Court is not convinced by the Government's argument. First of all, the domestic courts made it clear that an adoption producing the effect desired by the applicants, namely establishing a parent-child relationship between the first and second applicants in addition to the parent-child relationship between the latter and his mother, was in any case impossible under Article 182 § 2 of the Civil Code.

119. The District Court relied on the legal impossibility argument alone. It did not carry out any investigation into the circumstances of the

case. In particular, it did not deal at all with the question whether the second applicant's father consented to the adoption or whether there were any grounds for overriding his refusal to consent, as alleged by the applicants.

120. The Regional Court too relied on the legal impossibility of the adoption requested by the applicants, but also had regard to some other factors. It expressed doubts as to whether the second applicant could be represented by his mother in the adoption proceedings owing to a possible conflict of interests. However, it found that the question need not be resolved as the District Court had rightly refused to grant the adoption without any further investigation. On the basis of the materials before the Court, it does not appear that the Regional Court heard evidence from any of the persons concerned, namely the applicants and the second applicant's father. As to the role of the latter, the Regional Court confined itself to observing – on the basis of the file – that he had regular contact with his son. It did not deal with the question whether, as alleged by the applicants, there were grounds for overriding the father's refusal to consent under Article 181 § 3 of the Civil Code. By contrast, it dwelt at length on the fact that the notion of “parents” in Austrian family law meant two persons of opposite sex. It also had regard to the interest of the child in maintaining contact with two parents of different sex, which in its view militated clearly against authorising the adoption of a child by the same-sex partner of one of its parents. Furthermore, it examined in the light of the Court's *Karner* judgment (cited above) whether adoption law as it stood discriminated against same-sex partners.

121. A further important element to be considered is the fact that the Regional Court declared an appeal on points of law to the Supreme Court to be admissible on the ground that there was no case-law on “the issue now to be determined, ... namely whether the adoption of a child by the same-sex partner of one of its parents is lawful”. In the Court's view, this plainly contradicts the Government's assertion that the legal impossibility of second-parent adoption in a same-sex couple did not play a role in the determination of the present case.

122. The Supreme Court confirmed that the adoption of a child by the female partner of his or her biological mother was legally impossible under Article 182 § 2 of the Civil Code, finding that this provision was compatible with Article 14 taken in conjunction with Article 8 as falling within the State's margin of appreciation. Finally, it also confirmed that in view of the legal impossibility of the adoption requested it was not necessary to examine whether the conditions for overriding the father's refusal to consent, as an exceptional measure under Article 181 § 3 of the Civil Code, were met.

123. In conclusion, the Court dismisses the Government's argument that the applicants were not affected by the difference in law resulting from Article 182 § 2 of the Civil Code. In the Court's view, the legal impossibility of the adoption requested by the applicants was consistently at the centre of the domestic courts' considerations (see, *mutatis mutandis*, *E.B. v. France*, cited above, § 88).

124. Indeed, this fact prevented the domestic courts from examining in any meaningful manner whether the adoption was in the second applicant's interests as required by Article 180a of the Civil Code. Consequently, they did not investigate the circumstances of the case in detail. Moreover, they did not examine whether there were any reasons which might justify overriding the father's refusal to consent, in accordance with Article 181 § 3 of the Civil Code. The Government argued that the applicants had not sufficiently substantiated their allegations that there were such reasons, and pointed out that they had failed to request a formal decision on that issue. It suffices for the Court to note that the domestic courts did not dismiss the applicants' submissions on either of these grounds. As set out above, the District Court and the Regional Court did not deal with that issue at all and the Supreme Court confirmed in unequivocal terms that it had not been necessary to deal with it in view of the legal impossibility of the adoption requested.

125. Had the first and third applicants been an unmarried different-sex couple, the domestic courts would not have been able to refuse the adoption request as a matter of principle. Instead, the courts would have been required to examine whether the adoption served the second applicant's interests within the meaning of Article 180a of the Civil Code. If the child's father had not consented to the adoption, the courts would have had to examine whether there were exceptional circumstances such as to justify overriding his refusal under Article 181 § 3 of the Civil Code (see, as an example, *Eski*, cited above, §§ 39-42, concerning second-parent adoption in a different-sex couple, in which the Austrian courts conducted a detailed examination of that issue, balancing the interests of all the persons concerned – the couple, the child and the biological father of the child – having duly heard evidence from them and having established all the relevant facts).

126. Consequently, the Court finds that the applicants' complaint is in no sense an *actio popularis*. As already stated (see paragraph 123 above), the applicants were directly affected by the law complained of, as Article 182 § 2 of the Civil Code contains an absolute prohibition on second-parent adoption in a same-sex couple, making any examination of the specific circumstances of their case unnecessary and irrelevant and leading to the refusal of their adoption request as a matter of principle. It follows that the Court is not reviewing the law *in abstracto*: the blanket prohibition in

issue, by its very nature, removes the factual circumstances of the case from the scope of both the domestic courts' and this Court's examination (see, *mutatis mutandis*, *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, § 72, ECHR 2005-IX).

127. The Court would add that, at first sight, the difference in treatment may seem to concern mainly the first applicant, who is treated differently from one member of an unmarried different-sex couple who wishes to adopt the other partner's child. However, as all three of the applicants enjoy family life together (see paragraph 96 above) and the adoption request was aimed at obtaining legal recognition of that family life, the Court considers that all three applicants are directly affected by the difference in treatment in issue and may therefore claim to be victims of the alleged violation.

128. Finally, the Government advanced another argument, namely that the legal impossibility of granting the applicants' adoption request was not discriminatory as it was not based on the first and third applicants' sexual orientation. They submitted that Article 182 § 2 of the Civil Code, which made it impossible for a woman to adopt a child while the legal ties with the child's mother were maintained, applied as a general rule. That rule would also prohibit an aunt from adopting her nephew while his relationship with his mother remained intact.

129. The Court is not convinced by this argument. The applicants claimed that they were treated differently from an unmarried heterosexual couple with regard to the possibility of obtaining legal recognition of their family life through second-parent adoption. The Court notes firstly that the relationship between two adult sisters or between an aunt and her nephew does not in principle fall within the notion of "family life" within the meaning of Article 8 of the Convention. Secondly, even if it did, the Court has already held that the relationship between two sisters living together is qualitatively of a different nature to the relationship of a couple, including a same-sex couple (see, *mutatis mutandis*, *Burden*, cited above, § 62). Consequently, Article 182 § 2 of the Civil Code does not affect other persons in the same way as it affects the applicants, whose family life is based on a same-sex couple.

130. Having regard to all the considerations set out above, the Court finds that there was a difference in treatment between the applicants and an unmarried different-sex couple in which one partner sought to adopt the other partner's child. That difference was inseparably linked to the fact that the first and third applicants formed a same-sex couple, and was thus based on their sexual orientation.

131. The present case is therefore to be distinguished from *Gas and Dubois* (cited above, § 69), in which the Court found that there was no

difference in treatment based on sexual orientation between an unmarried different-sex couple and a same-sex couple as, under French law, second-parent adoption was not open to either of them.

Legitimate aim and proportionality

132. Although it follows from the considerations set out above (see, in particular, paragraphs 116 and 126), the Court deems it appropriate to stress the fact that the present case does not concern the question whether or not the applicants' adoption request should have been granted in the circumstances of the case. Consequently, it is not concerned with the role of the second applicant's father or whether there were any reasons to override his refusal to consent. All these issues would be for the domestic courts to decide, were they in a position to examine the merits of the adoption request.

133. The issue before the Court is precisely the fact that they were not in such a position in the applicants' case, as adoption of the second applicant by his mother's same-sex partner was in any case legally impossible in accordance with Article 182 § 2 of the Civil Code. By contrast, the domestic courts would have been required to examine the merits of the adoption request had it concerned second-parent adoption in an unmarried heterosexual couple.

134. Although the present case may be seen against the background of the wider debate on same-sex couples' parental rights, the Court is not called upon to rule on the issue of second-parent adoption by same-sex couples as such, let alone on the question of adoption by same-sex couples in general. What it has to decide is a narrowly defined issue of alleged discrimination between unmarried different-sex couples and same-sex couples in respect of second-parent adoption.

135. The Court reiterates that the prohibition of discrimination enshrined in Article 14 extends beyond the enjoyment of the rights and freedoms which the Convention and the Protocols thereto require a State to guarantee. It applies also to those additional rights, falling within the general scope of any Convention Article, for which the State has voluntarily decided to provide. While Article 8 does not guarantee a right to adopt, the Court has already held, in respect of adoption by a single homosexual, that a State which creates a right going beyond its obligations under Article 8 of the Convention may not apply that right in a manner which is discriminatory within the meaning of Article 14 (see *E.B. v. France*, cited above, § 49).

136. In the context of the present case, the Court notes that there is no obligation under Article 8 of the Convention to extend the right to second-parent adoption to unmarried couples (see *Gas and Dubois*, cited above,

§§ 66-69; see also *Emonet and Others*, cited above, §§ 79-88). Nonetheless, Austrian law allows second-parent adoption in unmarried different-sex couples. The Court therefore has to examine whether refusing that right to (unmarried) same-sex couples serves a legitimate aim and is proportionate to that aim.

137. Both the domestic courts and the Government argued that Austrian adoption law was aimed at recreating the circumstances of a biological family. As the Regional Court observed in its judgment of 21 February 2006, the provisions in issue aimed to protect the “traditional family”. Austrian law was based on the principle that, in accordance with biological reality, a minor child should have two persons of opposite sex as parents. Thus the decision not to provide for a child to be adopted by the same-sex partner of one of the parents, with the result of severing the relationship with the opposite-sex parent, served a legitimate aim. Similarly, the Supreme Court, in its judgment of 27 September 2006, noted that the primary aim of adoption was to provide children who had no parents or whose parents were not able to care for them with responsible caregivers. That aim could only be achieved by recreating the situation of a biological family as far as possible. In short, the domestic courts and the Government relied on the protection of the traditional family, based on the tacit assumption that only a family with parents of different sex could adequately provide for a child’s needs.

138. The Court has accepted that the protection of the family in the traditional sense is, in principle, a weighty and legitimate reason which might justify a difference in treatment (see *Karner*, cited above, § 40, and *Kozak*, cited above, § 98). It goes without saying that the protection of the interests of the child is also a legitimate aim. It remains to be ascertained whether, in the circumstances of the case, the principle of proportionality was adhered to.

139. The Court reiterates the principles developed in its case-law. The aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it (see *Karner*, § 41, and *Kozak*, § 98, both cited above). Also, given that the Convention is a living instrument, to be interpreted in present-day conditions, the State, in its choice of means designed to protect the family and secure respect for family life as required by Article 8, must necessarily take into account developments in society and changes in the perception of social, civil-status and relational issues, including the fact that there is not just one way or one choice when it comes to leading one’s family or private life (see *Kozak*, cited above, § 98).

140. In cases in which the margin of appreciation is narrow, as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require the measure chosen to be suitable in principle for achievement of the aim sought. It must also be shown that it was necessary, in order to achieve that aim, to exclude certain categories of people, in this instance persons living in a homosexual relationship, from the scope of application of the provisions in issue (see *Karner*, § 41, and *Kozak*, § 99, both cited above).

141. Applying the case-law cited above, the Court notes that the burden of proof is on the Government. It is for the Government to show that the protection of the family in the traditional sense and, more specifically, the protection of the child's interests require the exclusion of same-sex couples from second-parent adoption, which is open to unmarried heterosexual couples.

142. The Court would repeat that Article 182 § 2 of the Civil Code contains an absolute, albeit implicit, prohibition on second-parent adoption for same-sex couples. The Government did not adduce any specific argument, any scientific studies or any other item of evidence to show that a family with two parents of the same sex could in no circumstances adequately provide for a child's needs. On the contrary, they conceded that, in personal terms, same-sex couples could be as suitable or unsuitable as different-sex couples when it came to adopting children. Furthermore, the Government stated that the Civil Code was not aimed at excluding same-sex partners from second-parent adoption. Nonetheless, they stressed that the legislature had wished to avoid a situation in which a child had two mothers or two fathers for legal purposes. The explicit exclusion of second-parent adoption in same-sex couples had only been introduced by the Registered Partnership Act in 2010, which had not been in force when the present case was determined by the domestic courts and was therefore not relevant in the present case.

143. The Court has already dealt with the argument that the Civil Code does not aim specifically to exclude same-sex partners (see paragraphs 128 and 129 above). Regarding the Registered Partnership Act, the Court agrees that it is not directly in issue in the present case. It may nevertheless be of relevance in so far as it may shed light on the reasons underlying the prohibition of second-parent adoption in same-sex couples. However, the explanatory report on the draft law (see paragraph 42 above) only states that section 8(4) of the Act was included as a result of repeated requests made during the consultation procedure. In other words, it merely reflects the position of those sectors of society which are opposed to the idea of opening up second-parent adoption to same-sex couples.

144. The Court would add that the Austrian legislation appears to lack coherence. Adoption by one person, including one homosexual, is possible. If he or she has a registered partner, the latter has to consent, in accordance with the amendment to Article 181 § 1, sub-paragraph 2, of the Civil Code, which was introduced together with the Registered Partnership Act (see paragraph 40 above). The legislature therefore accepts that a child may grow up in a family based on a same-sex couple, thus accepting that this is not detrimental to the child. Nevertheless, Austrian law insists that a child should not have two mothers or two fathers (see, *mutatis mutandis*, *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 78, ECHR 2002-VI, where the Court also took into consideration the lack of coherence of the domestic legal system).

145. The Court finds force in the applicants' argument that *de facto* families based on a same-sex couple exist but are refused the possibility of obtaining legal recognition and protection. The Court observes that in contrast to individual adoption or joint adoption, which are usually aimed at creating a relationship with a child previously unrelated to the adopter, second-parent adoption serves to confer rights *vis-à-vis* the child on the partner of one of the child's parents. The Court itself has often stressed the importance of granting legal recognition to *de facto* family life (see *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, no. 76240/01, § 119, 28 June 2007; see also, in the context of second-parent adoption, *Eski*, cited above, § 39, and *Emonet and Others*, cited above, §§ 63-64).

146. All the above considerations – the existence of *de facto* family life between the applicants, the importance of having the possibility of obtaining legal recognition thereof, the lack of evidence adduced by the Government in order to show that it would be detrimental to the child to be brought up by a same-sex couple or to have two mothers and two fathers for legal purposes, and especially their admission that same-sex couples may be as suited for second-parent adoption as different-sex couples – cast considerable doubt on the proportionality of the absolute prohibition on second-parent adoption in same-sex couples arising out of Article 182 § 2 of the Civil Code. Unless any other particularly convincing and weighty reasons militate in favour of such an absolute prohibition, the considerations adduced so far would seem rather to weigh in favour of allowing the courts to carry out an examination of each individual case. This would also appear to be more in keeping with the best interests of the child, which is a key notion in the relevant international instruments (see, in particular, paragraph 49 above, and *E.B. v. France*, cited above, § 95).

147. The Government advanced another argument to justify the difference in treatment complained of. Relying on Article 8 of the

Convention, they asserted that the margin of appreciation was a wide one in the sphere of adoption law, which had to strike a careful balance between the interests of all the persons involved. In the present context it was even wider, as there was no European consensus on the issue of second-parent adoption by same-sex couples.

148. The Court observes that the breadth of the State's margin of appreciation under Article 8 of the Convention depends on a number of factors. Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted. Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider (see, as recent examples, *S.H. and Others v. Austria*, cited above, § 94, and *A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, § 232, ECHR 2010). However, the Court reaffirms that when it comes to issues of discrimination on the grounds of sex or sexual orientation to be examined under Article 14, the State's margin of appreciation is narrow (see paragraph 99 above).

149. Furthermore, and solely in order to respond to the Government's assertion that no European consensus exists, it has to be borne in mind that the issue before the Court is not the general question of same-sex couples' access to second-parent adoption, but the difference in treatment between unmarried different-sex couples and same-sex couples in respect of this type of adoption (see paragraph 134 above). Consequently, only those ten Council of Europe member States which allow second-parent adoption in unmarried couples may be regarded as a basis for comparison. Within that group, six States treat heterosexual couples and same-sex couples in the same manner, while four adopt the same position as Austria (see the comparative-law information at paragraph 57 above). The Court considers that the narrowness of this sample is such that no conclusions can be drawn as to the existence of a possible consensus among Council of Europe member States.

150. In the Court's view, the same holds true for the 2008 Convention on the Adoption of Children. Firstly, it notes that this Convention has not been ratified by Austria. Secondly, given the low number of ratifications so far, it may be open to doubt whether the Convention reflects common ground among European States at present. In any event, the Court notes that Article 7 § 1 of the 2008 Convention on the Adoption of Children provides that States are to permit adoption by two persons of different sex (who are married or, where that institution exists, are registered partners) or by one person. Under Article 7 § 2, States are free to extend the scope of the Convention to same-sex couples who are married or have entered into

a registered partnership, as well as “to different-sex couples and same-sex couples who are living together in a stable relationship”. This indicates that Article 7 § 2 does not mean that States are free to treat heterosexual and same-sex couples who live in a stable relationship differently. The Committee of Ministers’ Recommendation of 31 March 2010 (CM/Rec (2010)5) appears to point in the same direction: paragraph 23 calls on member States to ensure that the rights and obligations conferred on unmarried couples apply in a non-discriminatory way to both same-sex and different-sex couples. In any event, even if the interpretation of Article 7 § 2 of the 2008 Convention were to lead to another result, the Court reiterates that States retain Convention liability in respect of treaty commitments subsequent to the entry into force of the Convention (see *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, no. 61498/08, § 128, ECHR 2010).

151. The Court is aware that striking a balance between the protection of the family in the traditional sense and the Convention rights of sexual minorities is in the nature of things a difficult and delicate exercise, which may require the State to reconcile conflicting views and interests perceived by the parties concerned as being in fundamental opposition (see *Kozak*, cited above, § 99). However, having regard to the considerations set out above, the Court finds that the Government have failed to adduce particularly weighty and convincing reasons to show that excluding second-parent adoption in a same-sex couple, while allowing that possibility in an unmarried different-sex couple, was necessary for the protection of the family in the traditional sense or for the protection of the interests of the child. The distinction is therefore incompatible with the Convention.

152. The Court emphasises once more that the present case does not concern the question whether the applicants’ adoption request should have been granted in the circumstances of the case. It concerns the question whether the applicants were discriminated against on account of the fact that the courts had no opportunity to examine in any meaningful manner whether the requested adoption was in the second applicant’s interests, given that it was in any case legally impossible. In this context, the Court refers to recent judgments in which it found a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 because the father of a child born outside marriage could not obtain an examination by the domestic courts of whether the award of joint custody to both parents or sole custody to him was in the child’s interests (see *Zaunegger v. Germany*, no. 22028/04, §§ 61-63, 3 December 2009, and *Sporer v. Austria*, no. 35637/03, §§ 88-90, 3 February 2011).

153. In conclusion, the Court finds that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 when the

applicants' situation is compared with that of an unmarried different-sex couple in which one partner wishes to adopt the other partner's child.

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

154. 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

155. The applicants claimed 50,000 euros (EUR) each in respect of non-pecuniary damage.

156. The Government asserted that an award of compensation for non-pecuniary damage was not justified in the circumstances. They pointed out in particular that the applicants were not prevented from living together as they wished. In any case, the sum claimed by the applicants was not in line with the awards made in comparable cases.

157. The Court considers that the applicants must have suffered non-pecuniary damage that is not sufficiently compensated for by the mere finding of a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8. Furthermore, the Court considers that the applicants were affected as a family by the violation found. It therefore finds it appropriate to make a joint award in respect of non-pecuniary damage. Making its assessment on an equitable basis and having regard to the sum awarded in a comparable case (see *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, 22 January 2008, § 102), it awards the applicants jointly EUR 10,000 in respect of non-pecuniary damage.

B. Costs and expenses

158. The applicants also claimed a total amount of EUR 49,680.94 under the head of costs and expenses. This amount was composed of EUR 6,156.59 for costs incurred before the domestic courts and EUR 43,524.35 for those incurred before the Court. The sums included value-added tax (VAT).

159. The costs of the domestic proceedings included EUR 2,735.71 in respect of the proceedings before the Constitutional Court and EUR 3,420.88 in respect of the proceedings before the civil courts. The applicants argued that the proceedings before the Constitutional Court had been necessary, as it had only become clear through the Constitutional

Court's decision that they would be able to apply to the civil courts for approval of the adoption agreement without the risk that the application would result in a loss of parental rights for the third applicant.

160. The costs of the Convention proceedings included EUR 889.08 in travel and accommodation costs incurred by the applicants' counsel in attending the hearing before the First Section and EUR 913.22 in travel and accommodation costs incurred in attending the hearing before the Grand Chamber. They further included a total amount of EUR 1,832.30 in respect of compensation for loss of time in connection with counsel's travel to and stay in Strasbourg to attend the two hearings. The remainder of the costs claimed were lawyer fees. The applicants pointed out that the proceedings before the Grand Chamber were not merely a repetition of the Chamber proceedings, in particular as the Court had put a number of further questions to the parties and a number of third-party comments had had to be studied and addressed at the hearing.

161. The Government took the view that the costs for the proceedings before the Constitutional Court had not been necessarily incurred. They argued that in the light of the Constitutional Court's case-law on Article 140 of the Federal Constitution, an individual could lodge a direct complaint with the Constitutional Court only if the alleged violation resulted from a direct application of the law. In the present case, the applicants had had an opportunity to bring their case before the civil courts.

162. In respect of the Convention proceedings, the Government submitted that the costs claimed were excessive as a whole. Furthermore, they asserted that the applicants had been able to rely to a large extent on arguments already submitted in the domestic proceedings, and that in the proceedings before the Grand Chamber they had been able to rely on their submissions before the Chamber.

163. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these were actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum. In respect of the domestic proceedings, the Court considers that the costs claimed for the proceedings before the Constitutional Court were not necessarily incurred. It notes in particular that the Constitutional Court dismissed the applicants' complaint as inadmissible. It therefore only awards the costs claimed in respect of the proceedings before the civil courts, namely EUR 3,420.88. Turning to the costs of the Convention proceedings the Court, regard being had to the documents in its possession and the above criteria, considers it appropriate to award EUR 25,000. In total, the Court awards the applicants EUR 28,420.88 under the head of costs and expenses.

C. Default interest

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

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Declares*, unanimously, the application admissible;
2. *Holds*, unanimously, that there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 when the applicants' situation is compared with that of a married couple in which one spouse wishes to adopt the other spouse's child;
3. *Holds*, by ten votes to seven, that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 when the applicants' situation is compared with that of an unmarried different-sex couple in which one partner wishes to adopt the other partner's child;
4. *Holds*, by eleven votes to six,
 - (a) that the respondent State is to pay, within three months, the following amounts:
 - (i) EUR 10,000 (ten thousand euros), plus any tax that may be chargeable, jointly to the applicants, in respect of non-pecuniary damage;
 - (ii) EUR 28,420.88 (twenty-eight thousand four hundred and twenty euros and eighty-eight cents), plus any tax that may be chargeable to the applicants, in respect of costs and expenses;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
5. *Dismisses*, unanimously, the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 19 February 2013, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Johan Callewaert
Deputy Registrar

Dean Spielmann
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 Spielmann;
- (b) joint partly dissenting opinion of Judges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, De Gaetano and Sicilianos.

D.S.
J.C.

CONCURRING OPINION OF JUDGE SPIELMANN

(Translation)

1. With regard to point 2 of the operative provisions of the judgment, I believe that the situation of the applicants – the first and third applicants, who form a same-sex couple, and the third applicant’s son – was comparable to that of a married different-sex couple in which one partner wished to adopt the other partner’s child.

2. On this point, I would reiterate my concurring opinion annexed to the judgment in *Gas and Dubois v. France* (no. 25951/07, ECHR 2012) of 15 March 2012, in which I was joined by my colleague Isabelle Berro-Lefèvre. Like *Gas and Dubois*, the present case concerns a stable same-sex couple. As regards the issue examined by the Court, the first and third applicants are, in my view, in a situation comparable to that of a married couple. The fact that the Convention does not require Contracting States to make marriage available to same-sex couples and that marriage confers a special status on those who enter into it has no bearing on the issue raised by the present case.

3. The reason why I did not vote in favour of finding a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 is because I believe that it was not necessary to examine this issue. Moreover, the applicants themselves stressed that they did not wish to assert a right that was reserved to married couples. Although their position on this matter was not wholly without ambiguity, they argued mainly that there were no objective and reasonable grounds for the first applicant to be refused the right to adopt her partner’s child given that the same right would have been granted to a partner in an unmarried heterosexual couple. It is true that, in submitting their complaint initially, the first and third applicants likened their situation to that of a married couple. However, in their observations of 31 July 2012, received at the Registry on 1 August 2012, they expressed their position as follows:

“34. The issue before the Court in this case is *NOT* a privilege of marriage. The applicants are *not* claiming a right which is reserved to marriage[-]based (step-parent) families (this being the *crucial difference between Gas and Dubois and this case!*).

35. Austria grants step-parent adoption also to *unmarried* couples.

36. But while unmarried heterosexual couples can meaningfully enjoy this possibility, unmarried homosexual couples and their step-children cannot. This is exactly a *Karner*-like situation (*Karner v. Austria* 2003, *Kozak v. Poland* 2010, *P.B. and J.S. v. Austria* 2010, *J.M. v. UK* 2010).”

4. This is how the subject to be debated before the Court was defined by the applicants themselves. Accordingly, I believe that it was not necessary for the Court to examine the question of the comparison between the applicants' situation and that of a married couple, especially since there was no real discussion as to whether any reasons existed that might have justified the difference in treatment, in the light of a possible legitimate aim and with reference to the principle of proportionality.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION
OF JUDGES CASADEVALL, ZIEMELE, KOVLER,
JOČIENĚ, ŠIKUTA, DE GAETANO AND SICILIANOS

(Translation)

1. With all due respect to the approach followed by the majority, we are unable to subscribe to point 3 of the operative provisions, which finds a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 when the applicants' situation is compared with that of an unmarried different-sex couple in which one partner wishes to adopt the other partner's child, or to the arguments in support of that conclusion. The particular facts of the case combined with the content of the Austrian legislation, on the one hand, and a number of considerations relating to comparative and international law, on the other hand, lead us to the conclusion that there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 in respect of any of the three applicants.

I. The particular features of the case and Austrian law

The circumstances of the case

2. The circumstances of this case differ from those in previous cases concerning adoption issues examined by our Court. Four persons were concerned in the present case: the biological mother, the biological father, the mother's partner and the child to be adopted (the son of the first two persons). The mother's partner wished to adopt the child, with the mother's agreement. Although his mother had parental responsibility, the child had maintained strong emotional ties with his father, whom he saw regularly and who, according to the case file, paid maintenance for his son with equal regularity. The father, as he was entitled to do, had refused to consent to the adoption. It was not disputed that the child was receiving a proper upbringing within the family home provided by his mother and her partner. We have no difficulty in agreeing that the relationship between the three applicants fell within the notion of "family life" in terms of Article 8 of the Convention.

3. Bearing in mind that Article 8 of the Convention does not guarantee either the right to found a family or the right to adopt (see, among other authorities, *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, § 41, 22 January 2008), nor does it guarantee the right to have a child or the right to be adopted, one may well ask what constituted the supposed interference by the national

authorities with the applicants' private or family life. The first applicant, who is the mother's partner, could not assert a right to adopt the latter's child. The second applicant, assuming that he wished to be adopted, could not claim such a right either; moreover, he already had a father and a mother. The rights of the third applicant, the child's mother, were not infringed in any way. On the contrary, the impugned legislation simply preserved her parental rights, which she did not intend to waive. In any event, even supposing that there was interference, it was in accordance with the law and pursued the legitimate aim of protecting the family ties between the second applicant and his father, who was opposed to the plans to adopt. But we will not dwell any further on this point.

The impugned legislation

4. Contrary to the view of the majority (see paragraph 126 of the judgment), we believe that the Court should have examined the issue on the basis of this specific situation rather than conducting an abstract analysis of the legal provision applicable and applied by the domestic courts, namely Article 182 § 2 of the Austrian Civil Code. Hence "in cases arising from individual petitions the Court's task is not to review the relevant legislation in the abstract. Instead, it must confine itself, as far as possible, to examining the issues raised by the case before it" (see *Taxquet v. Belgium* [GC], no. 926/05, § 83 *in fine*, ECHR 2010).

5. Following the same reasoning as the District Court and later the Regional Court, the Austrian Supreme Court dismissed the applicants' appeal on points of law. It cited among the reasons for its decision the fact that Article 182 § 2 of the Austrian Civil Code governed the effects of adoption by one person, and found that the following conclusions should be drawn:

(a) if the child was adopted by just one adoptive parent, the ties of kinship ceased only in respect of the biological father (or the biological mother) and his (her) relatives;

(b) this meant, among other things, that the adoption of a child by a woman could not have the effect of depriving the child of his or her biological father;

(c) Article 182 § 2 of the Civil Code imposed a general prohibition (that is, not just in the case of same-sex partners) on adoption by a man as long as the ties of kinship with the child's biological father still existed, and by a woman where such ties still existed with the biological mother;

(d) under Article 182 § 2, therefore, a person who adopted a child on his or her own did not take the place of either parent at will, but only the place of the parent of the same sex.

6. Article 182 § 2 is a provision of a general nature which is strictly neutral and applicable in all situations without any distinction being made on the basis of the sexual orientation of the persons seeking to adopt. A given legislative provision may produce different effects depending on the situation to which it is applied. “A mere difference in effect does not amount to and does not imply a difference in treatment, where one and the same rule produces these various effects” (see the observations of third-party intervener the European Centre for Law and Justice). The effects arising out of application of the relevant provisions of Austrian law (severing of the legal tie between the adopted child and his or her biological father or mother), which are the legal and logical consequence of adoption, are echoed in the legislation of many other Council of Europe member States (see, among other examples, Articles 360 et seq. of the French Civil Code). Our Court has previously acknowledged “that the logic behind this approach to adoption, which entails the severing of the existing parental tie between the adopted person and his or her biological parent, is valid for minors” and that “in view of the background to and purpose of Article 365 of the [French] Civil Code ..., there is no justification, on the sole basis of a challenge to the application of that provision, for authorising the creation of a dual legal parent-child relationship ...” (see *Gas and Dubois v. France*, no. 25951/07, § 72, ECHR 2012). That assertion is valid, *mutatis mutandis*, in the present case. The fact that different stakeholders are involved has no bearing on the effects produced, which will always remain the same: the child cannot be adopted without the express consent of the father or mother with whom the parental tie remains. Accordingly, whether the person seeking to adopt is a man or a woman, heterosexual or homosexual, the adoption will be impossible as a matter of principle in each case.

The position of the child's father

7. The applicants correctly alleged that the approval of the adoption would have led to the severing of the legal tie between the mother and her son under the relevant statutory provision; at the same time, they sought the legal severing of the tie between the child and his father (in other words, to have his mother's partner take the place of the biological father). In doing so they overlooked the father's legitimate right to respect for his private and family life, also protected by Article 8. Notwithstanding the position of the majority on this point (see paragraphs 120 and 124 of the judgment), we believe that the option of overriding the father's wishes, available to the courts under the Civil Code, constitutes an exceptional measure which should only be imposed in serious and established cases of a flagrant breach

of parental obligations; this does not appear to be the situation here. A father should not have to justify his wish to continue to be a father to his son, still less when, as in the present case, he assumes his parental responsibilities in full.

The child's best interests

8. It remains for us to examine the element which is at the heart of any adoption procedure, namely the child's best interests (the major factor overlooked in this case). Leaving aside a possible conflict of interests between the mother as representative and her son (an issue raised but not ruled upon by the domestic authorities, see paragraph 18 of the judgment), efforts should have been made to ascertain the child's position. He was aged between eleven and twelve at the time of the domestic proceedings, and is now approaching majority. He has a mother and a father: what best interests would have been served had his father been replaced by his mother's partner? The first and third applicants, bound by emotional ties, expressed their interest in the adoption, but there was nothing to demonstrate that it was in the child's "best interests". Adoption means "providing a child with a family, not a family with a child" (see *Fretté v. France*, no. 36515/97, § 42, ECHR 2002-I). But the fact is that the second applicant has always had a family. The judgment is silent on this crucial point.

Second-parent adoption in same-sex couples

9. After pointing out that the present case does not concern the question whether or not the applicants' adoption request should have been granted in the circumstances of the case (see paragraphs 132 and 152 of the judgment), the majority states twice that "the Court is not called upon to rule on the issue of second-parent adoption by same-sex couples as such, let alone on the question of adoption by same-sex couples in general" (see paragraphs 134 and 149 of the judgment). The majority goes on to add – without going into further details – that the aim of protecting the family in the traditional sense is "rather abstract" and that a broad variety of concrete measures may be used to implement it (see paragraph 139 of the judgment). On the subject of section 8(4) of the Registered Partnership Act, the majority observes that this provision "merely reflects the position of those sectors of society which are opposed to the idea of opening up second-parent adoption to same-sex couples" (see paragraph 143), without commenting further on this objective reality, which may be valid for Austria but also, possibly, for other States Parties to the Convention.

10. Lastly, we have difficulty understanding why the majority criticised the Government for failing to adduce any specific argument, scientific studies or other item of evidence to show that a family with two parents of the same sex could not adequately provide for a child's needs (see paragraphs 142 and 146 of the judgment). Why should the Government have adduced such evidence? The question did not arise in the specific circumstances of this case. It was irrelevant. The fact that the second applicant appeared to be receiving a proper upbringing from his mother and her partner was not in dispute.

11. In our view the majority, with all due respect to it, said too much and yet not enough on the subject of second-parent adoption in same-sex couples.

II. Comparative law and international law

Comparative law and the “consensus” issue

12. In paragraph 149 of the judgment, in response to the Government's assertion that there was no European consensus on the issue, the Court observed that “only those ten Council of Europe member States which allow second-parent adoption in unmarried couples may be regarded as a basis for comparison”, that “[w]ithin that group, six States treat heterosexual couples and same-sex couples in the same manner”, while “four adopt the same position as Austria”. The Court then considered that “the narrowness of this sample is such that no conclusions can be drawn as to the existence of a possible consensus among Council of Europe member States”.

13. This approach raises above all a methodological issue, regarding the “sample” of member States to be taken into account. Should this have been confined to States whose legal systems lent themselves to a near-automatic comparison with that of the respondent State, or should legislation relating to the wider context of the case also have been taken into consideration? If the former approach is taken, the majority was right to take account only of the legislation in the ten States Parties which make second-parent adoption available to unmarried couples.

14. But, assuming that this is actually the correct solution, the conclusion which the Court draws from it is, to say the least, curious. Given that six of these ten countries opted for one approach while the remaining four opted for a different one, it seems obvious that the States in question are sharply divided and that there is therefore *no* consensus. In such circumstances it seems very artificial to take refuge behind the “narrowness of this sample” in order to avoid the issue by stating that no conclusions can be drawn “as

to the existence of a possible consensus”. This somewhat strange reasoning is explained by the fact that the method used may in reality not be the right one.

15. In fact, the method in question has the inescapable effect of disregarding a clear trend whereby the great majority of the States Parties currently do not authorise second-parent adoption for unmarried couples in general, still less for unmarried same-sex couples. To say that this is of no relevance for the purposes of the present case is, in our opinion, to take an unduly technical – and hence reductive – view of the situation Europe-wide. While the Court has and must have a sound technical grasp of issues, it must not lose sight of the major trends which are clearly in evidence across our continent, at least in the current circumstances. Furthermore, and moving from methodology to terminology, should we always adhere to the somewhat restrictive notion of “consensus”, which is rarely encountered in real life? Would it not be more appropriate and simpler to speak in terms of a “trend”? These observations lead us into a more detailed examination of the current state of international law in this regard.

International law and the trend towards a laissez-faire approach

16. The lack of any “consensus” and the variety of approaches to the subject of second-parent adoption in unmarried couples are reflected clearly in Article 7 § 2 of the European Convention on the Adoption of Children, which was revised in 2008 and came into force in 2011 (“the 2008 Convention”). According to that provision, “States are free to extend the scope of this Convention to same-sex couples who are married to each other or who have entered into a registered partnership together. They are also free to extend the scope of this Convention to different-sex couples and same-sex couples who are living together in a stable relationship”. In other words, this provision leaves States free to legislate as they see fit.

17. The Convention in question is dealt with in a rather ambivalent manner in the judgment. Some of its provisions – including the one cited above – and the corresponding passages of the explanatory report are reproduced in paragraphs 51 to 53 of the judgment, under the heading “International conventions and Council of Europe materials”. This suggests that this Convention is an instrument to be taken into consideration, in line with what has become the usual practice of the Court. We know that the Court frequently refers to Article 31 § 3 (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties in order to draw on other international instruments which are of relevance for the purpose of interpreting the Convention (see I. Ziemele, “Other Rules of International Law and the European Court of Human Rights: A Question of a Simple Collateral Benefit?” in *The*

European Convention on Human Rights, a living instrument. Essays in Honour of Christos L. Rozakis, D. Spielmann, M. Tsirli, P. Voyatzis (eds.), Brussels, Bruylant, 2011, pp. 741-58).

18. However, in paragraph 150 of the judgment the Court seems suddenly to distance itself from this practice. At first, it seems to want to dismiss the 2008 Convention from the outset because it “has not been ratified by Austria”. This argument seems strange bearing in mind that it is the Court’s usual practice to take inspiration from a number of international instruments, whether or not they have been ratified by the respondent State, on the basis that they reflect the current state of general international law (see, among many other authorities, *Cudak v. Lithuania* [GC], no. 15869/02, § 66, ECHR 2010). In order to justify this change of tack, the Court hastens to state, precisely, that “given the low number of ratifications so far, it may be open to doubt whether the [2008] Convention reflects common ground among European States at present”. This argument, while it may at first glance appear pertinent from an international-law perspective, amounts in reality to a sort of *petitio principii*. In fact, the only provision of the 2008 Convention which might be relevant in the context of the present case is Article 7 § 2 (cited above). However, this provision simply brings into sharper focus, we would repeat, the *lack* of “common ground among European States at present”. In other words, the drafters of the 2008 Convention sought, by means of this provision, to express implicitly but clearly their disagreement on the subject of second-parent adoption outside marriage and to leave themselves completely free when it came to enacting legislation on the subject. Rather than acknowledge this situation – and, hence, the Austrian Government’s argument concerning the lack of consensus – the Court chose instead to cast doubt on the relevance of the 2008 Convention overall.

19. However, immediately after attempting to dismiss the 2008 Convention, the majority invokes it in support of its main argument concerning the violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8. After reiterating the content of Article 7 § 2 of the 2008 Convention, the judgment adds: “This indicates that Article 7 § 2 does not mean that States are free to treat heterosexual and same-sex couples who live in a stable relationship differently” (see paragraph 150 of the judgment). Besides the fact that, in our view, this interpretation does not adhere to the letter of Article 7 § 2, it appears also to run counter to its object and purpose as set out in the explanatory report cited in paragraph 53 of the judgment. Charting the history of Article 7 § 2 and the thinking that led to its adoption, the explanatory report states as follows:

“45. Concerning paragraph 2 [of Article 7] it was noted that certain State Parties (Sweden in 2002 and the United Kingdom in 2005) denounced the 1967 Convention on the ground that same sex registered partners under their domestic law may apply jointly to become adoptive parents and that this was not in line with the Convention. Similar situations in other States could also lead to the denunciation of the 1967 Convention. However, it was also noted that the right of same sex registered partners to adopt jointly a child was not a solution that a large number of States Parties were willing to accept at the present time.

46. In these circumstances, paragraph 2 shall enable those States which wished to do so, to extend the revised Convention to cover adoptions by same sex couples who are married or registered partners. In this respect, it is not unusual for Council of Europe instruments to introduce innovative provisions, but to leave it to States Parties to decide whether or not to extend their application to them (see Article 5, paragraph 2, of the 2003 Convention on Contact concerning Children, ETS No. 192).

47. States are also free to extend the scope of the Convention to different or same sex couples who are living together in a stable relationship. It is up to States Parties to specify the criteria for assessing the stability of such a relationship.”

20. There is no escaping the fact that the passages cited above highlight first and foremost the differences in approach between European countries as regards adoption by same-sex couples, that they also underscore the “innovative” nature of Article 7 § 2 and, lastly, that they stress the fact that, under this Article, States are “also *free* to extend the scope of the Convention to different- *or* same-sex couples living together in a stable relationship” (italics added). The words in italics indicate clearly the complete freedom enjoyed by States when it comes to enacting legislation in this sphere. To infer from Article 7 § 2 that the Contracting States wished to restrict the freedom of manoeuvre of their respective legislatures in any way amounts, in our view, to an erroneous interpretation of that provision.

21. Similar remarks might be made in relation to Recommendation CM/Rec(2010)5, adopted on 31 March 2010 by the Committee of Ministers. Paragraph 23 of the Recommendation states that “[w]here national legislation confers rights and obligations on unmarried couples, member states should ensure that it applies in a non-discriminatory way to both same-sex and different-sex couples”. The same paragraph adds the words “including with respect to survivor’s pension benefits and tenancy rights”. The last part of the sentence – which is omitted from the citation in paragraph 150 of the judgment – is clearly inspired by the Court’s judgment in *Karner v. Austria* (no. 40016/98, in particular §§ 34 et seq., ECHR 2003-IX), and appears to be an attempt to place paragraph 23 of the above-mentioned Recommendation in the sphere of property – and

even inheritance – rather than that of adoption. That view is corroborated by the fact that the Recommendation contains a paragraph (paragraph 27) devoted specifically to adoption. This provision – which is omitted from paragraph 150 of the judgment – reads as follows: “Taking into account that the child’s best interests should be the primary consideration in decisions regarding adoption of a child, member states whose national legislation permits single individuals to adopt children should ensure that the law is applied without discrimination based on sexual orientation or gender identity.” This paragraph echoes the situation examined by the Grand Chamber of the Court in its judgment in *E.B. v. France*, cited above (see, in particular, §§ 70 et seq.). It does not concern second-parent adoption.

22. Paragraph 150 of the judgment contains one final argument, to the effect that: “... even if the interpretation of Article 7 § 2 of the 2008 Convention were to lead to another result, the Court reiterates that States retain Convention liability in respect of treaty commitments subsequent to the entry into force of the Convention (see *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, no. 61498/08, § 128, ECHR 2010)”. This is undoubtedly correct from the standpoint of States’ international responsibility. However, Article 7 § 2 of the 2008 Convention does not give rise to any commitments. On the contrary, it leaves States free to legislate as they see fit. Consequently, the passage cited above does not appear to be relevant in the present case. It should also be pointed out that in its recent judgment in *Nada v. Switzerland* ([GC], no. 10593/08, § 170, ECHR 2012), the Grand Chamber reaffirmed its previous approach, according to which, where “a number of apparently contradictory instruments are simultaneously applicable, international case-law and academic opinion endeavour to construe them in such a way as to coordinate their effects and avoid any opposition between them. Two diverging commitments must therefore be harmonised as far as possible so that they produce effects that are fully in accordance with existing law (see, to this effect, *Al-Saadoon and Mufdhi*, cited above, § 126; *Al-Adsani [v. the United Kingdom]* [GC], no. 35763/97], § 55, [ECHR 2001-XI] and *Banković and Others [v. Belgium and Others]* (dec.) [GC], no. 52207/99,] §§ 55-57, [ECHR 2001-XII]; see also the references cited in the [International Law Commission] study group’s report entitled ‘Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law’ ...).”. This approach based on harmonisation – rather than opposition – between the relevant treaty instruments seems to us all the more preferable in the instant case given that the 2008 Convention on the Adoption of Children is a recent Council of Europe instrument.

The limits of the evolutive interpretation: “present-day conditions” or those of the future?

23. Following on from the arguments outlined above, we would like to conclude with a few brief considerations concerning the so-called evolutive method of interpretation. We know that since its judgment in *Tyrer v. the United Kingdom*, the Court has frequently reiterated that the Convention is a living instrument which must be interpreted “in the light of present-day conditions” (see *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, § 31, Series A no. 26). In other words, the point of the evolutive interpretation, as conceived by the Court, is to accompany and even channel change (see C. Rozakis, “The Particular Role of the Strasbourg Case-Law in the Development of Human Rights in Europe”, in *European Court of Human Rights – 50 Years*, Nomiko Vima, Athens Bar Association, Athens, 2010, pp. 20-30, and especially pp. 25 et seq.); it is not to anticipate change, still less to try to impose it. Without in any way ruling out the possibility that the situation in Europe in the future will evolve in the direction apparently wished for by the majority, this does not seem to be the case, as we have seen, at present. We therefore believe that the majority went beyond the usual limits of the evolutive method of interpretation.

X ET AUTRES c. AUTRICHE
(Requête n° 19010/07)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 19 FÉVRIER 2013¹

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre à la suite du dessaisissement d'une chambre conformément à l'article 30 de la Convention.

SOMMAIRE¹**Impossibilité d'accès à l'adoption coparentale pour les couples homosexuels**

Si l'article 8 n'impose pas aux États membres d'étendre le droit à l'adoption coparentale aux couples non mariés, il n'a pas été établi que l'exclusion par l'effet de la loi des couples homosexuels de cette forme d'adoption ouverte aux couples hétérosexuels non mariés était nécessaire à la préservation de la famille traditionnelle ou à la protection de l'intérêt de l'enfant. Dès lors, il y a eu discrimination au sens de l'article 14 (paragraphe 151 de l'arrêt). Le droit autrichien, qui interdit l'adoption coparentale aux couples homosexuels paraît manquer de cohérence en ce qu'il autorise l'adoption par une seule personne, même homosexuelle (paragraphe 144 de l'arrêt). Plusieurs considérations – l'existence d'une famille de fait, l'importance qu'il y a à en obtenir la reconnaissance juridique, l'absence de preuve établissant qu'il serait préjudiciable pour un enfant d'être élevé par un couple homosexuel ou d'avoir légalement deux mères ou deux pères – donnent à penser que les tribunaux devraient pouvoir examiner au cas par cas si une adoption coparentale sert ou non l'intérêt supérieur de l'enfant (paragraphe 146 de l'arrêt).

Article 14 combiné avec l'article 8

Discrimination – Impossibilité d'accès à l'adoption coparentale pour les couples homosexuels – Vie familiale – Orientation sexuelle – Différence de traitement entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels non mariés dont l'un des membres souhaiterait adopter l'enfant de l'autre – Situation comparable – Justification objective et raisonnable – Préservation de la famille traditionnelle – Protection de l'intérêt de l'enfant – Proportionnalité – Étroitesse de la marge d'appréciation – Absence de preuve établissant qu'il serait préjudiciable pour un enfant d'être élevé par un couple homosexuel – Manque de cohérence du droit interne – Importance de la reconnaissance juridique de la vie familiale de fait

*

* *

En fait

Les première et troisième requérantes entretiennent une relation stable. Le deuxième requérant, né hors mariage, est le fils de la troisième requérante. Il a été reconnu par son père et placé sous l'autorité parentale exclusive de sa mère. Une convention d'adoption fut conclue dans le but de créer un lien juridique entre la première

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

requérante et l'enfant sans rompre la relation entre celui-ci et sa mère. Toutefois, les juridictions nationales refusèrent d'homologuer la convention en question au motif que le droit interne prévoyait que l'adoption monoparentale entraînait la rupture des liens familiaux de l'enfant avec son parent biologique du même sexe que l'adoptant et que, en l'espèce, l'adoption du deuxième requérant par la première requérante aurait eu pour effet de rompre la relation de l'enfant avec sa mère, la troisième requérante, et pas avec son père.

En droit

Article 14 combiné avec l'article 8 :

a) *Applicabilité* – Les relations unissant les trois requérants relèvent de la « vie familiale » au sens de l'article 8. En conséquence, l'article 14 combiné avec l'article 8 trouve à s'appliquer en l'espèce.

b) *Comparaison de la situation des requérants avec celle d'un couple marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre* – La Cour n'aperçoit pas de raisons de s'écarter ici de la solution à laquelle elle est parvenue dans l'arrêt *Gas et Dubois c. France* (n° 25951/07, CEDH 2012) et conclut que la situation des première et troisième requérantes n'est pas comparable à celle d'un couple marié.

Conclusion : non-violation (unanimité).

c) *Comparaison de la situation des requérants avec celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre* – La Cour admet que la situation des requérants est comparable à celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre. Le Gouvernement n'a pas avancé que les couples homosexuels se distinguaient par un statut juridique particulier des couples hétérosexuels non mariés. Il a concédé que les couples homosexuels et les couples hétérosexuels étaient en théorie tout aussi aptes ou inaptes les uns que les autres à l'adoption en général, et à l'adoption coparentale en particulier. Le droit autrichien ouvre l'adoption coparentale aux couples hétérosexuels non mariés. En revanche, il est juridiquement impossible à un couple homosexuel de procéder à une adoption coparentale, car les dispositions pertinentes du code civil prévoient que l'adoptant se substitue au parent biologique du même sexe que lui. La première requérante étant une femme, en cas d'adoption par elle de l'enfant de sa compagne, seuls les liens juridiques entre celui-ci et cette dernière auraient pu être rompus. Les intéressés ne pouvaient donc pas recourir à l'adoption en vue de créer, entre la première requérante et le deuxième requérant, un lien de filiation qui se serait ajouté à celui qui existait entre l'enfant et sa mère.

La Cour n'est pas convaincue par la thèse du Gouvernement voulant que la demande d'adoption litigieuse ait été rejetée pour des motifs étrangers à l'orientation sexuelle des requérantes et que les intéressés demandent en réalité à la Cour de se livrer à un contrôle abstrait de la législation applicable. Elle observe que les juridictions autrichiennes ont clairement dit qu'une adoption susceptible de produire les effets désirés par les intéressés était impossible au regard du code civil. Elles ne se sont

pas arrêtées sur les circonstances particulières de l'affaire et n'ont pas recherché s'il existait des raisons de passer outre au refus du père de l'enfant de consentir à l'adoption envisagée. Au lieu de cela, le tribunal régional a souligné que la notion de « parents » telle que la concevait le droit autrichien de la famille renvoyait à deux personnes de sexe opposé et a mis en exergue l'intérêt de l'enfant à entretenir des relations avec deux parents de sexe opposé.

Le fait que l'adoption souhaitée par les intéressés était juridiquement impossible n'a cessé d'être au centre de l'examen de l'affaire par les juridictions nationales et les a empêchées de rechercher concrètement si cette adoption était dans l'intérêt de l'enfant, alors qu'elles auraient été tenues d'examiner cette question si la demande d'adoption avait été présentée par un couple hétérosexuel non marié. En conséquence, les requérants ont été directement touchés par la situation juridique litigieuse et pouvaient tous se prétendre victimes de la violation alléguée car leur demande d'adoption visait à faire reconnaître leur vie familiale sur le plan juridique. La différence de traitement subie par les première et troisième requérantes par rapport à un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre était fondée sur l'orientation sexuelle des intéressés. Il convient donc de distinguer la présente espèce de l'affaire *Gas et Dubois*, dans laquelle la Cour avait conclu à l'absence de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels au motif qu'en droit français l'interdiction de l'adoption coparentale frappait tant les premiers que les seconds.

L'article 8 n'impose pas aux États membres d'étendre le droit à l'adoption coparentale aux couples non mariés. Toutefois, la législation autrichienne ouvrant cette forme d'adoption aux couples hétérosexuels non mariés, la Cour doit rechercher si le refus d'accorder ce droit aux couples homosexuels (non mariés) poursuivait un but légitime et était proportionné à ce but.

Selon les juridictions internes et le Gouvernement, le droit autrichien de l'adoption vise à recréer la situation que l'on trouve dans une famille biologique. La Cour reconnaît que la préservation de la famille au sens traditionnel du terme constitue en principe un but légitime apte à justifier une différence de traitement, de même que la protection de l'intérêt de l'enfant. Toutefois, dans le cas d'une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, il incombe au gouvernement défendeur de démontrer que la différence en question était nécessaire à la réalisation de ce but. Le Gouvernement autrichien n'a pas fourni de preuve établissant qu'il serait préjudiciable pour un enfant d'être élevé par un couple homosexuel ou d'avoir légalement deux mères ou deux pères. En outre, le droit autrichien autorise l'adoption par une seule personne, même homosexuelle. Si celle-ci vit avec un partenaire enregistré, le consentement de celui-ci est requis. Par conséquent, le législateur admet qu'un enfant peut grandir au sein d'une famille fondée sur un couple homosexuel, reconnaissant ainsi que cette situation n'est pas préjudiciable à l'enfant. En outre, la Cour juge pertinente la thèse des requérants selon laquelle les

familles de fait fondées sur un couple homosexuel sont une réalité que le droit ne reconnaît pas ni ne protège. Ces considérations suscitent de sérieux doutes quant à la proportionnalité de l'interdiction absolue de l'adoption coparentale faite aux couples homosexuels.

Le Gouvernement soutient en outre que, faute de consensus européen sur la question de l'adoption coparentale par des couples homosexuels, les États bénéficient d'une ample marge d'appréciation pour légiférer en la matière. Toutefois, la Cour n'est pas appelée à se prononcer sur la question générale de l'accès des couples homosexuels à l'adoption coparentale, mais sur celle d'une différence de traitement alléguée entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels dans ce domaine. Dans ces conditions, seuls les dix États membres du Conseil de l'Europe ouvrant l'adoption coparentale aux couples non mariés peuvent servir de point de comparaison. Seuls six d'entre eux ne font pas de distinction entre couples hétérosexuels et couples homosexuels à cet égard, les quatre autres ayant la même position que l'Autriche. L'étroitesse de cet échantillon ne permet de tirer aucune conclusion sur un éventuel consensus entre les États européens.

En l'espèce, il ne s'agit pas pour la Cour de se prononcer sur le point de savoir si la demande d'adoption présentée par les requérants aurait dû ou non être accueillie, mais sur la question de savoir si les intéressés ont été victimes d'une discrimination du fait que, l'adoption envisagée se heurtant à un obstacle juridique absolu, les tribunaux internes n'ont pas eu la possibilité de rechercher concrètement si elle servait ou non l'intérêt du deuxième requérant.

Le Gouvernement n'a pas fourni de raisons convaincantes propres à établir que l'exclusion des couples homosexuels du champ de l'adoption coparentale ouverte aux couples hétérosexuels non mariés était nécessaire à la préservation de la famille traditionnelle ou à la protection de l'intérêt de l'enfant. Partant, la différence de traitement litigieuse était discriminatoire.

Conclusion : violation (dix voix contre sept).

Article 41 : 10 000 euros conjointement au titre du dommage moral.

Jurisprudence citée par la Cour

- A, B et C c. Irlande* [GC], n° 25579/05, CEDH 2010
- Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, CEDH 2010
- Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, CEDH 2008
- Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI
- Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45
- E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, 22 janvier 2008
- Emonet et autres c. Suisse*, n° 39051/03, 13 décembre 2007
- Eski c. Autriche*, n° 21949/03, 25 janvier 2007
- Fretté c. France*, n° 36515/97, CEDH 2002-I
- Gas et Dubois c. France*, n° 25951/07, CEDH 2012
- Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)* [GC], n° 74025/01, CEDH 2005-IX

Karner c. Autriche, n° 40016/98, CEDH 2003-IX
Kozak c. Pologne, n° 13102/02, 2 mars 2010
L. et V. c. Autriche, n°s 39392/98 et 39829/98, CEDH 2003-I
Modinos c. Chypre, 22 avril 1993, série A n° 259
Norris c. Irlande, 26 octobre 1988, série A n° 142
P.B. et J.S. c. Autriche, n° 18984/02, 22 juillet 2010
Petrovic c. Autriche, 27 mars 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II
S.H. et autres c. Autriche [GC], n° 57813/00, CEDH 2011
Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, n° 33290/96, CEDH 1999-IX
Schalk et Kopf c. Autriche, n° 30141/04, CEDH 2010
Smith et Grady c. Royaume-Uni, n°s 33985/96 et 33986/96, CEDH 1999-VI
Sporer c. Autriche, n° 35637/03, 3 février 2011
Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg, n° 76240/01, 28 juin 2007
Zaunegger c. Allemagne, n° 22028/04, 3 décembre 2009

En l'affaire X et autres c. Autriche,

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

Dean Spielmann, *président*,

Josep Casadevall,

Guido Raimondi,

Ineta Ziemele,

Nina Vajić,

Lech Garlicki,

Peer Lorenzen,

Anatoly Kovler,

Elisabeth Steiner,

Khanlar Hajiyev,

Egbert Myjer,

Danutė Jočienė,

Ján Šikuta,

Vincent A. De Gaetano,

Linos-Alexandre Sicilianos,

Erik Møse,

André Potocki, *juges*,

et de Johan Callewaert, *greffier adjoint de la Grande Chambre*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 3 octobre 2012 et le 9 janvier 2013,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 19010/07) dirigée contre la République d'Autriche et dont trois ressortissants de cet État (« les requérants ») ont saisi la Cour le 24 avril 2007 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). Le président de la Grande Chambre a accédé à la demande de non-divulgateur de leur identité formulée par les requérants (article 47 § 3 du règlement de la Cour – « le règlement »).

2. Devant la Cour, les requérants ont été représentés par M^e H. Graupner, avocat à Vienne. Le gouvernement autrichien (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. H. Tichy, ambassadeur, chef du département de droit international au ministère fédéral des Affaires européennes et internationales.

3. Dans leur requête, les requérants se disaient victimes d'une discrimination par rapport aux couples hétérosexuels, l'adoption coparentale par un couple homosexuel étant juridiquement impossible en droit autrichien.

4. La requête a été attribuée à la première section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 29 janvier 2009, celle-ci a décidé de la communiquer au Gouvernement. Elle a en outre décidé qu'elle se prononcerait en même temps sur la recevabilité et sur le fond de l'affaire (article 29 § 1 de la Convention). Le 1^{er} décembre 2011, une chambre de la première section a tenu une audience. Le 5 juin 2012, une chambre de ladite section composée de Nina Vajić, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Julia Laffranque, Linos-Alexandre Sicilianos et Erik Møse, juges, ainsi que de Søren Nielsen, greffier de section, s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre (article 30 de la Convention), aucune des parties ne s'y étant opposée dans le délai imparti (article 72 du règlement).

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

6. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites complémentaires sur la recevabilité et le fond de l'affaire.

7. En outre, des observations ont été soumises par le professeur R. Wintemute au nom des six organisations non gouvernementales suivantes, que le président de la Grande Chambre avait autorisées à intervenir dans la procédure écrite: la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, la Commission internationale de juristes, la branche européenne de l'International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, la British Association for Adoption and Fostering, le Network of European LGBT Families Associations et l'European Commission on Sexual Orientation Law. Des observations ont aussi été reçues du Centre européen pour le droit et la justice, du procureur général de l'Irlande du Nord, d'Amnesty International et d'Alliance Defending Freedom, également autorisés à intervenir dans la procédure écrite.

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

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M ^{me} B. Ohms, chancellerie fédérale,	<i>agent adjoint,</i>
M. M. Stormann, ministère fédéral de la Justice,	
M ^{me} A. Jankovic, ministère fédéral des Affaires européennes et internationales,	<i>conseillers;</i>

– pour les requérants

M^c H. Graupner,

conseil.

La Cour a entendu M^{me} Ohms et M^c Graupner en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses aux questions posées par les juges.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Les première et troisième requérantes sont nées en 1967. Le deuxième requérant est né en 1995.

10. Les première et troisième requérantes entretiennent une relation stable. Le deuxième requérant, né hors mariage, est le fils de la troisième requérante. Il a été reconnu par son père et placé sous l'autorité parentale exclusive de sa mère. Les trois requérants vivent au sein du même foyer depuis le cinquième anniversaire du deuxième requérant, dont les première et troisième requérantes s'occupent ensemble.

11. Le 17 février 2005, la première requérante et le deuxième requérant, représenté par sa mère, conclurent une convention prévoyant l'adoption du second par la première. Cette convention visait à créer, entre la première requérante et le deuxième requérant, un lien juridique reflétant les rapports qui les unissaient sans pour autant rompre la relation entre l'enfant et sa mère, la troisième requérante.

12. Conscients que le libellé de l'article 182 § 2 du code civil (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) pouvait être interprété comme excluant l'adoption par un membre d'un couple homosexuel de l'enfant de son partenaire sans que le lien de l'enfant avec ce dernier – parent biologique du même sexe que l'adoptant – ne s'en trouve rompu, les intéressés prièrent la Cour constitutionnelle de déclarer cette disposition inconstitutionnelle au motif qu'elle leur faisait subir une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle des première et troisième requérantes. Ils faisaient valoir que dans le cas des couples hétérosexuels l'article 182 § 2 du code civil permettait l'adoption coparentale, c'est-à-dire l'adoption par l'un des membres du couple de l'enfant de son partenaire sans que cela n'eût d'incidence sur le lien juridique existant entre ce dernier et l'enfant.

13. Le 14 juin 2005, la Cour constitutionnelle déclara leur requête irrecevable en application de l'article 140 de la Constitution fédérale. Elle releva que, pour statuer sur l'homologation de la convention d'adoption, le tribunal de district compétent devrait examiner la question de savoir si l'article 182 § 2 du code civil ouvrait ou non l'adoption coparentale aux

couples homosexuels. Elle ajouta que si les requérants se voyaient refuser l'homologation par ce tribunal il leur serait loisible de soulever leurs moyens d'inconstitutionnalité de la disposition litigieuse devant les juridictions d'appel, lesquelles pourraient porter la question devant elle au cas où elles partageraient les vues des intéressés.

14. Le 26 septembre 2005, les requérants invitèrent le tribunal de district compétent à homologuer la convention d'adoption, aux termes de laquelle le deuxième requérant devait avoir pour parents les première et troisième requérantes. Dans leur requête, ils exposaient que la première requérante et l'enfant avaient noué des liens affectifs étroits, que celui-ci s'épanouissait dans un foyer où il vivait avec deux adultes soucieux de son bien-être, que leur requête visait à faire reconnaître juridiquement leur cellule familiale de fait et qu'elle aurait pour effet de substituer la première requérante au père de l'enfant. Ils précisaient que le père s'était opposé à cette adoption sans motiver son refus. Ils alléguaient qu'il manifestait une hostilité extrême envers leur famille et qu'il y avait donc lieu pour le tribunal de passer outre à ce refus, comme le permettait l'article 181 § 3 du code civil, l'adoption envisagée étant à leurs yeux conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. À leur requête se trouvait joint un rapport du service de protection de la jeunesse qui confirmait que les première et troisième requérantes se partageaient les tâches quotidiennes liées à la garde de l'enfant ainsi que la responsabilité de son éducation et concluait que l'attribution de l'autorité parentale conjointe était souhaitable, tout en exprimant des doutes sur la légalité de cette solution.

15. Le 10 octobre 2005, le tribunal de district refusa d'homologuer la convention d'adoption, estimant que l'article 182 § 2 du code civil ne prévoyait aucune forme d'adoption propre à produire les effets souhaités par les requérants. Sa décision était ainsi motivée :

« M^{me} [...], la troisième requérante, est titulaire de l'autorité parentale exclusive sur son fils mineur, [...], né hors mariage. [Elle] vit à [...] avec sa compagne [...] (la première requérante) et (...) (le deuxième requérant).

La mère de l'enfant et sa partenaire ont été définitivement déboutées d'une requête introduite conjointement par elles le 12 octobre 2001, par laquelle elles demandaient le transfert partiel de l'autorité parentale sur [l'enfant] au profit de la compagne de la mère de celui-ci de sorte qu'elles pussent exercer conjointement l'autorité parentale.

Aux termes de la convention d'adoption du 17 février 2005, dont les intéressés sollicitent à présent l'homologation, la première requérante marque sa volonté d'adopter l'enfant en qualité de compagne de la mère [de celui-ci].

La convention d'adoption que les requérants souhaitent voir homologuer aurait pour effet de rompre les liens juridiques familiaux existant entre l'enfant et son père ainsi qu'entre l'enfant et la famille de son père tout en préservant la relation entre

l'enfant et sa mère. Les requérants demandent par ailleurs à la justice de passer outre au refus du père de l'enfant de consentir à cette adoption.

La requête des intéressés, qui vise en fait à permettre au couple homosexuel que forment la mère biologique et la mère adoptante d'exercer conjointement l'autorité parentale sur l'enfant, est juridiquement mal fondée.

L'article 179 du code civil énonce que l'adoption peut être le fait d'une seule personne ou d'un couple marié. L'adoption d'un enfant par une personne mariée agissant seule est subordonnée à des conditions strictes. Il résulte de la seconde phrase de l'article 182 § 2 du code civil que si l'enfant n'est adopté **que** par un homme (ou une femme) les liens juridiques familiaux – autres que le lien de filiation lui-même – ne sont rompus qu'à l'égard du père biologique (ou de la mère biologique) et de la famille de ce dernier (ou de cette dernière). Dans le cas où les liens entre l'enfant et son autre parent subsistent après l'adoption, le juge les déclare rompus à l'égard du parent concerné, sous réserve que celui-ci y consente.

L'article 182 du code civil a été modifié pour la dernière fois en 1960 (Journal officiel n° 58/1960). Eu égard au libellé non équivoque de cette disposition et à la volonté manifeste du législateur de l'époque, il y a lieu de présumer que l'adoption par une seule personne rompt le lien juridique entre l'adopté et son parent biologique du **même** sexe que son parent adoptif, et qu'elle n'altère pas le lien avec le parent du sexe **opposé** (voir aussi Schlemmer in *Schwimmann*, ABGB [...] I § 182, point 3). Ce n'est que dans ce cas de figure que la loi permet au juge de rompre ce lien, sur lequel l'adoption n'a en elle-même pas d'effet.

Il s'ensuit que la convention dont les requérants sollicitent l'homologation, qui conduirait à l'adoption [de l'enfant] par une femme et à la rupture de ses liens avec son père biologique mais non avec sa mère biologique, est illicite. L'interprétation conforme à la Constitution que doit évidemment recevoir la disposition législative en cause ne change rien à cette conclusion.

Il est exact que selon la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme les questions relatives à l'orientation sexuelle bénéficient de la protection que l'article 8 de la [Convention] accorde au droit à la vie privée et familiale. Il est vrai également que d'après la jurisprudence de la Cour les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle sont rigoureusement incompatibles avec les articles 8 et 14 de la Convention. Toutefois, il convient de relever que la Cour accorde invariablement aux États membres du Conseil de l'Europe en la matière une marge d'appréciation dont l'ampleur est inversement proportionnelle à celle de la communauté de vues qu'il peut y avoir entre leurs ordres juridiques respectifs. Au paragraphe 41 de l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Fretté c. France* (n° 36515/97, CEDH 2002-I), la Cour européenne a expressément indiqué que le droit des homosexuels à l'adoption paraissait traverser une phase de transition et connaissait des évolutions sociales justifiant l'octroi d'une large marge d'appréciation aux États membres, tout en précisant que cette marge d'appréciation ne pouvait être interprétée comme une carte blanche donnée aux États pour prendre des décisions arbitraires.

Il appartient donc aux seuls États de décider de l'opportunité d'offrir à deux personnes du même sexe la possibilité de créer un lien juridique avec un enfant sur un pied d'égalité, dans les limites fixées par l'article 8 § 2 de la Convention. Le tribunal estime que, même interprété conformément à la Constitution comme il doit l'être, le droit autrichien actuellement en vigueur exclut cette possibilité. La mesure voulue par les requérants nécessiterait une modification législative. Elle ne peut être validée par une simple décision de justice qui donnerait de l'article 182 du code civil une interprétation contraire à son libellé non équivoque.

Au vu de ce qui précède, le tribunal rejette la requête en homologation de la convention d'adoption présentée par les requérants.»

16. Les requérants interjetèrent appel de cette décision. Invoquant les articles 8 et 14 de la Convention, ils soutenaient dans leur recours que l'article 182 § 2 du code civil était discriminatoire dès lors qu'il opérait une distinction injustifiée entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels. Ils faisaient observer que l'adoption coparentale était ouverte aux couples hétérosexuels, mariés ou non, mais non aux couples homosexuels. Ils précisèrent que leur affaire, qui concernait une différence de traitement entre couples hétérosexuels et couples homosexuels, se distinguait de l'affaire *Fretté*, précitée, où était en cause une adoption par un célibataire homosexuel.

17. Ils estimaient que l'instauration d'une différence de traitement entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels était particulièrement problématique au regard de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Karner c. Autriche* (n° 40016/98, CEDH 2003-IX). Ils affirmaient que les États européens ouvrant l'adoption coparentale aux couples homosexuels étaient rares, que la majorité d'entre eux réservaient cette forme d'adoption aux couples mariés et qu'il existait en Europe un consensus pour considérer qu'il ne fallait pas traiter différemment les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels. Ils soutenaient que la différence de traitement incriminée ne poursuivait aucun but légitime, ajoutant notamment qu'elle n'était pas nécessaire à la protection de l'intérêt de l'enfant. Ils avançaient que certains travaux scientifiques montraient que les enfants s'épanouissaient aussi bien dans les familles composées de parents homosexuels que dans les familles composées de parents hétérosexuels, et que l'important n'était pas l'orientation sexuelle des parents, mais la capacité de ceux-ci à former une famille stable et attentionnée. Ils invitaient la juridiction d'appel à infirmer la décision du tribunal de district et à faire droit à leur requête du 26 septembre 2005 ou, à titre subsidiaire, à renvoyer l'affaire devant le tribunal de district pour qu'il statue à nouveau.

18. Le 21 février 2006, le tribunal régional débouta les requérants de leur appel sans avoir tenu d'audience. Dans son arrêt, il évoquait des procédures

connexes portant, d'une part, sur le droit de visite et l'obligation d'entretien du père du deuxième requérant et, d'autre part, sur les démarches infructueuses entreprises par les première et troisième requérantes pour se voir attribuer l'autorité parentale conjointe sur le deuxième requérant. Il exprimait des doutes sur la capacité de la troisième requérante à représenter son fils dans la procédure, estimant que cette situation pouvait donner lieu à un conflit d'intérêts. Il poursuivait ainsi :

« Toutefois, il est en réalité inutile de s'arrêter sur cette question car le tribunal estime, pour les motifs exposés ci-après, qu'il convient en tout état de cause de refuser l'homologation de la convention d'adoption litigieuse, comme l'a d'ailleurs fait le premier juge, sans qu'il soit besoin d'en délibérer plus avant. Dans ces conditions, la question de savoir si l'enfant est valablement représenté dans la procédure ne se pose pas.

Dans leurs décisions sur la demande de transfert partiel de l'autorité parentale [sur l'enfant] au profit de [la compagne de la mère de celui-ci], les juridictions compétentes ont indiqué que, si le droit autrichien de la famille ne définit pas la notion de « parents », il ressort très clairement de l'ensemble de ses dispositions que, pour le législateur, un couple parental se compose par principe de deux personnes de sexe opposé, raison pour laquelle la loi attribue à titre principal l'autorité parentale sur l'enfant à ses deux parents biologiques – ou à sa mère biologique en cas de naissance hors mariage – et ne prévoit que l'enfant puisse être placé sous l'autorité d'autres personnes que dans les cas où il est impossible d'appliquer cette règle. Les juridictions concernées en ont conclu que, en présence des parents biologiques (père et mère), il n'y avait pas lieu de placer l'enfant sous l'autorité de tiers, même si, d'un point de vue purement factuel, ceux-ci pouvaient avoir des liens étroits avec l'enfant (à comparer avec OGH, 7 Ob 144/02 f). Elles ont considéré que cette position juridique n'emportait aucune discrimination à l'égard des couples homosexuels, les règles régissant le droit de la famille étant fondées, conformément à la réalité biologique, sur le socle du couple composé de parents de sexe opposé.

Le tribunal estime que les considérations exposées ci-dessus trouvent également à s'appliquer à la question en débat, à savoir celle de l'opportunité d'homologuer l'adoption d'un enfant mineur par le partenaire homosexuel de l'un de ses parents. Dans ce cas aussi, vu la présence de ses deux parents de sexe opposé, il serait inutile d'adjoindre à l'enfant un « parent légal » supplémentaire. Il ne s'agit nullement d'opérer une discrimination à l'égard du partenaire homosexuel de la mère de l'enfant, mais simplement de constater que, en présence des deux parents de sexe opposé, il n'y a tout simplement pas lieu de prévoir une disposition qui autoriserait le partenaire homosexuel de l'un d'entre eux à se substituer à l'autre.

L'adoption d'un mineur vise essentiellement à créer un lien analogue à celui qui existe entre les enfants et leurs parents biologiques. Il ressort du dossier de l'affaire que le père biologique de l'enfant a des contacts réguliers avec celui-ci. L'enfant entretient donc des liens solides avec ses deux parents de sexe opposé. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de substituer à l'un ou l'autre des parents biologiques le partenaire homosexuel de l'un d'entre eux en autorisant l'adoption de l'enfant.

La jurisprudence sur le droit de visite et d'hébergement des parents reconnaît également, de manière générale et certaine, que des études psychologiques et sociologiques démontrent qu'il est particulièrement important pour l'épanouissement de l'enfant que celui-ci maintienne des relations personnelles avec le parent avec lequel il ne vit pas (voir, notamment, EFSlg 100.205). C'est la raison pour laquelle la législation va jusqu'à conférer à l'enfant le droit d'avoir des contacts personnels avec le parent avec lequel il ne cohabite pas (voir, notamment, OGH, 3 Ob 254/03 z). De la même manière, il ne fait aucun doute que, pour le bon développement d'un enfant mineur, il est hautement souhaitable que celui-ci puisse entretenir des contacts personnels avec ses deux parents de sexe opposé, c'est-à-dire avec une femme (sa mère) et un homme (son père) responsables de son éducation, et qu'aucun effort ne doit être épargné à cette fin (comparer, notamment, avec EFSlg 89.668). Dans ces conditions, le maintien de relations personnelles, au moins minimales, entre l'enfant et ses deux parents est fortement recommandé et généralement exigé dans l'intérêt de l'épanouissement de l'enfant (comparer avec OGH, 7 Ob 234/99 h). Ces mêmes considérations s'opposent clairement à l'adoption d'un enfant par le partenaire homosexuel de l'un de ses parents lorsque cette mesure aurait pour effet de rompre les liens familiaux de l'enfant avec son autre parent.

Comme indiqué ci-dessus, cette position juridique ne saurait passer pour une discrimination à l'encontre des couples homosexuels. À cet égard, la motivation de la décision attaquée renvoie – à juste titre – à la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme qui reconnaît que l'orientation sexuelle relève de la protection de la vie privée et familiale (article 8 de la Convention) et qui en conséquence qualifie les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle de rigoureusement incompatibles avec les articles 8 et 14 de la Convention. Toutefois, la décision entreprise souligne tout aussi justement que, lorsqu'il légifère sur des questions qui ne font pas l'objet d'un consensus clair dans les ordres juridiques des États membres, le législateur national doit se voir accorder une marge d'appréciation élargie. Tout en relevant que la marge d'appréciation ne devait pas être interprétée comme une carte blanche donnée aux États pour prendre des décisions arbitraires, le premier juge a estimé qu'elle devait recevoir une interprétation très large s'agissant du droit des homosexuels à l'adoption, compte tenu des évolutions dont cette question faisait l'objet dans la société. À cet égard, l'ordre juridique autrichien ne contient aucune disposition prévoyant l'adoption d'un enfant par le partenaire homosexuel de l'un de ses parents.

Les appelants n'ont avancé aucun argument convaincant à l'appui de leur thèse selon laquelle les dispositions en vigueur opèrent une discrimination contre les couples homosexuels. Même dans le cas d'un couple hétérosexuel, le seul lien juridique pouvant être rompu en cas d'adoption d'un enfant de l'un des membres du couple est celui qui existe entre l'enfant et le parent du même sexe que le parent adoptif. En pareille hypothèse, l'enfant demeure sous la responsabilité de deux parents de sexe opposé. Cette circonstance, importante pour le développement de l'enfant, ne se retrouve pas en cas d'adoption de celui-ci par le partenaire homosexuel de l'un de ses parents. Dans ces conditions, il n'est pas établi que pareille situation soit constitutive d'une différence de traitement *injustifiée*. En outre, la Cour européenne

des droits de l'homme a rappelé, dans l'arrêt cité par les appelants (*Karner*, précité), qu'une différence de traitement opérée à l'égard de personnes vivant une relation homosexuelle n'est discriminatoire que si elle ne repose pas sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, que seules des considérations très fortes peuvent l'amener à estimer une différence de traitement compatible avec la Convention et que les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves. Cela étant, la Cour a aussi expressément reconnu dans l'arrêt *Karner* que la protection de la « famille traditionnelle » constitue en principe une raison importante et légitime susceptible de justifier une différence de traitement par le législateur national, tout en jugeant que le but consistant à protéger la famille au sens traditionnel du terme est assez abstrait et qu'une grande variété de mesures concrètes peuvent être utilisées pour le réaliser. Après avoir indiqué que l'exclusion des personnes vivant une relation homosexuelle du champ d'application de certaines dispositions légales ne pouvait se justifier que par des motifs impérieux, la Cour a considéré qu'aucun motif de cette nature n'avait été invoqué dans l'affaire en question, où était en cause le droit du partenaire survivant d'un couple homosexuel à la transmission du bail contracté par le défunt.

Cela étant, la thèse des appelants ne trouve aucun appui dans l'arrêt en question. La Cour reconnaissant aux États le droit d'introduire dans leur ordre juridique des mesures de protection de la « famille traditionnelle », il convient de respecter la position de l'ordre juridique autrichien selon laquelle, conformément à la réalité biologique, un enfant mineur doit par principe avoir pour parents deux personnes de sexe opposé. En conséquence, le tribunal estime qu'en ne prévoyant pas l'adoption d'un enfant par le partenaire homosexuel de l'un de ses parents, opération qui romprait le lien de l'enfant avec le parent du sexe opposé, le législateur poursuivait sans conteste un « but légitime ». De la même manière, on ne saurait dire qu'il n'existe pas un « rapport raisonnable de proportionnalité » entre ce but et les moyens employés pour l'atteindre. Contrairement aux allégations des appelants, cette position juridique n'est pas fondée sur les « préjugés de la majorité hétérosexuelle à l'égard de la minorité homosexuelle », mais elle vise simplement à garantir que les enfants mineurs grandissent en ayant des contacts réguliers tant avec leur *parent* de sexe féminin qu'avec leur *parent* de sexe masculin. Cet objectif est tout aussi respectable que la décision de la mère de l'enfant de vivre une relation homosexuelle. Dans ces conditions, rien ne justifie apparemment de priver l'enfant de ses liens familiaux avec son parent de l'autre sexe. Or c'est précisément ce que la mère de l'enfant et sa compagne ont cherché à obtenir en l'espèce et ce qu'elles continuent à revendiquer en cause d'appel.

En conséquence, au vu de l'ensemble de ces considérations, le présent appel doit être rejeté.

La recevabilité d'un pourvoi en cassation est régie par les articles 59 §§ 1 et 2 et 62 § 1 de la loi sur la procédure gracieuse. S'il est exact que la Cour suprême a déjà statué dans la présente affaire, sa décision concernait la légalité du transfert (partiel) de l'autorité parentale sur l'enfant au profit de la compagne de la mère de celui-ci. En revanche, à la connaissance du tribunal, la Cour suprême ne s'est jamais spécifiquement

et expressément prononcée sur la question ici en débat, à savoir celle de la licéité de l'adoption d'un enfant par le partenaire homosexuel de l'un de ses parents. C'est la raison pour laquelle le présent arrêt revêt une importance considérable du point de vue de l'unité du droit, de la sécurité juridique et de l'évolution du droit.»

19. Les requérants se pourvurent en cassation devant la Cour suprême, alléguant que l'application faite par les tribunaux de l'article 182 § 2 du code civil aboutissait à une différence de traitement entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant biologique de son partenaire. Dans leur pourvoi, ils exposaient qu'alors qu'il était loisible aux couples hétérosexuels – même non mariés – de créer un lien de filiation supplémentaire entre l'enfant et le partenaire de l'un de ses parents cette faculté était refusée aux couples homosexuels parce qu'elle conduisait à substituer l'un des partenaires homosexuels à l'un des parents biologiques de l'enfant, et que cela avait pour effet d'exclure dans leur cas toute possibilité réelle de procéder à une adoption coparentale. Ils soutenaient que le tribunal régional avait cherché à justifier cette différence de traitement en évoquant les buts de protéger la famille – au sens traditionnel du terme – et de permettre à l'enfant de grandir sous la responsabilité d'un homme et d'une femme, mais qu'il n'avait pas établi que le refus d'ouvrir l'adoption coparentale aux familles homosexuelles était nécessaire à la réalisation de ces buts. Ils plaidaient que de récentes études démontraient que les couples homosexuels étaient tout aussi capables d'élever des enfants que les couples hétérosexuels, et que la question qui se posait en l'espèce n'était pas celle de savoir si l'enfant devait ou non être élevé dans une famille homosexuelle, puisque celui-ci faisait déjà partie *de facto* d'une telle famille, mais celle de savoir si le refus de reconnaître juridiquement le lien qui l'unissait à la première requérante était justifié. Ils considéraient que la nécessité d'opérer une distinction entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels n'avait pas été démontrée. Enfin, tout en concédant que nombre d'États européens réservaient l'adoption coparentale aux couples mariés, ils arguaient que les pays qui, comme l'Autriche, avaient décidé d'ouvrir cette possibilité aux couples non mariés ne pouvaient se fonder sur l'orientation sexuelle pour distinguer en la matière.

20. Le 27 septembre 2006, la Cour suprême débouta les requérants de leur pourvoi en cassation. Elle s'exprima notamment comme suit :

« [Le mineur] est l'enfant biologique de la troisième demanderesse, M^{me} (...), et de M. (...); il est né le (...). Il est placé sous l'autorité parentale exclusive de sa mère. Celle-ci vit à (...) avec sa compagne (la première demanderesse) et [l'enfant]. Les demandeurs ont sollicité l'homologation judiciaire d'une convention d'adoption conclue le 17 février 2005 entre la première demanderesse et l'enfant, représenté par sa mère,

et dans laquelle la première demanderesse marquait sa volonté d'adopter l'enfant. Toutefois, cette convention prévoyait que la première demanderesse se substituerait au père biologique de l'enfant, et non à la mère de celui-ci. Les demandeurs souhaitaient que l'homologation judiciaire de leur convention eût pour effet de rompre les liens juridiques familiaux existant entre l'enfant et son père biologique ainsi qu'entre l'enfant et la famille de son père biologique tout en préservant l'ensemble des liens entre l'enfant et sa mère biologique. Par ailleurs, ils ont invité les tribunaux à passer outre au refus du père de l'enfant de consentir à cette mesure.

La juridiction de première instance a refusé d'homologuer la convention, estimant qu'il ressortait de l'article 182 du code civil que le législateur avait clairement prévu que l'adoption monoparentale rompait le lien juridique entre l'adopté et son parent du même sexe que son parent adoptif mais préservait le lien juridique avec son parent [biologique] du sexe opposé [à celui de son parent adoptif]. Elle a précisé que la loi ne permettait au juge de constater la rupture de ce dernier lien, non affecté par l'adoption en elle-même, que dans cette hypothèse. Elle a conclu à l'illicéité de la convention dont les demandeurs sollicitaient l'homologation, qui aurait conduit à l'adoption [de l'enfant] par une femme et à la rupture de ses liens avec son père biologique mais non avec sa mère biologique, ajoutant que cette conclusion était conforme à la Constitution et, en particulier, aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle a précisé que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, considérant que la question de l'adoption par des homosexuels, sous l'effet d'une évolution des mentalités, traversait une phase de transition, accordait aux États membres une marge d'appréciation particulièrement étendue en la matière. Elle a conclu qu'il appartenait aux seuls États de décider de l'opportunité d'offrir à deux personnes du même sexe la possibilité de créer un lien juridique avec un enfant sur un pied d'égalité, dans les limites fixées par l'article 8 § 2 de la Convention, et que le droit autrichien excluait la mesure voulue par les demandeurs.

La juridiction d'appel a confirmé la décision rendue en première instance, estimant que la loi reposait manifestement sur le postulat voulant que le terme « parents » désigne nécessairement deux personnes de sexe opposé, ce que confirmerait selon elle la priorité accordée par principe aux parents biologiques sur d'autres personnes en matière d'autorité parentale. Elle a considéré qu'il en allait de même dans le domaine du droit de l'adoption, dont les règles lui paraissaient également fondées, conformément à la réalité biologique, sur le socle du couple composé de parents de sexe opposé. Elle a estimé que, en présence des deux parents de sexe opposé, il n'y avait pas lieu de prévoir une disposition autorisant le partenaire homosexuel de l'un d'entre eux à se substituer à l'autre, et qu'il n'y avait là nulle volonté de discrimination à l'encontre des couples homosexuels. Elle a ajouté que, en matière de droit de visite et d'hébergement également, il ne faisait aucun doute que les contacts personnels du mineur avec ses deux parents de sexe opposé, c'est-à-dire avec une femme (sa mère) et un homme (son père) responsables de lui, étaient hautement souhaitables pour son bon développement, le maintien de relations personnelles, au moins minimales, entre l'enfant et ses deux parents (biologiques) étant fortement recommandé et généralement exigé dans l'intérêt de l'épanouissement de l'enfant. Elle a jugé que ces considérations valaient aussi en matière d'adoption. Par ailleurs, elle a conclu, comme

le premier juge, à l'absence de discrimination à l'égard des couples homosexuels au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. À cet égard, elle a rappelé que suivant celle-ci une différence de traitement opérée à l'égard de personnes vivant une relation homosexuelle n'était discriminatoire que si elle ne reposait pas sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuivait pas un but légitime ou s'il n'y avait pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, et qu'une différence de traitement pouvait être réputée compatible avec la Convention en présence d'éléments solides justifiant pareille appréciation. La juridiction d'appel a conclu à la légitimité du but poursuivi par le législateur autrichien, qui pour elle avait cherché à veiller à ce que, en grandissant, les enfants aient tant avec leur parent de sexe féminin qu'avec leur parent de sexe masculin les contacts réguliers nécessaires à leur développement. Elle a ajouté que cet objectif était tout aussi respectable que le choix de la mère de l'enfant de vivre une relation homosexuelle et estimé qu'il n'apparaissait pas justifié de priver l'enfant de ses liens familiaux avec son parent du sexe opposé.

Ayant constaté qu'il n'existait pas de jurisprudence sur la question de la licéité de l'adoption d'un enfant par le partenaire homosexuel de l'un de ses parents biologiques, la juridiction d'appel a estimé qu'il convenait d'autoriser les appelants à se pourvoir en cassation.

Le pourvoi des intéressés est recevable pour les motifs exposés par la cour d'appel, mais dépourvu de fondement.

L'article 179 § 2 du code civil énonce que nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux. La doctrine a interprété cette disposition comme interdisant l'adoption – simultanée ou successive – par plusieurs personnes du même sexe (voir Schwimann in *Schwimann*, code civil § 179, point 6, et Hopf in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, § 179, point 2, cités dans un arrêt du tribunal régional de Vienne du 27 août 2001 – EFSlg 96.699).

La deuxième phrase de l'article 182 § 2 du code civil régit les effets de l'adoption monoparentale. Si l'enfant n'est adopté que par un adoptant (ou une adoptante), seuls les liens familiaux qui l'unissent à son père biologique (ou à sa mère biologique) et aux parents de celui-ci (ou de celle-ci) sont rompus. Il ressort clairement de la jurisprudence (ErlBem RV 107 BlgNR IX. GP, 21) que cette disposition doit être interprétée comme signifiant que les liens juridiques non patrimoniaux ne sont rompus qu'à l'égard du parent biologique auquel se substitue un parent adoptif du même sexe que lui. Concrètement, cela signifie notamment que l'adoption d'un enfant par une femme ne peut priver celui-ci de son père biologique (voir aussi : Schwimann in *Schwimann*, op. cit., § 182, alinéa 3 ; Stabentheiner in *Rummel I*, § 182, alinéa 2).

Cette disposition ne peut recevoir l'interprétation extensive préconisée par les demandeurs au pourvoi, et il n'existe pas de lacune législative fortuite à laquelle il conviendrait de remédier par analogie. Selon la jurisprudence (*op. cit.*, 11), l'adoption vise au premier chef à garantir le bien-être de l'enfant mineur (principe de protection). L'adoption doit être comprise comme un moyen approprié de confier à des individus aptes et responsables la garde et l'éducation d'enfants privés de parents, d'enfants issus de familles désunies, ou d'enfants qui, pour quelque raison que ce soit, ne peuvent

recevoir une éducation correcte de leurs parents ou sont rejetés par eux. Cet objectif ne peut toutefois être atteint que si l'adoption permet de recréer autant que possible la situation que l'on retrouve dans une famille biologique.

Il ressort tout aussi clairement de la jurisprudence (6 Ob 179/05z) que le lien entre l'enfant et son parent adoptif doit être assimilé, du point de vue social et psychologique, à celui qui existe entre les parents biologiques et leurs enfants. Le modèle des rapports entre parents et enfants qui a cours en matière d'adoption de mineurs s'inspire des liens sociaux et psychologiques particuliers qui existent entre des parents et des jeunes gens proches de l'âge adulte. Ces rapports associent aux liens sociaux classiques de proximité physique et relationnelle (cohabitation, prise en charge des besoins physiques et psychologiques de l'enfant par les parents) des relations affectives analogues à l'amour que se portent mutuellement les parents et leurs enfants et confèrent aux premiers un rôle spécifique de mentors et de référents.

L'article 182 § 2 du code civil interdit de manière générale (et pas seulement aux couples homosexuels) tant l'adoption par un homme aussi longtemps que subsiste le lien de filiation entre l'enfant à adopter et le père biologique de celui-ci que l'adoption d'un enfant par une femme aussi longtemps que subsiste le lien de filiation entre celui-ci et sa mère biologique. Il résulte donc de l'article 182 § 2 que la personne qui adopte seule un enfant ne se substitue pas indifféremment à l'un ou à l'autre des parents, mais seulement au parent du même sexe qu'elle. Il s'ensuit que l'adoption d'un enfant par la compagne de sa mère biologique est juridiquement impossible.

Contrairement à ce que soutiennent les demandeurs, cette disposition satisfait aussi au critère de conformité avec la Constitution (la perspective des droits fondamentaux). Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 26 février 2002 en l'affaire *Fretté* [précitée], où elle était appelée à examiner si le refus par les autorités d'autoriser l'adoption d'un enfant par un homme homosexuel s'analysait en une discrimination, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'adoption consistait à « donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille » et déclaré que l'État devait veiller à ce que les personnes choisies comme adoptantes soient celles qui puissent offrir à l'enfant, sur tous les plans, les conditions d'accueil les plus favorables. Après avoir relevé notamment les profondes divergences des opinions publiques nationales et internationales sur la question des conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuels et constaté l'insuffisance du nombre d'enfants adoptables par rapport aux demandes, la Cour a estimé que les États devaient se voir accorder une ample marge d'appréciation en la matière. Elle a jugé que le refus d'autoriser une adoption par un homosexuel n'était pas contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 dès lors qu'il poursuivait un but légitime, en l'occurrence la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, et qu'il ne transgressait pas le principe de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi.

Les demandeurs n'ont pas établi que les dispositions de l'article 182 § 2 du code civil autrichien outrepassent la marge d'appréciation reconnue par la Cour européenne ou qu'elles enfreignent le principe de proportionnalité, et il n'existe aucun autre élément propre à faire conclure en ce sens. Dans ces conditions, la Cour suprême n'a aucun

doute sur la conformité de cette disposition avec la Constitution, qui se trouve mise en cause par les demandeurs.

L'adoption voulue par les demandeurs étant juridiquement impossible, il n'apparaît pas nécessaire de rechercher si les conditions dans lesquelles il peut être passé outre à l'absence de consentement du père, mesure exceptionnelle prévue par l'article 181 § 3 du code civil, sont réunies.»

L'arrêt de la Cour suprême fut notifié à l'avocat des requérants le 24 octobre 2006.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Dispositions concernant l'adoption

21. Le code civil (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) comporte des dispositions qui définissent les termes « mère » et « père ».

L'article 137b se lit ainsi :

« La mère d'un enfant est la femme qui lui a donné naissance. »

L'article 138 énonce :

« 1) Le père d'un enfant est

1. l'homme qui était marié avec la mère de l'enfant au moment de la naissance ou l'était lorsqu'il est décédé, à condition que son décès soit intervenu 300 jours au plus avant la naissance, ou
2. l'homme qui a reconnu sa paternité, ou
3. l'homme dont la paternité a été établie en justice. »

22. Les dispositions suivantes du code civil relatives à l'adoption sont pertinentes en l'espèce.

L'article 179, en ses passages pertinents, se lit ainsi :

« 1) Les personnes ayant l'âge requis et la pleine capacité juridique (...) peuvent adopter. L'adoption a pour effet de créer un lien de filiation adoptive entre l'enfant adopté et le parent adoptif.

2) L'adoption d'un enfant par plus d'une personne, qu'elle soit simultanée ou successive, étant entendu que, dans ce dernier cas, le premier lien d'adoption subsiste, n'est autorisée que si les parents adoptifs forment un couple marié. En principe, l'adoption par un couple marié doit être conjointe. Par exception, un époux peut procéder seul à une adoption si l'enfant à adopter est l'enfant biologique de son conjoint, si son conjoint n'a pas l'âge requis ou la différence d'âge requise avec l'adopté, si le lieu de résidence de son conjoint est inconnu depuis au moins un an, s'il n'y a plus de communauté de vie entre les époux depuis au moins trois ans, ou si des motifs analogues et particulièrement importants justifient l'adoption par un seul des époux. »

23. Selon l'article 179a du code civil, l'adoption requiert une convention écrite entre l'adoptant et l'adopté (qui doit être représenté par

son représentant légal s'il est mineur) et l'homologation de cette convention par le tribunal compétent.

24. Le tribunal homologue la convention après avoir vérifié qu'elle répond à l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'il existe entre les personnes qui y sont parties un lien équivalent à celui qui unit un parent à son enfant biologique ou que les parties entendent créer un tel lien (article 180a du code civil).

25. Les dispositions pertinentes de l'article 181 du code civil, tel qu'en vigueur à l'époque des faits, étaient ainsi libellées :

« 1) L'homologation de la convention d'adoption ne peut être accordée que si les personnes suivantes y consentent :

1. les parents de l'enfant mineur à adopter ;
2. le conjoint de l'adoptant ;
3. le conjoint de la personne à adopter ;
4. l'enfant à adopter dès lors qu'il est âgé d'au moins quatorze ans.

(...)

3) Si l'une des parties le lui demande, le juge passe outre au refus de l'une des personnes visées aux alinéas 1 à 3 du premier paragraphe du présent article dès lors que ce refus n'est pas justifié par des motifs légitimes. »

26. Selon la jurisprudence des juridictions autrichiennes, la mesure prévue par l'article 181 § 3 du code civil, qui permet au juge de passer outre au refus d'une partie de consentir à l'adoption, revêt un caractère exceptionnel et ne peut être prise que dans le cas où l'intérêt de l'enfant à être adopté prévaut clairement sur les intérêts de celui de ses parents biologiques qui est opposé à l'adoption, notamment son intérêt à entretenir des relations avec l'enfant. Elle peut aussi être envisagée lorsque le refus n'est pas justifié sur le plan moral. Tel est notamment le cas lorsque le parent opposé à l'adoption manifeste une vive hostilité à l'égard de la famille adoptante ou lorsque ses manquements flagrants à ses obligations légales envers l'enfant compromettent durablement le développement de celui-ci ou l'auraient durablement compromis si un tiers n'était pas intervenu.

27. L'article 182 du code civil, qui régit les effets de l'adoption, se lit comme suit :

« 1) L'adoption crée les mêmes droits que ceux découlant de la filiation légitime entre, d'une part, l'adoptant et ses descendants, et, d'autre part, l'adopté et ceux de ses descendants qui sont mineurs au moment où l'adoption prend effet.

2) En cas d'adoption d'un enfant par un couple marié, les liens juridiques familiaux – autres que le lien de filiation lui-même (article 40) – existant entre, d'une part, les parents biologiques et les membres de leur famille, et, d'autre part, l'enfant adopté et

ceux de ses descendants qui sont mineurs au moment où l'adoption prend effet, sont rompus à ce moment, sous réserve des exceptions prévues à l'article 182a. Dans le cas où l'enfant n'est adopté que par un père adoptif (ou une mère adoptive), seuls ses liens familiaux avec son père biologique (ou sa mère biologique) et la famille de celui-ci (ou de celle-ci) sont rompus. Dans le cas où les liens avec l'autre parent subsistent après l'adoption, le juge les déclare rompus si le parent concerné y consent. La rupture des liens intervient à la date où la déclaration de consentement est formulée, sans pouvoir être antérieure à la date de prise d'effet de l'adoption.»

Il ressort de l'arrêt rendu par la Cour suprême dans la présente affaire que l'article 182 § 2 est interprété comme excluant l'adoption par un membre d'un couple homosexuel de l'enfant de son partenaire.

28. L'adoption a pour effet de rompre tous les liens familiaux, excepté celui de filiation, entre l'enfant adopté et son ou ses parents biologiques. Il en résulte notamment que ces derniers perdent tous leurs droits parentaux, notamment le droit de garde, le droit de visite et le droit d'être consultés et informés (voir ci-dessous).

29. Toutefois, le ou les parents biologiques de l'enfant adopté demeurent débiteurs d'une obligation subsidiaire d'entretien à l'égard de celui-ci (article 182a du code civil). Par ailleurs, l'article 182b prévoit le maintien d'un lien en matière successorale: l'adopté conserve des droits successoraux à l'égard de son ou ses parents biologiques, et ceux-ci, ainsi que leurs descendants, viennent à la succession de l'adopté à titre subsidiaire, les droits successoraux des parents adoptifs et de leurs descendants prévalant.

30. Il ressort des dispositions du code civil exposées ci-dessus que l'adoption peut revêtir deux formes en droit autrichien: celle de l'adoption conjointe par un couple, réservée aux couples mariés, et celle de l'adoption monoparentale. Cette dernière forme d'adoption est ouverte aux hétérosexuels comme aux homosexuels, qu'ils vivent, dans le cas des premiers, dans le cadre d'un couple marié (mais alors les possibilités qui leur sont offertes d'adopter seuls un enfant sont fortement restreintes), en union libre ou en célibataires, ou dans le cas des seconds, dans le cadre d'un partenariat enregistré, en union libre ou comme célibataires.

31. L'adoption coparentale, c'est-à-dire l'adoption par une personne de l'enfant biologique de son partenaire, est ouverte aux couples hétérosexuels (mariés ou non), mais non aux couples homosexuels.

32. Un projet de loi modifiant les dispositions du code civil qui régissent les rapports entre parents et enfants ainsi que le droit au nom et remaniant certains autres textes (*Kindschaftsrechts- und Namensrechtsänderungsgesetz*) est actuellement à l'examen. Ce projet ne comporte aucune proposition d'amendement des dispositions dont il est question en l'espèce, notamment

des articles 179 à 182 du code civil. Les amendements proposés impliquent qu'elles soient renumérotées, mais leur libellé demeurera inchangé.

B. Dispositions concernant les couples homosexuels

33. Il ressort de l'article 44 du code civil que les couples homosexuels n'ont pas accès au mariage (voir, sur ce point, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, CEDH 2010). La disposition en question est ainsi libellée :

« Le contrat de mariage constitue la base des relations familiales. En vertu de pareil contrat, deux personnes de sexe opposé déclarent leur intention légitime de vivre ensemble et d'être unies par les liens indissolubles du mariage, de procréer et d'élever des enfants et de se porter aide et assistance mutuelles. »

34. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010, la loi sur le partenariat enregistré offre aux couples homosexuels la possibilité de conclure un partenariat enregistré.

35. L'article 2 de cette loi se lit ainsi :

« Un partenariat enregistré ne peut être conclu que par deux personnes du même sexe (partenaires enregistrés). Ces personnes s'engagent ainsi à nouer une relation durable comportant des droits et obligations mutuels. »

36. Les règles relatives à la conclusion d'un partenariat enregistré, à ses effets et à sa dissolution sont proches de celles qui régissent le mariage (pour plus de détails, *Schalk et Kopf*, précité, §§ 16-23). À l'instar des couples mariés, les partenaires enregistrés doivent à tous égards vivre comme des époux, partager un domicile commun et se respecter et s'assister mutuellement (article 8 §§ 2 et 3). Ils ont les mêmes obligations alimentaires que les époux (article 12). La loi sur le partenariat enregistré apporte aussi à la législation en vigueur toute une série de modifications destinées à conférer aux partenaires enregistrés le même statut que les époux dans diverses autres branches du droit telles que le droit des successions, le droit du travail, le droit social et de la sécurité sociale, le droit fiscal, le droit sur la protection des données et le service public, les questions de passeport et de déclaration domiciliaire ainsi que le droit des étrangers.

37. Toutefois, il subsiste certaines différences entre le mariage et le partenariat enregistré, la plus importante ayant trait aux droits parentaux. Par exemple, l'assistance médicale à la procréation n'est ouverte qu'aux couples hétérosexuels, mariés ou non (article 2 § 1 de la loi sur la procréation artificielle – *Fortpflanzungsmedizingesetz*).

38. En outre, les partenaires enregistrés ne sont pas autorisés à procéder à une adoption conjointe ou à une adoption coparentale.

39. En effet, d'après l'article 8 § 4 de la loi sur le partenariat enregistré,

« Un partenaire enregistré ne peut adopter un enfant conjointement avec son partenaire ni adopter l'enfant de celui-ci. »

40. En revanche, un partenaire enregistré peut adopter seul un enfant. Une modification apportée à l'article 181 § 1 alinéa 2 du code civil au moment de l'adoption de la loi sur le partenariat enregistré énonce qu'un partenaire enregistré désireux d'adopter un enfant doit y être autorisé par son partenaire.

41. Dans sa partie générale, le rapport explicatif sur le projet de loi (*Erläuterungen zur Regierungsvorlage*, annexe n° 485 aux actes du Conseil national, XXIV GP) souligne que la loi sur le partenariat enregistré vise à offrir aux couples homosexuels un mécanisme officiel reconnaissant leur relation et donnant à celle-ci un effet juridique, ce notamment pour tenir compte des évolutions intervenues dans d'autres États européens. Il en ressort toutefois que le législateur n'a pas voulu introduire de nouvelles dispositions concernant les enfants ou modifier la législation applicable en la matière. À cet égard, le rapport précise que l'adoption conjointe d'un enfant par des partenaires enregistrés est exclue, de même que l'adoption par un partenaire enregistré de l'enfant de l'autre.

42. Le commentaire relatif à l'article 8 § 4 de la loi sur le partenariat enregistré indique que l'interdiction de l'adoption dans le cas prévu par cette disposition avait été demandée à plusieurs reprises lors de la procédure de consultation. En outre, ce commentaire souligne que les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *E.B. c. France* ([GC], n° 43546/02, 22 janvier 2008) et *Fretté* (arrêt précité) ne sont pas pertinents en ce qui concerne ledit texte dès lors qu'ils ne portent que sur la question des capacités éducatives des requérants et que, en la matière régie par ce texte, le législateur dispose d'une totale liberté. Il y est en outre précisé que, dans le cas d'un partenariat enregistré, l'adoption coparentale et l'adoption conjointe sont toujours exclues, le droit autrichien de l'adoption interdisant qu'un enfant ait, du point de vue juridique, deux pères ou deux mères.

43. Le commentaire relatif à l'amendement apporté à l'article 181 § 1, alinéa 2, du code civil se borne à énoncer que l'absence dans le projet de loi d'une quelconque proposition d'amendement à cette disposition résulte d'une omission à laquelle il a été ultérieurement remédié.

C. Dispositions concernant les enfants nés hors mariage

44. En application de l'article 166 du code civil, un enfant né hors mariage est placé sous l'autorité parentale exclusive de sa mère (ce qui signifie qu'elle en a la garde, qu'elle doit veiller à son bien-être et à son éducation, qu'elle en est la représentante légale et qu'elle administre ses biens).

45. En vertu de l'article 167 du même code, lorsque les parents d'un enfant né hors mariage cohabitent, ils peuvent décider d'exercer

conjointement l'autorité parentale sur leur enfant. Un amendement entré en vigueur le 1^{er} juillet 2001 a étendu cette faculté aux parents qui ne cohabitent pas. Toute convention d'exercice conjoint de l'autorité parentale doit être homologuée par le juge, qui recherchera si la convention sert l'intérêt supérieur de l'enfant.

46. Les deux parents sont tenus de pourvoir à l'entretien de l'enfant (article 140 § 1 du code civil). L'obligation d'entretien s'exécute en principe en nature. Toutefois, le parent qui ne cohabite pas avec l'enfant doit exécuter son obligation d'entretien sous la forme d'une pension alimentaire.

47. L'article 148 § 1 du code civil attribue un droit de visite et d'hébergement au parent qui ne cohabite pas avec l'enfant. Depuis le 1^{er} juillet 2001, cette prérogative n'appartient plus au seul parent, mais aussi à l'enfant lui-même. Il incombe au parent et à l'enfant de convenir des modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement. S'ils ne parviennent pas à s'accorder sur ce point, il reviendra au juge, à la demande de l'une des personnes concernées, d'aménager le droit de visite et d'hébergement en fonction des besoins et des souhaits de l'enfant, conformément à l'intérêt supérieur de celui-ci.

48. En outre, aux termes de l'article 178 § 1 du code civil, le parent qui n'a pas l'autorité parentale a le droit d'être informé relativement à différentes questions importantes concernant l'enfant, certaines décisions touchant à ces questions ne pouvant d'ailleurs être prises sans son approbation.

III. CONVENTIONS INTERNATIONALES ET DOCUMENTS DU CONSEIL DE L'EUROPE

A. La Convention relative aux droits de l'enfant

49. Adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1989 et entrée en vigueur le 2 septembre 1990, la Convention relative aux droits de l'enfant a été ratifiée par tous les États membres du Conseil de l'Europe. Ses dispositions pertinentes en l'espèce se lisent ainsi :

Article 3

« 1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

2. Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.

3. Les États parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent leur protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l'existence d'un contrôle approprié.»

Article 21

« Les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière, et :

a) Veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les autorités compétentes, qui vérifient, conformément à la loi et aux procédures applicables et sur la base de tous les renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux et que, le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires ;

(...)»

B. La Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée en 2008) (« la Convention de 2008 »)

50. Ouverte à la signature le 27 novembre 2008, la Convention européenne (révisée) en matière d'adoption des enfants est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2011. Elle a été ratifiée par sept États, à savoir le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la Norvège, les Pays-Bas, la Roumanie et l'Ukraine. L'Autriche ne l'a ni ratifiée ni signée.

51. Il ressort du préambule de cet instrument que certaines dispositions de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 1967 ont été révisées notamment au motif qu'elles étaient dépassées et incompatibles avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Les passages pertinents de la Convention de 2008 se lisent ainsi :

Article 4 – Prononcé de l'adoption

« 1. L'autorité compétente ne prononce l'adoption que si elle a acquis la conviction que l'adoption est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant.

2. Dans chaque cas, l'autorité compétente attache une importance particulière à ce que l'adoption apporte à l'enfant un foyer stable et harmonieux. »

Article 7 – Conditions de l'adoption

« 1. La législation permet l'adoption d'un enfant :

- a) par deux personnes de sexe différent
 - i. qui sont mariées ensemble ou,

- ii. lorsqu'une telle institution existe, qui ont contracté un partenariat enregistré;
- b) par une seule personne.

2. Les États ont la possibilité d'étendre la portée de la présente Convention aux couples homosexuels mariés ou qui ont contracté un partenariat enregistré ensemble. Ils ont également la possibilité d'étendre la portée de la présente Convention aux couples hétérosexuels et homosexuels qui vivent ensemble dans le cadre d'une relation stable.»

Article 11 – Effets de l'adoption

«1. Lors de l'adoption, l'enfant devient membre à part entière de la famille de l'adoptant ou des adoptants et a, à l'égard de l'adoptant ou des adoptants et à l'égard de sa ou de leur famille, les mêmes droits et obligations que ceux d'un enfant de l'adoptant ou des adoptants dont la filiation est légalement établie. L'adoptant ou les adoptants assument la responsabilité parentale vis-à-vis de l'enfant. L'adoption met fin au lien juridique existant entre l'enfant et ses père, mère et famille d'origine.

2. Néanmoins, le conjoint, le partenaire enregistré ou le concubin de l'adoptant conserve ses droits et obligations envers l'enfant adopté si celui-ci est son enfant, à moins que la législation n'y déroge.

(...)»

52. Sous la rubrique «*Considérations générales*», le rapport explicatif à la Convention de 2008 énonce ce qui suit :

«14. D'un certain point de vue, la bonne pratique de l'adoption ne comporte qu'un seul principe essentiel, à savoir que l'adoption doit avoir pour but l'intérêt supérieur de l'enfant, comme le stipule le paragraphe 1 de l'article 4 de la Convention (...)»

53. Les passages pertinents en l'espèce des observations de ce rapport figurant sous la rubrique «*article 7 – Conditions de l'adoption*» se lisent ainsi :

«42. Le présent article prévoit l'adoption soit par un couple, soit par une seule personne.

43. Alors que le champ d'application de la Convention de 1967 est limité aux couples hétérosexuels mariés, le champ d'application de la Convention révisée s'étend aux couples hétérosexuels non mariés qui ont conclu un partenariat enregistré dans les États reconnaissant cette institution. Cette disposition prend en compte l'évolution observée dans de nombreux États.

(...)

45. Concernant le paragraphe 2, il a été relevé que deux États parties (la Suède en 2002 et le Royaume-Uni en 2005) ont dénoncé la Convention au motif que les partenaires enregistrés de même sexe, conformément à leur législation nationale, pouvaient faire une demande conjointe pour devenir parents adoptifs, ce qui contrevenait à la Convention. Des situations analogues dans d'autres pays pourraient également déboucher sur la dénonciation de la Convention de 1967. Néanmoins, il

a aussi été relevé que le droit pour des partenaires enregistrés de même sexe d'adopter conjointement un enfant n'était pas une solution qu'un grand nombre d'États parties étaient prêts à accepter à l'heure actuelle.

46. Dans ces conditions, le paragraphe 2 permet aux États qui le souhaitent d'étendre la portée de la Convention révisée à l'adoption par des couples de même sexe, qu'ils soient mariés ou partenaires enregistrés. À cet égard, il n'est pas rare que des instruments du Conseil de l'Europe introduisent des dispositions novatrices tout en laissant la liberté aux États parties de décider d'appliquer lesdites dispositions (...)

47. Les États ont également toute latitude pour étendre la portée de la Convention aux couples de sexe différent ou de même sexe vivant ensemble dans une relation stable. Il appartient aux États parties d'établir les critères d'évaluation de la stabilité d'une telle relation.»

C. Recommandation du Comité des Ministres

54. Adoptée le 31 mars 2010, la Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre porte sur un large éventail de domaines dans lesquels les personnes lesbiennes, gays, bisexuelles ou transgenres peuvent être confrontées à la discrimination. En ce qui concerne le «droit au respect de la vie privée et familiale», cette recommandation énonce ce qui suit :

«23. Lorsque la législation nationale confère des droits et des obligations aux couples non mariés, les États membres devraient garantir son application sans aucune discrimination à la fois aux couples de même sexe et à ceux de sexes différents, y compris en ce qui concerne les prestations de pension de retraite du survivant et les droits locatifs.

24. Lorsque la législation nationale reconnaît les partenariats enregistrés entre personnes de même sexe, les États membres devraient viser à ce que leur statut juridique, ainsi que leurs droits et obligations soient équivalents à ceux des couples hétérosexuels dans une situation comparable.

25. Lorsque la législation nationale ne reconnaît ni confère de droit ou d'obligation aux partenariats enregistrés entre personnes de même sexe et aux couples non mariés, les États membres sont invités à considérer la possibilité de fournir, sans aucune discrimination, y compris vis-à-vis de couples de sexes différents, aux couples de même sexe des moyens juridiques ou autres pour répondre aux problèmes pratiques liés à la réalité sociale dans laquelle ils vivent.

(...)

27. Tenant compte du fait que l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être la considération première dans les décisions en matière d'adoption d'un enfant, les États membres dont la législation nationale permet à des personnes célibataires d'adopter des enfants devraient garantir son application sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.»

IV. DROIT COMPARÉ

A. L'étude du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe

55. Une étude récente du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe intitulée «La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe» (éditions du Conseil de l'Europe, juin 2011) comporte notamment les passages suivants :

«Trois possibilités s'offrent aux personnes LGBT [lesbiennes, gays, bisexuelles ou transgenres] qui veulent adopter un enfant. Tout d'abord, une femme lesbienne ou un homme gay célibataire peut déposer une demande pour devenir parent adoptif (adoption par une personne célibataire). Autre possibilité, une personne peut adopter les enfants biologiques ou adoptés de son/sa partenaire de même sexe, sans que le premier parent ne perde ses droits légaux. Cette procédure, appelée «adoption par le second parent», donne à l'enfant deux représentants légaux. L'adoption par le second parent protège aussi les parents en leur donnant, à eux deux, le statut de parent reconnu par la loi. En cas de non-adoption par le second parent, l'enfant et le parent non biologique sont privés de certains droits si le parent biologique décède ou en cas de divorce, de séparation ou d'autres circonstances empêchant le parent d'exercer ses responsabilités parentales. L'enfant n'a pas non plus le droit d'hériter du parent non biologique. En outre, sur un plan pratique, le droit au congé parental est exclu en cas de non-adoption par le second parent, ce qui peut constituer un préjudice financier pour les familles LGBT. La troisième procédure est l'adoption conjointe d'un enfant par un couple de même sexe.

Dix États membres autorisent l'adoption par le second parent pour les couples de même sexe (Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, Islande, Norvège, Pays-Bas, Royaume-Uni et Suède). À l'exception de l'Allemagne et de la Finlande, ces États membres autorisent aussi l'adoption conjointe pour les couples de même sexe. En Autriche et en France, l'adoption par le second parent n'est pas possible, mais les couples de même sexe ayant conclu un partenariat enregistré peuvent bénéficier d'un certain degré d'autorité et de responsabilités parentales. Trente-cinq États membres ne donnent pas accès à l'adoption conjointe ni à l'adoption par le second parent : Albanie, Andorre, Arménie, Azerbaïdjan, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Chypre, Croatie, Estonie, «l'ex-République yougoslave de Macédoine», Fédération de Russie, Géorgie, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Moldova, Monaco, Monténégro, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Saint-Marin, Serbie, Slovaquie, Slovénie, Suisse, Turquie et Ukraine (...)

B. Autres éléments de droit comparé

56. Les données dont la Cour dispose, notamment celles contenues dans une étude portant sur trente-neuf États membres du Conseil de l'Europe, font apparaître qu'aux dix pays ouvrant l'adoption coparentale aux couples homosexuels mentionnés dans l'étude du Commissaire aux droits de

l'homme – l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, l'Islande, la Norvège, les Pays-Bas, le Royaume-Uni (hormis l'Irlande du Nord) et la Suède – s'ajoute la Slovénie, dont les tribunaux ont récemment autorisé cette forme d'adoption.

57. La majorité (vingt-quatre) des trente-neuf États membres du Conseil de l'Europe étudiés réservent l'adoption coparentale aux couples mariés. Dix États membres – la Belgique, l'Espagne, l'Islande, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, le Royaume-Uni (sauf l'Irlande du Nord), la Russie, la Slovénie et l'Ukraine – étendent l'adoption coparentale aux couples non mariés, mais seuls six d'entre eux ne font pas de distinction entre couples hétérosexuels et couples homosexuels à cet égard, les quatre autres (le Portugal, la Roumanie, la Russie et l'Ukraine) – à l'instar de l'Autriche – réservant cette forme d'adoption aux couples hétérosexuels non mariés et l'interdisant aux couples homosexuels non mariés.

Les autres États étudiés ont apporté différentes réponses à la question de l'adoption coparentale, telle celle qui consiste à ouvrir cette possibilité aux couples mariés ainsi qu'aux partenaires enregistrés (solution retenue notamment par l'Allemagne et la Finlande) et à l'interdire aux couples non mariés, qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels.

EN DROIT

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

58. Invoquant l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, les requérants se disent victimes, dans la jouissance de leur droit au respect de leur vie familiale, d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle des première et troisième d'entre eux. D'après eux, il n'existe aucun motif raisonnable et objectif propre à justifier que l'on ouvre l'adoption coparentale aux couples hétérosexuels – mariés ou non – mais qu'on l'interdise aux couples homosexuels.

L'article 8 de la Convention se lit ainsi :

« 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. »

L'article 14 de la Convention est ainsi libellé :

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

A. Sur la recevabilité

59. Le Gouvernement soutient qu'aucune question de discrimination ne se pose en l'espèce et que la requête doit donc être déclarée irrecevable pour défaut manifeste de fondement. À cet égard, il fait valoir que les juridictions internes ont refusé d'autoriser l'adoption du deuxième requérant aux motifs que le père de celui-ci s'y opposait et qu'elle n'était pas dans l'intérêt de l'enfant. Par conséquent, le fait que l'adoption par un homosexuel de l'enfant de son partenaire soit juridiquement impossible au regard de l'article 182 § 2 du code civil ne serait pas entré en ligne de compte. Ce serait donc un contrôle abstrait de cette disposition que les requérants inviteraient la Cour à effectuer.

60. Il apparaît ainsi que le Gouvernement plaide que les intéressés ne peuvent se prétendre victimes de la violation alléguée, au sens de l'article 34 de la Convention, faute pour eux d'avoir été directement touchés par la législation critiquée en l'espèce. La Cour relève toutefois qu'il n'a pas formellement soulevé d'exception d'irrecevabilité à cet égard. Elle estime que les arguments susmentionnés doivent être traités dans le cadre de l'examen du fond de l'affaire.

61. La Cour constate que la requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'elle ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Elle la déclare donc recevable.

B. Sur le fond

1. Thèses des parties

a) Les requérants

62. Les requérants soutiennent que leur situation est comparable à celle d'un couple hétérosexuel élevant des enfants. Ils s'appuient sur de nombreuses études scientifiques aboutissant à la conclusion que les enfants s'épanouissent tout aussi bien dans des familles homoparentales que dans des familles hétéroparentales.

63. En droit autrichien, l'adoption coparentale serait ouverte aux couples mariés, mais les couples homosexuels n'auraient pas accès au

mariage et, même en cas de conclusion d'un partenariat enregistré, cette forme d'adoption leur serait expressément interdite par l'article 8 § 4 de la loi sur le partenariat enregistré. Cela étant, les requérants soulignent qu'ils ne revendiquent pas un droit qui serait réservé aux familles fondées sur le mariage.

64. Le problème fondamental en l'espèce serait celui de l'inégalité de traitement entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels non mariés. Le droit autrichien ouvrirait l'adoption coparentale aux couples hétérosexuels non mariés, mais il l'interdirait aux couples homosexuels non mariés. Il y aurait là une différence cruciale avec l'affaire *Gas et Dubois c. France* (n° 25951/07, CEDH 2012), le droit français réservant l'adoption coparentale aux couples mariés. La question soulevée par la présente affaire serait donc analogue à celle qui se posait dans l'affaire *Karner c. Autriche* (n° 40016/98, CEDH 2003-IX) où la législation autrichienne déniait aux couples homosexuels un droit reconnu aux couples hétérosexuels non mariés. En outre, seuls quatre États membres du Conseil de l'Europe auraient comme l'Autriche adopté la position consistant à ouvrir l'adoption coparentale aux couples hétérosexuels non mariés tout en l'interdisant aux couples homosexuels. La grande majorité des États membres réserveraient cette forme d'adoption aux couples mariés ou l'étendraient aux couples non mariés quelle que soit leur orientation sexuelle.

65. Les requérants considèrent qu'ils ont incontestablement fait l'objet d'une différence de traitement dans la procédure critiquée. Devant les juridictions internes, ils auraient soutenu que le refus du père du deuxième requérant de consentir à l'adoption était injustifié parce que contraire à l'intérêt de l'enfant, que l'intérêt de ce dernier à être adopté devait prévaloir sur celui de son père à s'y opposer et que, dès lors, le tribunal de district aurait dû passer outre à cette opposition comme le permettait l'article 181 § 3 du code civil. D'après les requérants, si le tribunal de district avait été saisi d'une demande identique par un couple hétérosexuel, il l'aurait examinée au fond et aurait dû rendre une décision distincte concernant le refus du père de l'enfant. Or cette juridiction aurait opposé une fin de non-recevoir à la demande des intéressés au motif que l'adoption envisagée était en tout état de cause impossible au regard du droit autrichien. La Cour suprême aurait expressément approuvé cette position.

66. Les requérants soulignent que c'est l'impossibilité absolue dans leur cas de procéder à une adoption qui se trouve au cœur de leur grief. La présente espèce s'apparenterait à l'affaire *E.B. c. France* ([GC], n° 43546/02, 22 janvier 2008) en ce que les première et troisième requérantes seraient, du fait de leur orientation sexuelle, privées de toute possibilité effective d'adopter.

67. Suivant la thèse des requérants, dès lors que le Gouvernement soutient que le droit autrichien de l'adoption vise à protéger l'intérêt de l'enfant, il lui incombe, d'après la jurisprudence de la Cour, de démontrer que l'exclusion des couples homosexuels du champ de l'adoption coparentale est nécessaire à la réalisation de cet objectif. Or il existerait au sein de la communauté scientifique un large consensus pour considérer que les couples homosexuels sont tout aussi capables que les couples hétérosexuels d'assurer aux enfants un développement harmonieux. Les requérants ont produit devant la Cour toute une série de publications à l'appui de leur thèse. À l'audience, ils se sont référés en particulier à une vaste étude intitulée « La vie des enfants élevés par des partenaires homosexuels » (Marina Rupp (éd.), *Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften*, Cologne, 2009), qui avait été réalisée à la demande du ministère de la Justice allemand.

68. Quant à l'argument du Gouvernement selon lequel le droit autrichien tend à empêcher qu'un enfant ait, du point de vue juridique, deux pères ou deux mères, force serait pour les requérants de constater que, bien que formant depuis longtemps une famille de fait, ils ne peuvent toujours pas obtenir la reconnaissance juridique de leur vie familiale. En outre, il ne serait pas rare qu'un enfant adopté ait deux pères ou deux mères au regard du droit autrichien. En vertu de l'article 182 § 2 du code civil, l'adoption romprait les liens familiaux existant entre l'enfant adopté et son ou ses parents biologiques, mais elle laisserait subsister entre eux des obligations d'entretien et des droits successoraux réciproques, quoique subsidiaires par rapport à ceux des parents adoptifs.

69. Il ressortirait de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 2008 (« la Convention de 2008 »), de la Recommandation du Comité des Ministres du 31 mars 2010 et de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant que le principe fondamental en matière d'adoption est l'intérêt supérieur de l'enfant, et non le sexe ou l'orientation sexuelle des parents. Enfin, contrairement à la thèse du Gouvernement, le droit autrichien n'offrirait pas d'autres voies de reconnaissance juridique des liens entre un enfant et le partenaire homosexuel de l'un de ses parents.

b) Le Gouvernement

70. Le Gouvernement ne conteste pas que l'article 14 combiné avec l'article 8 trouve à s'appliquer en l'espèce, et il admet que les relations unissant les trois requérants relèvent de la notion de vie familiale. Toutefois, il estime que les faits de l'espèce diffèrent de ceux qui étaient à l'origine de l'affaire *Gas et Dubois* (précitée) en ce que le deuxième requérant aurait un père avec qui il entretiendrait aussi des rapports familiaux.

71. Considérant par ailleurs que la situation des requérants n'était pas comparable à celle d'un couple marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre, le Gouvernement invite la Cour à s'en tenir aux conclusions auxquelles elle est parvenue dans l'arrêt *Gas et Dubois* (précité, §§ 66-68).

72. Il reconnaît en revanche que les première et troisième requérantes se trouvent dans une situation comparable à celle d'un couple hétérosexuel non marié, concédant que, en termes de personnes, les couples homosexuels et les couples hétérosexuels sont en théorie tout aussi aptes ou inaptes les uns que les autres à l'adoption en général et à l'adoption coparentale en particulier. Il admet de surcroît que les deux situations sont comparables en ce que toute adoption exige le consentement des deux parents biologiques.

73. S'appuyant sur les arrêts *Emonet et autres c. Suisse* (n° 39051/03, 13 décembre 2007) et *Eski c. Autriche* (n° 21949/03, 25 janvier 2007), le Gouvernement ajoute que la rupture du lien de filiation consécutive à l'adoption d'un mineur a été jugée compatible avec l'article 8 et que les États disposent d'une ample marge d'appréciation dans le domaine du droit de l'adoption. Il précise que le droit autrichien en la matière donne la priorité aux parents biologiques en ce qui concerne l'autorité parentale et que l'adoption ne doit être autorisée que lorsqu'elle sert manifestement l'intérêt de l'enfant. L'adoption entraînerait en effet la perte des droits parentaux pour le parent biologique concerné, et le consentement de celui-ci, dont les liens avec l'enfant seraient également protégés par l'article 8, serait une condition préalable à l'adoption. Le droit autrichien ménagerait ainsi un équilibre raisonnable entre tous les intérêts en présence.

74. Aucune question de discrimination ne se poserait en l'espèce car les première et troisième requérantes n'auraient pas été traitées autrement qu'un couple hétérosexuel non marié. Après avoir examiné attentivement la question de l'intérêt du deuxième requérant à être adopté, les juridictions nationales, notamment le tribunal régional, auraient constaté que l'enfant avait des liens avec son père, et elles auraient conclu pour cette raison qu'il n'y avait pas lieu de substituer un parent adoptif à ce dernier. Le consentement préalable des deux parents biologiques serait une condition essentielle à toute adoption. Le Gouvernement fait valoir que, compte tenu de l'opposition du père du deuxième requérant, les tribunaux internes n'auraient pas davantage pu homologuer la convention d'adoption si la demande avait émané d'un partenaire de sexe opposé à celui de la troisième requérante et non marié avec elle. Il estime par ailleurs que les intéressés ont échoué à démontrer qu'il existait des motifs de passer outre au refus par le père de l'enfant de consentir à l'adoption et ajoute qu'ils n'ont pas demandé aux tribunaux de statuer expressément sur ce point.

75. Le Gouvernement affirme de surcroît que le code civil ne poursuit pas un objectif d'exclusion des couples homosexuels. Selon lui, l'impossibilité pour une femme d'adopter l'enfant d'une autre femme ferait également échec au projet d'une tante d'adopter son neveu tant que subsisteraient des liens entre celui-ci et sa mère. L'interdiction expresse de l'adoption coparentale frappant les couples homosexuels n'aurait été introduite qu'en 2010 par la loi sur le partenariat enregistré, laquelle n'aurait pas encore été en vigueur au moment où les juridictions internes ont statué sur la présente affaire et ne serait donc pas pertinente en l'espèce.

76. Pour le cas où la Cour conclurait à une différence de traitement et examinerait la légitimité de l'exclusion des couples homosexuels du champ de l'adoption coparentale, le Gouvernement soutient que celle-ci est justifiée par les buts légitimes que sont la reconstitution d'une famille biologique et la protection du bien-être de l'enfant. Le droit autrichien de l'adoption n'aurait pas pour objectif d'exclure les couples homosexuels mais tendrait de manière générale à empêcher qu'un enfant ait deux pères ou deux mères du point de vue juridique. Il poursuivrait cet objectif par des mesures appropriées, en ayant également égard à la nécessité de tenir compte des intérêts d'autres personnes concernées, et il protégerait les intérêts du partenaire du parent de l'enfant par d'autres moyens.

77. Enfin, le Gouvernement considère que les États devraient bénéficier d'une ample marge d'appréciation en matière d'adoption coparentale par les couples homosexuels. Selon ses informations, seuls dix États membres du Conseil de l'Europe autoriseraient cette forme d'adoption. Dans ces conditions, il n'y aurait pas de standard européen, ni même une quelconque tendance ou orientation, en la matière.

c) Les parties intervenantes

i. La Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, la Commission internationale de juristes, la branche européenne de l'International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, la British Association for Adoption and Fostering, le Network of European LGBT Families Associations et l'European Commission on Sexual Orientation Law

78. Dans leurs observations communes, ces six organisations non gouvernementales avancent que, comme l'affaire *Karner* (précitée), le cas d'espèce révèle une différence de traitement en ce qu'un droit reconnu aux couples hétérosexuels non mariés a été dénié à un couple homosexuel non marié. En conséquence, il conviendrait d'appliquer en l'espèce les critères dégagés dans l'arrêt *Karner*. En outre, dans les arrêts *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (n° 33290/96, CEDH 1999-IX) et *E.B. c. France* (précité),

la Cour aurait implicitement reconnu que rien ne s'opposerait à ce qu'un enfant fût élevé par une personne homosexuelle vivant avec un partenaire du même sexe qu'elle. La Cour interaméricaine des droits de l'homme serait parvenue récemment à une conclusion analogue dans l'affaire *Atala Riffo et filles c. Chili* (arrêt du 24 février 2012).

79. Par ailleurs, en ce qui concerne la question du consensus européen, il conviendrait de relever que la majorité des quarante-sept États membres du Conseil de l'Europe réservent l'adoption coparentale aux couples hétérosexuels mariés. Les seuls États susceptibles de servir de point de comparaison en l'espèce seraient ceux qui ouvrent l'adoption coparentale à d'autres couples, notamment aux couples homosexuels (mariés, partenaires enregistrés ou vivant ensemble) ou aux couples hétérosexuels non mariés. Parmi ce groupe d'États, quatorze auraient étendu l'adoption coparentale aux couples homosexuels ou envisageraient de le faire et cinq seulement (dont l'Autriche) ouvriraient cette forme d'adoption aux couples hétérosexuels non mariés tout en l'interdisant aux couples homosexuels.

80. Enfin, l'article 7 de la Convention de 2008 reconnaîtrait la diversité des législations sur l'adoption, mais il n'en demeurerait pas moins que les articles 14 et 8 de la Convention interdisent aux États membres de se fonder sur des motifs discriminatoires pour étendre le droit d'adopter à un groupe de personnes mais non à un autre.

ii. Le Centre européen pour le droit et la justice (ECLJ)

81. L'ECLJ estime qu'il n'y a pas eu d'ingérence dans la vie familiale *de facto* des requérants et que l'article 8 n'est donc pas applicable en l'espèce. Il soutient en outre qu'il n'existe pas un droit à l'adoption, ni un droit à être adopté. Selon lui, les intéressés revendiquent en substance un droit à la reconnaissance de leur vie familiale. Or, comme le droit de se marier, le droit de fonder une famille consacré par l'article 12 de la Convention serait réservé aux couples hétérosexuels.

82. Pour le cas où l'affaire serait examinée sous l'angle de l'article 8, l'ECLJ soutient qu'à supposer même qu'il y ait eu ingérence dans l'exercice par les requérants de leur droit au respect de leur vie familiale, force est de constater que cette ingérence était prévue par la loi, plus précisément par l'article 182 § 2 du code civil, et qu'elle poursuivait un but légitime, à savoir la protection des relations entre le deuxième requérant et son père, lequel était opposé à l'adoption envisagée. Le refus des juridictions internes d'autoriser l'adoption voulue par les intéressés viserait également, et légitimement, à préserver la famille naturelle et à garantir la sécurité juridique aux enfants. La réalité biologique serait un élément objectif, et elle constituerait à ce titre une justification raisonnable.

83. Sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 8, l'ECLJ expose que les première et troisième requérantes n'ont pas la capacité biologique de fonder une famille et que leur situation n'est donc pas comparable à celle d'un couple hétérosexuel. L'article 182 § 2 du code civil s'appliquant à tous les couples, qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels, aucune différence de traitement n'aurait été opérée en l'espèce. Le fait que cette disposition produise des effets différents selon qu'elle s'applique à un couple homosexuel ou à un couple hétérosexuel ne s'analyserait pas en une discrimination.

iii. Le procureur général de l'Irlande du Nord

84. Le procureur général de l'Irlande du Nord considère que la Convention de 2008 pourrait servir à déterminer dans quelle mesure il existe un consensus européen dans ce domaine. Il fait notamment observer que l'article 4 de cet instrument érige l'intérêt supérieur de l'enfant en principe directeur de toute adoption et considère qu'il ressort clairement de l'article 7 qu'il n'existe aucun consensus en Europe concernant l'adoption par des couples homosexuels.

85. Il indique que la compatibilité avec la Convention des articles 14 et 15 § 1 de l'ordonnance de 1987 sur l'adoption applicable en Irlande du Nord, telle qu'amendée par la loi sur le partenariat civil, fait actuellement l'objet d'un recours en justice dans son pays au motif que ces dispositions privent les couples homosexuels, qu'ils soient ou non liés par un partenariat enregistré, de toute possibilité d'adopter et qu'elles interdisent l'adoption monoparentale aux personnes homosexuelles ayant conclu un partenariat enregistré, alors qu'une personne n'ayant pas conclu pareil partenariat peut adopter seule, quelle que soit son orientation sexuelle. Il précise qu'il est allégué dans le cadre du recours en cause que les effets cumulatifs de ces dispositions portent atteinte à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

86. Relevant que la Convention ne garantit pas un droit à l'adoption et s'appuyant sur la jurisprudence récente de la Cour (*E.B. c. France*, précité, *Gas et Dubois*, précité, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, CEDH 2010, et *S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, CEDH 2011), le procureur général de l'Irlande du Nord constate que la Cour a jusqu'à présent fait preuve de retenue judiciaire en reconnaissant que le législateur national est mieux placé que le juge européen pour apprécier les questions que posent les notions de famille et de mariage et les rapports entre parents et enfants.

iv. Amnesty International

87. Les observations d'Amnesty International fournissent un aperçu des clauses de non-discrimination figurant dans les traités régionaux

et internationaux de protection des droits de l'homme ainsi que de la jurisprudence pertinente de la Cour européenne et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Elles s'inspirent aussi de l'interprétation que les organes de suivi de l'Organisation des Nations unies – notamment le Comité des droits de l'homme et le Comité des droits de l'enfant – donnent des clauses en question.

88. Amnesty International considère que toute différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle doit être justifiée par des raisons particulièrement solides et convaincantes. Elle renvoie à cet égard à un arrêt récent de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (*Atala Riffo et filles*, précité), qui indique que « l'orientation sexuelle fait partie de l'intimité d'une personne et n'a pas à entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne a les qualités requises pour être parent ».

89. Amnesty International fait par ailleurs observer que, selon l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, l'intérêt de l'enfant doit être une « considération primordiale » dans toutes les décisions qui concernent les enfants. Elle relève que l'article 21 de la même convention érige aussi l'intérêt supérieur de l'enfant en « considération primordiale » en matière d'adoption. Cet instrument apporterait donc d'importantes restrictions à la marge d'appréciation des États, leur interdisant notamment d'appliquer des normes différentes en fonction de la composition des familles ou de l'orientation sexuelle d'un parent. Dans ces conditions, tout régime d'adoption devrait autoriser les tribunaux et les autres autorités compétentes à se fonder principalement sur l'intérêt supérieur de l'enfant pour statuer sur les demandes d'adoption.

v. Alliance Defending Freedom

90. Alliance Defending Freedom observe que ni la Convention ni la jurisprudence de la Cour relative à l'article 8 de la Convention ne reconnaissent un droit à l'adoption. En revanche, la Cour aurait conclu à l'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8 dans les affaires portant sur des allégations de discrimination en matière d'adoption et elle aurait examiné un petit nombre d'affaires de ce type (*Fretté c. France*, n° 36515/97, CEDH 2002-I ; et les affaires précitées *E.B. c. France* et *Gas et Dubois*). Dans l'arrêt *E.B. c. France*, la Cour aurait attaché un poids décisif notamment au fait que le droit français autorisait l'adoption d'un enfant par un célibataire, ouvrant ainsi la voie à l'adoption par une personne homosexuelle célibataire. Le cas d'espèce se distinguerait de l'affaire en question et pour Alliance Defending Freedom un constat de violation équivaldrait à une tentative de réécriture du droit des États qui réservent l'adoption coparentale aux couples hétérosexuels. Au surplus, cette question ne ferait pas consensus en Europe.

91. Par ailleurs, la thèse répandue de «l'indifférenciation», c'est-à-dire l'idée, émise dans diverses études, selon laquelle les enfants qui grandissent dans des familles homoparentales ne se trouvent pas dans une situation de net désavantage par rapport aux enfants élevés par des familles hétéroparentales, aurait été remise en question par des travaux sociologiques récents menés notamment aux États-Unis. Compte tenu du caractère peu concluant des résultats des études scientifiques réalisées en la matière et de l'ample marge d'appréciation dont les États bénéficieraient dans le domaine du droit de la famille, l'intérêt de l'enfant justifierait de réserver l'adoption, y compris l'adoption coparentale, aux couples hétérosexuels.

2. *Appréciation de la Cour*

a) **Applicabilité de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8**

92. La Cour a eu à connaître de plusieurs affaires où était alléguée une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le domaine de la vie privée et familiale. Elle en a examiné certaines sur le terrain de l'article 8 pris isolément. Ces affaires concernaient la répression pénale des relations homosexuelles entre adultes (*Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45, *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, série A n° 142, et *Modinos c. Chypre*, 22 avril 1993, série A n° 259) ou la révocation d'homosexuels des forces armées (*Smith et Grady c. Royaume-Uni*, nos 33985/96 et 33986/96, CEDH 1999-VI). Elle en a considéré d'autres sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8. Celles-ci se rapportaient à la fixation, en matière pénale, d'un âge de consentement différent pour les rapports homosexuels d'une part et pour les relations hétérosexuelles d'autre part (*L. et V. c. Autriche*, nos 39392/98 et 39829/98, CEDH 2003-I), à l'attribution de l'autorité parentale (*Salgueiro da Silva Mouta*, précité), à l'agrément des postulants à l'adoption d'un enfant (*Fretté, E.B. c. France*, et *Gas et Dubois*, précités), au droit du partenaire survivant à la transmission du bail contracté par le défunt (*Karner*, précité, et *Kozak c. Pologne*, n° 13102/02, 2 mars 2010), au droit à une couverture sociale (*P.B. et J.S. c. Autriche*, n° 18984/02, 22 juillet 2010) ou à l'accès des couples homosexuels au mariage ou à une autre forme de reconnaissance juridique (*Schalk et Kopf*, précité).

93. En l'espèce, les requérants invoquent l'article 14 combiné avec l'article 8 et soutiennent qu'ils vivent ensemble une vie familiale. Le Gouvernement ne conteste pas que l'article 14 combiné avec l'article 8 soit applicable en l'espèce. La Cour n'aperçoit aucune raison de s'écarter de l'avis des parties sur ce point, pour les motifs exposés ci-après.

94. Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'article 14 complète les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour la «jouissance des droits et libertés» qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins de ces clauses (voir, par exemple, *Schalk et Kopf*, précité, § 89, *E.B. c. France*, précité, § 47, *Karner*, précité, § 32, et *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, § 22, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II).

95. La Cour rappelle que la relation qu'entretient un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable relève de la notion de «vie familiale» au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation (*Schalk et Kopf*, précité, § 94). En outre, dans la décision sur la recevabilité qu'elle a rendue dans l'affaire *Gas et Dubois c. France* ((déc.), n° 25951/07, 31 août 2010), la Cour a déclaré que la relation entre deux femmes vivant ensemble sous le régime du pacte civil de solidarité (PACS) et l'enfant que la seconde d'entre elles avait conçu par procréation médicalement assistée et qu'elle élevait conjointement avec sa compagne s'analysait en une «vie familiale» au regard de l'article 8 de la Convention.

96. En l'espèce, les première et troisième requérantes forment un couple homosexuel stable menant une vie commune depuis de nombreuses années. Le deuxième requérant, dont elles s'occupent toutes les deux, vit avec elles. Dans ces conditions, la Cour estime que la relation qui unit les trois requérants relève de la notion de «vie familiale» au sens de l'article 8 de la Convention.

97. En conséquence, la Cour conclut que l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 trouve à s'appliquer en l'espèce.

b) Observation de l'article 14 combiné avec l'article 8

i. Les principes se dégageant de la jurisprudence de la Cour

98. Selon la jurisprudence constante de la Cour, pour qu'une question se pose au regard de l'article 14 il doit y avoir une différenciation dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables. Une telle différenciation est discriminatoire si elle ne repose pas sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de

traitement (*Schalk et Kopf*, précité, § 96, et *Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, § 60, CEDH 2008).

99. L'orientation sexuelle relève du champ d'application de l'article 14. La Cour a maintes fois déclaré que, comme les différences fondées sur le sexe, celles fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des motifs impérieux ou, autre formule parfois utilisée, par des « raisons particulièrement solides et convaincantes » (voir, par exemple, *E.B. c. France*, précité, § 91, *Kozak*, précité, § 92, *Karner*, précité, §§ 37 et 42, *L. et V. c. Autriche*, précité, § 45, et *Smith et Grady*, précité, § 90). S'agissant de différences de traitement fondées sur le sexe ou l'orientation sexuelle, la marge d'appréciation des États est étroite (*Kozak*, précité, § 92, et *Karner*, précité, § 41). Les différences motivées uniquement par des considérations tenant à l'orientation sexuelle sont inacceptables au regard de la Convention (*E.B. c. France*, précité, §§ 93 et 96, et *Salgueiro da Silva Mouta*, précité, § 36).

100. Avant d'en venir à l'examen du grief des requérants, la Cour précise que, d'une manière générale, l'adoption d'un enfant par des homosexuels peut revêtir trois formes distinctes. La première est celle de l'adoption par une seule personne (adoption monoparentale); la deuxième est celle de l'adoption coparentale, par laquelle un membre d'un couple adopte l'enfant de l'autre, le but étant que chacun des membres du couple ait le statut de parent légal; et la troisième est celle de l'adoption conjointe par les deux membres du couple (voir l'étude du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe citée au paragraphe 55 ci-dessus et *E.B. c. France*, précité, § 33).

101. Jusqu'à présent, la Cour a eu à connaître de deux affaires concernant des demandes d'adoption monoparentales émanant d'homosexuels (*Fretté* et *E.B. c. France*, précitées) et d'une affaire portant sur une demande d'adoption coparentale par un couple homosexuel (*Gas et Dubois*, précitée).

102. Dans l'affaire *Fretté* précitée, les autorités françaises avaient rejeté la demande d'agrément d'un postulant à l'adoption au motif que les « choix de vie » (autrement dit l'homosexualité) de l'intéressé ne présentaient pas des garanties suffisantes pour l'adoption d'un enfant. Se plaçant sur le terrain de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, la Cour a relevé que la législation française reconnaissait à tout célibataire – homme ou femme – le droit de déposer une demande d'adoption, et que les autorités françaises avaient rejeté la demande d'agrément préalable présentée par le requérant en se fondant – certes implicitement – sur son orientation sexuelle, et elle a donc conclu à l'existence d'une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle (*Fretté*, précité, § 32). Toutefois, elle a estimé que les décisions adoptées par les autorités internes poursuivaient un but légitime: protéger

la santé et les droits des enfants pouvant être concernés par une procédure d'adoption. Quant au point de savoir si cette différence de traitement était justifiée, la Cour a notamment observé qu'il n'y avait guère de communauté de vues entre les États membres du Conseil de l'Europe dans ce domaine, où le droit paraissait traverser une phase de transition, et elle a jugé que les autorités nationales devaient se voir reconnaître une marge d'appréciation étendue pour se prononcer en la matière. En ce qui concerne les intérêts concurrents du requérant et des enfants pouvant être adoptés, la Cour a relevé que la communauté scientifique était divisée sur les conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuels, compte tenu notamment du nombre restreint d'études scientifiques sur la question qui étaient disponibles à l'époque. En définitive, elle a reconnu que le refus d'agrément opposé à l'adoption envisagée n'avait pas porté atteinte au principe de proportionnalité et que la différence de traitement dénoncée n'était donc pas discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention (*ibidem*, §§ 37-43).

103. Dans l'arrêt de Grande Chambre qu'elle a rendu dans l'affaire *E.B. c. France* (précitée), elle aussi examinée sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 8, la Cour est revenue sur cette position. Après avoir procédé à une analyse approfondie des raisons invoquées par les autorités françaises pour justifier leur refus d'autoriser l'adoption envisagée par la requérante, qui vivait avec une autre femme une relation stable, la Cour a relevé que les autorités avaient retenu deux motifs principaux, à savoir l'absence de « référent paternel » dans le foyer de la requérante ou son entourage proche et le manque d'investissement de la compagne de celle-ci. Elle a considéré que ces deux motifs avaient émergé dans le cadre d'une appréciation globale de la situation de la requérante et que le caractère illégitime de l'un d'eux avait eu pour effet de contaminer l'ensemble de la décision. Elle a estimé que le second de ces motifs n'était pas critiquable, mais que le premier était implicitement lié à l'homosexualité de la requérante et que les autorités l'avaient abusivement invoqué dans un contexte où la demande d'agrément en vue d'une adoption émanait d'une personne célibataire. En définitive, elle a considéré que l'orientation sexuelle de la requérante n'avait cessé d'être au centre du débat la concernant et qu'elle avait revêtu un caractère décisif, menant à la décision de refus de l'agrément sollicité (*E.B. c. France*, précité, §§ 72-89). Elle a précisé que lorsqu'une différence de traitement est justifiée uniquement par des considérations tenant à l'orientation sexuelle de la personne concernée, elle doit être réputée discriminatoire au regard de la Convention (*ibidem*, § 93). Elle a ensuite relevé que le droit français autorisait l'adoption d'un enfant par un célibataire, ouvrant ainsi la voie à l'adoption par une personne célibataire

homosexuelle, ce qui n'était pas contesté. Au vu de son analyse des motifs avancés par les autorités françaises, elle a jugé que, pour rejeter la demande d'agrément en vue d'adopter présentée par la requérante, celles-ci avaient opéré une distinction dictée par des considérations tenant à l'orientation sexuelle de l'intéressée, distinction que l'on ne pouvait tolérer d'après la Convention. En conséquence, elle a conclu à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 (*ibidem*, §§ 94-98).

104. L'affaire *Gas et Dubois* (précitée) concernait deux femmes vivant en couple sous le régime du PACS de droit français. L'une des deux requérantes était la mère d'un enfant conçu par procréation médicalement assistée. Au regard du droit français, elle en était la seule parente. Les intéressées se plaignaient, sur le terrain de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, que l'enfant de l'une ne pouvait être adopté par l'autre. Plus précisément, elles souhaitaient être autorisées à adopter l'enfant sous le régime de l'adoption simple en vue de la création d'un lien de filiation entre l'enfant et la compagne de sa mère, ce qui leur aurait permis d'exercer conjointement l'autorité parentale sur celui-ci. Les autorités internes avaient refusé de donner leur agrément à ce projet d'adoption au motif que celle-ci aurait entraîné, au profit de la compagne de la mère de l'enfant, un transfert des droits d'autorité parentale non conforme à l'intérêt de l'enfant (*Gas et Dubois*, précité, § 62). La Cour a examiné la situation des intéressées en la comparant à celle d'un couple marié. Elle a relevé qu'en droit français seuls les couples mariés pouvaient exercer l'autorité parentale conjointe en cas d'adoption simple. Observant que les États contractants n'étaient pas tenus d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels et que le mariage conférait un statut particulier à ceux s'y engageant, elle a jugé que les requérantes ne se trouvaient pas dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés (*ibidem*, § 68). Relevant que l'adoption coparentale n'était pas non plus ouverte aux couples hétérosexuels non mariés qui, comme les requérantes, avaient conclu un PACS (*ibidem*, § 69), la Cour a conclu à l'absence de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle et à la non-violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

ii. Application en l'espèce des principes susmentionnés

- a) Comparaison de la situation des requérants avec celle d'un couple marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre

105. La première question qui se pose à la Cour est celle de savoir si la situation des requérants – les première et troisième requérantes, qui forment un couple homosexuel, et le fils de cette dernière – était comparable à celle d'un couple hétérosexuel marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre.

106. La Cour a récemment répondu à cette question par la négative dans l'affaire *Gas et Dubois*, pour des raisons qu'elle estime utile de rappeler et de réaffirmer ici. Il convient d'abord de garder à l'esprit que l'article 12 de la Convention n'impose pas aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels (*Schalk et Kopf*, précité, §§ 54-64), que le droit au mariage homosexuel ne peut pas non plus se déduire de l'article 14 combiné avec l'article 8 (*ibidem*, § 101) et que, lorsque les États décident d'offrir aux couples homosexuels un autre mode de reconnaissance juridique, ils bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré (*ibidem*, § 108, *Gas et Dubois*, précité, § 66). Par ailleurs, la Cour a déclaré à maintes reprises que le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent, que l'exercice du droit de se marier est protégé par l'article 12 de la Convention et qu'il emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques (voir, parmi d'autres, *Gas et Dubois*, précité, § 68, et *Burden*, précité, § 63).

107. Or le droit autrichien de l'adoption prévoit un régime spécifique pour les couples mariés. L'article 179 § 2 du code civil énonce en effet que l'adoption conjointe leur est réservée et qu'elle est en principe la seule forme d'adoption qui leur soit ouverte. Par exception à ce principe, la même disposition autorise un époux à adopter l'enfant de son conjoint (adoption coparentale).

108. S'appuyant sur l'arrêt *Gas et Dubois*, le Gouvernement avance que la situation des première et troisième requérantes n'est pas comparable à celle d'un couple marié. Pour leur part, les requérantes soulignent qu'elles n'entendent pas revendiquer un droit qui serait réservé aux couples mariés. La Cour n'aperçoit pas de raison de s'écarter de sa jurisprudence sur ce point.

109. Au vu de ce qui précède, la Cour conclut que la situation des première et troisième requérantes au regard de l'adoption coparentale n'est pas comparable à celle d'un couple marié.

110. En conséquence, il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 dans le chef des intéressés pour autant que l'on compare leur situation avec celle d'un couple marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre.

β) Comparaison de la situation des requérants avec celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre

111. La Cour relève que les observations des requérants portent essentiellement sur la comparaison de leur situation avec celle d'un couple hétérosexuel non marié. Les intéressés soulignent qu'en droit autrichien

l'adoption coparentale est ouverte non seulement aux couples mariés, mais aussi aux couples hétérosexuels non mariés, alors qu'elle est juridiquement impossible pour les couples homosexuels.

– *Situation comparable*

112. La Cour observe qu'aucune des parties n'avance que la loi distingue les couples homosexuels des couples hétérosexuels non mariés par un statut juridique particulier analogue à celui qui différencie les premiers et les seconds des couples mariés. D'ailleurs, le Gouvernement ne conteste pas que la situation des couples hétérosexuels non mariés soit comparable à celle des couples homosexuels, concédant que, en termes de personnes, les couples homosexuels et les couples hétérosexuels sont en théorie tout aussi aptes ou inaptes les uns que les autres à l'adoption en général et à l'adoption coparentale en particulier. La Cour constate que la situation des requérants, désireux d'établir un lien juridique entre le premier et le deuxième d'entre eux, est comparable à celle d'un couple hétérosexuel dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre.

– *Différence de traitement*

113. La Cour doit maintenant rechercher s'il y a eu une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle des première et troisième requérantes.

114. Le droit autrichien ouvre l'adoption coparentale aux couples hétérosexuels non mariés. L'article 179 du code civil autorise de manière générale l'adoption monoparentale, et aucune disposition de l'article 182 § 2 du même code, qui régit les effets de l'adoption, ne s'oppose à ce que l'un des membres d'un couple hétérosexuel non marié adopte l'enfant de l'autre sans qu'il y ait rupture des liens entre ce dernier et son enfant. En revanche, il est juridiquement impossible à un couple homosexuel de procéder à une adoption coparentale car ce même article 182 § 2 énonce que l'adoptant se substitue au parent biologique du même sexe que lui. En l'espèce, la première requérante étant une femme, en cas d'adoption par elle du deuxième requérant, seuls les liens entre celui-ci et sa mère, compagne de la première requérante, pourraient être rompus. Les intéressés ne peuvent donc pas recourir à l'adoption en vue de créer, entre la première requérante et le deuxième requérant, un lien de filiation qui s'ajouterait à celui qui existe entre le deuxième requérant et sa mère. Quoique neutre de prime abord, l'article 182 § 2 exclut les couples homosexuels de l'adoption coparentale.

115. Dans un souci d'exhaustivité, la Cour précise que depuis le 1^{er} janvier 2010, date de l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré, les couples homosexuels ont la possibilité de conclure un partenariat enregistré.

Les première et troisième requérantes n'ont pas usé de cette faculté. En tout état de cause, la conclusion d'un tel partenariat ne leur aurait pas permis de procéder à une adoption coparentale, l'article 8 § 4 de ladite loi interdisant expressément l'adoption par l'un des partenaires de l'enfant de l'autre.

116. Cela étant, il ne fait aucun doute que la législation applicable opère une distinction entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels en matière d'adoption coparentale. En l'état actuel du droit autrichien, l'adoption coparentale est inaccessible aux requérants, et il en serait ainsi même si le père biologique du deuxième requérant était décédé ou inconnu, ou s'il existait des motifs de passer outre à son refus de consentir à l'adoption. Le Gouvernement ne le conteste pas.

117. Toutefois, il soutient que les faits de la cause ne révèlent aucune forme de discrimination. À cet égard, il assure que la demande d'homologation de la convention d'adoption présentée par les intéressés a été rejetée pour des motifs étrangers à l'orientation sexuelle des première et troisième requérantes. Il précise d'abord que les tribunaux, et en particulier le tribunal régional, se sont opposés à l'adoption envisagée parce qu'elle ne servait pas l'intérêt de l'enfant. Il fait ensuite valoir que toute adoption requiert le consentement des parents biologiques de l'enfant à adopter. Observant que le père du deuxième requérant n'avait pas donné son consentement, le Gouvernement avance que les tribunaux n'avaient d'autre choix que de rejeter la demande d'adoption litigieuse et qu'ils auraient dû se prononcer exactement de la même façon si la première requérante avait été le compagnon et non la compagne de la troisième requérante. Autrement dit, la distinction juridique opérée par l'article 182 § 2 du code civil ne serait pas entrée en ligne de compte dans la présente affaire. Ce serait ainsi à un contrôle abstrait de la législation applicable que les requérants inviteraient la Cour à se livrer.

118. Au vu des décisions rendues par les juridictions internes (paragraphe 15, 18 et 20 ci-dessus), la Cour n'est pas convaincue par la thèse du Gouvernement. Elle observe d'emblée que ces juridictions ont clairement dit que l'article 182 § 2 du code civil s'opposait en toutes circonstances à une adoption qui produirait les effets désirés par les intéressés, à savoir l'établissement entre la première requérante et le deuxième requérant d'un lien de filiation venant s'ajouter à celui existant entre ce dernier et sa mère.

119. C'est sur ce seul motif que le tribunal de district a fondé sa décision. Il ne s'est pas arrêté sur les circonstances particulières de l'affaire, n'abordant à aucun moment la question de savoir si le père du deuxième requérant consentait ou non à l'adoption ou s'il existait des raisons de passer outre à son opposition comme le prétendaient les intéressés.

120. Le tribunal régional a lui aussi conclu que l'adoption souhaitée par les requérants était juridiquement impossible, mais il a évoqué d'autres aspects de l'affaire. Il a exprimé des doutes sur la capacité de la troisième requérante à représenter son fils dans la procédure d'adoption, estimant que cette situation pouvait donner lieu à un conflit d'intérêts. Il a toutefois jugé inutile de statuer sur cette question au motif que le tribunal de district avait à juste titre opposé une fin de non-recevoir à la demande d'adoption. D'après les informations dont la Cour dispose, il semble que le tribunal régional n'ait pas entendu les personnes concernées, à savoir les trois requérants et le père du deuxième requérant. Concernant le père de l'enfant et le rôle joué par lui, le tribunal s'est borné à constater, au vu du dossier, qu'il entretenait des contacts réguliers avec son fils. Il n'a pas recherché s'il existait, comme l'avançaient les intéressés, des raisons justifiant de faire application de l'article 181 § 3 du code civil pour passer outre à son refus de consentir à l'adoption. En revanche, il s'est longuement arrêté sur le fait que la notion de « parents » telle que la conçoit le droit autrichien de la famille renvoie à deux personnes de sexe opposé. Il a en outre tenu compte de l'intérêt de l'enfant à entretenir des relations avec ses deux parents de sexe opposé, considération qui, à ses yeux, excluait clairement l'adoption d'un enfant par le partenaire homosexuel de l'un de ses parents. Par ailleurs, il a recherché, à la lumière de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Karner* (précitée), si le droit de l'adoption en vigueur à l'époque opérait une discrimination à l'égard des couples homosexuels.

121. Il importe également de tenir compte de ce que le tribunal régional a conclu à l'admissibilité d'un pourvoi en cassation devant la Cour suprême au motif qu'il n'existait pas de jurisprudence sur « la question (...) en débat, à savoir celle de la licéité de l'adoption d'un enfant par le partenaire homosexuel de l'un de ses parents ». Aux yeux de la Cour, cela contredit catégoriquement la thèse du Gouvernement selon laquelle le fait qu'il soit juridiquement impossible aux couples homosexuels d'avoir accès à l'adoption coparentale n'a joué aucun rôle dans la solution donnée à la présente affaire.

122. Pour sa part, la Cour suprême a confirmé que l'adoption d'un enfant par la compagne de sa mère biologique était juridiquement impossible au regard de l'article 182 § 2 du code civil et a estimé que cette disposition n'outrepassait pas la marge d'appréciation reconnue aux États et qu'elle se conciliait donc avec l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8. Enfin, elle a également jugé que sa conclusion selon laquelle l'adoption envisagée était juridiquement impossible la dispensait de rechercher si les conditions dans lesquelles il pouvait être passé outre au refus de consentement du père de l'enfant, mesure exceptionnelle prévue par l'article 181 § 3 du code civil, étaient réunies.

123. Au vu de ce qui précède, la Cour rejette la thèse du Gouvernement selon laquelle les requérants n'ont pas été touchés par la différence de régime juridique découlant de l'article 182 § 2 du code civil. Elle estime que le fait que l'adoption souhaitée par les intéressés était juridiquement impossible n'a cessé d'être au centre de l'examen de l'affaire par les juridictions nationales (voir, *mutatis mutandis*, *E.B. c. France*, précité, § 88).

124. C'est en effet cet obstacle juridique qui a empêché les juridictions internes de rechercher concrètement, en application de l'article 180a du code civil, si l'adoption envisagée était dans l'intérêt du deuxième requérant. Elles n'ont ainsi pas examiné dans le détail les circonstances de la cause. Elles n'ont pas davantage vérifié s'il y avait des raisons de passer outre au refus du père de l'enfant de consentir à l'adoption, comme le leur permettait l'article 181 § 3 du code civil. Le Gouvernement soutient que les intéressés n'ont pas suffisamment étayé leur thèse selon laquelle il existait de telles raisons et qu'ils n'ont pas demandé aux tribunaux de statuer expressément sur ce point. La Cour se bornera à constater que les tribunaux internes ne se sont fondés sur aucun de ces deux motifs pour rejeter la demande des requérants. Comme indiqué ci-dessus, le tribunal de district et le tribunal régional n'ont pas abordé cette question, et la Cour suprême a expressément confirmé qu'il n'y avait pas lieu de s'y arrêter compte tenu de l'obstacle juridique absolu auquel se heurtait l'adoption envisagée.

125. Si la demande d'adoption introduite par les première et troisième requérantes avait été présentée par un couple hétérosexuel non marié, les tribunaux n'auraient pas pu lui opposer une fin de non-recevoir. Ils auraient au contraire été tenus de vérifier, conformément à l'article 180a du code civil, si cette adoption répondait à l'intérêt du deuxième requérant. Et si le père de l'enfant avait refusé de consentir à l'adoption, ils auraient dû rechercher s'il existait des circonstances exceptionnelles justifiant qu'ils passent outre à ce refus comme le leur permettait l'article 181 § 3 du code civil (pour un exemple d'application de cette procédure, voir l'arrêt *Eski*, précité, §§ 39-42, rendu dans une affaire où était en cause une adoption coparentale par un couple hétérosexuel marié et dans laquelle les juridictions autrichiennes avaient longuement analysé cette question en mettant en balance les intérêts de toutes les personnes concernées – ceux du couple, ceux de l'enfant et ceux de son père biologique – après avoir dûment entendu chacune d'elles et établi les faits pertinents).

126. En conséquence, la Cour estime que le grief des intéressés ne relève nullement de l'*actio popularis*. Comme elle l'a indiqué au paragraphe 123 ci-dessus, les requérants ont été directement touchés par la législation litigieuse, car, en interdisant de manière absolue l'adoption coparentale aux couples homosexuels, l'article 182 § 2 du code civil ôtait

toute utilité et toute pertinence à l'examen des circonstances propres à leur affaire et obligeait les autorités internes à opposer une fin de non-recevoir automatique à leur demande d'adoption. Partant, on ne peut pas dire que la Cour soit appelée à examiner *in abstracto* la législation critiquée: par sa nature même, l'interdiction absolue dont il est ici question a soustrait les faits de l'espèce à l'appréciation des juridictions internes et à celle de la Cour (voir, *mutatis mutandis*, *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)* [GC], n° 74025/01, § 72, CEDH 2005-IX).

127. De plus, s'il peut de prime abord sembler que la différence de traitement litigieuse concerne surtout la première requérante, qui n'a pas été traitée de la même manière que l'aurait été un membre d'un couple hétérosexuel non marié désireux d'adopter l'enfant de l'autre, la Cour observe que les trois requérants vivent ensemble une vie familiale (paragraphe 96 ci-dessus) et qu'ils ont présenté leur demande d'adoption en vue d'obtenir la reconnaissance juridique de cette vie familiale. Dans ces conditions, la Cour estime que les trois requérants ont été directement affectés par la différence de traitement en question et qu'ils peuvent donc tous se prétendre victimes de la violation alléguée.

128. Le Gouvernement avance enfin que l'obstacle juridique s'opposant à la demande d'adoption présentée par les intéressés n'était pas fondé sur l'orientation sexuelle des première et troisième requérantes et qu'il n'était donc pas discriminatoire. Il fait valoir que l'article 182 § 2 du code civil, qui interdit à une femme d'adopter un enfant tant qu'il subsiste des liens de droit entre celui-ci et sa mère, est une disposition d'application générale qui ferait aussi échec au projet d'une tante d'adopter son neveu tant que subsisteraient des liens entre celui-ci et sa mère.

129. Cet argument ne convainc pas la Cour. Les requérants se plaignent de ne pas avoir été traités de la même façon que l'aurait été un couple hétérosexuel non marié en ce qu'ils n'ont pas pu obtenir la reconnaissance juridique de leur vie familiale par le biais d'une adoption coparentale. En premier lieu, la Cour observe que les liens qu'entretiennent deux sœurs adultes ou une tante et son neveu échappent en principe à la sphère de la «vie familiale» au sens de l'article 8 de la Convention. En second lieu, quand bien même les liens en question relèveraient de cette notion, la Cour rappelle avoir déjà jugé que, sur le plan qualitatif, la relation entre deux sœurs vivant ensemble est différente par nature de celle qui lie les deux membres d'un couple, fût-il homosexuel (voir, *mutatis mutandis*, *Burden*, précité, § 62). Il s'ensuit que l'article 182 § 2 du code civil n'a pas les mêmes effets sur d'autres personnes que sur les requérants, dont la vie familiale s'est construite autour d'un couple homosexuel.

130. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, la Cour conclut que les requérants n'ont pas été traités comme l'aurait été un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre. Dès lors que le traitement différent qui leur fut réservé était indissociablement lié au fait que les première et troisième requérantes formaient un couple homosexuel, il était fondé sur l'orientation sexuelle des intéressées.

131. Il convient donc de distinguer la présente espèce de l'affaire *Gas et Dubois* (précitée, § 69), dans laquelle la Cour avait conclu à l'absence de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels au motif qu'en droit français l'interdiction de l'adoption coparentale frappait tant les premiers que les seconds.

– *But légitime et proportionnalité*

132. La Cour juge utile de préciser, bien que cela résulte de ce qui précède (voir, notamment, les paragraphes 116 et 126 ci-dessus), que la présente affaire ne concerne pas la question de savoir si, eu égard aux circonstances, la demande d'adoption présentée par les requérants aurait dû ou non être accueillie. La Cour n'a donc pas à se pencher sur le rôle que jouait le père du deuxième requérant ni sur le point de savoir s'il y avait ou non des raisons de passer outre à son refus de consentir à l'adoption envisagée. Il aurait appartenu aux tribunaux internes de statuer sur toutes ces questions s'ils avaient été en mesure d'examiner au fond la demande d'adoption.

133. Ce qui est en débat devant la Cour, c'est précisément le fait que ces juridictions se trouvaient dans l'incapacité de procéder à pareil examen dès lors que l'adoption du deuxième requérant par la compagne de sa mère était en tout état de cause impossible en vertu de l'article 182 § 2 du code civil. Si une demande d'adoption identique avait été présentée par un couple hétérosexuel non marié, les tribunaux autrichiens auraient au contraire été tenus d'en examiner le bien-fondé.

134. Bien que la présente affaire puisse être considérée dans le cadre de la problématique plus large des droits parentaux des couples homosexuels, la Cour n'est pas appelée à se prononcer sur la question de l'adoption coparentale par des couples homosexuels en elle-même, et encore moins sur celle de l'adoption par des couples homosexuels en général. Il s'agit pour elle de statuer sur un problème étroitement défini, celui de savoir si les requérants en l'espèce ont ou non été victimes d'une discrimination entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels en matière d'adoption coparentale.

135. La Cour rappelle que l'interdiction de la discrimination que consacre l'article 14 dépasse la jouissance des droits et libertés que la Convention et ses Protocoles imposent à chaque État de garantir. Cette interdiction s'applique aussi aux droits additionnels, pour autant qu'ils relèvent du champ d'application général de l'un des articles de la Convention, que l'État a volontairement décidé de protéger. Si l'article 8 ne garantit pas le droit d'adopter, la Cour a déjà déclaré, à propos d'une adoption par une personne homosexuelle célibataire, qu'un État qui est allé au-delà de ses obligations au titre de l'article 8 en créant un droit ne peut, dans la mise en application de ce dernier, prendre des mesures discriminatoires au sens de l'article 14 (*E.B. c. France*, précité, § 49).

136. Se tournant vers la présente espèce, la Cour relève que l'article 8 de la Convention n'impose pas aux États contractants d'étendre le droit à l'adoption coparentale aux couples non mariés (*Gas et Dubois*, précité, §§ 66-69, et *Emonet et autres*, précité, §§ 79-88). Toutefois, la législation autrichienne ouvre cette forme d'adoption aux couples hétérosexuels non mariés. En conséquence, la Cour doit rechercher si le refus d'accorder ce droit aux couples homosexuels (non mariés) poursuit un but légitime et est proportionné à ce but.

137. Il ressort des décisions rendues par les juridictions internes et des observations du Gouvernement que le droit autrichien de l'adoption vise à recréer la situation que l'on trouve dans une famille biologique. Dans son arrêt du 21 février 2006, le tribunal régional a précisé que les dispositions litigieuses visaient à préserver la « famille traditionnelle » et que le droit autrichien reposait sur le principe selon lequel un enfant mineur devait avoir pour parents deux personnes de sexe opposé, conformément à la réalité biologique. Il a jugé que la décision du législateur de ne pas prévoir l'adoption d'un enfant par le partenaire homosexuel de l'un de ses parents, opération qui romprait le lien de l'enfant avec son parent du sexe opposé, poursuivait un but légitime. De la même manière, la Cour suprême a déclaré, dans son arrêt du 27 septembre 2006, que l'adoption avait pour objectif principal de confier à des individus aptes et responsables l'éducation d'enfants privés de parents ou de la possibilité de recevoir une éducation correcte de leurs parents. Elle a jugé que cet objectif ne pouvait être atteint que si l'adoption permettait de recréer autant que possible la situation que l'on trouve dans une famille biologique. En résumé, les juridictions internes et le Gouvernement ont mis en avant le souci de protéger la famille traditionnelle, lui-même fondé sur le postulat tacite selon lequel seules les familles composées de parents de sexe opposé sont capables d'élever convenablement des enfants.

138. La Cour reconnaît que le souci de protéger la famille au sens traditionnel du terme constitue en principe un motif important et légitime apte à justifier une différence de traitement (*Karner*, précité, § 40, et *Kozak*, précité, § 98). Il va sans dire que la protection de l'intérêt de l'enfant est aussi un but légitime. Reste à savoir si le principe de proportionnalité a été respecté en l'espèce.

139. La Cour rappelle les principes qui se dégagent de sa jurisprudence. Le but consistant à protéger la famille au sens traditionnel du terme est assez abstrait, et une grande variété de mesures concrètes peuvent être utilisées pour le réaliser (*Karner*, précité, § 41, et *Kozak*, précité, § 98). En outre, étant donné que la Convention est un instrument vivant qui doit s'interpréter à la lumière des conditions actuelles, l'État doit choisir les mesures à prendre au titre de l'article 8 pour protéger la famille et garantir le respect de la vie familiale en tenant compte de l'évolution de la société ainsi que des changements qui se font jour dans la manière de percevoir les questions de société, d'état civil et celles d'ordre relationnel, notamment de l'idée selon laquelle il y a plus d'une voie ou d'un choix possibles en ce qui concerne la façon de mener une vie privée et familiale (*Kozak*, précité, § 98).

140. Lorsque la marge d'appréciation laissée aux États est étroite, dans le cas par exemple d'une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, non seulement le principe de proportionnalité exige que la mesure retenue soit normalement de nature à permettre la réalisation du but recherché, mais il oblige aussi à démontrer qu'il était nécessaire, pour atteindre ce but, d'exclure certaines personnes – en l'espèce les individus vivant une relation homosexuelle – du champ d'application de la mesure dont il s'agit (*Karner*, précité, § 41, et *Kozak*, précité, § 99).

141. En vertu de la jurisprudence précitée, la charge de cette preuve incombe au gouvernement défendeur. C'est donc au gouvernement autrichien qu'il revient en l'espèce de démontrer que la préservation de la famille traditionnelle, et plus précisément la protection de l'intérêt de l'enfant, commande d'interdire aux couples homosexuels l'adoption coparentale ouverte aux couples hétérosexuels non mariés.

142. La Cour rappelle que l'article 182 § 2 du code civil interdit de manière absolue – quoiqu'implicitement – l'adoption coparentale aux couples homosexuels. Le Gouvernement n'a pas présenté d'arguments précis, d'études scientifiques ou d'autres éléments de preuve susceptibles de démontrer que les familles homoparentales ne peuvent en aucun cas s'occuper convenablement d'un enfant. Il concède au contraire que, en termes de personnes, les couples homosexuels sont en théorie tout aussi aptes ou inaptes que les couples hétérosexuels à l'adoption. En outre, il déclare que le code civil ne vise pas à priver les couples homosexuels de

toute possibilité d'accéder à l'adoption coparentale, tout en soulignant que le législateur a voulu empêcher qu'un enfant puisse avoir, du point de vue juridique, deux pères ou deux mères. Il précise que l'interdiction expresse faite aux couples homosexuels de procéder à une adoption coparentale n'a été introduite qu'en 2010, lors de l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré, ajoutant que celle-ci n'est pas pertinente en l'espèce faute d'avoir été applicable au moment de l'examen de la présente affaire par les juridictions internes.

143. La Cour a déjà répondu à l'argument selon lequel le code civil ne vise pas spécifiquement à exclure les homosexuels (paragraphe 128 et 129 ci-dessus). Par ailleurs, elle reconnaît que la loi sur le partenariat enregistré n'est pas directement en cause en l'espèce mais estime que ce texte peut permettre de comprendre pourquoi l'adoption coparentale est interdite aux couples homosexuels. Cela dit, l'exposé des motifs du projet de loi (paragraphe 42 ci-dessus) se borne à énoncer que l'article 8 § 4 a été inséré dans la loi en réponse à des demandes réitérées formulées au cours de la procédure de consultation. En d'autres termes, cette disposition ne fait que refléter la position de certains pans de la société opposés à l'ouverture de l'adoption coparentale aux couples homosexuels.

144. En outre, le droit autrichien paraît manquer de cohérence. Il autorise l'adoption par une seule personne, même homosexuelle. Si celle-ci vit avec un partenaire enregistré, le consentement de celui-ci est requis en vertu de l'alinéa 2 de l'article 181 § 1 du code civil, tel que modifié par la loi sur le partenariat enregistré (paragraphe 40 ci-dessus). Par conséquent, le législateur admet qu'un enfant peut grandir au sein d'une famille fondée sur un couple homosexuel, reconnaissant ainsi que cette situation n'est pas préjudiciable à l'enfant. Néanmoins, le droit autrichien prévoit explicitement qu'un enfant ne doit pas avoir deux mères ou deux pères (voir, *mutatis mutandis*, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 78, CEDH 2002-VI, où la Cour a également tenu compte du manque de cohérence de l'ordre juridique interne).

145. La Cour juge pertinente la thèse des requérants selon laquelle les familles de fait fondées sur un couple homosexuel sont une réalité que le droit ne reconnaît pas ni ne protège. Elle constate que, contrairement à l'adoption monoparentale et à l'adoption conjointe, qui visent habituellement à créer des liens entre un enfant et un adoptant étrangers l'un à l'autre, l'adoption coparentale a pour objet de conférer au partenaire de l'un des parents de l'enfant des droits à l'égard de celui-ci. La Cour elle-même a fréquemment souligné l'importance que revêt la reconnaissance juridique des familles de fait (*Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n° 76240/01, § 119, 28 juin 2007 ;

voir aussi, en matière d'adoption coparentale, *Eski*, précité, § 39, et *Emonet et autres*, précité, §§ 63-64).

146. L'ensemble des considérations exposées ci-dessus – l'existence de la famille de fait formée par les intéressés, l'importance qu'il y a pour eux à en obtenir la reconnaissance juridique, l'incapacité du Gouvernement à établir qu'il serait préjudiciable pour un enfant d'être élevé par un couple homosexuel ou d'avoir légalement deux mères ou deux pères, et surtout le fait que le Gouvernement reconnaît que les couples homosexuels sont tout aussi aptes que les couples hétérosexuels à l'adoption coparentale – suscitent de sérieux doutes quant à la proportionnalité de l'interdiction absolue de l'adoption coparentale qui résulte pour les couples homosexuels de l'article 182 § 2 du code civil. En l'absence d'autres raisons particulièrement solides et convaincantes militant en faveur d'une telle interdiction absolue, les considérations exposées jusqu'ici donnent au contraire à penser que les tribunaux devraient pouvoir examiner chaque situation au cas par cas. Cette façon de procéder paraît aussi plus conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, notion clé des instruments internationaux pertinents (voir, en particulier, le paragraphe 49 ci-dessus et l'arrêt *E.B. c. France*, précité, § 95).

147. Pour justifier la différence de traitement litigieuse, le Gouvernement avance un autre argument. S'appuyant sur l'article 8 de la Convention, il soutient que les États bénéficient d'une ample marge d'appréciation dans le domaine du droit de l'adoption, où la recherche d'un équilibre entre les intérêts de toutes les personnes concernées est selon lui un exercice délicat. Cette latitude serait d'autant plus étendue en l'espèce que la question de l'adoption coparentale par des couples homosexuels ne fait pas l'objet d'un consensus européen.

148. La Cour observe que l'ampleur de la marge d'appréciation dont disposent les États au titre de l'article 8 de la Convention dépend d'un certain nombre de facteurs. Lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est d'ordinaire restreinte. Par contre, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est plus large (voir, pour des exemples récents, *S. H. et autres c. Autriche*, précité, § 94, et *A, B et C c. Irlande* [GC], n° 25579/05, § 232, CEDH 2010). Toutefois, la Cour rappelle que, dans le cas d'une allégation de discrimination fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle à examiner sous l'angle de l'article 14, la marge d'appréciation des États est étroite (paragraphe 99 ci-dessus).

149. En outre, et dans le seul but de répondre à l'affirmation du Gouvernement selon laquelle il n'existe pas de consensus européen en la matière, il convient de garder à l'esprit que la Cour n'est pas appelée à se prononcer sur la question générale de l'accès des homosexuels à l'adoption coparentale, mais sur celle d'une différence de traitement alléguée entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels dans ce domaine (paragraphe 134 ci-dessus). Dans ces conditions, seuls les dix États membres du Conseil de l'Europe qui ouvrent l'adoption coparentale aux couples non mariés peuvent servir de point de comparaison. Six d'entre eux traitent les couples hétérosexuels et les couples homosexuels de la même manière à cet égard. Ils sont quatre à avoir adopté la même position que l'Autriche (voir les éléments de droit comparé exposés au paragraphe 57 ci-dessus). La Cour est d'avis que l'étroitesse de cet échantillon ne permet de tirer aucune conclusion sur un éventuel consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe.

150. La Cour estime que la Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 2008 ne peut non plus être utilement invoquée à cette fin, d'abord parce qu'elle n'a pas été ratifiée par l'Autriche, ensuite parce que l'on peut douter qu'elle reflète une communauté de vues actuelle entre les États européens compte tenu du faible nombre de ratifications dont elle a fait l'objet jusqu'à présent. En tout état de cause, la Cour relève que, d'après l'article 7 § 1 de cet instrument, les États doivent permettre l'adoption par deux personnes de sexe différent (qui sont mariés ensemble ou, lorsqu'une telle institution existe, qui ont contracté un partenariat enregistré) ou par une seule personne. L'article 7 § 2 dispose que les États ont la possibilité d'étendre la portée de cette convention aux couples homosexuels mariés ou qui ont contracté un partenariat enregistré ensemble, ainsi qu'« aux couples hétérosexuels et homosexuels qui vivent ensemble dans le cadre d'une relation stable ». Il ne ressort donc pas de cette disposition que les États soient libres de traiter différemment les couples hétérosexuels et les couples homosexuels qui vivent ensemble dans le cadre d'une relation stable. Il apparaît que la Recommandation CM/Rec(2010)5 adoptée le 31 mars 2010 par le Comité des Ministres va dans le même sens puisque son paragraphe 23 invite les États membres à garantir l'application des droits et obligations conférés aux couples non mariés sans aucune discrimination à la fois aux couples de même sexe et à ceux de sexe différent. Quoi qu'il en soit, quand bien même l'article 7 § 2 de la Convention de 2008 recevrait une interprétation conduisant à un résultat différent, la Cour rappelle que les États demeurent responsables au regard de la Convention pour les engagements pris en

vertu de traités postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention (*Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, § 128, CEDH 2010).

151. La Cour a conscience que la recherche d'un équilibre entre la préservation de la famille traditionnelle et les droits des minorités sexuelles découlant de la Convention est un exercice par nature difficile et délicat, qui peut obliger les États à concilier des vues et des intérêts concurrents perçus par les parties concernées comme étant fondamentalement antagonistes (*Kozak*, précité, § 99). Toutefois, eu égard aux considérations qui précèdent, la Cour estime que le Gouvernement n'a pas fourni de raisons particulièrement solides et convaincantes propres à établir que l'exclusion des couples homosexuels du champ de l'adoption coparentale ouverte aux couples hétérosexuels non mariés était nécessaire à la préservation de la famille traditionnelle ou à la protection des intérêts de l'enfant. Partant, la distinction opérée par le droit autrichien est incompatible avec la Convention.

152. La Cour rappelle à nouveau qu'il ne s'agit pas pour elle en l'espèce de déterminer si la demande d'adoption présentée par les requérants aurait dû ou non être accueillie. Le litige dont elle est saisie porte sur le point de savoir si les intéressés ont été victimes d'une discrimination du fait que, l'adoption envisagée se heurtant à un obstacle juridique absolu, les tribunaux internes n'ont pas eu la possibilité de rechercher concrètement si elle servait ou non l'intérêt du deuxième requérant. À cet égard, la Cour renvoie à deux arrêts récents où elle a conclu à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 au motif que les requérants, pères d'enfants nés hors mariage, n'avaient pu faire examiner par les juridictions internes si l'intérêt des enfants commandait une attribution de l'autorité parentale exclusive à leur père ou plutôt un partage de l'autorité parentale entre leurs parents (*Zaunegger c. Allemagne*, n° 22028/04, §§ 61-63, 3 décembre 2009, et *Sporer c. Autriche*, n° 35637/03, §§ 88-90, 3 février 2011).

153. En conclusion, il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 pour autant que l'on compare la situation des requérants avec celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre.

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

154. 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

155. Les requérants réclament chacun 50 000 euros (EUR) pour le préjudice moral qu'ils disent avoir subi.

156. Le Gouvernement soutient qu'il ne se justifie pas d'accorder aux intéressés une indemnité pour préjudice moral, notamment parce qu'ils n'ont pas été empêchés de vivre comme ils l'entendaient. En tout état de cause, les sommes réclamées par les requérants ne correspondraient pas à celles allouées dans des affaires analogues.

157. La Cour estime que les requérants doivent avoir subi un dommage moral qui ne serait pas suffisamment réparé par le seul constat d'une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8. Considérant par ailleurs que l'atteinte découlant de la violation constatée a été portée à la famille qu'ils constituent, elle juge approprié de leur allouer conjointement la somme destinée à réparer leur dommage moral. Statuant en équité et se fondant sur la somme accordée dans une affaire analogue (*E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, § 102, 22 janvier 2008), la Cour octroie conjointement aux intéressés 10 000 EUR pour préjudice moral.

B. Frais et dépens

158. Les requérants réclament 49 680,94 EUR au total en remboursement de leurs frais et dépens, soit 6 156,59 EUR pour ceux engagés devant les juridictions internes et 43 524,35 EUR pour ceux exposés devant la Cour, taxe sur la valeur ajoutée (TVA) comprise.

159. Ils précisent que les frais et dépens encourus dans le cadre de la procédure suivie devant la Cour constitutionnelle d'une part et les juridictions civiles d'autre part s'élèvent respectivement à 2 735,71 EUR et 3 420, 88 EUR. Ils soutiennent que la saisine de la Cour constitutionnelle était nécessaire, expliquant que c'est l'arrêt rendu par cette juridiction qui leur a permis de s'assurer que l'introduction d'une requête en homologation de leur convention d'adoption devant les tribunaux n'entraînerait pas la perte des droits parentaux de la troisième requérante.

160. Ils indiquent que les frais et dépens encourus pour les besoins de la procédure suivie devant la Cour comprennent les frais de déplacement et d'hébergement exposés par leur avocat pour assister à l'audience tenue par la première section, soit 889,08 EUR, puis à celle devant la Grande Chambre, soit 913,22 EUR, auxquels il convient selon eux d'ajouter une indemnité de 1 832,30 EUR censée couvrir le manque à gagner que leur avocat aurait subi du fait de ses déplacements et de sa présence à Strasbourg en vue de leur représentation devant la Cour. Ils précisent que le reste de la somme dont ils réclament le remboursement correspond aux honoraires de leur avocat.

Ils considèrent que la procédure suivie devant la Grande Chambre ne se résume pas à une simple répétition de celle suivie devant la chambre, la Cour ayant posé des questions supplémentaires aux parties et un certain nombre d'observations de tiers intervenants ayant dû être analysées avant d'être évoquées à l'audience.

161. Le Gouvernement estime que les frais et dépens exposés pour les besoins de la procédure suivie devant la Cour constitutionnelle n'étaient pas nécessaires. Il soutient à cet égard que, d'après la jurisprudence de cette juridiction relative à l'article 140 de la Constitution fédérale, un justiciable ne peut saisir directement la Cour constitutionnelle que si la violation dont il se plaint résulte de l'application directe de la loi et que, en l'espèce, les requérants avaient la possibilité de s'adresser aux juridictions civiles.

162. En ce qui concerne la procédure suivie à Strasbourg, le Gouvernement trouve que les frais dont le remboursement est réclamé sont globalement excessifs. Il considère par ailleurs que les requérants ont pu s'inspirer dans une large mesure des moyens qu'ils avaient déjà soulevés dans le cadre de la procédure interne et, devant la Grande Chambre, sur les observations qu'ils avaient soumises à la chambre.

163. 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 ce qui concerne la procédure interne, la Cour considère que les frais exposés pour les besoins de la procédure devant la Cour constitutionnelle n'étaient pas nécessaires, relevant en particulier que le recours des intéressés a été jugé irrecevable par cette juridiction. En conséquence, seuls les frais afférents à la procédure suivie devant les juridictions civiles, à savoir 3 420,88 EUR, peuvent être remboursés aux requérants. Quant aux frais et dépens encourus dans le cadre de la procédure suivie à Strasbourg, la Cour estime, au vu des pièces dont elle dispose et des critères susmentionnés, qu'il y a lieu d'accorder 25 000 EUR aux intéressés. Au total, la Cour alloue donc 28 420,88 EUR aux requérants pour frais et dépens.

C. Intérêts moratoires

164. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable ;

2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 pour autant que l'on compare la situation des requérants avec celle d'un couple marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre;
3. *Dit*, par dix voix contre sept, qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 pour autant que l'on compare la situation des requérants avec celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre;
4. *Dit*, par onze voix contre six,
 - a) que l'État défendeur doit verser, dans les trois mois, les sommes suivantes:
 - i. 10 000 EUR (dix mille euros) conjointement aux requérants, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt ou de taxe, pour dommage moral,
 - ii. 28 420,88 EUR (vingt-huit mille quatre cent vingt euros quatre-vingt-huit centimes) aux requérants, plus tout montant pouvant être dû par eux à titre d'impôt ou de taxe, pour frais et dépens;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;
5. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 19 février 2013, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Johan Callewaert
Greffier adjoint

Dean Spielmann
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 Spielmann;
- opinion partiellement dissidente commune aux juges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, De Gaetano et Sicilianos.

D.S.
J.C.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE SPIELMANN

1. Concernant le point 2 du dispositif de l'arrêt, je suis d'avis que la situation des requérants – les première et troisième requérantes, qui forment un couple homosexuel, et le fils de cette dernière – était comparable à celle d'un couple hétérosexuel marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre.

2. Sur ce point, je réitère mon opinion concordante jointe à l'arrêt *Gas et Dubois c. France* (n° 25951/07, CEDH 2012) du 15 mars 2012, à laquelle s'est ralliée ma collègue Isabelle Berro-Lefèvre. Comme dans l'affaire *Gas et Dubois*, l'on est en présence d'un couple homosexuel stable. Pour ce qui est de la question examinée par la Cour, les première et troisième requérantes se trouvent à mon avis dans une situation comparable à celle d'un couple marié. Le fait que la Convention n'impose pas aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels ou que le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent est sans rapport avec le problème posé en l'espèce.

3. La raison pour laquelle je n'ai pas voté en faveur d'un constat de violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 tient à ce qu'il n'était à mon avis pas nécessaire d'examiner cette question. D'ailleurs, les requérants ont eux-mêmes souligné qu'ils n'entendaient pas revendiquer un droit réservé aux couples mariés. Même si leur position sur cette question n'était pas dénuée d'une certaine ambiguïté, ils ont principalement soutenu qu'aucun motif objectif et raisonnable ne justifiait que la première requérante se soit vu refuser le droit d'adopter l'enfant de sa partenaire alors qu'un tel droit aurait été accordé à un membre d'un couple hétérosexuel non marié. Certes, dans l'exposé initial de leur grief, les intéressés avaient comparé leur situation avec celle d'un couple marié. Mais dans leurs observations du 31 juillet 2012, reçues au greffe le 1^{er} août 2012, ils se sont exprimés comme suit :

«34. La question dont la Cour est saisie ne concerne PAS un privilège lié au mariage. Les requérantes ne revendiquent pas un droit réservé aux familles mariées pour l'adoption par le second parent (c'est là la différence essentielle entre l'affaire *Gas et Dubois* et la présente affaire!).

35. L'Autriche accorde également aux couples *non mariés* l'accès à l'adoption par le second parent.

36. Mais alors que les couples hétérosexuels non mariés peuvent pleinement bénéficier de cette possibilité, les couples homosexuels non mariés et leurs beaux-enfants en sont exclus. Cette situation est identique à celle qui caractérisait l'affaire

Karner (Karner c. Autriche 2003, Kozak c. Pologne 2010, P.B. et J.S. c. Autriche 2010, J.M. c. Royaume-Uni 2010).»

4. C'est ainsi que le débat devant la Cour a été circonscrit par les requérants eux-mêmes. Dans ces conditions, il me semble qu'il n'était pas nécessaire pour la Cour d'examiner la question de la comparaison de la situation des requérantes avec celle d'un couple marié, d'autant moins qu'il n'y a pas eu de vrai débat sur l'existence possible de justifications à la différence de traitement, à la lumière d'un éventuel but légitime et à l'aune du principe de proportionnalité.

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE COMMUNE
AUX JUGES CASADEVALL, ZIEMELE, KOVLER, JOČIENĚ,
ŠIKUTA, DE GAETANO ET SICILIANOS

1. Avec tout le respect dû à l'approche suivie par la majorité, nous ne sommes pas en mesure de souscrire au point 3 du dispositif, lequel constate une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 pour autant que l'on compare la situation des requérants avec celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre, ni aux arguments étayant cette conclusion. En effet, les spécificités factuelles de l'affaire, combinées au contenu du droit autrichien, d'une part, et une série de considérations de droit comparé et de droit international, d'autre part, nous conduisent à conclure qu'il n'y a eu de violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 dans le chef d'aucun des trois requérants.

I. Les spécificités de l'affaire et le droit autrichien

Les circonstances de l'espèce

2. Elles différaient de celles qui étaient en cause dans de précédentes affaires portant sur des questions d'adoption dont notre Cour a eu à connaître. En effet, quatre personnes étaient concernées en l'espèce: une mère biologique, un père biologique, la compagne de la mère et l'enfant à adopter (fils des deux premiers). La compagne de la mère, en accord avec celle-ci, souhaitait adopter l'enfant. Bien que l'enfant se trouvât sous l'autorité parentale de sa mère, il avait gardé des liens affectifs solides avec son père, qu'il voyait régulièrement et qui lui versait une pension alimentaire, tout aussi régulièrement d'après le dossier. Le père avait légitimement refusé de consentir à l'adoption. Il n'était pas contesté que l'enfant recevait une éducation correcte au sein du foyer familial composé de sa mère et de la compagne de celle-ci. Nous souscrivons sans aucune difficulté à l'idée selon laquelle la relation entre les trois requérants relevait de la notion de «vie familiale» au sens de l'article 8 de la Convention.

3. Sachant que l'article 8 de la Convention ne garantit ni le droit de fonder une famille, ni le droit d'adopter (voir, parmi d'autres, *E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, § 41, 22 janvier 2008), ni le droit à l'enfant, ni le droit d'être adopté, on peut se poser la question de savoir quelle était la prétendue ingérence des autorités nationales dans la vie privée ou familiale des requérants. En effet, la première requérante, compagne de la mère de l'enfant, ne pouvait pas se prévaloir d'un droit à adopter l'enfant de cette

dernière. À supposer qu'il ait souhaité être adopté, le deuxième requérant n'aurait pas davantage pu revendiquer un tel droit ; d'ailleurs, il avait déjà un père et une mère. La troisième requérante, mère de l'enfant, n'a subi aucune atteinte à ses droits. Bien au contraire, la législation litigieuse n'a fait que préserver ses droits parentaux, auxquels elle n'entendait pas renoncer. En tout état de cause, même à supposer qu'il y ait eu ingérence, elle était prévue par la loi et poursuivait le but légitime de protéger les relations familiales entre le deuxième requérant et son père, lequel était opposé au projet d'adoption. Mais nous ne nous étendrons pas davantage sur ce point.

La législation litigieuse

4. Contrairement à l'avis de la majorité (paragraphe 126 de l'arrêt), nous estimons que la Cour aurait dû examiner la question en partant de cette situation précise et non en se livrant à une analyse abstraite de la disposition juridique applicable et appliquée par les juridictions internes, à savoir l'article 182 § 2 du code civil autrichien. Ainsi, « (...) dans des affaires issues d'une requête individuelle, la Cour n'a point pour tâche de contrôler dans l'abstrait la législation litigieuse. Elle doit au contraire se limiter autant que possible à examiner les problèmes soulevés par le cas dont elle est saisie » (*Taxquet c. Belgique* [GC], n° 926/05, § 83 *in fine*, CEDH 2010).

5. Suivant la même ligne de raisonnement que celle du tribunal de district et du tribunal régional, la Cour suprême autrichienne a débouté les requérants de leur pourvoi en cassation. Parmi les motifs exposés dans son arrêt, elle a précisé que l'article 182 § 2 du code civil autrichien régissait les effets de l'adoption monoparentale et qu'il convenait d'en tirer les conclusions suivantes :

- si l'enfant n'était adopté que par un adoptant (ou une adoptante) seuls les liens familiaux qui l'unissaient à son père biologique (ou sa mère biologique) et aux parents de celui-ci (ou de celle-ci) étaient rompus ;
- cela signifiait notamment que l'adoption d'un enfant par une femme ne pouvait priver celui-ci de son père biologique ;
- l'article 182 § 2 du code civil interdisait de manière générale (et pas seulement aux couples homosexuels) tant l'adoption d'un enfant par un homme, aussi longtemps que subsistait le lien de filiation entre l'enfant à adopter et son père biologique, que l'adoption d'un enfant par une femme, aussi longtemps que subsistait le lien de filiation entre celui-ci et sa mère biologique ;
- il résultait donc de l'article 182 § 2 que la personne qui adoptait seule un enfant ne se substituait pas indifféremment à l'un ou à l'autre des parents, mais seulement au parent du même sexe qu'elle.

6. L'article 182 § 2 est une disposition de caractère général, absolument neutre, applicable dans toutes les situations et sans aucune distinction fondée sur l'orientation sexuelle des adoptants. Il arrive qu'une même disposition législative produise des effets différents selon les situations auxquelles elle s'applique. « La simple différence des effets ne constitue pas et n'implique pas une différence de traitement, dès lors qu'une seule et même règle produit des effets différents » (observations du tiers intervenant le Centre européen pour le droit et la justice). On retrouve dans la législation de beaucoup d'autres États membres du Conseil de l'Europe (voir, entre autres, les articles 360 et suivants du code civil français) les effets résultant de l'application des dispositions pertinentes du droit autrichien (rupture du lien de filiation entre l'enfant adopté et son père ou sa mère biologique), effets qui sont la conséquence juridique et logique du fait de l'adoption. Notre Cour a déjà reconnu « (...) que la logique de la conception de l'adoption litigieuse, qui entraî[ait] la rupture du lien de filiation antérieur entre la personne adoptée et son parent naturel [était] valable pour les personnes mineures » et que « (...) compte tenu du fondement et de l'objet de l'article 365 du code civil [français] (...) l'on ne [pouvait], en se fondant sur la remise en cause de l'application de cette seule disposition, légitimer la mise en place d'un double lien de filiation » (*Gas et Dubois c. France*, n° 25951/07, § 72, CEDH 2012). Cela est valable, *mutatis mutandis*, dans le cas d'espèce. Le changement des acteurs est sans incidence sur les effets produits, qui resteront toujours les mêmes : l'enfant ne pourra pas être adopté sans le consentement exprès du père ou de la mère avec lequel il garde un lien de filiation. Partant, que l'adoptant soit un homme ou une femme, qu'il soit hétérosexuel ou homosexuel, l'adoption est par principe impossible dans tous les cas.

La position du père de l'enfant

7. Les requérantes alléguaient à juste titre que l'homologation de l'adoption aurait conduit à la rupture du lien entre la mère et son fils en application de la disposition légale pertinente, tout en revendiquant la rupture judiciaire des liens unissant l'enfant et son père (c'est-à-dire la substitution de la compagne de la mère au père biologique). Ce faisant, elles oubliaient le droit légitime du père au respect de sa vie privée et familiale, également protégé par l'article 8. En dépit de la position de la majorité sur ce point (paragraphe 120 et 124 de l'arrêt), nous estimons que la faculté reconnue au juge par le code civil de passer outre à la volonté du père constitue une mesure exceptionnelle qui ne saurait être imposée que dans des situations graves et avérées de manquement flagrant aux obligations parentales, ce qui ne semblait pas être le cas en l'espèce. Un père n'a pas à se

justifier de vouloir rester le père de son fils et encore moins lorsque, comme en l'espèce, il assume pleinement ses responsabilités parentales.

L'intérêt supérieur de l'enfant

8. Il reste à examiner l'élément qui est au cœur de toute procédure d'adoption : l'intérêt supérieur de l'enfant (le grand oublié de ce dossier). Abstraction faite d'un éventuel conflit d'intérêts entre la mère représentante et son fils (question soulevée mais non tranchée par les autorités internes, paragraphe 18 de l'arrêt), il aurait fallu rechercher quelle était la position de l'enfant. Il avait entre onze et douze ans au moment de la procédure interne. Aujourd'hui, il approche de la majorité. Il a une mère et un père : au nom de quel intérêt supérieur la substitution de son père par la compagne de sa mère aurait-elle été justifiée ? Unies par des liens affectifs, les deux requérantes ont marqué leur intérêt pour l'adoption, mais rien ne démontrait l'existence d'un « intérêt supérieur » pour l'enfant. L'adoption consiste à « donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille » (*Fretté c. France*, n° 36515/97, § 42, CEDH 2002-I). Or force est de constater que le deuxième requérant a toujours eu une famille. L'arrêt est muet sur ce point essentiel.

L'adoption coparentale par des couples de même sexe

9. Après avoir rappelé que la présente affaire ne portait pas sur la question de savoir si, eu égard aux circonstances, la demande d'adoption des requérants aurait dû ou non être accueillie (paragraphe 132 et 152 de l'arrêt), la majorité a précisé à deux reprises que « (...) la Cour n'[était] pas appelée à se prononcer sur la question de l'adoption coparentale par des couples homosexuels en elle-même, et encore moins sur celle de l'adoption par des couples homosexuels en général » (paragraphe 134 et 149 de l'arrêt). Elle a ensuite ajouté – sans plus de précisions – que le but consistant à protéger la famille au sens traditionnel du terme était « assez abstrait » et qu'une grande variété de mesures concrètes pouvaient être utilisées pour le réaliser (paragraphe 139 de l'arrêt). Concernant l'article 8 § 4 de la loi sur le partenariat enregistré, la majorité a constaté que « (...) cette disposition ne fai[sait] que refléter la position de certains pans de la société opposés à l'ouverture de l'adoption coparentale aux couples homosexuels » (paragraphe 143 de l'arrêt) mais sans formuler d'autres considérations sur cette réalité objective, valable peut-être pour l'Autriche, mais aussi, le cas échéant, pour d'autres pays parties à la Convention.

10. Enfin, nous ne comprenons guère pourquoi la majorité a reproché au Gouvernement de ne pas avoir présenté d'arguments précis, d'études scientifiques ou d'autres éléments de preuve susceptibles de démontrer que

les familles homoparentales ne pouvaient s'occuper convenablement d'un enfant (paragraphe 142 et 146 de l'arrêt). Pourquoi le Gouvernement aurait-il dû présenter pareils éléments ? La question ne se posait pas dans les circonstances spécifiques de cette affaire. Elle était hors sujet. Le fait que le deuxième requérant semblait recevoir une éducation correcte de sa mère et de la compagne de celle-ci ne prêtait pas à controverse.

11. À notre avis, et avec tout le respect dû à la majorité, celle-ci en a dit trop ou trop peu sur cette question de l'adoption coparentale par des couples du même sexe.

II. Le droit comparé et le droit international

Le droit comparé et la question du « consensus »

12. Dans le paragraphe 149 de l'arrêt, et en réponse à l'affirmation du Gouvernement selon laquelle il n'existait pas de consensus européen en la matière, la Cour a relevé que « seuls les dix États membres du Conseil de l'Europe qui ouvr[ai]ent l'adoption coparentale aux couples non mariés [pouvaient] servir de point de comparaison », que « six d'entre eux trait[ai]ent les couples hétérosexuels et les couples homosexuels de la même manière à cet égard » et qu'ils étaient « quatre à avoir adopté la même position que l'Autriche (...) », puis elle a estimé que « l'étroitesse de cet échantillon ne permet[tait] de tirer aucune conclusion sur un éventuel consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe ».

13. Cette manière de voir soulève avant tout une question d'ordre méthodologique, à savoir celle de l'« échantillon » des États membres à prendre en considération. Fallait-il se limiter aux seuls États dont l'ordre juridique se prêtait à une comparaison quasi automatique avec celui de l'État défendeur ou bien fallait-il aussi prendre en compte les législations qui s'inscrivaient dans le contexte plus large de l'affaire ? Si l'on retient la première solution, la majorité a eu raison de ne tenir compte que des législations des dix États parties qui ouvrent l'adoption coparentale aux couples non mariés.

14. Mais, à supposer que cette solution soit effectivement la bonne, la conclusion que la Cour en a tirée est pour le moins curieuse. En effet, dès lors que six de ces dix États ont emprunté une voie tandis que les quatre autres en ont choisi une autre, il semble évident que les États en question sont fortement divisés et qu'il n'existe donc *aucun* consensus. Dans ces conditions, il paraît bien artificiel de s'abriter derrière l'« étroitesse de cet échantillon » pour esquiver la question en déclarant qu'aucune conclusion ne peut être tirée « sur un éventuel consensus ». Ce raisonnement quelque

peu étrange s'explique, en réalité, par le fait que la méthode retenue n'est peut-être pas la bonne.

15. En effet, la méthode en question conduit inexorablement à faire abstraction d'une tendance claire, selon laquelle la grande majorité des États parties refusent pour l'instant l'adoption coparentale aux couples non mariés en général, et *a fortiori* aux couples non mariés de même sexe. Dire que cela n'est aucunement pertinent au regard de la présente affaire procède à notre sens d'une vision trop technique – et par conséquent réductrice – des réalités qui prévalent sur le plan paneuropéen. Si la Cour est et doit être une bonne technicienne, elle ne doit pas pour autant perdre de vue les grandes tendances qui se dessinent clairement sur l'horizon de notre continent, du moins dans les circonstances actuelles. Par ailleurs, et en passant de la méthodologie à la terminologie, faut-il s'en tenir toujours à la notion plutôt restrictive du « consensus », que l'on retrouve très rarement dans la réalité ? Ne serait-il pas plus opportun et plus simple de parler de « tendance » ? Ces observations conduisent à examiner plus avant l'état actuel du droit international pertinent en la matière.

Le droit international et la tendance au « laissez-faire »

16. On constate que l'absence d'un quelconque « consensus » et la diversité des approches en matière d'adoption coparentale par des couples non mariés se reflètent clairement dans l'article 7 § 2 de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants révisée en 2008 et entrée en vigueur en 2011 (« la Convention de 2008 »). Selon cette disposition : « Les États ont la possibilité d'étendre la portée de la présente Convention aux couples homosexuels mariés ou qui ont contracté un partenariat enregistré ensemble. Ils ont également la possibilité d'étendre la portée de la présente Convention aux couples hétérosexuels et homosexuels qui vivent ensemble dans le cadre d'une relation stable. » En d'autres termes, la disposition précitée laisse les États libres de légiférer comme ils l'entendent en la matière.

17. La Convention en question est traitée de façon plutôt ambivalente dans l'arrêt. Certains de ses articles – y compris la disposition précitée – et les passages correspondants de son rapport explicatif sont reproduits aux paragraphes 51 à 53 de l'arrêt, sous la rubrique « Conventions internationales et documents du Conseil de l'Europe », ce qui donne à penser qu'il s'agit là d'un instrument à prendre en considération, conformément à la pratique devenue habituelle de la Cour. On sait, en effet, que la Cour en appelle souvent à l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités pour s'inspirer d'autres instruments internationaux pertinents au regard de l'interprétation de la Convention (voir I. Ziemele, *“Other Rules of International Law and the European Court of Human Rights: A Question of*

a Simple Collateral Benefit?», in *The European Convention on Human Rights, a living instrument. Essays in Honour of Christos L. Rozakis*, D. Spielmann, M. Tsirli, P. Voyatzis (eds.), Brussels, Bruylant, 2011, pp. 741-758).

18. Or le paragraphe 150 de l'arrêt semble se distancier soudainement de cette pratique. Dans un premier temps, il paraît vouloir écarter d'emblée la Convention de 2008 « parce qu'elle n'a pas été ratifiée par l'Autriche ». L'argument semble étrange si l'on garde à l'esprit que la Cour a pour pratique courante de s'inspirer de plusieurs instruments internationaux, qu'ils aient ou non été ratifiés par l'État défendeur, dès lors qu'ils reflètent l'état actuel du droit international général (voir, parmi beaucoup d'autres, *Cudak c. Lituanie* [GC], n° 15869/02, § 66, CEDH 2010). Afin de justifier ce changement de cap, la Cour s'est hâtée de déclarer, précisément, que « l'on peut douter [que la Convention de 2008] reflète une communauté de vues actuelle entre les États européens compte tenu du faible nombre de ratifications dont elle a fait l'objet jusqu'à présent ». Pour pertinent qu'il puisse sembler *prima facie* du point de vue du droit international, cet argument constitue en réalité une sorte de *petitio principii*. En effet, la seule disposition de la Convention de 2008 susceptible d'entrer en ligne de compte en l'espèce est l'article 7 § 2 (précité). Or, la disposition en question ne fait que cristalliser, on le répète, l'absence de « communauté de vues actuelle entre les États européens ». Autrement dit, les rédacteurs de la Convention de 2008 ont voulu exprimer dans cette disposition, de manière implicite mais claire, leur désaccord en matière d'adoption coparentale hors mariage et s'accorder une liberté totale de légiférer en la matière. Faute de vouloir admettre cette situation – et par là même l'argument du gouvernement autrichien sur l'absence de consensus – la Cour a préféré mettre en doute la pertinence de la Convention de 2008 dans son ensemble.

19. Pourtant, aussitôt après avoir tenté d'écarter la Convention de 2008, la majorité l'a invoquée pour en tirer argument à l'appui de sa thèse principale concernant la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8. Après avoir rappelé le contenu de l'article 7 § 2 de la Convention de 2008, l'arrêt ajoute qu'« [i]l ne ressort donc pas de cette disposition que les États soient libres de traiter différemment les couples hétérosexuels et les couple homosexuels qui vivent ensemble dans le cadre d'une relation stable » (paragraphe 150 de l'arrêt). Outre le fait que, à nos yeux, cette interprétation ne respecte pas la lettre de l'article 7 § 2, elle semble contrevenir également à son objet et à son but, tels qu'explicités dans le rapport explicatif cité au paragraphe 53 de l'arrêt. Retraçant l'historique de cette disposition et le cheminement logique qui a abouti à son adoption, le rapport explicatif énonce en effet que :

«45. Concernant le paragraphe 2 [de l'article 7], il a été relevé que deux États parties (la Suède en 2002 et le Royaume-Uni en 2005) ont dénoncé la Convention au motif que les partenaires enregistrés de même sexe, conformément à leur législation nationale, pouvaient faire une demande conjointe pour devenir parents adoptifs, ce qui contrevenait à la Convention. Des situations analogues dans d'autres pays pourraient également déboucher sur la dénonciation de la Convention de 1967. Néanmoins, il a aussi été relevé que le droit pour des partenaires enregistrés de même sexe d'adopter conjointement un enfant n'était pas une solution qu'un grand nombre d'États parties étaient prêts à accepter à l'heure actuelle.

46. Dans ces conditions, le paragraphe 2 permet aux États qui le souhaitent d'étendre la portée de la Convention révisée à l'adoption par des couples de même sexe, qu'ils soient mariés ou partenaires enregistrés. À cet égard, il n'est pas rare que des instruments du Conseil de l'Europe introduisent des dispositions novatrices tout en laissant la liberté aux États parties de décider d'appliquer lesdites dispositions (voir paragraphe 2 de l'article 5 de la Convention de 2003 sur les relations personnelles concernant les enfants, STE n° 192).

47. Les États ont également toute latitude pour étendre la portée de la Convention aux couples de sexe différent ou de même sexe vivant ensemble dans une relation stable. Il appartient aux États parties d'établir les critères d'évaluation de la stabilité d'une telle relation.»

20. Force est de constater que les passages précités soulignent tout d'abord les différences d'approches des États européens en matière d'adoption par des couples de même sexe, qu'ils mettent ensuite en exergue le caractère « novateur » de l'article 7 § 2, et qu'ils insistent enfin sur le fait qu'en vertu de cette disposition les États ont « également *toute latitude* pour étendre la portée de la Convention aux couples de sexe différent *ou* de même sexe vivant ensemble dans une relation stable » (italiques ajoutés). Les mots en italiques dénotent clairement la liberté totale des États de légiférer en la matière. Déduire de l'article 7 § 2 que les États contractants ont voulu limiter d'une quelconque manière la latitude de leurs législateurs respectifs constitue, à notre sens, une interprétation erronée de cette disposition.

21. Des remarques analogues pourraient être faites au sujet de la Recommandation CM/Rec(2010)5 adoptée le 31 mars 2010 par le Comité des Ministres. Le paragraphe 23 de ladite recommandation énonce en effet que « [l]orsque la législation nationale confère des droits et des obligations aux couples non mariés, les États membres devraient garantir son application sans aucune discrimination à la fois aux couples de même sexe et à ceux de sexes différents » ; et le même paragraphe d'ajouter « y compris en ce qui concerne les prestations de pension de retraite du survivant et les droits locatifs ». Ce dernier membre de phrase – qui est omis de la citation faite au paragraphe 150 de l'arrêt – est visiblement inspiré de l'arrêt *Karner c. Autriche* (n° 40016/98, en particulier §§ 34 et suivants, CEDH 2003-IX)

et semble vouloir situer le paragraphe 23 de la recommandation précitée notamment dans le champ patrimonial – voire successoral – et non pas dans celui de l'adoption. Cette manière de voir est corroborée par le fait que la même recommandation contient un paragraphe spécifique, le paragraphe 27, qui est consacré, lui, à l'adoption. Cette disposition – omise du paragraphe 150 de l'arrêt – se lit comme suit: «Tenant compte du fait que l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être la considération première dans les décisions en matière d'adoption d'un enfant, les États membres dont la législation nationale permet à des personnes célibataires d'adopter des enfants devraient garantir son application sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.» Ce paragraphe fait écho à la situation examinée par la Grande Chambre de la Cour dans l'arrêt *E.B. c. France*, précité (voir, notamment, §§ 70 et suivants). Il ne concerne pas l'adoption coparentale.

22. Le paragraphe 150 de l'arrêt contient un dernier argument, suivant lequel «(...) quand bien même l'article 7 § 2 de la Convention de 2008 recevrait une interprétation conduisant à un résultat différent, la Cour rappelle que les États demeurent responsables au regard de la Convention pour les engagements pris en vertu de traités postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention (*Al-Saadoon et Mufidhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, § 128, CEDH 2010)». Cela est certainement correct du point de vue de la responsabilité internationale des États. Cependant, l'article 7 § 2 de la Convention de 2008 ne crée aucun engagement. Au contraire, il laisse les États libres de légiférer comme ils l'entendent. Par conséquent, le passage précité ne semble pas pertinent en l'espèce. Il faudrait rappeler, par ailleurs, que dans son arrêt récent *Nada c. Suisse* ([GC], n° 10593/08, § 170, CEDH 2012), la Grande Chambre a confirmé l'approche qu'elle avait déjà suivie, selon laquelle lorsque «plusieurs instruments apparemment contradictoires sont simultanément applicables, la jurisprudence et la doctrine internationales s'efforcent de les interpréter de manière à coordonner leurs effets, tout en évitant de les opposer entre eux. Il en découle que deux engagements divergents doivent être autant que possible harmonisés de manière à leur conférer des effets en tous points conformes au droit en vigueur (voir, dans ce sens, *Al-Saadoon et Mufidhi*, précité, § 126, et *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97), § 55[, CEDH 2001-XI], ainsi que *Banković [et autres c. Belgique et autres (déc.)* [GC], n° 52207/99], §§ 55-57[, CEDH 2001-XII]; voir également les références citées dans le rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international intitulé «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international» (...)). Cette approche fondée sur l'harmonisation – plutôt que sur l'opposition – des

instruments conventionnels pertinents nous semble d'autant plus préférable en l'occurrence que la Convention de 2008 est un instrument récent du Conseil de l'Europe.

Les limites de l'interprétation évolutive: les « conditions de vie actuelles » ou celles de demain ?

23. Les développements précédents nous conduisent à conclure par quelques brèves considérations sur la méthode d'interprétation dite évolutive. On sait, en effet, que depuis l'arrêt *Tyrer*, la Cour rappelle fréquemment que la Convention est un instrument vivant qu'il faut interpréter « à la lumière des conditions de vie actuelles » (*Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31, série A n° 26). En d'autres termes, le sens de l'interprétation évolutive, telle que conçue par la Cour, est d'accompagner, voire de canaliser les changements (voir Ch. Rozakis, "The Particular Role of the Strasbourg Case-Law in the Development of Human Rights in Europe", in *European Court of Human Rights 50 Years, Nomiko Vima*, Athens Bar Association, Athens, 2010, pp. 20-30, notamment pp. 25 et suiv.), non pas de les précéder et encore moins d'essayer de les imposer. Sans aucunement exclure que les conditions qui prévaudront en Europe à l'avenir puissent aller dans le sens apparemment voulu par la majorité, tel ne semble pas être le cas, on l'a vu, à l'heure actuelle. Nous estimons en conséquence que la majorité est allée au-delà des limites habituelles de la méthode d'interprétation évolutive.

ZORICA JOVANOVIĆ v. SERBIA
(Application no. 21794/08)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 26 MARCH 2013¹

1. English original.

SUMMARY¹**Continuing failure to provide credible information concerning fate of newborn baby in hospital care**

The considerations noted in *Varnava and Others* with respect to a State's positive obligations under Article 3 of the Convention to account for the whereabouts and fate of missing persons were broadly applicable, *mutatis mutandis*, to the very specific context of its positive obligation under Article 8 to provide credible information concerning the fate of a newborn baby while in hospital care (see paragraph 70 of the judgment).

Article 8

Respect for family life – Positive obligations – Effective investigation – Continuing failure to provide credible information concerning fate of newborn baby in hospital care – Lack of effective legislation and procedures governing authorities' obligations in such circumstances

Article 35 § 1

Six-month period – Application lodged more than six months after respondent State's ratification of right of individual petition – Starting-point for six-month period in disappearance cases – Actual or constructive knowledge that there was no immediate, realistic prospect of an effective investigation – Absence of excessive or unexplained delay on applicant's part

Article 35 § 3

Competence ratione temporis – Court's temporal jurisdiction in respect of newborn baby who had allegedly died/gone missing over ten years before the respondent State recognised the right of individual petition – Continuing situation

*

* *

Facts

On 28 October 1983 the applicant gave birth to a healthy baby boy in a State-run hospital. Three days later, when she and the baby were about to be discharged, she

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

was informed that her son had died. The applicant attempted to access the hospital nursery where her son had spent the night but was restrained by hospital orderlies. The baby's body was never released to the applicant or her family and she was never provided with an autopsy report or informed when and where her son was allegedly buried. No indication was given as to the cause of death and the death was not registered in municipal records. A criminal complaint filed by the applicant's husband against the hospital staff – following reports in the media about other similar cases – was rejected in October 2003 as unsubstantiated.

Between 2003 and 2010 the authorities took steps to improve procedures in hospitals in the event of the death of a newborn baby and to investigate allegations made by hundreds of parents whose babies had gone missing following their supposed deaths in hospital wards, mostly between the 1970s and 1990s. Thus, from 2003 onwards the parents, family or legal representatives of newborns who died in hospital were obliged to sign a special form stating they had been informed of the death and would personally make funeral arrangements. Furthermore, reports were drawn up by the Ombudsman, Parliament's Investigation Committee and a working group set up by Parliament to assess the situation and propose legislative changes. The reports of the Ombudsman and Investigation Committee found serious shortcomings, both in the legislation applicable in the 1980s and in the procedures and statutory regulations that applied when a newborn died in hospital (the prevailing medical opinion being that parents should be spared the pain of having to bury their child). They therefore considered that the parents' doubts as to what had really happened to their children were justified. The reports also found that the State's response to the situation had been inadequate. In December 2010, however, the parliamentary working group concluded that no changes to the existing legislation, which by then had already been amended, were necessary (except as regards the collection and usage of medical data). It also noted that Article 34 of the Serbian Constitution made it impossible to extend the applicable prescription period for the prosecution of crimes committed in the past, or to introduce new, more serious, criminal offences and/or harsher penalties.

Law

(1) Admissibility:

(a) *Compatibility* *ratione temporis* – The applicant's son had allegedly died/gone missing on 31 October 1983, but the Convention had not entered into force in respect of Serbia until 3 March 2004. Nevertheless, the respondent State's alleged failure to provide the applicant with any definitive and/or credible information as to the fate of her son was ongoing. In such circumstances, the applicant's complaint concerned a continuing situation and the Government's objection of lack of jurisdiction *ratione temporis* had to be dismissed. The Court was thus competent to examine the applicant's complaint in so far as it related to the respondent State's alleged failure to fulfil its procedural obligations under the Convention since 3 March 2004, but could also have regard to the facts prior to the ratification inasmuch as

they could be considered to have created a continuous situation extending beyond that date or may be relevant for the understanding of facts occurring thereafter.

(b) *Six-month rule* – The Court reiterated that applicants could not wait indefinitely before lodging their application with the Court in disappearance cases. While allowances had to be made for the uncertainty and confusion which frequently marked the aftermath of a disappearance, applications could be rejected as out of time where there was excessive or unexplained delay on the part of the applicants once they had, or should have, become aware that either no investigation had been instigated or that it had lapsed into inaction or become ineffective and that there was no immediate, realistic prospect of an effective investigation in the future. In the very specific circumstances of the instant case, despite the overall passage of time, it could not be said that the applicant had been unreasonable in awaiting the outcome of developments which could have “resolved crucial factual or legal issues” regarding her complaint, at least not until the presentation of the working group’s report in December 2010 when it became obvious that no redress would be forthcoming. Her application lodged in April 2008 was therefore within the six-month time-limit.

(c) *Exhaustion of domestic remedies* – The criminal complaint lodged by the applicant’s husband on his own and the applicant’s behalf was rejected by the public prosecutor’s office without any indication as to whether any preliminary investigation had been carried out. In any event, any criminal proceedings would have become time-barred by October 2003 at the latest and so would have been incapable of providing any redress thereafter. A civil claim could not have remedied the situation either as, while the civil courts could have recognised the violation of the applicant’s “personal rights” and awarded compensation, they could not effectively provide redress for the applicant’s underlying need for information as to “the real fate of her son”. The Government’s preliminary objection concerning an alleged failure to exhaust domestic remedies was therefore rejected.

Conclusion: admissible (unanimously).

(2) Merits: *Article 8* – The considerations the Court had noted in *Varnava and Others v. Turkey* ([GC], nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, ECHR 2009) with respect to a State’s positive obligations under Article 3 of the Convention to account for the whereabouts and fate of missing persons were broadly applicable, *mutatis mutandis*, to the very specific context of positive obligations under Article 8 in the instant case.²

The applicant still had no credible information as to what had happened to her son. His body had never been released to her or her family, and the cause of death

2. “The finding of such a violation is not limited to cases where the respondent State has been held responsible for the disappearance ... but can arise where the failure of the authorities to respond to the quest for information by the relatives or the obstacles placed in their way, leaving them to bear the brunt

was never determined. She had never been provided with an autopsy report or informed of when and where her son had allegedly been buried; his death had never been officially recorded. The criminal complaint filed by the applicant's husband appeared to have been rejected without adequate consideration.

The Serbian authorities had themselves acknowledged on various occasions that there had been serious shortcomings in the legislation and procedures concerning the death of newborn babies in hospital, and that the parents had legitimate concerns and were entitled to know the truth about their children's fate. However, despite several seemingly promising official initiatives, the working group report to Parliament in December 2010 had concluded that no changes were necessary to the already amended legislation, except as regards the collection and usage of medical data. It was clear though that this only improved the situation for the future and effectively offered nothing to parents like the applicant who had endured the ordeal in the past. The applicant had thus suffered a continuing violation of her right to respect for her family life on account of the respondent State's continuing failure to provide her with credible information as to the fate of her son.

Conclusion: violation (unanimously).

(3) Article 46: Given the significant number of potential applicants, the respondent State had to take within one year of the judgment becoming final appropriate measures, preferably by means of a *lex specialis*, to establish a mechanism providing individual redress to all parents in a situation similar to the applicant's. The mechanism was to be supervised by an independent body, with adequate powers, capable of providing credible answers regarding the fate of each missing child and affording adequate compensation. All similar applications already pending before the Court were adjourned for the one-year period without prejudice to the Court's powers to declare any such application inadmissible or strike it out of the list.

Article 41: 10,000 euros in respect of non-pecuniary damage.

Case-law cited by the Court

Agrotexim Hellas S.A. and Others v. Greece, no. 14807/89, Commission decision of 12 February 1992, Decisions and Reports 72

Akdeniz v. Turkey, no. 25165/94, 31 May 2005

Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão and Others v. Portugal, nos. 29813/96 and 30229/96, ECHR 2000-I

Balogh v. Hungary, no. 47940/99, 20 July 2004

Cone v. Romania, no. 35935/02, 24 June 2008

Dalia v. France, 19 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I

Dankevich v. Ukraine, no. 40679/98, 29 April 2003

of the efforts to uncover any facts, may be regarded as disclosing a flagrant, continuous and callous disregard of an obligation to account for the whereabouts and fate of a missing person" (*Varnava and Others*, cited above, § 200).

Dennis and Others v. the United Kingdom (dec.), no. 76573/01, 2 July 2002
Kurić and Others v. Slovenia [GC], no. 26828/06, 26 June 2012
M.C. v. Bulgaria, no. 39272/98, ECHR 2003-XII
Mifsud v. France (dec.) [GC], no. 57220/00, ECHR 2002-VIII
Monory v. Romania and Hungary, no. 71099/01, 5 April 2005
Ringeisen v. Austria, 16 July 1971, Series A no. 13
Scozzari and Giunta v. Italy [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, ECHR 2000-VIII
Varnava and Others v. Turkey [GC], nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90,
16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, ECHR 2009
Vernillo v. France, 20 February 1991, Series A no. 198
Walker v. the United Kingdom (dec.), no. 34979/97, ECHR 2000-I
Yağcı and Sargın v. Turkey, 8 June 1995, Series A no. 319-A

In the case of Zorica Jovanović v. Serbia,

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

Guido Raimondi, *President*,

Danutė Jočienė,

Peer Lorenzen,

Dragoljub Popović,

Işıl Karakaş,

Nebojša Vučinić,

Paulo Pinto de Albuquerque, *judges*,

and Françoise Elens-Passos, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 5 March 2013,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 21794/08) against Serbia lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Serbian national, Ms Zorica Jovanović (“the applicant”), on 22 April 2008.

2. The applicant, who had been granted legal aid, was represented by Ms D. Govedarica, a lawyer practising in Batočina. The Serbian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr S. Carić.

3. The applicant complained of the continuing failure by the Serbian authorities to provide her with any information about the real fate of her son, who had allegedly died while in the care of a State-run hospital, or indeed with any other redress in that regard.

4. On 12 April 2011 the application was communicated to the Government. It was also decided to rule on its admissibility and merits at the same time (Article 29 § 1).

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. The applicant was born in 1953 and lives in Batočina.

6. The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

A. The specific facts of the applicant's case

7. On 28 October 1983 the applicant gave birth to a healthy baby boy in the Čuprija Medical Centre (“the ČMC”), a State-run hospital.

8. Between 28 and 30 October 1983, while still in the ČMC, the applicant had regular contact with her son.

9. On 30 October 1983 the applicant was informed by the doctors that both she and her son would be discharged the next day.

10. The applicant was with her son until approximately 11 p.m. on 30 October, when he was taken to a separate room for newborn babies. This was standard procedure and the applicant's son had experienced no medical problems up to that point.

11. On 31 October 1983, at around 6.30 a.m., the duty doctor informed the applicant that “her baby ha[d] died”. Upon hearing this, the applicant immediately ran down the corridor towards the room where her son had spent the night. She was physically restrained by two orderlies, however. A nurse even tried to inject her with a sedative, but the applicant successfully resisted the attempt. Ultimately, having no other option and being in a state of shock, the applicant checked out of the ČMC. Her relatives were subsequently told that the autopsy of the infant would be performed in Belgrade, which was why his body could not yet be released to the parents. The applicant and her family remained confused as to why the autopsy would have to be carried out in Belgrade, as this was clearly a departure from the ČMC's normal practice.

12. From 2001, and particularly from 2002, the Serbian media started reporting extensively on numerous cases similar to the applicant's (see, for example, <http://www.kradjabeba.org>, accessed on 29 January 2013).

13. On 24 October 2002 the applicant sent a request to the ČMC, seeking all relevant documentation relating to her son's death.

14. On 12 November 2002 the applicant was informed by the ČMC that her son had died on 31 October 1983, at 7.15 a.m., and that his death had occurred from an unknown cause. The ČMC maintained that no other information was available because its archives had been flooded in the meantime and many documents had been destroyed.

15. On 22 November 2002, in response to the applicant's request, the Municipality of Čuprija informed her that her son's birth had been registered in the municipal records but that his death had not.

16. On 10 January 2003 the applicant's husband (the child's father) lodged a criminal complaint with the Čuprija municipal public prosecutor's office against the medical staff of the ČMC, whom the applicant deemed responsible for “her son's abduction”.

17. On 15 October 2003 the Čuprija municipal public prosecutor's office rejected the complaint as unsubstantiated, since "there was evidence that [the applicant's] son had died on 31 October 1983". No further reasoning was offered and there was no indication as to whether any preliminary investigation had been carried out.

18. In March 2004 the Municipality of Čuprija reaffirmed the content of its letter of 22 November 2002.

19. On 29 April 2004 the ČMC provided the applicant with its internal records in support of its letter dated 12 November 2002.

20. On 19 September 2007 the Municipality of Čuprija confirmed that the death of the applicant's son had never been formally registered.

21. On 28 December 2007 the Municipality of Čuprija provided the applicant with copies of her son's birth certificate, in response to her earlier demand, together with the ČMC's request for registration of the birth.

22. The body of the applicant's son was never released to the applicant or her family. Nor were they ever provided with an autopsy report or informed as to when and where he was allegedly buried.

23. Between 12 June 2009 and 20 July 2011 the Kragujevac Clinical Centre regularly treated the applicant for, *inter alia*, various depression-related symptoms dating back to 1999 and especially 2001.

B. Other relevant facts

1. The adoption of new procedures

24. At a meeting organised by the Ministry of Health on 17 June 2003 on the burial of newborn babies who had died in hospital it was decided, *inter alia*, that the bodies could only be released to the parents if the latter signed a special form designed for this purpose.

25. In response to a specific request sent to them by the State-run funeral company (*JKP Pogrebne usluge*) on 17 October 2003, all Belgrade-based public health-care institutions also agreed, *inter alia*, to implement a procedure whereby a special declaration would have to be signed (a) by the parents, or other family members, stating that they had been informed of the death by the hospital and that they would personally be making the funeral arrangements, or (b) by a legal entity, or its representative, to the effect that it would be making these arrangements because others had refused or were unable to do so. In the absence of such declarations, the State-run funeral company would refuse to collect the bodies from the hospitals.

2. *The parliamentary report of 14 July 2006* (Izveštaj o radu anketnog odbora obrazovanog radi utvrđivanja istine o novorođenoj deci nestaloj iz porodilišta u više gradova Srbije)

26. In 2005 hundreds of parents in the same situation as that of the applicant, that is, whose newborn babies had “gone missing” following their alleged deaths in hospital wards, especially in the 1970s, 1980s and 1990s, applied to the Serbian Parliament seeking redress.

27. On 14 July 2006 Parliament formally adopted a report prepared by the Investigating Committee established for this purpose. The findings of this report concluded, *inter alia*, that (a) there had been serious shortcomings in the applicable legislation at the relevant time and in the procedures before various State bodies and health authorities; (b) the situation justified the parents’ doubts or concerns as to what had really happened to their children; (c) no criminal redress could now be effective in view of the applicable limitation periods (see paragraph 34 below); and (d) a concerted effort on the part of all government bodies, as well as changes to the relevant legislation, were therefore necessary in order to provide the parents with adequate redress.

3. *Statements made by the President of the Parliament*

28. On 16 April 2010 the local media reported that the President of the Serbian Parliament had stated that a parliamentary working group was about to be formed in order to prepare new legislation aimed at providing redress to the parents of the “missing babies”.

4. *The Ombudsman’s report of 29 July 2010* (Izveštaj zaštitnika građana o slučajevima tzv. “nestalih beba” sa preporukama)

29. Following an extensive investigation into the issue, the Ombudsman found, *inter alia*, that (a) at the relevant time, there were no coherent procedures and/or statutory regulations as to what should happen in situations where a newborn baby died in hospital; (b) the prevailing medical opinion was that parents should be spared the mental pain of having to bury their newborn babies, which was why it was quite possible that certain couples were deliberately deprived of the opportunity to do so; (c) any autopsy reports were usually incomplete, inconclusive, and of highly dubious veracity; (d) it could not therefore be ruled out that the babies in question were indeed removed from their families unlawfully; (e) turning to more recent times, the government response between 2006 and 2010

had itself been inadequate; and (f) the parents therefore remained entitled to know the truth about the real fate of their children, which could only be arrived at through the enactment of a *lex specialis*.

5. *The working group's report submitted to Parliament on 28 December 2010 (Izveštaj o radu radne grupe za izradu predloga zakona radi stvaranja formalno-pravnih uslova za postupanje nadležnih organa po prijavama o nestanku novorođene dece iz porodilišta)*

30. In response to the findings and recommendations of the Parliamentary Report of 14 July 2006 (see paragraphs 26-27 above), a working group was set up by Parliament on 5 May 2010 (see paragraph 28 above). Its task was to assess the situation and propose any appropriate changes to the legislation.

31. On 28 December 2010 the working group submitted its report to Parliament. Following a detailed analysis of the current, already amended, legislation, it concluded that no changes were necessary except as regards the collection and use of medical data, but that a new piece of legislation concerning this issue was already being prepared (*nacrt Zakona o evidencijama u oblasti zdravstva*). The working group specifically noted, *inter alia*, that Article 34 of the Constitution made it impossible to extend the limitation period for criminal prosecution in respect of crimes committed in the past or, indeed, to introduce new, more serious, criminal offences and/or harsher penalties applicable to crimes committed in the past (see paragraph 32 below). The existing Criminal Code already envisaged several criminal offences of relevance to the issue, however, and the new Health Care Act set out a detailed procedure making it impossible for parents to have their newborn babies unlawfully removed from hospital wards (see paragraphs 35 and 41 below).

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Constitution of the Republic of Serbia (*Ustav Republike Srbije*, published in the Official Gazette of the Republic of Serbia (OG RS) no. 98/06)

32. Article 34 of the Constitution reads as follows:

“No one shall be convicted on account of any act which did not constitute a criminal offence under the law or any other regulation based on the law at the time when it was committed. Nor shall a penalty be imposed which was not prescribed for the act at the time.

The penalties shall be determined pursuant to the legislation in force at the time when the act was committed, save where subsequent legislation is more lenient for the perpetrator. Criminal offences and penalties shall be laid down by the law.”

B. Criminal Code of the Socialist Republic of Serbia 1977 (*Krivični zakon Socijalističke Republike Srbije*, published in the Official Gazette of the Socialist Republic of Serbia nos. 26/77, 28/77, 43/77 and 20/79)

33. Article 116 provided, *inter alia*, that anyone who had unlawfully detained or abducted a minor child from his or her parents was liable to a prison sentence of between one and ten years.

C. Criminal Code of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia 1976 (*Krivični zakon Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, published in the Official Gazette of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (OG SFRY) nos. 44/76, 36/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90 and 54/90; in the Official Gazette of the Federal Republic of Yugoslavia nos. 35/92, 16/93, 31/93, 37/93, 24/94 and 61/01; and in OG RS no. 39/03)

34. Articles 95 and 96 provided, *inter alia*, that prosecution of the crime defined in Article 116 of the Criminal Code of the Socialist Republic of Serbia became time-barred where more than twenty years had elapsed since the commission of the crime.

D. Criminal Code of the Republic of Serbia 2005 (*Krivični zakonik*, published in OG RS nos. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09 and 111/09)

35. Under Articles 191, 192, 388 and 389, various forms of child abduction and human trafficking, including for the purposes of adoption, are defined as a crime.

E. Obligations Act (*Zakon o obligacionim odnosima*, published in OG SFRY nos. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 and 31/93)

36. Articles 199 and 200 provide, *inter alia*, that anyone who has suffered fear, physical pain or, indeed, mental anguish as a consequence of a breach of his or her “personal rights” (*prava ličnosti*) shall be entitled, depending on their duration and intensity, to sue for financial compensation in the civil courts and, in addition, to request other forms of redress “which may be capable” of affording adequate non-pecuniary satisfaction.

37. Article 376 §§ 1 and 2 provide that a claim based on the above-mentioned provisions may be brought within three years of the date on

which the injured party learnt of the damage in question and identified the person responsible, but that such a claim must in any event be lodged within a maximum of five years of the event itself.

38. Article 377 § 1 further provides that if the damage in issue has been caused as a result of the commission of a criminal offence, the civil limitation period may be extended so as to correspond to the applicable criminal statute of limitations.

F. Relevant domestic case-law

39. On 4 June 1998 the Supreme Court (Rev. 251/98) held that civil limitation periods concerning various forms of non-pecuniary damage (see paragraphs 36-38 above) would not start running until the situation complained of had come to an end (*kada su pojedini vidovi neimovinske štete dobili oblik konačnog stanja*).

40. On 21 April 2004 the Supreme Court (Rev. 229/04) further held that “personal rights” within the meaning of the Obligations Act included, *inter alia*, the right to respect for family life.

G. Health Care Act (*Zakon o zdravstvenoj zaštiti*, published in OG RS nos. 107/05, 72/09, 88/10 and 99/10)

41. Articles 219 to 223 provide, *inter alia*, details as regards the determination of the time and cause of death of a newborn baby while still in hospital. Specifically, the hospital will inform the family as soon as possible and provide them with access to the body. An autopsy is carried out and a biological sample stored for any future purposes. The police are informed if no cause of death has been established, and the relevant municipal authorities are informed in all circumstances.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

42. The applicant relied on Articles 4, 5 and 8 of the Convention. In substance, however, she complained of the respondent State’s continuing failure to provide her with any information about the real fate of her son. The applicant suspected, further, that he might still be alive, having been unlawfully given up for adoption.

43. The Court, being the master of the characterisation to be given in law to the facts of any case before it (see *Akdeniz v. Turkey*, no. 25165/94, § 88, 31 May 2005), considers that this complaint falls to be examined

under Article 8 of the Convention, which, in so far as relevant, reads as follows:

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

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

A. Admissibility

1. Compatibility *ratione temporis*

(a) The parties' submissions

44. The Government maintained that the facts “constitutive of the alleged interference” concerned a period prior to 3 March 2004, that being the date when the Convention had come into force in respect of Serbia. Specifically, the applicant’s child had allegedly been taken from her on 31 October 1983 and her husband’s criminal complaint had been rejected on 15 October 2003, having not been lodged until some ten months previously. The Government argued, lastly, that even the alleged failure of the respondent State to remedy the impugned situation as of 3 March 2004 could not bring the applicant’s complaint within the Court’s competence *ratione temporis*.

45. The applicant submitted that the violation in question was of an ongoing character and that she had also complained orally about the issue to various authorities over the years.

(b) The Court’s assessment

46. The Court reiterates that its jurisdiction *ratione temporis* covers only the period after the ratification of the Convention or its Protocols by the respondent State. From the ratification date onwards, however, the State’s alleged acts and omissions must conform to the Convention and its Protocols, meaning that all subsequent facts fall within the Court’s jurisdiction even where they are merely extensions of an already existing situation (see, for example, *Yağcı and Sargın v. Turkey*, 8 June 1995, § 40, Series A no. 319-A, and *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão and Others v. Portugal*, nos. 29813/96 and 30229/96, § 43, ECHR 2000-I).

47. It is further observed that disappearances are a very specific phenomenon, characterised by an ongoing situation of uncertainty and

unaccountability in which there is a lack of information or even a deliberate concealment and obfuscation of what has occurred. This situation is very often drawn out over time, prolonging the torment of the victim's parents or relatives. It cannot therefore be said that a disappearance is, simply, an "instantaneous" act or event; the additional distinctive element of subsequent failure to account for the whereabouts and fate of the missing person gives rise to a continuing situation. Thus, the positive obligation will, potentially, persist as long as the fate of the person is unaccounted for. This is so even where death may, eventually, be presumed (see, albeit in the context of Articles 2 and 3, *Varnava and Others v. Turkey* [GC], nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, § 148, ECHR 2009).

48. Turning to the present case, the Court notes that the applicant's son allegedly died or went missing on 31 October 1983, whilst the Convention came into force in respect of Serbia on 3 March 2004. However, the respondent State's alleged failure to provide the applicant with any definitive and/or credible information as to the fate of her son has continued to the present day. In such circumstances, the Court considers that the applicant's complaint concerns a continuing situation (see, *mutatis mutandis*, *Varnava and Others*, cited above, §§ 130-50, and, in the context of Article 8, *Kurić and Others v. Slovenia* [GC], no. 26828/06, §§ 238 and 240-42, 26 June 2012).

49. Accordingly, the Government's objection as to the lack of jurisdiction *ratione temporis* must be dismissed. The Court is thus competent to examine the applicant's complaint in so far as it relates to the respondent State's alleged failure to fulfil its procedural obligations under the Convention as of 3 March 2004. It may, however, have regard to the facts prior to the ratification inasmuch as they could be considered to have created a continuous situation extending beyond that date or may be relevant for the understanding of facts occurring thereafter (see, *mutatis mutandis*, *Kurić and Others*, cited above, § 240).

2. *The six-month rule*

(a) **The parties' submissions**

50. The Government contended that the applicant's complaint had been lodged out of time because she had learned of the outcome of her criminal case more than four years earlier. The applicant should therefore have lodged her application with the Court within a period of six months following the Convention's entry into force in respect of Serbia, namely, as of 3 March 2004. Whilst it was true that various official reports had been produced

after that date, the Government submitted that the applicant could not have “reasonably expected” that any of them would have enabled her to initiate proceedings capable of bringing about the “resolution of her case”. No “revival” of the respondent State’s obligations under the Convention was therefore possible.

51. The applicant stated that the parliamentary report of 14 July 2006 and the Ombudsman’s report of 29 July 2010 had raised her hopes that redress might, after all, be forthcoming, and that such expectations had ended only on 28 December 2010 when the working group had presented its own report to Parliament.

(b) The Court’s assessment

52. The object of the six-month time-limit under Article 35 § 1 is to promote legal certainty, by ensuring that cases raising issues under the Convention are dealt with in a reasonable time and that past decisions are not continually open to challenge. It marks out the temporal limits of supervision carried out by the Court and signals to both individuals and State authorities the period beyond which such supervision is no longer possible (see, amongst other authorities, *Walker v. the United Kingdom* (dec.), no. 34979/97, ECHR 2000-I).

53. As a rule, the six-month period runs from the date of the final decision in the process of exhaustion of domestic remedies. Where it is clear from the outset, however, that no effective remedy is available to the applicant, the period runs from the date of the acts or measures complained of, or from the date of knowledge of that act or its effect on or prejudice to the applicant (see *Dennis and Others v. the United Kingdom* (dec.), no. 76573/01, 2 July 2002).

54. Nonetheless, it has been said that the six-month time-limit does not apply as such to continuing situations (see, for example, *Agrotexim Hellas S.A. and Others v. Greece*, no. 14807/89, Commission decision of 12 February 1992, Decisions and Reports 72, p. 148, and *Cone v. Romania*, no. 35935/02, § 22, 24 June 2008); this is because, if there is a situation of an ongoing breach, the time-limit in effect starts afresh each day and it is only once the situation ceases that the final period of six months will run to its end.

55. However, not all continuing situations are the same. As regards disappearances, applicants cannot wait indefinitely before lodging their application with the Court. Where there is a state of ignorance and uncertainty and, by definition, a failure to account for what has happened, if not an appearance of deliberate concealment and obstruction on the part of some authorities, it is more difficult for the relatives of the missing to

assess what is happening, or what can be expected to happen. Allowances must be made for the uncertainty and confusion which frequently mark the aftermath of a disappearance. Still, applications can be rejected as out of time where there has been excessive or unexplained delay on the part of applicants once they have, or should have, become aware that no investigation has been instigated or that the investigation has lapsed into inaction or become ineffective and, in any of those eventualities, there is no immediate, realistic prospect of an effective investigation being provided in the future. Where there are initiatives being pursued with regard to a disappearance situation, applicants may reasonably await developments which could resolve crucial factual or legal issues. Indeed, as long as there is some meaningful contact between families and authorities concerning complaints and requests for information, or some indication, or realistic possibility, of progress in investigative measures, considerations of undue delay will not generally arise. However, where there has been a considerable lapse of time, and there have been significant delays and lulls in investigative activity, there will come a moment when the relatives must realise that no effective investigation has been, or will be provided (see *Varnava and Others*, cited above, §§ 162 and 165).

56. Turning to the present case, the Court notes that on 14 July 2006 the Serbian Parliament formally adopted a report prepared by its Investigating Committee. The report included, *inter alia*, a recommendation to the effect that a concerted effort on the part of all government bodies, as well as changes to the relevant legislation, were necessary in order to provide the parents with adequate redress (see paragraph 27 (d) above). On 16 April 2010 the local media reported that the President of the Parliament had stated that a parliamentary working group was about to be formed in order to prepare new legislation aimed at providing redress to the parents of the “missing babies” (see paragraph 28 above). Lastly, in his report of 29 July 2010 the Serbian Ombudsman opined that the parents remained entitled to know the truth regarding the real fate of their children, and proposed the enactment of a *lex specialis* in that regard (see paragraph 29 (f) above).

57. In such, admittedly very specific, circumstances and despite the overall passage of time, it cannot be said that the applicant was unreasonable in awaiting the outcome of developments which could have “resolved crucial factual or legal issues” regarding her complaint, at least not until the presentation of the working group’s report on 28 December 2010 when it became obvious that no redress would be forthcoming (see paragraphs 30-31 above). Since the application in the present case was lodged on 22 April 2008, the Government’s objection must be rejected.

3. *Exhaustion of domestic remedies*

(a) **The parties' submissions**

58. The Government averred that the applicant had in effect made no effort to exhaust domestic remedies. In particular, it was her husband who had lodged the criminal complaint, and she, personally, had also failed to bring a civil case on the basis of Articles 199 and 200 of the Obligations Act, as applied and interpreted in the Supreme Court's case-law described in paragraphs 36 to 40 above. The Government further produced three judgments of the Supreme Court in which the claimants had been awarded compensation for the harm suffered as a consequence of medical errors and police misconduct, and one ruling setting aside a district court's decision adopted in the latter context (see Rev. nos. 1118/03, 807/05 and 51/07 of 10 April 2003, 1 December 2005 and 13 March 2007, respectively). In any event, and as a matter of principle, the Government considered it unreasonable that a State Party should be required to provide effective redress to applicants in cases where an alleged violation of their rights had taken place prior to the ratification of the Convention.

59. The applicant maintained that the criminal complaint lodged by her husband had clearly included her own complaint to the same effect since the entire matter concerned the disappearance of their child. It was true that the said complaint had been lodged in 2003, but the applicant had been unable to obtain any relevant evidence or expect any redress prior to then. Put simply, the "missing-babies issue" had been taboo until 2001, when the parents concerned had started organising themselves, the media had begun extensively reporting on it, and even Parliament had debated the issue at its plenary sessions. It should further be noted that, in the meantime, applicable criminal and civil limitation periods had come into force.

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

60. The Court reiterates that, under Article 35 § 1 of the Convention, it may only deal with an application after all domestic remedies have been exhausted. The purpose of Article 35 is to afford the Contracting States the opportunity of preventing or putting right the violations alleged against them before those allegations are submitted to the Court (see, for example, *Mifsud v. France* (dec.) [GC], no. 57220/00, § 15, ECHR 2002-VIII). The obligation to exhaust domestic remedies requires an applicant to make normal use of remedies which are effective, sufficient and accessible in respect of his or her Convention grievances. To be effective, a remedy must be capable of remedying directly the impugned state of affairs (see

Balogh v. Hungary, no. 47940/99, § 30, 20 July 2004). The Court has likewise frequently emphasised the need to apply the exhaustion rule with some degree of flexibility and without excessive formalism (see *Ringeisen v. Austria*, 16 July 1971, § 89, Series A no. 13).

61. In terms of the burden of proof, it is incumbent on the Government claiming non-exhaustion to satisfy the Court that the remedy was an effective one, available in theory and in practice at the relevant time (see, *inter alia*, *Vernillo v. France*, 20 February 1991, § 27, Series A no. 198, and *Dalia v. France*, 19 February 1998, § 38, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I). Once this burden has been satisfied, it falls to the applicant to establish that the remedy advanced by the Government was in fact exhausted, or was for some reason inadequate and ineffective in the particular circumstances of the case, or that there existed special circumstances absolving him or her from this requirement (see *Dankevich v. Ukraine*, no. 40679/98, § 107, 29 April 2003).

62. As regards the present case, the Court notes that the applicant's husband did indeed lodge a criminal complaint on his own behalf and on behalf of the applicant since the incident in question concerned the same event of equal significance to both of them. That complaint was rejected by the public prosecutor's office, however, without any indication as to whether any preliminary investigation had been carried out (see paragraph 17 above). Further, any criminal proceedings would indeed have become time-barred by October 2003, at the latest, and would hence have been incapable of providing any redress thereafter (see paragraphs 27 (c) and 34 above).

63. Concerning the civil claim, the Court considers that this avenue of redress could not have remedied the impugned state of affairs. The civil courts could, at best, have recognised the violation of the applicant's "personal rights" and awarded compensation for the non-pecuniary damage suffered. They could also, possibly, have ordered other forms of redress "capable" of affording non-pecuniary satisfaction. Neither of those measures, however, could have effectively remedied the applicant's underlying complaint, which was her need for information as to "the real fate of her son". The Government have certainly offered no evidence to the contrary. The Court notes, lastly, that neither Parliament nor the Ombudsman addressed this issue in their respective reports. Indeed, if anything, by recommending the enactment of a *lex specialis* they appear to have suggested that no existing domestic remedies, including the said civil claim, could have been effective (see paragraphs 27 (d), 28 and 29 (f) above).

64. The Government's objection as to the exhaustion of domestic remedies must therefore be rejected.

4. Conclusion

65. The Court notes that the applicant's complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It is also not inadmissible on any other grounds, and must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. The parties' submissions

66. The applicant reaffirmed her complaint regarding the respondent State's continuing failure to provide her with information as to the real fate of her son. She added that had her son died, as the ČMC had claimed, they should have reported the death to the competent municipal authorities, shown the body to the parents and produced an autopsy report.

67. The Government submitted that no violation of the applicant's rights could be imputed to the respondent State since the alleged disappearance of her son had occurred in a medical institution, not a State body. Nor was there any evidence that the applicant's child had indeed been removed from her unlawfully. Whilst there might have been certain procedural omissions on the part of the ČMC in 1983, the applicant had not made use of any domestic remedies, despite these being capable of offering redress for any wrongs suffered. The issue had also been considered repeatedly at domestic level and the relevant legal framework and practices had been amended with a view to offering adequate safeguards. Any changes to the criminal legislation, however, could not, by definition, be applied to the applicant's situation, which had arisen so many years previously (see paragraphs 24, 25 and 31 above).

2. The Court's assessment

68. The mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of "family life" within the meaning of Article 8 of the Convention (see, among many other authorities, *Monory v. Romania and Hungary*, no. 71099/01, § 70, 5 April 2005).

69. The essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by public authorities. There may, however, be additional positive obligations inherent in this provision extending to, *inter alia*, the effectiveness of any investigating procedures relating to one's family life (see, *mutatis mutandis*, and in the context of "private life", *M.C. v. Bulgaria*, no. 39272/98, §§ 152-53, ECHR 2003-XII).

70. In *Varnava and Others* (cited above) the Grand Chamber, albeit in the context of Article 3, held as follows:

“200. The phenomenon of disappearances imposes a particular burden on the relatives of missing persons who are kept in ignorance of the fate of their loved ones and suffer the anguish of uncertainty. ... The essence of the violation is not that there has been a serious human rights violation concerning the missing person; it lies in the authorities’ reactions and attitudes to the situation when it has been brought to their attention ... Other relevant factors include ... the extent to which the family member witnessed the events in question, the involvement of the family member in the attempts to obtain information about the disappeared person ... The finding of such a violation is not limited to cases where the respondent State has been held responsible for the disappearance ... but can arise where the failure of the authorities to respond to the quest for information by the relatives or the obstacles placed in their way, leaving them to bear the brunt of the efforts to uncover any facts, may be regarded as disclosing a flagrant, continuous and callous disregard of an obligation to account for the whereabouts and fate of a missing person.”

The Court deems these considerations broadly applicable, *mutatis mutandis*, to the very specific context of positive obligations under Article 8 in the present case.

71. With this in mind and turning to the present case, it is noted that the body of the applicant’s son was never released to the applicant or her family, and that the cause of death was never determined (see paragraphs 22 and 14 above, in that order). Furthermore, the applicant was never provided with an autopsy report or informed of when and where her son had allegedly been buried, and his death was never officially recorded (see paragraphs 22 and 15 above, in that order). The criminal complaint lodged by the applicant’s husband would also appear to have been rejected without adequate consideration (see paragraph 17 above), and the applicant herself still has no credible information as to what happened to her son.

72. Moreover, the Court observes that the respondent State authorities have themselves affirmed, on various occasions following the Serbian ratification of the Convention, that (a) in the 1980s there were serious shortcomings in the applicable legislation and in the procedures before various State bodies and health authorities; (b) there were no coherent statutory regulations as to what should happen in situations where a newborn baby died in hospital; (c) the prevailing medical opinion was that parents should be spared the mental pain of having to bury their newborn baby, which is why it was quite possible that certain couples were deliberately deprived of the opportunity to do so; (d) this situation justified the parents’ doubts or concerns as to what had really happened to their children, and it could not therefore be ruled out that the babies in question were indeed removed from their families unlawfully; (e) the respondent State’s response

between 2006 and 2010 was itself inadequate; and (f) the parents therefore remain entitled to know the truth as to the real fate of their children (see paragraphs 26-29 above).

73. Lastly, despite several seemingly promising official initiatives between 2003 and 2010, the working group's report submitted to the Serbian Parliament on 28 December 2010 concluded that no changes to the existing, already amended, legislation were necessary, except as regards the collection and use of medical data. In these circumstances, it is clear that this has only improved the situation for the future, and has effectively offered nothing to those parents, including the applicant, who have endured the ordeal in the past (see paragraphs 30-31 above).

74. The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that the applicant has suffered a continuing violation of the right to respect for her family life on account of the respondent State's continuing failure to provide her with credible information as to the fate of her son.

75. There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 8

76. The applicant further complained, under Article 13 of the Convention, of the respondent State's continuing failure to provide her with any redress for the continuing breach of her right to respect for her "family life".

77. The Government contested the merits of this complaint (see paragraph 58 above).

78. The Court considers that this complaint falls to be examined under Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

79. The former provision reads as follows:

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

80. Given that the applicant's Article 13 complaint is effectively the same as her complaint under Article 8, and having regard to its finding in respect of the latter (see, in particular, paragraph 73 above), the Court declares the Article 13 complaint admissible but considers that it need not be examined separately on its merits.

III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

81. 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

82. The applicant claimed 50,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage.

83. The Government contested that claim.

84. The Court considers that the applicant has certainly suffered some non-pecuniary damage. Having regard to the nature of the violation found in the present case and making its assessment on an equitable basis, the Court therefore awards her EUR 10,000 under this head.

B. Costs and expenses

85. The applicant also claimed EUR 2,750 for the costs and expenses incurred before the Court.

86. The Government contested that claim.

87. 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 their quantum. In the present case, regard being had to the documents in its possession and the above criteria, as well as the fact that the applicant has already been granted EUR 850 under the Council of Europe’s legal aid scheme, the Court considers it reasonable to award her the additional sum of EUR 1,800 for the costs incurred before it.

C. Default interest

88. 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.

IV. APPLICATION OF ARTICLE 46 OF THE CONVENTION

89. 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.

...”

90. Given these provisions, it follows, *inter alia*, that a judgment in which the Court finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned any 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 their domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress, in so far as possible, the effects thereof (see *Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 249, ECHR 2000-VIII).

91. In that connection the applicant requested that the respondent State be ordered to amend its legislation so as to increase the penalties for the relevant criminal offences, extend the applicable limitation period and, subsequently, reopen the criminal proceedings in her case.

92. In view of the above, as well as the significant number of potential applicants, the respondent State must, within one year from the date on which the present judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, take all appropriate measures, preferably by means of a *lex specialis* (see the Ombudsman's report of 29 July 2010 at paragraph 29 above), to secure the establishment of a mechanism aimed at providing individual redress to all parents in a situation such as, or sufficiently similar to, the applicant's (see paragraph 26 above). This mechanism should be supervised by an independent body, with adequate powers, which would be capable of providing credible answers regarding the fate of each child and awarding adequate compensation as appropriate.

93. As regards all similar applications already pending before it, the Court decides to adjourn these during the said interval. This decision is without prejudice to the Court's power at any moment to declare inadmissible any such case or to strike it out of its list in accordance with the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

1. *Declares* the application admissible;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 8 of the Convention;
3. *Holds* that there is no need to examine separately the complaint under Article 13 of the Convention;
4. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts, to be converted into Serbian dinars at the rate applicable at the date of settlement:

- (i) EUR 10,000 (ten thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;
 - (ii) EUR 1,800 (one thousand eight hundred euros), plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of costs and expenses;
- (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
5. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction;
 6. *Holds* that the respondent State must, within one year from the date on which the present judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, take all appropriate measures to secure the establishment of a mechanism aimed at providing individual redress to all parents in a situation such as, or sufficiently similar to, the applicant's (see paragraph 92 of the judgment);
 7. *Decides* to adjourn, for one year from the date on which the present judgment becomes final, all similar applications already pending before the Court, without prejudice to the Court's power at any moment to declare inadmissible any such case or to strike it out of its list of cases in accordance with the Convention.

Done in English, and notified in writing on 26 March 2013, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Françoise Elens-Passos
Deputy Registrar

Guido Raimondi
President

ZORICA JOVANOVIĆ c. SERBIE
(Requête n° 21794/08)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 26 MARS 2013¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Manquement continu à fournir des informations crédibles sur le sort d'un bébé né à l'hôpital**

Les considérations exposées dans l'arrêt *Varnava et autres* au sujet des obligations positives qui découlent pour l'État de l'article 3 de la Convention, à savoir rechercher les personnes disparues et rendre compte de leur sort, sont globalement applicables, *mutatis mutandis*, dans le contexte très particulier de l'article 8, où l'État a en l'occurrence l'obligation positive de fournir des informations crédibles au sujet de ce qu'il est advenu d'un bébé né à l'hôpital (paragraphe 70 de l'arrêt).

Article 8

Respect de la vie familiale – Obligations positives – Enquête effective – Manquement continu à fournir des informations crédibles sur le sort d'un bébé né à l'hôpital – Absence de législation et de procédures effectives fixant les obligations des autorités en pareil cas

Article 35 § 1

Délai de six mois – Requête introduite plus de six mois après la ratification de la Convention par l'État défendeur – Point de départ du délai de six mois dans les affaires de disparition – Connaissance réelle ou par déduction du fait qu'il n'y avait pas de perspective immédiate et réaliste qu'une enquête effective soit menée – Absence de retard excessif ou injustifié de la part de la requérante

Article 35 § 3

Compétence ratione temporis – Compétence temporelle de la Cour s'agissant d'un nouveau-né qui serait mort/aurait disparu plus de dix ans avant que l'État défendeur ne reconnaisse le droit de recours individuel – Situation continue

*

* *

En fait

Le 28 octobre 1983, la requérante mit au monde un garçon en bonne santé dans un hôpital public. Trois jours plus tard, alors qu'elle était sur le point de sortir de l'établissement avec son fils, elle fut informée que celui-ci était mort. Elle tenta de se

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

rendre à la pouponnière où son fils avait passé la nuit mais en fut empêchée par des aides-soignantes. Le corps du bébé ne fut jamais remis à la requérante ou à sa famille et on ne lui fournit jamais de rapport d'autopsie pas plus qu'on ne l'informa de la date et de l'endroit où son fils aurait été enterré. La cause du décès ne fut pas établie et le décès ne fut pas porté dans les registres municipaux. La plainte pénale déposée par le mari de la requérante contre le personnel de l'hôpital – après la parution dans les médias de reportages sur des cas similaires – fut rejetée en octobre 2003 pour défaut de fondement.

De 2003 à 2010, les autorités prirent des mesures pour améliorer les procédures à suivre dans les hôpitaux en cas de décès d'un nouveau-né et pour enquêter sur les allégations émanant de centaines de parents selon lesquelles leur bébé avait disparu après qu'on leur en eut annoncé le décès dans des hôpitaux, principalement dans les années 1970 à 1990. Ainsi, à partir de 2003, les parents, familles ou représentants légaux de nouveau-nés morts à l'hôpital furent soumis à l'obligation de signer un formulaire spécial indiquant qu'ils avaient été informés du décès et s'occuperaient eux-mêmes des obsèques. En outre, le médiateur, la commission d'enquête parlementaire et un groupe de travail mis en place par le Parlement produisirent des rapports analysant la situation et proposant des amendements législatifs. Les rapports du médiateur et de la commission d'enquête firent état de graves lacunes tant dans la législation en vigueur dans les années 1980 que dans les procédures et mesures d'application de la loi à suivre en cas de décès d'un nouveau-né à l'hôpital (l'avis prévalant dans le corps médical étant qu'il fallait épargner aux parents la douleur de devoir enterrer leur enfant). Ils conclurent donc que les doutes éprouvés par les parents quant au sort qu'avait réellement connu leur enfant étaient justifiés. Ils conclurent aussi que la réponse de l'État face à cette situation était insuffisante. En décembre 2010, toutefois, un groupe de travail du Parlement conclut qu'il n'y avait pas lieu d'amender la législation en vigueur, qui avait alors déjà été modifiée (sauf concernant la collecte et l'utilisation de données médicales). Il nota aussi que l'article 34 de la Constitution serbe empêchait d'allonger la durée du délai de prescription pour la poursuite d'infractions commises dans le passé ainsi que de créer de nouvelles infractions pénales plus graves et/ou des peines plus lourdes.

En droit

1. Recevabilité:

a) *Compatibilité* ratione temporis – La requérante allègue que son fils est décédé/a disparu le 31 octobre 1983, alors que la Convention n'est entrée en vigueur à l'égard de la Serbie que le 3 mars 2004. Néanmoins, le manquement de l'État défendeur à fournir à la requérante des informations définitives et/ou crédibles quant au sort de son fils se poursuit à ce jour. Dans ces conditions, le grief de la requérante concerne une situation continue; dès lors, il y a lieu de rejeter l'exception d'irrecevabilité pour

incompétence *ratione temporis* formulée par le Gouvernement. La Cour a donc compétence pour examiner le grief de la requérante pour autant qu'il se rapporte au manquement allégué de l'État défendeur à satisfaire aux obligations procédurales qui découlent pour lui de la Convention à compter du 3 mars 2004. Elle peut cependant avoir égard aux faits antérieurs à la ratification pour autant que l'on puisse les considérer comme étant à l'origine d'une situation qui s'est prolongée au-delà de cette date ou comme importants pour la compréhension des faits survenus après cette date.

b) *Règle des six mois* – La Cour réitère qu'en matière de disparitions, les requérants ne peuvent attendre indéfiniment pour saisir la Cour. S'il y a lieu de tenir compte de l'incertitude et de la confusion qui marquent fréquemment la période qui suit une disparition, des requêtes peuvent être rejetées pour tardiveté dans des affaires de disparition lorsque les requérants ont trop attendu, ou attendu sans raison apparente pour la saisir après s'être rendu compte, ou avoir dû se rendre compte, de l'absence d'ouverture d'une enquête ou de l'enlisement ou de la perte d'effectivité de l'enquête menée, ainsi que de l'absence dans l'immédiat, quel que soit le cas de figure, de la moindre chance réaliste de voir une enquête effective être menée à l'avenir. Dans les circonstances tout à fait particulières de la présente espèce, et malgré le temps écoulé, on ne saurait dire qu'il était déraisonnable de la part de la requérante d'attendre l'issue de développements qui auraient pu permettre de « résoudre des questions factuelles ou juridiques cruciales » concernant son grief, tout du moins jusqu'à la présentation du rapport du groupe de travail en décembre 2010, moment où il est apparu clairement qu'aucune réparation ne serait fournie. La requête, introduite en avril 2008, l'a donc été dans les délais.

c) *Épuisement des voies de recours internes* – La plainte pénale déposée par le mari de la requérante en son nom et au nom de la requérante a été rejetée par le parquet sans que l'on sache si une enquête préliminaire avait eu lieu. Quoi qu'il en soit, toute procédure pénale aurait de toute façon été frappée de prescription au plus tard en octobre 2003 et n'aurait donc pu déboucher ultérieurement sur une quelconque réparation. Quant à l'action civile, cette voie de recours n'était pas non plus de nature à remédier à la situation ; en effet, les juridictions civiles auraient pu reconnaître la violation des « droits individuels » de la requérante et lui octroyer une réparation mais elles ne pouvaient remédier de manière effective à la plainte sous-jacente de la requérante, laquelle cherchait à savoir ce qu'il était réellement advenu de son fils. Dès lors, la Cour rejette l'exception de non-épuisement des voies de recours internes formulée par le Gouvernement.

Conclusion: recevable (unanimité).

2. Fond: *article 8* – Les considérations exposées par la Cour dans l'arrêt *Varnava et autres c. Turquie* ([GC], n^{os} 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90,

16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, CEDH 2009) au sujet des obligations positives qui découlent pour l'État de l'article 3 de la Convention, à savoir rechercher les personnes disparues et rendre compte de leur sort, sont globalement applicables, *mutatis mutandis*, au contexte très spécifique de l'article 8 en l'espèce².

La requérante ne dispose toujours pas d'informations crédibles sur ce qu'il est advenu de son fils. Le corps n'a jamais été remis ni à elle ni à sa famille et la cause du décès n'a jamais été établie. Elle n'a jamais reçu de rapport d'autopsie ni été informée de la date et du lieu où son fils aurait été enterré, et son décès n'a jamais été officiellement enregistré. La plainte formée au pénal par le mari de la requérante paraît aussi avoir été rejetée sans examen approprié.

Les autorités serbes ont elles-mêmes reconnu à diverses occasions qu'il y avait de graves lacunes dans la législation et les procédures relatives au décès de nouveau-nés à l'hôpital, et que les parents avaient des préoccupations légitimes et avaient le droit de connaître la vérité quant au sort de leur enfant. Toutefois, en dépit de plusieurs initiatives officielles apparemment prometteuses, le rapport du groupe de travail présenté au Parlement en décembre 2010 a conclu qu'aucune modification de la législation en vigueur, déjà amendée, n'était nécessaire, sauf pour ce qui était de la collecte et de l'utilisation des données médicales. Il était donc clair que cela ne faisait qu'améliorer la situation pour l'avenir mais sans rien apporter aux parents qui, comme la requérante, avaient enduré leur épreuve dans le passé. La requérante a donc subi une violation continue de son droit au respect de sa vie familiale à raison du manquement continu de l'État défendeur à lui fournir des informations crédibles sur ce qu'il était advenu de son fils.

Conclusion : violation (unanimité).

3. Article 46 : eu égard au nombre important de requérants potentiels, l'État défendeur doit, dans un délai d'un an à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif, prendre toutes les mesures appropriées, de préférence au moyen d'une *lex specialis*, afin de mettre en place un mécanisme destiné à fournir un redressement individuel à tous les parents se trouvant dans une situation similaire à celle de la requérante. Ce mécanisme doit être supervisé par un organe indépendant doté des pouvoirs adéquats pour être en mesure d'apporter des réponses crédibles concernant le sort de chaque enfant disparu et d'offrir une réparation appropriée. La Cour ajourne l'examen de toutes les requêtes similaires pendantes devant elle pendant

2. « Le constat d'une telle violation ne se limite pas aux affaires où l'État défendeur est tenu pour responsable de la disparition (...) mais peut aussi être formulé lorsque l'absence de réponse des autorités à la demande d'informations des proches ou les obstacles dressés sur le chemin de ceux-ci, obligés en conséquence de supporter la charge d'élucider les faits, peuvent passer pour révéler un mépris flagrant, continu et implacable de l'obligation de rechercher la personne disparue et de rendre compte de son sort. » (*Varnava et autres*, précité, § 200)

ledit délai d'un an, réserve faite de la faculté pour la Cour, à tout moment, de déclarer irrecevable une telle requête ou de la rayer de son rôle.

Article 41 : 10 000 euros au titre du préjudice moral.

Jurisprudence citée par la Cour

Agrotexim Hellas S.A. et autres c. Grèce, n° 14807/89, décision de la Commission du 12 février 1992, Décisions et rapports 72

Akdeniz c. Turquie, n° 25165/94, 31 mai 2005

Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão et autres c. Portugal, n°s 29813/96 et 30229/96, CEDH 2000-I

Balogh c. Hongrie, n° 47940/99, 20 juillet 2004

Cone c. Roumanie, n° 35935/02, 24 juin 2008

Dalia c. France, 19 février 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I

Dankevitch c. Ukraine, n° 40679/98, 29 avril 2003

Dennis et autres c. Royaume-Uni (déc.), n° 76573/01, 2 juillet 2002

Kurić et autres c. Slovénie [GC], n° 26828/06, 26 juin 2012

M.C. c. Bulgarie, n° 39272/98, CEDH 2003-XII

Mifsud c. France (déc.) [GC], n° 57220/00, CEDH 2002-VIII

Monory c. Roumanie et Hongrie, n° 71099/01, 5 avril 2005

Ringeisen c. Autriche, 16 juillet 1971, série A n° 13

Scozzari et Giunta c. Italie [GC], n°s 39221/98 et 41963/98, CEDH 2000-VIII

Varnava et autres c. Turquie [GC], n°s 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, CEDH 2009

Vernillo c. France, 20 février 1991, série A n° 198

Walker c. Royaume-Uni (déc.), n° 34979/97, CEDH 2000-I

Yağcı et Sargın c. Turquie, 8 juin 1995, série A n° 319-A

En l'affaire Zorica Jovanović c. Serbie,

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

Guido Raimondi, *président*,

Danutė Jočienė,

Peer Lorenzen,

Dragoljub Popović,

Işıl Karakaş,

Nebojša Vučinić,

Paulo Pinto de Albuquerque, *juges*,

et de Françoise Elens-Passos, *greffière adjointe de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 5 mars 2013,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 21794/08) dirigée contre la République de Serbie et dont une ressortissante de cet État, M^{me} Zorica Jovanović (« la requérante »), a saisi la Cour le 22 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. La requérante, qui a été admise au bénéfice de l'assistance judiciaire, a été représentée par M^e D. Govedarica, avocate à Batočina. Le gouvernement serbe (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. S. Carić.

3. La requérante dénonçait le manquement continu des autorités serbes à lui fournir des informations sur ce qu'il était réellement advenu de son fils, qui serait mort alors qu'il se trouvait dans un hôpital public, ou d'ailleurs à lui offrir une quelconque réparation à cet égard.

4. Le 12 avril 2011, la requête a été communiquée au Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 1 de la Convention, il a en outre été décidé que la chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et sur le fond de l'affaire.

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

5. La requérante est née en 1953 et réside à Batočina.

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

A. Les faits de la cause

7. Le 28 octobre 1983, au centre médical de Ćuprija («le centre médical»), un établissement public, la requérante mit au monde un garçon en bonne santé.

8. Du 28 au 30 octobre 1983, pendant qu'elle était au centre médical, la requérante eut des contacts réguliers avec son fils.

9. Le 30 octobre 1983, elle fut informée par les médecins qu'elle sortirait avec son fils le lendemain.

10. Le 30 octobre au soir, la requérante garda son bébé avec elle jusqu'à 23 heures environ, heure à laquelle on emmena le bébé dans une pièce séparée pour les nouveau-nés. C'était la pratique habituelle, et le fils de la requérante n'avait eu jusque-là aucun problème médical.

11. Le 31 octobre 1983 vers 6 h 30, le médecin de garde informa la requérante que «son bébé était mort». Entendant cela, la requérante se précipita dans le couloir en direction de la pièce où son fils avait passé la nuit. Toutefois, deux aides-soignantes lui bloquèrent le passage. Une infirmière tenta même de lui injecter un calmant, mais la requérante réussit à l'en empêcher. Pour finir, ne pouvant rien faire d'autre, la requérante, en état d'hébétude, quitta le centre médical. On informa par la suite sa famille que l'autopsie du bébé serait effectuée à Belgrade, raison pour laquelle on ne pouvait pas encore remettre le corps aux parents. La requérante et sa famille ne comprirent pas pourquoi l'autopsie devait être effectuée à Belgrade, car cela ne correspondait pas à la pratique habituelle du centre médical.

12. À partir de 2001, et surtout de 2002, les médias serbes commencèrent à faire beaucoup de reportages sur de nombreux cas semblables à celui de la requérante (voir, par exemple, à l'adresse <http://www.kradjabeba.org>, page consultée le 29 janvier 2013).

13. Le 24 octobre 2002, la requérante s'adressa au centre médical pour demander tous les documents pertinents relatifs au décès de son fils.

14. Le 12 novembre 2002, le centre médical l'informa que son fils était mort le 31 octobre 1983 à 7 h 15 et que le décès était classé comme un décès sans indication de cause. Le centre médical déclara qu'il ne disposait d'aucun renseignement car ses archives avaient depuis lors été inondées, ce qui avait provoqué la destruction de nombreux documents.

15. Le 22 novembre 2002, en réponse à une demande de la requérante, la municipalité de Ćuprija informa celle-ci que la naissance de son fils avait été portée dans les registres municipaux, contrairement à son décès.

16. Le 10 janvier 2003, le mari de la requérante, père de l'enfant, déposa une plainte pénale au parquet de Ćuprija. La plainte était dirigée contre le

personnel du centre médical, que la requérante tenait pour responsable de « l'enlèvement de son fils ».

17. Le 15 octobre 2003, le parquet rejeta la plainte, la jugeant non fondée, au motif qu'il « existait des preuves que [le] fils [de la requérante] était décédé le 31 octobre 1983 ». Le parquet n'avancé aucune autre raison et n'indiquait pas si une enquête préliminaire avait eu lieu.

18. En mars 2004, la municipalité de Čuprija réitéra ce qu'elle avait dit dans sa lettre du 22 novembre 2002.

19. Le 29 avril 2004, le centre médical fournit à la requérante ses dossiers internes à l'appui de sa lettre du 12 novembre 2002.

20. Le 19 septembre 2007, la municipalité de Čuprija confirma que le décès du fils de la requérante n'avait jamais été officiellement enregistré.

21. Le 28 décembre 2007, en réponse à sa demande antérieure, la municipalité de Čuprija fournit à la requérante la copie de l'acte de naissance de son fils ainsi que la demande d'enregistrement de la naissance émanant du centre médical.

22. Le corps du bébé ne fut jamais remis à la requérante ou à sa famille. Ils ne reçurent jamais de rapport d'autopsie et ne furent jamais informés de la date et de l'endroit où l'enterrement aurait eu lieu.

23. Entre le 12 juin 2009 et le 20 juillet 2011, la clinique de Kragujevac soigna à plusieurs reprises la requérante entre autres pour divers symptômes dépressifs remontant à 1999 et en particulier à 2001.

B. Les autres faits pertinents

1. L'adoption de nouvelles procédures

24. Lors d'une réunion organisée par le ministère de la Santé le 17 juin 2003 sur le thème de l'enterrement de nouveau-nés morts à l'hôpital, il fut notamment décidé que les corps ne pourraient être remis aux parents que si ceux-ci avaient signé un formulaire spécial conçu à cet effet.

25. En réponse à une demande qui leur était expressément adressée par la compagnie nationale des pompes funèbres (*JKP Pogrebne usluge*), tous les établissements publics de santé de Belgrade acceptèrent en outre, le 17 octobre 2003, de mettre en œuvre une procédure prévoyant qu'une déclaration spéciale devait être signée: a) par les parents, ou d'autres membres de la famille, indiquant qu'ils avaient été informés du décès par l'hôpital et qu'ils prendraient personnellement des dispositions en vue de l'enterrement, ou b) par une entité juridique, ou son représentant, indiquant qu'elle se chargerait de ces dispositions puisque d'autres personnes avaient refusé ou n'étaient pas en mesure de le faire. En l'absence de telles

déclarations, la compagnie nationale des pompes funèbres refuserait d'aller chercher les corps dans les hôpitaux.

2. Le rapport parlementaire du 14 juillet 2006 (Izveštaj o radu anketnog odbora obrazovanog radi utvrđivanja istine o novorođenoj deci nestaloj iz porodilišta u više gradova Srbije)

26. En 2005, des centaines de parents se trouvant dans une situation identique à celle de la requérante, c'est-à-dire des parents dont les nouveaux-nés avaient « disparu » après qu'on leur eut annoncé leur décès dans des services hospitaliers, principalement dans les années 1970, 1980 et 1990, s'adressèrent au Parlement serbe pour demander réparation.

27. Le 14 juillet 2006, le Parlement adopta un rapport préparé par la commission d'enquête mise en place dans ce but. Dans ses conclusions, le rapport indiquait entre autres: a) qu'il y avait de graves lacunes dans la législation applicable à l'époque, ainsi que dans les procédures devant les différents organes de l'État et autorités sanitaires, b) que cette situation justifiait que les parents aient des doutes/préoccupations quant à ce qui était réellement arrivé à leurs enfants, c) qu'aucun recours pénal ne pouvait à ce jour être effectif en raison du délai de prescription applicable (paragraphe 34 ci-dessous), et d) qu'un effort concerté de la part de tous les organes de l'État, ainsi que des amendements à la législation pertinente, étaient ainsi nécessaires afin de fournir aux parents un redressement adéquat.

3. Les déclarations du président du Parlement

28. Le 16 avril 2010, les médias locaux rapportèrent que le président du Parlement serbe avait déclaré qu'un groupe de travail parlementaire était sur le point d'être constitué afin de préparer une nouvelle loi visant à fournir un redressement aux parents de « bébés disparus ».

4. Le rapport du médiateur du 29 juillet 2010 (Izveštaj zaštitnika građana o slučajevima tzv. "nestalih beba" sa preporukama)

29. À la suite d'une enquête approfondie sur la question, le médiateur conclut notamment que: a) à l'époque, il n'existait pas de procédure ou de mesure d'application de la loi cohérente quant à la marche à suivre en cas de décès d'un nouveau-né à l'hôpital; b) l'avis prévalant dans le corps médical était qu'il fallait épargner aux parents la souffrance morale de devoir enterrer leur nouveau-né, raison pour laquelle il était tout à fait possible que certains couples aient été délibérément privés de la possibilité de le faire; c) les rapports d'autopsie, quand il y en avait, étaient généralement incomplets, non concluants et d'une véracité hautement sujette à caution; d) on ne pouvait donc exclure que les bébés en question aient en réalité été retirés

illégalement à leur famille; e) les réponses fournies par le Gouvernement plus récemment, entre 2006 et 2010, était insuffisantes; et f) les parents avaient donc toujours le droit de connaître la vérité quant au sort qu'avaient réellement connu leurs enfants, résultat auquel on ne pouvait parvenir que par l'adoption d'une *lex specialis*.

5. *Le rapport du groupe de travail remis au Parlement le 28 décembre 2010 (Izveštaj o radu radne grupe za izradu predloga zakona radi stvaranja formalno-pravnih uslova za postupanje nadležnih organa po prijavama o nestanku novorođene dece iz porodilišta)*

30. En réponse aux conclusions et recommandations contenues dans le rapport parlementaire du 14 juillet 2006 (paragraphes 26-27 ci-dessus), le Parlement mit en place le 5 mai 2010 un groupe de travail (paragraphe 28 ci-dessus), chargé d'évaluer la situation et de proposer des amendements législatifs.

31. Le 28 décembre 2010, ce groupe de travail présenta son rapport au Parlement. À la suite d'une analyse détaillée de la législation en vigueur, déjà amendée, il conclut qu'aucun changement ne s'imposait sauf pour ce qui concernait la collecte et l'utilisation de données médicales, mais qu'une nouvelle loi sur cette question était déjà en préparation (*nacrt Zakona o evidencijama u oblasti zdravstva*). Le groupe de travail nota en particulier que l'article 34 de la Constitution empêchait d'allonger le délai de prescription pour les poursuites pénales s'agissant d'infractions commises dans le passé et même de créer de nouvelles infractions pénales plus graves et/ou des peines plus sévères pour les réprimer (paragraphe 32 ci-dessous). Il ajouta que le code pénal en vigueur prévoyait cependant déjà plusieurs infractions pénales pertinentes pour la question, tandis que la nouvelle loi sur les soins médicaux contenait une procédure détaillée rendant impossible l'enlèvement illégal de nouveau-nés se trouvant dans des services hospitaliers (paragraphes 35 et 41 ci-dessous).

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. La Constitution de la République de Serbie (*Ustav Republike Srbije*, publiée au Journal officiel de la République de Serbie (JO RS) n° 98/06)

32. L'article 34 de la Constitution est ainsi libellé:

« Nul ne peut être condamné pour une action qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit ou d'après toute autre législation fondée sur le droit. De même il n'est infligé aucune peine qui n'était pas prévue pour pareille action au moment où elle a été commise.

Les peines sont fixées conformément à la législation en vigueur au moment où l'action a été commise, sauf lorsque la législation ultérieure est plus favorable à l'auteur de l'infraction. Les infractions pénales et les peines sont fixées par la loi.»

B. Le code pénal de 1977 de la République socialiste de Serbie (*Krivični zakon Socijalističke Republike Srbije*, publié aux numéros 26/77, 28/77, 43/77 et 20/79 du Journal officiel de la République socialiste de Serbie)

33. L'article 116 disposait notamment que toute personne qui avait illégalement retenu ou enlevé un enfant mineur à ses parents était passible d'une peine d'emprisonnement de un à dix ans.

C. Le code pénal de 1976 de la République fédérative socialiste de Yougoslavie (*Krivični zakon Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, publié aux numéros 44/76, 36/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90 et 54/90 du Journal officiel de la République fédérative socialiste de Yougoslavie (JO SFRY), aux numéros 35/92, 16/93, 31/93, 37/93, 24/94 et 61/01 du Journal officiel de la République fédérative de Yougoslavie, et au numéro 39/03 du JO RS)

34. Les articles 95 et 96 disposaient notamment que, s'agissant de l'infraction prévue à l'article 116 du code pénal de la République socialiste de Serbie, il n'était plus possible d'entamer ni même de continuer des poursuites pénales si un délai de plus de vingt ans s'était écoulé depuis le moment où l'infraction avait été commise.

D. Le code pénal de 2005 de la République de Serbie (*Krivični zakonik*, publié aux numéros 85/05, 88/05, 107/05, 72/09 et 111/09 du JO RS)

35. Les articles 191, 192, 388 et 389 érigent en infraction différentes formes d'enlèvement d'enfant et de trafic d'êtres humains, y compris à des fins d'adoption.

E. La loi sur les obligations (*Zakon o obligacionim odnosima*, publiée aux numéros 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 et 31/93 du JO SFRY)

36. Les articles 199 et 200 disposent entre autres que toute personne qui a connu peur, souffrance physique voire souffrance morale du fait de la violation de ses « droits individuels » (*prava ličnosti*) a le droit, en fonction de la durée et de l'intensité de ces souffrances, de saisir les tribunaux civils

d'une action en indemnisation et de solliciter d'autres formes de réparation « pouvant être de nature » à lui offrir une satisfaction morale adéquate.

37. L'article 376 §§ 1 et 2 dispose qu'une action fondée sur les dispositions précitées peut être intentée dans les trois ans à compter de la date à laquelle la partie lésée a eu connaissance du préjudice ainsi que de l'auteur de l'acte mais que, en tout état de cause, une telle action ne peut pas être engagée au-delà d'un délai de cinq ans à compter de l'événement lui-même.

38. L'article 377 § 1 énonce de plus que, si le préjudice découle d'une infraction pénale, le délai de prescription au civil peut être prolongé de façon à correspondre au délai de prescription prévu au pénal.

F. La jurisprudence interne pertinente

39. Le 4 juin 1998, la Cour suprême (Rev. 251/98) a dit que les délais de prescription au civil relatifs à diverses formes de préjudice moral (paragraphe 36-38 ci-dessus) ne commencent à courir qu'après que la situation dénoncée a pris fin (*kada su pojedini vidovi neimovinske štete dobili oblik konačnog stanja*).

40. Le 21 avril 2004, la Cour suprême (Rev. 229/04) a également dit que les « droits individuels », au sens de la loi sur les obligations, englobent notamment le droit au respect de la vie familiale.

G. La loi sur la santé (*Zakon o zdravstvenoj zaštiti*, publiée aux numéros 107/05, 72/09, 88/10 et 99/10 du JO RS)

41. Les articles 219 à 223 renferment des dispositions détaillées concernant la détermination du moment et de la cause du décès d'un nouveau-né se trouvant encore à l'hôpital. Plus précisément, l'hôpital doit informer la famille aussitôt que possible et lui donner accès au corps. Une autopsie doit être pratiquée et un prélèvement biologique conservé pour un usage futur. La police doit être informée lorsque la cause de la mort n'a pu être établie, les autorités municipales devant pour leur part être informées dans tous les cas.

EN DROIT

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

42. La requérante invoque les articles 4, 5 et 8 de la Convention. Elle se plaint toutefois en substance du manquement continu de l'État défendeur

à lui fournir des informations sur ce qu'il est réellement advenu de son fils. Elle pense que celui-ci a peut-être été adopté illégalement et qu'il pourrait être encore en vie.

43. Maîtresse de la qualification juridique des faits (*Akdeniz c. Turquie*, n° 25165/94, § 88, 31 mai 2005), la Cour considère qu'il y a lieu d'examiner ce grief sur le terrain de l'article 8 de la Convention, lequel dispose en ses passages pertinents :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie (...) familiale (...)

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

A. Sur la recevabilité

1. Compatibilité ratione temporis

a) Les arguments des parties

44. Le Gouvernement déclare que les faits « constitutifs de l'ingérence alléguée » se rapportent à une époque antérieure au 3 mars 2004, date à laquelle la Convention est entrée en vigueur à l'égard de la Serbie. Il rappelle que l'enfant de la requérante lui a, selon elle, été enlevé le 31 octobre 1983 tandis que la plainte pénale soumise par son mari a été rejetée le 15 octobre 2003, dix mois environ après son dépôt. Enfin, le Gouvernement arguë que même si le grief relatif au manquement de l'État défendeur à redresser la situation litigieuse était circonscrit à la période postérieure au 3 mars 2004, cela ne suffirait pas à le faire relever de la compétence *ratione temporis* de la Cour.

45. La requérante soutient que la violation en cause revêt un caractère continu et que, au fil des années, elle s'est plainte aussi par oral auprès de divers organes.

b) L'appréciation de la Cour

46. La Cour rappelle que sa juridiction *ratione temporis* ne couvre que la période postérieure à la date de ratification de la Convention ou de ses Protocoles par l'État défendeur. À partir de cette date, toutes les actions et omissions prétendument imputables à l'État doivent se conformer à la Convention et à ses Protocoles, et les faits postérieurs relèvent de la

compétence de la Cour même s'il ne sont que les prolongements d'une situation préexistante (voir, par exemple, *Yağcı et Sargin c. Turquie*, 8 juin 1995, § 40, série A n° 319-A, et *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão et autres c. Portugal*, n°s 29813/96 et 30229/96, § 43, CEDH 2000-I).

47. La Cour rappelle aussi qu'une disparition est un phénomène très particulier, qui se caractérise par une situation où les proches sont confrontés de manière continue à l'incertitude et au manque d'explications et d'informations sur ce qui s'est passé, les éléments pertinents à cet égard pouvant parfois même être délibérément dissimulés ou obscurcis. Cette situation dure souvent très longtemps, prolongeant par là même le tourment des proches de la victime. Dès lors, on ne saurait ramener une disparition à un acte ou événement « instantané » ; l'élément distinctif supplémentaire que constitue le défaut ultérieur d'explications sur ce qu'il est advenu de la personne disparue et sur le lieu où elle se trouve engendre une situation continue. Par conséquent, l'obligation positive subsiste potentiellement tant que le sort de la personne concernée n'a pas été éclairci. Il en est ainsi même lorsque l'on peut finalement présumer que la victime est décédée (voir, dans le contexte des articles 2 et 3, *Varnava et autres c. Turquie* [GC], n°s 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, § 148, CEDH 2009).

48. Pour en venir à la présente cause, la Cour constate que la requérante allègue que son fils est mort ou a disparu le 31 octobre 1983, alors que la Convention est entrée en vigueur à l'égard de la Serbie le 3 mars 2004. Toutefois, le manquement allégué de l'État défendeur à fournir à la requérante des informations définitives et/ou crédibles quant au sort de son fils se poursuit à ce jour. Dans ces conditions, la Cour considère que le grief de la requérante concerne une situation continue (voir, *mutatis mutandis*, *Varnava et autres*, précité, §§ 130-150, et, concernant l'article 8, *Kurić et autres c. Slovénie* [GC], n° 26828/06, §§ 238 et 240-242, 26 juin 2012).

49. Dès lors, il y a lieu de rejeter l'exception d'irrecevabilité pour incompétence *ratione temporis* formulée par le Gouvernement. La Cour a donc compétence pour examiner le grief de la requérante pour autant qu'il se rapporte au manquement allégué de l'État défendeur à satisfaire aux obligations procédurales qui découlent pour lui de la Convention à compter du 3 mars 2004. Elle peut cependant avoir égard aux faits antérieurs à la ratification pour autant que l'on puisse les considérer comme étant à l'origine d'une situation qui s'est prolongée au-delà de cette date ou comme importants pour la compréhension des faits survenus après cette date (voir, *mutatis mutandis*, *Kurić et autres*, précité, § 240).

2. Règle des six mois

a) Les arguments des parties

50. Le Gouvernement soutient que le grief de la requérante est frappé de tardiveté puisqu'elle a eu connaissance plus de quatre ans auparavant de l'issue de la procédure pénale qu'elle avait intentée. Selon lui, l'intéressée aurait donc dû introduire sa requête devant la Cour dans un délai de six mois suivant l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Serbie, intervenue le 3 mars 2004. Le Gouvernement indique que, s'il est vrai que plusieurs rapports officiels ont été produits après cette date, la requérante ne pouvait « raisonnablement attendre » que l'un d'entre eux lui permette d'engager une procédure susceptible d'apporter une « solution à son affaire ». À son avis, il n'était dès lors pas possible de faire « renaître » les obligations de l'État défendeur au titre de la Convention.

51. La requérante déclare que le rapport parlementaire du 14 juillet 2006, de même que le rapport du médiateur du 29 juillet 2010, lui ont fait espérer pouvoir en fin de compte obtenir un redressement, et que cet espoir ne s'est éteint que le 28 décembre 2010 avec la présentation au Parlement du rapport du groupe de travail.

b) L'appréciation de la Cour

52. Le délai de six mois prévu par l'article 35 § 1 vise à assurer la sécurité juridique en garantissant que les affaires qui soulèvent des questions au regard de la Convention puissent être examinées dans un délai raisonnable et que les décisions passées ne soient pas indéfiniment susceptibles d'être remises en cause. Cette règle marque la limite temporelle du contrôle effectué par la Cour et indique aux particuliers comme aux autorités la période au-delà de laquelle ce contrôle ne peut plus s'exercer (voir, entre autres, *Walker c. Royaume-Uni* (déc.), n° 34979/97, CEDH 2000-I).

53. En règle générale, le délai de six mois commence à courir à la date de la décision définitive intervenue dans le cadre du processus d'épuisement des voies de recours internes. Toutefois, lorsqu'il est clair d'emblée que le requérant ne dispose d'aucun recours effectif, le délai de six mois prend naissance à la date des actes ou mesures dénoncés ou à la date à laquelle l'intéressé en prend connaissance ou en ressent les effets ou le préjudice (*Dennis et autres c. Royaume-Uni* (déc.), n° 76573/01, 2 juillet 2002).

54. Cela étant, les organes de la Convention ont dit que le délai de six mois ne s'applique pas en tant que tel aux situations continues (voir, par exemple, *Agrotexim Hellas S.A. et autres c. Grèce*, n° 14807/89, décision de la Commission du 12 février 1992, Décisions et rapports 72, p. 148, et *Cone*

c. Roumanie, n° 35935/02, § 22, 24 juin 2008). Dans le cas d'une situation de violation continue, en effet, le délai recommence en fait à courir chaque jour, et ce n'est que lorsque la situation cesse que le dernier délai de six mois commence réellement à courir.

55. Toutes les situations continues ne sont cependant pas identiques. En matière de disparitions, les requérants ne peuvent attendre indéfiniment pour saisir la Cour. Lorsqu'il existe un état d'ignorance et d'incertitude et que, par définition, les autorités restent en défaut de fournir des explications sur ce qui s'est passé, voire, dans certains cas, semblent dissimuler la vérité ou faire obstruction à sa manifestation, il est plus difficile pour les proches des disparus d'évaluer ce qui se passe ou ce à quoi ils peuvent s'attendre. Il y a lieu de tenir compte de l'incertitude et de la confusion qui marquent fréquemment la période qui suit une disparition. Néanmoins, des requêtes peuvent être rejetées pour tardiveté dans des affaires de disparition lorsque les requérants ont trop attendu, ou attendu sans raison apparente, pour la saisir, après s'être rendu compte, ou avoir dû se rendre compte, de l'absence d'ouverture d'une enquête ou de l'enlèvement ou de la perte d'effectivité de l'enquête menée, ainsi que de l'absence dans l'immédiat, quel que soit le cas de figure, de la moindre chance réaliste de voir une enquête effective être menée à l'avenir. Lorsque des initiatives sont prises relativement à une disparition, les proches peuvent raisonnablement s'attendre à obtenir des éléments nouveaux de nature à résoudre des questions de fait ou de droit cruciales. Dans ces conditions, tant qu'il existe un contact véritable entre les familles et les autorités au sujet des plaintes et des demandes d'information, ou un indice ou une possibilité réaliste que les mesures d'enquête progressent, la question d'un éventuel délai excessif ne se pose généralement pas. En revanche, après un laps de temps considérable, lorsque l'activité d'investigation est marquée par d'importantes lenteurs et interruptions, vient un moment où les proches doivent se rendre compte qu'il n'est et ne sera pas mené une enquête effective (*Varnava et autres*, précité, §§ 162 et 165).

56. Pour en venir aux faits de la cause, la Cour relève que le 14 juillet 2006 le Parlement serbe a officiellement adopté un rapport préparé par la commission d'enquête. Ce rapport recommandait notamment que tous les organes de l'État fassent des efforts concertés et que la législation pertinente soit amendée afin de fournir aux parents un redressement adéquat (paragraphe 27 d) ci-dessus). Le 16 avril 2010, les médias locaux ont rapporté que le président du Parlement avait déclaré qu'un groupe de travail parlementaire était sur le point d'être créé afin de préparer une nouvelle loi visant à apporter une réparation aux parents de « bébés disparus » (paragraphe 28 ci-dessus). Enfin, dans son rapport du 29 juillet 2010, le

médiateur serbe a exprimé l'avis que les parents avaient toujours le droit de connaître la vérité quant au sort qu'avaient réellement connu leurs enfants, et a proposé l'adoption d'une *lex specialis* à cet égard (paragraphe 29 f) ci-dessus).

57. Dans de telles circonstances, certes tout à fait particulières, et malgré le temps écoulé, on ne saurait dire qu'il était déraisonnable de la part de la requérante d'attendre l'issue de développements qui auraient pu permettre de « résoudre des questions factuelles ou juridiques cruciales » concernant son grief, tout du moins jusqu'à la présentation du rapport du groupe de travail du 28 décembre 2010, lorsqu'il est apparu clairement qu'aucune réparation ne lui serait fournie (paragraphe 30 et 31 ci-dessus). La requête ayant été introduite le 22 avril 2008, il y a lieu de rejeter l'exception de tardiveté formulée par le Gouvernement.

3. *Épuisement des voies de recours internes*

a) **Les arguments des parties**

58. Le Gouvernement affirme que la requérante n'a fait aucun effort en vue de l'épuisement des voies de recours internes. Il rappelle que c'est son mari, et non elle, qui a déposé la plainte pénale et qu'elle n'a pas non plus engagé d'action civile sur le fondement des articles 199 et 200 de la loi sur les obligations, telle qu'appliquée et interprétée dans la jurisprudence de la Cour suprême décrite aux paragraphes 36 à 40 ci-dessus. Par ailleurs, le Gouvernement produit trois arrêts de la Cour suprême portant sur des affaires où les plaignants ont été indemnisés du préjudice causé par des erreurs médicales ou des fautes policières, ainsi qu'un jugement annulant une décision d'un tribunal de district adoptée dans ce dernier contexte (voir Rev. n^{os} 1118/03, 807/05 et 51/07 du 10 avril 2003, du 1^{er} décembre 2005 et du 13 mars 2007 respectivement). Quoi qu'il en soit, et par principe, le Gouvernement juge déraisonnable qu'un État partie soit mis dans l'obligation de fournir un redressement effectif à des requérants qui allèguent que des violations de leurs droits sont survenues avant la ratification de la Convention par cet État.

59. La requérante soutient que la plainte pénale déposée par son mari englobe manifestement la même plainte de sa part étant donné que toute l'affaire concerne la disparition de leur enfant. Elle reconnaît que cette plainte a été soumise en 2003, mais elle considère qu'avant cette date, elle ne pouvait se procurer de preuves pertinentes ni espérer obtenir un redressement. Elle explique que, pour le dire simplement, la « question des bébés disparus » était taboue jusqu'en 2001, date à laquelle les parents concernés ont commencé à s'organiser par eux-mêmes, où les médias ont

commencé à faire de nombreux reportages à ce sujet et où le Parlement lui-même a abordé la question en séance plénière. Il faudrait de plus noter que des délais de prescription applicables au pénal et au civil sont entrés en vigueur entre-temps.

b) L'appréciation de la Cour

60. La Cour rappelle que, en vertu de l'article 35 § 1 de la Convention, elle ne peut examiner une requête que lorsque tous les recours internes ont été épuisés. La finalité de cette disposition est de ménager aux États contractants l'occasion de prévenir ou redresser les violations alléguées contre eux avant que ces allégations ne soient soumises à la Cour (voir, par exemple, *Mifsud c. France* (déc.) [GC], n° 57220/00, § 15, CEDH 2002-VIII). L'obligation d'épuiser les voies de recours internes impose au requérant de faire un usage normal des recours effectifs, suffisants et accessibles s'agissant de ses griefs tirés de la Convention. Pour qu'un recours soit effectif, il doit être de nature à remédier directement à la situation incriminée (*Balogh c. Hongrie*, n° 47940/99, § 30, 20 juillet 2004). La Cour a de même fréquemment souligné que l'article 35 § 1 doit être appliqué avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif (*Ringeisen c. Autriche*, 16 juillet 1971, § 89, série A n° 13).

61. S'agissant de la charge de la preuve, il incombe au Gouvernement excipant du non-épuisement de convaincre la Cour que le recours était effectif et disponible tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits (voir, entre autres, *Vernillo c. France*, 20 février 1991, § 27, série A n° 198, et *Dalia c. France*, 19 février 1998, § 38, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I). Une fois cela démontré, c'est au requérant qu'il revient d'établir que le recours évoqué par le Gouvernement a en fait été employé ou bien, pour une raison quelconque, n'était ni adéquat ni effectif compte tenu des faits de la cause ou encore que certaines circonstances particulières le dispensaient de cette obligation (*Dankevitch c. Ukraine*, n° 40679/98, § 107, 29 avril 2003).

62. Pour en venir à la présente espèce, la Cour considère que le mari de la requérante a effectivement déposé une plainte pénale en son nom et au nom de la requérante étant donné que l'événement en cause concernait un même fait revêtant une importance identique pour tous deux. Or cette plainte a été rejetée par le parquet sans que l'on sache si une enquête préliminaire avait eu lieu (paragraphe 17 ci-dessus). De toute façon, toute procédure pénale aurait été frappée de prescription au plus tard en octobre 2003 et n'aurait donc pu déboucher ultérieurement sur une quelconque réparation (paragraphe 27 c) et 34 ci-dessus).

63. Quant à l'action civile, la Cour considère que cette voie de recours n'était pas de nature à remédier à la situation litigieuse. En effet, les juri-

dictions civiles auraient pu, au mieux, reconnaître la violation des « droits individuels » de la requérante et lui offrir une réparation du dommage moral subi par elle. Ils auraient aussi pu, le cas échéant, ordonner une autre forme de réparation « de nature » à fournir une indemnisation du dommage moral. Or rien de cela ne pouvait remédier de manière effective à la plainte sous-jacente de la requérante, laquelle cherchait à savoir « ce qu'il était réellement advenu de son fils ». Le Gouvernement n'a assurément fourni aucune preuve du contraire. Enfin, la Cour note que ni le Parlement ni le médiateur n'ont évoqué cette question dans leurs rapports respectifs. D'ailleurs, en recommandant l'adoption d'une *lex specialis*, ils semblent plutôt avoir admis qu'aucun recours interne, y compris le recours civil en question, ne pouvait être effectif (paragraphes 27 d), 28 et 29 f) ci-dessus).

64. Dès lors, la Cour rejette l'exception de non-épuisement des voies de recours internes formulée par le Gouvernement.

4. Conclusion

65. Constatant que le grief de la requérante 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. Les arguments des parties

66. La requérante se plaint du manquement continu de l'État défendeur à lui fournir des informations sur ce qu'il est réellement advenu de son fils. Elle ajoute que si son fils est mort comme le centre médical de Ćuprija l'affirme, ce dernier aurait dû signaler le décès aux autorités municipales compétentes, présenter le corps aux parents et fournir un rapport d'autopsie.

67. Le Gouvernement soutient que nulle violation des droits de la requérante ne peut être imputée à l'État défendeur étant donné que la disparition alléguée de son fils s'est produite dans un établissement médical et non un organe de l'État. Selon lui, par ailleurs, il n'existe aucune preuve que l'enfant de la requérante lui aurait bien été retiré illégalement. Il indique que si le centre médical a pu commettre en 1983 certaines omissions de procédure, la requérante n'a exercé aucun des recours internes disponibles alors qu'ils étaient selon lui de nature à réparer le préjudice éventuellement subi. La question aurait de plus été examinée à plusieurs reprises au niveau national et le cadre juridique et les pratiques pertinents auraient été amendés en vue d'offrir des garanties adéquates. Enfin, les amendements susceptibles d'être apportés à la législation pénale n'auraient pu, de par leur nature

même, être appliqués à la requérante car les événements remonteraient dans son cas très loin en arrière (paragraphe 24, 25 et 31 ci-dessus).

2. L'appréciation de la Cour

68. Pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention (voir, entre autres, *Monory c. Roumanie et Hongrie*, n° 71099/01, § 70, 5 avril 2005).

69. L'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics. Il peut cependant engendrer de surcroît des obligations positives portant entre autres sur l'effectivité des procédures d'enquête relatives à la vie familiale (voir, *mutatis mutandis*, *M.C. c. Bulgarie*, n° 39272/98, §§ 152-153, CEDH 2003-XII).

70. Dans l'arrêt *Varnava et autres* (précité), la Grande Chambre de la Cour a dit ce qui suit dans le contexte de l'article 3 :

« 200. Le phénomène des disparitions impose une charge particulière aux proches des disparus, maintenus dans l'ignorance quant au sort réservé aux êtres qui leur sont chers et en proie à l'angoisse engendrée par l'incertitude. (...) L'essence du problème ne réside pas tant dans la gravité de la violation des droits de l'homme commise à l'égard des personnes portées disparues que dans la réaction et le comportement des autorités face à la situation dont on leur a donné connaissance (...) Parmi les autres facteurs pertinents figurent la proximité de la parenté, les circonstances particulières de la relation, la mesure dans laquelle le parent a été témoin des événements en question et sa participation aux tentatives d'obtention de renseignements sur le disparu (...) Le constat d'une telle violation ne se limite pas aux affaires où l'État défendeur est tenu pour responsable de la disparition (...) mais peut aussi être formulé lorsque l'absence de réponse des autorités à la demande d'informations des proches ou les obstacles dressés sur le chemin de ceux-ci, obligés en conséquence de supporter la charge d'élucider les faits, peuvent passer pour révéler un mépris flagrant, continu et implacable de l'obligation de rechercher la personne disparue et de rendre compte de son sort. »

La Cour juge que ces considérations sont globalement applicables, *mutatis mutandis*, dans le contexte très particulier des obligations positives découlant en l'espèce de l'article 8.

71. Cela posé, la Cour rappelle qu'en l'occurrence le corps du fils de la requérante n'a jamais été remis ni à celle-ci ni à sa famille et que la cause du décès n'a jamais été établie (paragraphe 22 et 14 ci-dessus, dans cet ordre). De plus, la requérante n'a jamais reçu de rapport d'autopsie ni été informée de la date et du lieu où son fils aurait été enterré, et sa mort n'a jamais été officiellement enregistrée (paragraphe 22 et 15 ci-dessus, dans cet ordre). La plainte formée au pénal par le mari de la requérante paraît aussi avoir été rejetée sans examen approprié (paragraphe 17 ci-dessus), et la requérante elle-même ne dispose toujours pas d'informations crédibles sur ce qu'il est advenu de son fils.

72. En outre, la Cour observe que les autorités de l'État défendeur ont elles-mêmes affirmé à diverses occasions après la ratification de la Convention par la Serbie que : a) dans les années 1980, la législation applicable présentait de graves lacunes, tout comme les procédures devant les divers organes de l'État et autorités sanitaires; b) les mesures d'application de la loi n'étaient pas cohérentes quant à la marche à suivre en cas de décès d'un nouveau-né à l'hôpital; c) l'avis prévalant dans le corps médical était qu'il fallait épargner aux parents la souffrance morale de devoir enterrer leur nouveau-né, raison pour laquelle il était tout à fait possible que certains couples aient été délibérément privés de la possibilité de le faire; d) cette situation justifiait que les parents nourrissent des doutes/préoccupations quant à ce qui était réellement arrivé à leur enfant, et il ne pouvait donc être exclu que les bébés aient effectivement été retirés illégalement à leur famille; e) la réaction de l'État défendeur de 2006 à 2010 était en elle-même insuffisante; et f) les parents avaient donc toujours le droit de connaître la vérité quant au sort qu'avait réellement connu leur enfant (paragraphe 26-29 ci-dessus).

73. Enfin, en dépit de plusieurs initiatives officielles apparemment prometteuses prises entre 2003 et 2010, le rapport du groupe de travail présenté au Parlement serbe le 28 décembre 2010 a conclu qu'aucune modification de la législation en vigueur, déjà amendée, n'était nécessaire, sauf pour ce qui était de la collecte et de l'utilisation des données médicales. Dans ces conditions, il est clair que cela n'a fait qu'améliorer la situation pour l'avenir mais n'a en réalité rien apporté aux parents qui, comme la requérante, ont enduré leur épreuve dans le passé (paragraphe 30 et 31 ci-dessus).

74. Les considérations qui précèdent suffisent à la Cour pour conclure que la requérante a subi une violation continue de son droit au respect de sa vie familiale à raison du manquement continu de l'État défendeur à lui fournir des informations crédibles sur ce qu'il était advenu de son fils.

75. Dès lors, la Cour conclut qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 8

76. La requérante dénonce en outre, sous l'angle de l'article 13 de la Convention, le manquement continu de l'État défendeur à lui fournir un redressement pour la violation continue de son droit au respect de sa vie familiale qu'elle allègue avoir subie.

77. Le Gouvernement conteste le bien-fondé de ce grief (paragraphe 58 ci-dessus).

78. La Cour considère qu'il y a lieu d'examiner ce grief sous l'angle de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 8.

79. L'article 13 dispose :

« 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. »

80. Étant donné que le grief tiré par la requérante de l'article 13 est en réalité identique à celui qu'elle a soumis au titre de l'article 8, et compte tenu de la conclusion à laquelle elle est parvenue relativement à ce dernier article (paragraphe 73 ci-dessus, notamment), la Cour déclare le grief tiré de l'article 13 recevable mais considère qu'il n'y a pas lieu de l'examiner séparément quant au fond.

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

81. 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

82. La requérante réclame 50 000 euros (EUR) pour préjudice moral.

83. Le Gouvernement conteste ces prétentions.

84. La Cour considère que la requérante a subi un dommage moral certain. Eu égard à la nature de la violation constatée en l'espèce, et statuant en équité, la Cour lui octroie 10 000 EUR de ce chef.

B. Frais et dépens

85. La requérante sollicite également 2 750 EUR pour les frais et dépens afférents à la procédure devant la Cour.

86. Le Gouvernement conteste cette demande.

87. 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, compte tenu des documents en sa possession et des critères précités, et sachant que la requérante a déjà perçu 850 EUR du Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire, la Cour juge raisonnable de lui allouer en sus 1 800 EUR au titre des frais et dépens.

C. Intérêts moratoires

88. 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.

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 46 DE LA CONVENTION

89. Aux termes de l'article 46 de la Convention,

« 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. (...) »

90. Il découle notamment de ces dispositions que, lorsque la Cour constate une violation, l'État défendeur a l'obligation juridique non seulement de verser aux intéressés les sommes allouées au titre de la satisfaction équitable prévue par l'article 41, mais aussi de choisir, 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 autant que possible les conséquences (*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], nos 39221/98 et 41963/98, § 249, CEDH 2000-VIII).

91. À cet égard, la requérante prie la Cour d'ordonner à l'État défendeur d'amender sa législation afin d'alourdir les peines pour les infractions pénales pertinentes, de prolonger le délai de prescription prévu et, par la suite, de rouvrir la procédure pénale la concernant.

92. Eu égard à ce qui précède ainsi qu'au nombre important de requérants potentiels, la Cour dit que l'État défendeur doit, dans un délai d'un an à compter du jour où le présent arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, prendre toutes les mesures appropriées, de préférence au moyen d'une *lex specialis* (voir le rapport du médiateur du 29 juillet 2010, cité au paragraphe 29 ci-dessus), afin de mettre en place un mécanisme destiné à fournir un redressement individuel à tous les parents se trouvant dans une situation identique ou suffisamment similaire à celle de la requérante (paragraphe 26 ci-dessus). Ce mécanisme doit être supervisé par un organe indépendant doté des pouvoirs adéquats pour être en mesure d'apporter des réponses crédibles concernant le sort de chaque enfant et d'offrir une réparation appropriée le cas échéant.

93. Pour ce qui est de toutes les requêtes similaires pendantes devant elle, la Cour décide d'en ajourner l'examen pendant le délai précité, réserve faite de la faculté pour la Cour, à tout moment, de déclarer irrecevable une telle requête ou de la rayer de son rôle conformément à la Convention.

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

1. *Déclare* la requête recevable;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention;
3. *Dit* qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément le grief tiré de l'article 13 de la Convention;
4. *Dit*
 - a) que l'État défendeur doit verser à la requérante, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes, à convertir en dinars serbes au taux applicable à la date du règlement:
 - i. 10 000 EUR (dix mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral,
 - ii. 1 800 EUR (mille huit cents euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par la requérante, pour frais et dépens;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;
5. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus;
6. *Dit* que l'État défendeur doit, dans un délai d'un an à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, prendre toutes les mesures appropriées afin de mettre en place un mécanisme destiné à fournir un redressement individuel à tous les parents se trouvant dans une situation identique ou suffisamment similaire à celle de la requérante (paragraphe 92 de l'arrêt);
7. *Décide* d'ajourner, pendant un an à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif, l'examen de toutes les requêtes similaires déjà pendantes devant elle, réserve faite de la faculté pour la Cour, à tout moment, de déclarer irrecevable une telle requête ou de la rayer de son rôle conformément à la Convention.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 26 mars 2013, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Françoise Elens-Passos
Greffière adjointe

Guido Raimondi
Président

ANIMAL DEFENDERS INTERNATIONAL v. THE UNITED KINGDOM
(Application no. 48876/08)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 22 APRIL 2013¹

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following relinquishment of jurisdiction by a Chamber in accordance with Article 30 of the Convention. Extracts.

SUMMARY¹

Refusal of permission for non-governmental organisation to place television advert owing to statutory prohibition on political advertising

A State could, consistently with the Convention, adopt general measures which applied to pre-defined situations regardless of the individual facts of each case even if this might result in individual hard cases (see paragraph 106 of the judgment). Among the relevant considerations to be taken into account when balancing the right under Article 10 to impart information and ideas of general interest which the public was entitled to receive against the authorities' desire to protect the democratic debate and process from distortion by powerful financial groups with advantageous access to influential media were (a) the extent to which the regulatory regime governing political broadcasting had been subjected to exacting and pertinent review by parliamentary and judicial bodies; (b) the degree to which the prohibition was circumscribed to address the precise risk identified with minimum impairment of the right of expression; and (c) the availability of alternative media for exercising that right (see paragraphs 112, 116 and 117 of the judgment).

Article 10

Freedom of expression – Freedom to impart information – Refusal of permission for non-governmental organisation to place television advert owing to statutory prohibition on political advertising – Necessary in a democratic society – Criteria for measuring proportionality of general measures applicable to pre-defined situations – Relevance of parliamentary and judicial review of measure – Scope of acceptable restrictions on political advertising in broadcast media – Widening of margin of appreciation in view of lack of European consensus – Access to alternative media

*

* *

Facts

The Communications Act 2003 prohibited political advertising in television or radio services, the aim being to maintain impartiality in the broadcast media and to prevent powerful groups from buying influence through airtime. The prohibition applied not only to advertisements with a political content but also to bodies which were wholly or mainly of a political nature, irrespective of the content of their advertisements. Before it became law, the legislation was the subject of a detailed

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

review and consultation process by various parliamentary bodies, particularly in the light of the Court's judgment in *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland* (in which a ban on political advertising was found to violate Article 10 of the Convention).

The applicant was a non-governmental organisation (NGO) that campaigned against the use of animals in commerce, science and leisure and sought to achieve changes in the law and public policy and to influence public and parliamentary opinion to that end. In 2005 it sought to screen a television advertisement as part of a campaign concerning the treatment of primates. However, the Broadcast Advertising Clearance Centre refused to clear the advert on the ground that the political nature of the applicant NGO's objectives meant that the broadcasting of the advert was caught by the prohibition in section 321(2) of the Communications Act. That decision was upheld by the High Court and the House of Lords, with the latter holding in a judgment of 12 March 2008 ([2008] UKHL 15) that the prohibition on political advertising was justified by the aim of preventing the government and its policies from being distorted by the highest spender.

Law

Article 10: The statutory prohibition on paid political advertising on radio and television had interfered with the applicant NGO's rights under Article 10. The interference was "prescribed by law" and pursued the aim of preserving the impartiality of broadcasting on public-interest matters and, thereby, of protecting the democratic process. This corresponded to the legitimate aim of protecting the "rights of others". The case therefore turned on whether the measure had been necessary in a democratic society.

The Court reiterated that a State could, consistently with the Convention, adopt general measures which applied to pre-defined situations regardless of the individual facts of each case even if this might result in individual hard cases. It emerged from the case-law that, in order to determine the proportionality of a general measure, the Court must primarily assess the legislative choices underlying the measure concerned. The quality of the parliamentary and judicial review of the necessity of the measure was of particular importance. Also relevant was the risk of abuse if a general measure were to be relaxed. The application of the general measure to the facts of the case remained, however, illustrative of its impact in practice and was thus material to its proportionality. In sum, the more convincing the general justifications for the general measure were, the less importance the Court would attach to its impact in the particular case.

Both parties to the instant case had the same objective of maintaining a free and pluralist debate on matters of public interest and, more generally, contributing to the democratic process. The applicant NGO considered, however, that less restrictive rules would have sufficed. The Court was therefore required to balance its right to impart information and ideas of general interest which the public was entitled to receive against the authorities' desire to protect the democratic debate

and process from distortion by powerful financial groups with advantageous access to influential media.

In conducting that balancing exercise, the Court firstly attached considerable weight to the fact that the complex regulatory regime governing political broadcasting in the United Kingdom had been subjected to exacting and pertinent reviews by both parliamentary and judicial bodies and to their view that the general measure was necessary to prevent the distortion of crucial public-interest debates and, thereby, the undermining of the democratic process. The legislation was the culmination of an exceptional examination of the cultural, political and legal aspects of the prohibition and had been enacted with cross-party support without any dissenting vote. The proportionality of the prohibition had also been debated in detail in the High Court and the House of Lords, both of which had analysed the relevant Convention case-law and principles, before concluding that it was a necessary and proportionate interference.

Secondly, the Court considered it important that the prohibition was specifically circumscribed to address the precise risk of distortion the State sought to avoid with the minimum impairment of the right of expression. It only applied to paid, political advertising and was confined to the most influential and expensive media (radio and television).

The Court rejected the applicant NGO's arguments contesting the rationale underlying the legislative choices that had been made over the scope of the prohibition, finding notably that:

(a) A distinction based on the particular influence of the broadcast media compared to other forms of media was coherent in view of the immediate and powerful impact of the former. There was no evidence that the development of the Internet and social media in recent years had sufficiently shifted that influence to the extent that the need for a ban specifically on broadcast media was undermined.

(b) As to the argument that broadcasted advertising was no longer more expensive than other media, advertisers were well aware of the advantages of broadcasted advertising and continued to be prepared to pay large sums of money for it going far beyond the reach of most NGOs wishing to participate in the public debate.

(c) The fact that the prohibition was relaxed in a controlled fashion for political parties – the bodies most centrally part of the democratic process – by providing them with free party political, party election and referendum campaign broadcasts, was a relevant factor in the Court's review of the overall balance achieved by the general measure, even if it did not affect the applicant NGO.

(d) Relaxing the rules by allowing advertising by social-advocacy groups outside electoral periods could give rise to abuse (such as wealthy bodies with agendas being fronted by social-advocacy groups created for that precise purpose or a large number of similar-interest groups being created to accumulate advertising time). Moreover, a prohibition requiring a case-by-case distinction between advertisers and advertisements might not be feasible: given the complex regulatory background,

this form of control could lead to uncertainty, litigation, expense and delay and to allegations of discrimination and arbitrariness.

Further, while there may be a trend away from broad prohibitions, there was no European consensus on how to regulate paid political advertising in broadcasting. A substantial variety of means were employed by the Contracting States to regulate political advertising, reflecting the wide differences in historical development, cultural diversity, political thought and democratic vision. That lack of consensus broadened the otherwise narrow margin of appreciation enjoyed by the States as regards restrictions on public interest expression.

Finally, the impact of the prohibition had not outweighed the foregoing convincing justifications for the general measure. Access to alternative media was key to the proportionality of a restriction on access to other potentially useful media, and a range of alternatives (such as radio and television discussion programmes, print, the Internet and social media) had been available to the applicant NGO.

Accordingly, the reasons adduced by the authorities to justify the prohibition were relevant and sufficient and the measure could not be considered a disproportionate interference with the applicant NGO's right to freedom of expression.

Conclusion: no violation (nine votes to eight).

Case-law cited by the Court

- Appleby and Others v. the United Kingdom*, no. 44306/98, ECHR 2003-VI
Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway [GC], no. 21980/93, ECHR 1999-III
Bouman v. the United Kingdom, 19 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I
Carson and Others v. the United Kingdom [GC], no. 42184/05, ECHR 2010
Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy [GC], no. 38433/09, ECHR 2012
Dickson v. the United Kingdom [GC], no. 44362/04, ECHR 2007-V
Editions Plon v. France, no. 58148/00, ECHR 2004-IV
Evans v. the United Kingdom [GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I
Fressoz and Roire v. France [GC], no. 29183/95, ECHR 1999-I
Handyside v. the United Kingdom, 7 December 1976, Series A no. 24
Hatton and Others v. the United Kingdom [GC], no. 36022/97, ECHR 2003-VIII
Hirst v. the United Kingdom (no. 2) [GC], no. 74025/01, ECHR 2005-IX
Informationsverein Lentia and Others v. Austria, 24 November 1993, Series A no. 276
James and Others v. the United Kingdom, 21 February 1986, Series A no. 98
Jersild v. Denmark, 23 September 1994, Series A no. 298
Manole and Others v. Moldova, no. 13936/02, ECHR 2009
Mellacher and Others v. Austria, 19 December 1989, Series A no. 169
Mouvement raëlien suisse v. Switzerland [GC], no. 16354/06, ECHR 2012
Murphy v. Ireland, no. 44179/98, ECHR 2003-IX
Observer and Guardian v. the United Kingdom, 26 November 1991, Series A no. 216

- Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, ECHR 2002-III
Runkee and White v. the United Kingdom, nos. 42949/98 and 53134/99, 10 May 2007
Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG v. Switzerland, no. 34124/06, 21 June 2012
Scoppola v. Italy (no. 3) [GC], no. 126/05, 22 May 2012
Société de conception de presse et d'édition and Ponson v. France, no. 26935/05, 5 March 2009
Stec and Others v. the United Kingdom [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, ECHR 2006-VI
Stoll v. Switzerland [GC], no. 69698/01, ECHR 2007-V
TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti v. Norway, no. 21132/05, ECHR 2008
Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2) [GC], no. 32772/02, ECHR 2009
VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland, no. 24699/94, ECHR 2001-VI
Vides Aizsardības Klubs v. Latvia, no. 57829/00, 27 May 2004
Wingrove v. the United Kingdom, 25 November 1996, *Reports* 1996-V
Ždanoka v. Latvia [GC], no. 58278/00, ECHR 2006-IV

In the case of Animal Defenders International v. the United Kingdom,
The European Court of Human Rights sitting as a Grand Chamber
composed of:

Dean Spielmann, *President*,

Nicolas Bratza,

Françoise Tulkens,

Josep Casadevall,

Nina Vajić,

Ineta Ziemele,

Elisabeth Steiner,

Päivi Hirvelä,

George Nicolaou,

András Sajó,

Zdravka Kalaydjieva,

Mihai Poalelungi,

Nebojša Vučinić,

Kristina Pardalos,

Vincent A. De Gaetano,

Julia Laffranque,

Helen Keller, *judges*,

and Michael O'Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 7 March 2012 and 20 February 2013,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 48876/08) 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 Animal Defenders International, a non-governmental organisation (NGO) based in London (“the applicant NGO”), on 11 September 2008.

2. The applicant NGO was represented before the Court by Ms T. Allen, a solicitor practicing in London. The United Kingdom Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms A. Sornarajah, of the Foreign and Commonwealth Office.

3. The applicant NGO complained about the prohibition on paid political advertising by section 321(2) of the Communications Act 2003.

4. The application was allocated to the Fourth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 21 January 2011 the Court decided to give notice of the application to the Government. It also decided to rule on the admissibility and merits of the application at the same time (Article 29 § 1 of the Convention). On 29 November 2011 the Chamber decided to relinquish jurisdiction to the Grand Chamber.

5. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24.

6. The applicant NGO and the Government each filed a memorial on the admissibility and merits.

7. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 7 March 2012 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms	A. Sornarajah,	<i>Agent,</i>
Mr	M. Chamberlain,	<i>Counsel,</i>
Ms	E. Van Heyningen,	
Ms	S. White,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicant NGO*

Mr	H. Tomlinson QC,	
Mr	A. O'Neill QC,	<i>Counsel,</i>
Ms	T. Allen,	<i>Adviser,</i>
Ms	J. Creamer,	<i>President of the applicant organisation.</i>

The Court heard addresses by Mr Chamberlain and Mr Tomlinson.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. The applicant NGO campaigns against the use of animals in commerce, science and leisure, seeking to achieve changes in law and public policy and to influence public and parliamentary opinion to that end.

1. The prohibited television advertisement

9. In 2005 it began a campaign called “My Mate’s a Primate” which was directed against the keeping and exhibition of primates and their use in television advertising. As part of the campaign, it wished to broadcast

a twenty-second television advertisement. The proposed advertisement opened with an image of an animal's cage in which a girl in chains gradually emerged from the shadows. The screen then went blank and three messages were relayed in sequence: "A chimp has the mental age of a four year old"; "Although we share 98% of our genetic make-up they are still caged and abused to entertain us"; and "To find out more, and how you can help us to stop it, please order your £10 educational information pack". In the final shot, a chimpanzee was in the same position as that of the girl.

10. The proposed advertisement was submitted to the Broadcast Advertising Clearance Centre ("the BACC") for a review of its compliance with relevant laws and codes. On 5 April 2005 the BACC declined to clear the advertisement. The objectives of the applicant NGO were "wholly or mainly of a political nature" so that section 321(2) of the Communications Act 2003 ("the 2003 Act") prohibited the broadcasting of the advertisement. This decision was confirmed on 6 May 2005. The advertisement could and can still be viewed on the Internet.

2. The High Court ([2006] EWHC 3069 (Admin))

11. On 19 October 2005 the applicant NGO issued proceedings seeking a declaration of incompatibility under section 4 of the Human Rights Act 1998 ("the HRA"), arguing that the prohibition on political advertising on television and radio imposed by the 2003 Act was incompatible with Article 10 of the Convention. The only contested issue was whether the prohibition could be considered "necessary in a democratic society".

12. An affidavit from the Director General of the Department of Culture, Media and Sport ("the DCMS") dated 16 December 2005 was submitted on behalf of the State. It detailed how impartiality was a fundamental feature of the regulatory regime applicable to broadcasting and why it was considered that political advertising was incompatible with impartiality. It explained that a less restrictive prohibition was impracticable by describing the review process which began in 1999 ..., noting that the relevant bodies consulted had supported the prohibition and it considered this answered the applicant NGO's arguments. Controls on broadcast media were justified given the unique nature of the medium and since there were other media available to the applicant NGO. The affidavit referred to other States with similar provisions (Ireland, Denmark, Sweden and Norway), concluding that, in countries which had allowed paid political advertising, there remained "significant practical problems" in running such a system, particularly in being able to guarantee equal access to all parties where the political landscape was characterised by multiple parties, where parties/broadcasters circumvented rules on time/funding limits on paid political

advertising and where there was confusion over what constituted “political” advertising.

13. On 4 December 2006 the High Court (Auld LJ and Ousley J) dismissed the applicant NGO’s claim. Both judges considered the prohibition to have been widely defined. Ousley J observed that it covered “a continuum of political activity and intensity from party political activity at election time to the pursuit by non-political bodies at any time of particular interests of public concern”. While political expression was a highly prized form of expression, both found the interference justified.

14. Both judges rejected reliance on *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland* (no. 24699/94, ECHR 2001-VI), which they found turned on its facts. Auld LJ found the 2003 Act to have had a number of ameliorating features not present in the scheme in issue in the above-mentioned case, including a relaxation of controls on the timing and content of political and election broadcasts. They relied on the criticisms of the *VgT Verein gegen Tierfabriken* judgment in *R. (ProLife Alliance) v. BBC* ([2003] UKHL 23), Ousley J finding that it was not possible to discern the basis of the *VgT Verein gegen Tierfabriken* judgment. Both judges doubted the relevance of *Murphy v. Ireland* (no. 44179/98, ECHR 2003-IX): it did not concern political advertising and they were not convinced by the observation therein that the margin of appreciation for restrictions on political advertising might be narrower than those on religious advertising.

15. Both judges emphasised the caution to be exercised by the courts as regards Parliament’s policy and legislative choices. Auld LJ reiterated that:

“ ... in such matters of social and political judgment, the executive and legislative authorities – particularly the latter – of a Contracting State may normally be expected to have a better or surer grasp of its democratic needs and their practicalities than the Strasbourg Court or its own courts. Therein lies the notion of deference which, under one name or another, still stands as a caution to our courts against interfering too readily with the Government’s policies or Parliament’s legislative schemes in implementation of them. Such caution is an agent for broadening rather than narrowing the margin of appreciation/ambit of discretionary judgement of a Contracting State in this context, just as it may be in the context of other important and sensitive issues peculiar to a Contracting State’s traditions, to which its authorities – like those of Ireland in *Murphy* – are peculiarly alive and well qualified to assess.

Here, the United Kingdom Parliament has chosen to introduce a prohibition on political advertising confined to the broadcast media because of its perceived greater power than that of other media and, consequently, greater potential for distortion by wealthy interests of the democratic process. It may be that it could have gone about it in a different way, but is the court to be the judge of that, faced as it is with wide and highly authoritative support for the Parliamentary scheme?”

Auld LJ was to later conclude that Parliament had acted within the ambit of the discretionary judgment available to it.

Ousley J stated that the High Court was not reliant solely on the evidence before it since the “experience, expertise and judgment of Parliament expressed in the legislation can demonstrate the necessary justification”. As to the justification for the prohibition, he stated:

“There are competing interests at stake here which a legislature is entitled and obliged to balance, taking account of the way in which it can anticipate that groups and parties would use the greater access to the broadcast media which the Claimant seeks for itself and others. ...

In this regard, it is clear that Parliament has expressed a considered view, having grappled with the human rights implications of s321. I give great weight to its view thus expressed as evidencing the need for this restriction. This is not an executive act, not secondary legislation but primary legislation which was passed without member dissent by Parliament. It was aware of the opposition on human rights grounds of Professor Barendt, and of the reservations, based on *VGT*, expressed by the Joint Committee on Human Rights and the Electoral Commission.

I also give Parliament’s considered view great weight because of the subject matter. The impact of broadcasting on the topics, framework and intensity of political debate is one which few would be better placed to assess than those who deal on a daily basis with constituents and interest groups, whether to enlist, respond to or resist their influence. They would be well placed to know what manner of groups there were or might be who would take advantage of degrees of alteration to the present ban. It is not contestable that Parliament, through its MPs and politically active peers, is far better placed to reach a judgment on those matters than judges. This is not an area which more readily falls into the sphere in which judges are more experienced and expert. This is the more true of non-national judges.

I see these factors as giving substantial evidential weight to the view of a democratically elected body in deciding what restriction was shown to be necessary in the public interest. In substance, another way of putting that is to say that the subject matter warrants a considerable discretionary area of judgment being accorded to Parliament.

No doubt Parliament could have devised a form of words which would present a solution of sorts to any problem as to where a line was drawn as between types [of] advertiser or advertisement. However, the complexities and inevitable arbitrariness of any solution, such as it might be called, are proper matters for Parliament to consider in deciding that a complete ban on broadcasting advertisements is the only practicable and fair answer.”

Whether Parliament’s enactment of the prohibition was evidence for its necessity in an area of Parliament’s expertise or as a judgment in an area where a wider margin of discretion should be accorded to it, Ousley J considered that Parliament’s decision should be respected by the courts.

16. Having noted the lack of a relevant European consensus, Auld LJ remarked that the experts' reports submitted had been of little assistance, had been produced by the State as a matter of disclosure only and had not been relied upon by the State. Ousley J noted that the High Court had been provided with some, but not comprehensive, material about how some other Council of Europe and Commonwealth States had dealt with the issue. It was not of any great use save to demonstrate that there was a general consensus that electoral periods justified advertising prohibitions and that there was no clear consensus as to whether the present prohibition was necessary outside of an electoral period. Various States had decided what restrictions were necessary given their particular political sensitivities and broadcasting systems. The absence of consensus might have reflected those differing conditions which were properly part of a legislature's judgment as to whether or not this degree of prohibition was necessary in its democratic society.

17. Both Auld LJ and Ousley J emphasised the rationale for the prohibition: to preserve the integrity of the democratic process by ensuring that the broadcast media were not distorted by wealthy interests in favour of a certain political agenda. Ousley J characterised the prohibition as a restriction aimed at supporting the democratic process rather than one with a specific content objection. Both judges considered it legitimate to single out the broadcast media as its impact was potentially more powerful: Ousley J finding that it was not a matter of serious debate that the broadcast media were more pervasive and potent than any other media form. As to the debate about whether television was more expensive than other media, Ousley J considered it sufficient to accept that broadcasted advertisements had an advantage of which advertisers and broadcasters were aware and for which the former would pay large sums of money far beyond the reach of regular groups who might wish to participate in the public debate.

18. Finally, both judges rejected the argument that the prohibition was disproportionate as it applied outside electoral periods and to groups such as the applicant NGO who were not associated with party politics or electoral campaigns. Auld LJ emphasised that it would not be "a principled or logical distinction" to limit the prohibition to electoral periods. Both judges considered that political advertising in the broadcast media outside such periods was likely to have an equally obvious influence on the democratic process. In this respect, Ousley J noted that the broadcast media were ever-present, that contentious democratic issues could arise at any time and that purchased influence could affect the promotion of legislation, the decision to hold an election or its ultimate outcome. Both judges also considered that it was impracticable, arbitrary and potentially unfair to attempt to draw a

line between party political matters and other matters of public importance: the distortion of the political debate could take many forms and could embrace a vast range of matters of public interest and certain issues would be difficult to categorise. There was also a risk that such a distinction might allow political parties to “contract out” their political advertising to “splinter or supporter groups” which would be free from restriction.

19. As a result, the High Court rejected a declaration of incompatibility.

3. *The House of Lords ([2008] UKHL 15)*

20. On 12 March 2008 the House of Lords (Lord Bingham, Lord Scott, Baroness Hale, Lord Carswell and Lord Neuberger) unanimously dismissed the applicant NGO’s appeal.

21. Lord Bingham gave the lead judgment. He recognised that, since the prohibition interfered with political expression, the standard of justification imposed on the State was “high” and the margin of appreciation was correspondingly small. The objective of the prohibition was as follows:

“28. The fundamental rationale of the democratic process is that if competing views, opinions and policies are publicly debated and exposed to public scrutiny the good will over time drive out the bad and the true prevail over the false. It must be assumed that, given time, the public will make a sound choice when, in the course of the democratic process, it has the right to choose. But it is highly desirable that the playing field of debate should be so far as practicable level. This is achieved where, in public discussion, differing views are expressed, contradicted, answered and debated. It is the duty of broadcasters to achieve this object in an impartial way by presenting balanced programmes in which all lawful views may be ventilated.”

22. The objective was not achieved if:

“... well-endowed interests which are not political parties are able to use the power of the purse to give enhanced prominence to views which may be true or false, attractive to progressive minds or unattractive, beneficial or injurious. The risk is that objects which are essentially political may come to be accepted by the public not because they are shown in public debate to be right but because, by dint of constant repetition, the public has been conditioned to accept them. The rights of others which a restriction on the exercise of the right to free expression may properly be designed to protect must, in my judgment, include a right to be protected against the potential mischief of partial political advertising.”

Lord Bingham did not think that the full strength of this argument had been deployed in the above-cited *VgT Verein gegen Tierfabriken* judgment.

23. He considered that a blanket prohibition was necessary to avoid the risk of advertisements by organisations with objectionable goals and he observed that this option had been discounted in *VgT Verein gegen Tierfabriken* but recognised in the above-cited *Murphy* judgment. That the prohibition was confined to the broadcast media only was, as Ousley J

had found, explained by the particular pervasiveness and potency of television and radio, a factor recognised by this Court in *Jersild v. Denmark* (23 September 1994, § 31, Series A no. 298) and in *Murphy* although he noted that the *VgT Verein gegen Tierfabriken* judgment appeared to discount the point.

24. As to whether a less restrictive prohibition (regulated by time, frequency, expenditure or by the nature and quality of advertisements) would avoid the mischief sought to be avoided, Lord Bingham considered it unnecessary to explore this option in detail because, *inter alia*, any less restrictive system could be circumvented by the formation of small groups pursuing very similar political objects; it would be difficult to apply objectively and coherently; and it would be even more difficult for broadcasters to fulfil their duty of impartiality. While the Joint Committee on Human Rights had requested a compromise solution, the government had judged that no fair and workable compromise solution could be found which would address the problem, “a judgment which Parliament accepted. I see no reason to challenge that judgment”. Parliament’s judgment was to be given “great weight” for three reasons. In the first place, it was reasonable to expect that democratically elected politicians would be “peculiarly sensitive” to the measures necessary to safeguard the integrity of democracy. Secondly, while Parliament considered that the prohibition might “possibly although improbably” infringe Article 10, Parliament had resolved to proceed because of the importance it attached to the prohibition and its judgment which should not be “lightly overridden”. Thirdly, legislation could not be framed to address particular cases but had to lay down general rules and Parliament would decide where the line would be. While that inevitably meant that hard cases would fall on the wrong side of the line, “that should not be held to invalidate the rule if, judged in the round, it is beneficial”.

25. The fact that other means of communication were available to the applicant NGO was a “factor of some weight” and this was to be contrasted with *Bowman v. the United Kingdom* (19 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I) where the impugned provision was found to amount to a total barrier to the applicant’s communication of her views.

26. Finally, Lord Bingham observed that there was no clear consensus among member States on how to legislate for the broadcasting of political advertisements. This Court had widened the margin of appreciation in such instances and suggested that it might be that each State was best fitted to judge the checks and balances necessary to safeguard, consistently with Article 10, the integrity of its own democracy. He dismissed the appeal, agreeing with Ousley J and, in the main, with Auld LJ. He did not accept Lord Scott’s view that the domestic courts could differ from this Court in

interpreting Convention rights since the former should, in the absence of special circumstances, follow any clear and constant case-law of this Court.

27. Lord Scott agreed with Lord Bingham, adding two comments.

In the first place, the prohibition could give rise to further Article 10 claims given its “remarkable” width: it could withhold from the applicant NGO the ability to place advertisements for broadcasting with no political content or with an entirely neutral content and prevent it from “countering” permitted commercial advertising which offended its principles. As a result, there might be respects in which sections 319 and 321 were incompatible with Article 10. However, the power to make a declaration of incompatibility under section 4 of the HRA was a discretionary one. As a general rule it ought not to be exercised unless the circumstances of the case showed that the legislative provision in question had “affected a Convention right of the applicant ... in a manner that is incompatible with that right” and hypothetical examples of ways in which the legislative provision might be incompatible with a Convention right did not suffice. The conclusion was that the prohibition was not incompatible with the applicant NGO’s Article 10 rights.

Secondly, it was not possible to assume from *VgT Verein gegen Tierfabriken* (cited above) that the Court would disagree with the House of Lords in the present case. The Court in *Murphy* (cited above) did not distinguish or qualify its reasoning in *VgT Verein gegen Tierfabriken* and its judgments focused closely on the particular facts of each case. There was no more than the possibility of a divergence between the finding of the House of Lords and of this Court.

28. Baroness Hale began her judgment by pointing out that there had been “an elephant in the room” when the case was heard and it was the dominance of advertising, not only in elections but also in the formation of political opinion, in the United States. She emphasised the enormous amounts spent, and which have to be raised, on elections in the United States. There was no limit in the United States to the amount that pressure groups could spend on getting their message across in the most powerful and pervasive media available.

29. She went on to describe the rationale of the prohibition as ensuring that the government and its policies were not decided by the highest spenders:

“Our democracy is based upon more than one person one vote. It is based on the view that each person has equal value. ... We want everyone to be able to make up their own minds on the important issues of the day. For this we need the free exchange of information and ideas. We have to accept that some people have greater resources

than others with which to put their views across. But we want to avoid the grosser distortions which unrestricted access to the broadcast media will bring.

So this case is not just about permissible restrictions on freedom of expression. It is about striking the right balance between the two most important components of a democracy: freedom of expression and voter equality.”

30. Baroness Hale held, in full agreement with the reasons given by Lord Bingham, that the prohibition as it operated in the case was not incompatible with the applicant NGO’s Article 10 rights. On the contrary, it was:

“51. ... a balanced and proportionate response to the problem: they can seek to put their case across in any other way, but not the one which so greatly risks distorting the public debate in favour of the rich. There has to be the same rule for the same kind of advertising, whatever the cause for which it campaigns and whatever the resources of the campaigners. We must not distinguish between causes of which we approve and causes of which we disapprove. Nor in practice can we distinguish between small organisations which have to fight for every penny and rich ones with access to massive sums. Capping or rationing will not work ...”

31. She doubted the application of the Court’s judgment in *VgT Verein gegen Tierfabriken* since, like all of this Court’s judgments, it was fact specific:

“52. ... Similar though the organisations were, the advertisements were rather different: ‘eat less meat’ is a different message from ‘help us to stop their suffering’. Important arguments which were given less weight in *VgT* were accepted in *Murphy*. If anything, the need to strike a fair balance between the competing interests is stronger in the political than in the religious context. Important though political speech is, the political rights of others are equally important in a democracy. The issue is whether the ban, as it applies to these facts, was proportionate to the legitimate aim of protecting the democratic rights of others. As Lord Bingham has demonstrated, Government and Parliament have recently examined with some care whether a more limited ban could be made to work and have concluded that it could not. The solution chosen has all-party support. Parliamentarians of all political persuasions take the view that the ban is necessary in this democratic society. Any court would be slow indeed to take a different view on a question such as this. There may be room for argument at the very margins of the rule, for example, in banning any advertisement of any kind by a political body, or in banning any advertisement by anyone of matters of public controversy. But that is not this case.”

32. Finally, Baroness Hale agreed with Lord Bingham (disagreeing with Lord Scott) that the correct interpretation of the incorporated Convention rights lay ultimately with this Court. The domestic courts should adopt a “cautious approach” where they must not “leap ahead” of the Court’s interpretations but “keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it develops over time, no more and no less”.

33. Both Lord Carswell and Lord Neuberger dismissed the appeal for the reasons given by Lord Bingham.

II. RELEVANT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

...

C. The Communications Act 2003 (“the 2003 Act”), enacted in July 2003

1. The prohibition on political advertising

56. The 2003 Act was enacted by Parliament without member dissent. iT replaced the existing regulators with a unified regulator for media, telecommunications and radio communications called the Office of Communications (Ofcom). However, until 31 December 2007 the Broadcast Advertising Clearance Centre was responsible for pre-transmission examination and clearance of advertisements proposed for broadcasting.

57. Section 319(1) requires Ofcom to set and review standards to achieve certain fixed objectives listed in section 319(2), which objectives include that news on television and radio is presented with due impartiality, that the impartiality requirements of section 320 are complied with and, further, that advertising contravening the prohibition on political advertising is not included in television or radio services.

58. Section 321(2) contains that prohibition and provides that:

“(2) For the purposes of section 329(2)(g) an advertisement contravenes the prohibition on political advertising if it is:

- (a) an advertisement which is inserted by or on behalf of a body whose objects are wholly or mainly of a political nature;
- (b) an advertisement which is directed towards a political end; or
- (c) an advertisement which has a connection with an industrial dispute.”

59. Section 321(3) defines objects of a “political nature and political ends” as including:

“(a) influencing the outcome of elections or referendums, whether in the United Kingdom or elsewhere;

(b) bringing about changes of the law in the whole or a part of the United Kingdom or elsewhere, or otherwise influencing the legislative process in any country or territory;

(c) influencing the policies or decisions of local, regional or national governments, whether in the United Kingdom or elsewhere;

(d) influencing the policies or decisions of persons on whom public functions are conferred by or under the law of the United Kingdom or of a country or territory outside the United Kingdom;

(e) influencing the policies or decisions of persons on whom functions are conferred by or under international agreements;

(f) influencing public opinion on a matter which, in the United Kingdom, is a matter of public controversy;

(g) promoting the interests of a party or other group of persons organised, in the United Kingdom or elsewhere, for political ends.”

60. Accordingly, the prohibition applies, not only to advertisements with a political content, but also to those bodies which are wholly or mainly of a political nature irrespective of the content of their advertisements.

61. Section 321(7) provides an exception for public service advertisements inserted by or on behalf of a government department and for party political and referendum campaign broadcasts of certain political parties (SEE paragraph 64 below). The political parties on whose behalf such broadcasts may be made are determined by OFCOM and only those registered with the Electoral Commission are eligible to be selected.

2. The obligation of impartiality in the broadcast media: three mechanisms

62. Political impartiality has been a core feature of the legislative regime governing broadcasting from the outset and is achieved by three mechanisms. The first is the prohibition against paid political advertising.

63. The second is the statutory obligation of impartiality on all broadcasters. Section 320 of the 2003 Act is entitled “Special impartiality requirements” and subsections 1 and 2 provide as follows:

“(1) The requirements of this section are—

(a) the exclusion, in the case of television and radio services ... from programmes included in any of those services of all expressions of the views or opinions of the person providing the service on any of the matters mentioned in subsection (2);

(b) the preservation, in the case of every television programme service, teletext service, national radio service and national digital sound programme service, of due impartiality, on the part of the person providing the service, as respects all of those matters;

(c) the prevention, in the case of every local radio service, local digital sound programme service or radio licensable content service, of the giving of undue prominence in the programmes included in the service to the views and opinions of particular persons or bodies on any of those matters.

(2) Those matters are—

(a) matters of political or industrial controversy; and

(b) matters relating to current public policy.”

64. The third mechanism is the provision of free party political, party election and party referendum campaign broadcasts by broadcasters, a mechanism which has been part of the regulatory landscape since broadcasting began. The first such broadcast on the radio was in 1924 and on the television in 1951. Section 333 of the 2003 Act provides that licences for certain broadcasters must require the inclusion of free broadcasts and the observance of OFCOM rules. Those rules regulate party political broadcasts (offered to the major parties at the time of key events in the political calendar); party election broadcasts (offered during electoral periods to each of the main parties and to smaller registered parties contesting one sixth or more of the seats up for election at a general election) and referendum campaign broadcasts (offered to each designated referendum organisation in the run-up to a referendum).

...

THE LAW

ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

76. The applicant NGO complained under Article 10 of the statutory prohibition on paid political advertising on radio and television (“the prohibition”). Article 10, in so far as relevant, reads as follows.

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

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

A. Admissibility

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

B. Merits

78. The parties agreed that the prohibition amounted to an interference with the applicant NGO's rights under Article 10, that the interference was "prescribed by law" (sections 319 and 321 of the 2003 Act) and that it pursued the aim of preserving the impartiality of broadcasting on public interest matters and, thereby, of protecting the democratic process. The Court accepts that this corresponds to the legitimate aim of protecting the "rights of others" to which the second paragraph of Article 10 refers (see *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*, no. 24699/94, § 62, ECHR 2001-VI, and *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti v. Norway*, no. 21132/05, § 78, ECHR 2008). The dispute between the parties concerned whether the interference was "necessary in a democratic society" and the Court will now examine this issue.

1. *The applicant NGO's submissions*

79. The applicant NGO emphasised the strength of the Convention protection for political and public-interest expression, argued that the interference was widely defined and considered that it constituted a form of prior restraint. A narrow margin of appreciation and strict scrutiny was therefore to be applied (see *VgT Verein gegen Tierfabriken*, cited above). The "somewhat wider margin of appreciation" referred to in *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti* (cited above) was relevant only in so far as the State sought to rely upon special features of its national situation which peculiarly justified the restriction (as in *Murphy v. Ireland*, no. 44179/98, ECHR 2003-IX) and that was not the situation in the present case. The broad margin accorded by the domestic courts to the legislature was inappropriate since the latter was made up of political parties who benefited from the impugned prohibition.

80. The applicant NGO's main argument was that the prohibition on paid political advertising was too wide to be proportionate for the following reasons.

81. In the first place, the prohibition was too widely defined. While the applicant NGO accepted the necessity of the prohibition during pre-election periods, it considered disproportionate its maintenance outside those periods for social-advocacy groups on matters of public interest. A prohibition distinguishing party politics and public interest social advocacy would be principled, feasible and proportionate. According to the applicant NGO, a distinction had been made between the two notions in section 321(3) of the 2003 Act and other States had made this distinction. The wide definition unjustifiably restricted the ability of small campaign

groups to engage with the public on matters of general interest. It created a monopoly in favour of established political parties who had access, albeit regulated, to the broadcast media via free party political and party electoral broadcasts. The prohibition therefore distorted the public debate. Finally, it was financially burdensome to set up a charitable arm to broadcast an advertisement on a non-political matter so that the prohibition favoured well-funded bodies.

82. Secondly, the different approach to the broadcast and other media was unproven, inexplicable and unnecessary. The Government had presumed that the broadcast media was uniquely powerful and expensive without any proof, analysis or comparative studies. Given the growing impact of other forms of pervasive media, there were convincing reasons to believe that those ideas might now be false. The Government incorrectly relied on the prior findings of this Court as to the power of the audio-visual media. In any event, it made no sense to restrict access to the broadcast media and allow access to other persuasive and pervasive media. If the broadcast media was particularly powerful, that would be a reason to broadcast political speech and if it was no longer that powerful compared, for example, to the Internet, the State's justification for the prohibition fell away. The Government's aim of preventing the hijacking of the broadcast media by the rich and powerful was not achieved because everyone (rich and poor) was excluded from broadcasting but the rich could nonetheless still monopolise other powerful media.

83. Thirdly, the proportionality of a general measure fell to be tested against, and demonstrated by, the practical and factual realities of an individual case. Relying on *VgT Verein gegen Tierfabriken* (cited above), the applicant NGO pointed out that neither itself nor the advertisement had been considered objectionable, but the prohibition denied it the opportunity to raise an important matter of public interest and to respond to broadcasts on primates already in the public domain.

84. Fourthly, it had not been proven that there was a risk of compromising the impartiality of broadcasting without the prohibition or that the three mechanisms said to ensure impartiality in broadcasting were interdependent.

85. The applicant NGO also argued that concerns about a less restrictive system did not justify the maintenance of the prohibition. The fears of distortion of the public debate by rich and powerful interest groups were exaggerated and unproven. Other European States had managed to define other regulatory frameworks which achieved the aim espoused without the floodgate results feared. Generalisations inspired by the United States were not applicable in the United Kingdom.

86. The applicant NGO considered that the relevant case-law (the above-cited *VgT Verein gegen Tierfabriken* and *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti* judgments, as well as *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2)* [GC], no. 32772/02, ECHR 2009) was directly applicable to its case and in its favour. The advertisements and advertisers were inoffensive, the advertisers were not powerful and, especially in *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti*, the Court rejected the arguments of the Governments of Norway and the United Kingdom regarding the decision to adopt a general measure to protect the public debate against powerful financial groups. The *VgT Verein gegen Tierfabriken* and *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti* cases could not be confined to their own facts. Whether or not the applicant NGO was responding to or launching a debate, it was the public-interest nature of the expression which was determinative in *VgT Verein gegen Tierfabriken* and should be so in the present case. As the *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti* judgment indicated, the particular sensitivities to which the expression of religious views gave rise meant that the above-cited *Murphy* case was distinguishable. Moreover, the argument that the *VgT Verein gegen Tierfabriken* judgment was erroneous was not persuasive: that judgment had been considered and confirmed three times (see *Murphy*; *Verein gegen Tierfabriken (VgT) (no. 2)*; and *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistpart*, all cited above) and there was nothing new or compelling in the Government's pleadings. Clear precedents should be followed in the interest of legal certainty and the coherent development of Convention jurisprudence.

87. Finally, the applicant NGO argued that the European Convention on Transfrontier Television (which protects transfrontier broadcasting and advertising) applied to paid political advertising. It also referred to the Television Without Frontiers Directive pointing out that, while States could make stricter demands of media service providers, a common European Union-wide approach was required in relation to the issue of freedom of expression and broadcasted advertising.

2. *The Government's submissions*

88. The Government maintained that Parliament had considered the prohibition necessary to avoid the unacceptable risk that the political debate would be distorted in favour of deep pockets funding advertising in the most potent and expensive media. Unregulated broadcasting of paid political advertisements would turn democratic influence into a commodity which would undermine impartiality in broadcasting and the democratic process. The objective was to enhance the political debate and not to restrict it.

89. They argued that the interference was proportionate for the reasons relied upon by the domestic authorities during the adoption and review of the prohibition. The regulatory regime chosen was designed to balance, on the one hand, freedom of political speech and, on the other, the impartiality of that speech and the protection of the democratic process. These important latter aims were achieved by three interrelated mechanisms: the prohibition, the statutory duty of impartiality placed solely on broadcasters (section 320 of the 2003 Act), and free party political, party election and referendum campaign broadcasts. It was the proportionality of the prohibition as a general measure that had to be examined as opposed to its application to the facts of the case. The latter reasoning supposed, incorrectly, that it was possible, feasible and admissible for a State organ to acceptably distinguish between advertisers or advertisements in a social-debate context or to otherwise apply a restriction on political advertising on a case-by-case basis.

90. The Government considered the prohibition to be proportionate for certain key reasons.

91. In the first place, the breadth of the prohibition was confined as much as possible to its essential aim while, at the same time, avoiding problematic case-by-case assessments. It concerned only paid advertising. It covered only the most pervasive and persuasive media, the applicant NGO retaining access to other very useful media.

92. Secondly, access to the broadcast media was expensive and without the prohibition only well-financed groups could afford such access. It would not serve the applicant NGO's interests if its advertisement was responded to by an avalanche of broadcasted advertisements by well-funded groups with the opposite opinion. The Government had submitted evidence to the domestic courts of the expense of advertising in the broadcast media, what mattered was that the cost was sufficiently high as to exclude most NGOs and it observed that the applicant NGO's affidavit in the domestic proceedings noted that the advertising budget of the commercial sector for one day would be more than that of the NGO sector for the year.

93. Thirdly, allowing broadcasting of paid political advertising would undermine broadcasting impartiality. A series of complex rules would have to be adopted to ensure that any single point of view/single advertiser would not attain undue prominence, including rules to: identify clearly political advertising and ensure that it would remain subsidiary to other forms of expression; limit the percentage revenue of broadcasters from political advertising; and avoid arbitrariness. Such a series of rules would be difficult to apply without allegations of discrimination or without undermining the principle of impartiality and they would be difficult to police and maintain with any legal certainty.

94. Fourthly, party political, party election and referendum campaign broadcasts (one of the three aspects of the regulatory system) diluted the impact of the impugned general measure.

95. Moreover, the Government argued that the Court's function was limited to reviewing whether or not the solution adopted by Parliament could be regarded as striking a fair balance and falling within an applicable margin of appreciation. Even though the case involved political speech, the aim was to maintain its integrity and impartiality. In *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti* the Court had acknowledged that the lack of consensus favoured a somewhat wider margin of appreciation. It was a fine balance of competing interests, which involved the detailed consideration and rejection of less restrictive alternatives by various expert bodies and democratically elected politicians who were peculiarly sensitive to the measures necessary to safeguard the integrity of the democratic process. Parliament was entitled to judge that the objective justified the prohibition and it was adopted without dissent. It was then scrutinised by the national courts which endorsed the reasons for, and scope of, the prohibition. Accordingly, and given the margin of appreciation applicable, this Court should be slow to second-guess the solution carefully identified in a complex area by the relevant domestic bodies. As to the alleged conflict of interest of the political establishment in assessing the necessity of a prohibition, the experience in the United States showed that an unregulated system favoured politicians and would not benefit a minority party.

96. The Government relied on the affidavit of the Director General of the DCMS (see paragraph 12 above) which outlined and relied on the reflection of the DCMS on the necessity of the prohibition and on alternatives to it ... The Government highlighted the following aspects.

They noted that Parliament was entitled to consider that the prohibition could not be limited to electoral periods since those with deep pockets could at any time saturate an electorate with a partial view and thereby distort the electoral process itself. If a prohibition during electoral periods would be consistent with Article 10 (as the applicant NGO accepted) to protect the electoral process, it was a question of fact and degree to what extent it was necessary to have a prohibition at other times for the same objective. They emphasised that the prohibition could not be limited to political parties. It would be easily circumvented by parties hiding behind public-interest groups thereby distorting the political agenda. Moreover, there was no clear and workable distinction between political parties and social-advocacy bodies. They emphasised that attempting to avoid political content would not be realistic as it was difficult to imagine a social-advocacy body whose advert did not seek to promote its objectives. Indeed, any advertisement

by such a body would advance its political purposes, if only by increasing name recognition or assisting fund raising. If a body wished to advertise on a non-political matter, all it had to do (as many have done) was to set up a charitable arm. Finally, they stressed that placing financial caps on groups seeking to broadcast advertisements could easily be circumvented by deep pockets distributing funds to a variety of aligned groups or to groups created for that purpose. Financial caps on certain political viewpoints would also be difficult to objectively draft and operate. Limiting the number of political broadcasting slots available would inevitably give rise to questions of unfairness and discrimination whereas it was feasible to devise rules for the allocation of party political broadcasts by reference to registered political parties and/or election results.

97. The European Platform of Regulatory Authorities (EPRA) comparative survey supported the Government's position. Only four States left the position entirely unregulated. There were "wide-reaching bans" in France, Ireland, Malta, Spain and the United Kingdom. While three States (Switzerland, Denmark and Norway) allowed advertising by social-advocacy groups, they considered themselves obliged by the *VgT Verein gegen Tierfabriken* judgment, the scope and effect of which was in issue in the present case. In any case, while there was a wide European consensus that the broadcast media required regulation, there was no consensus as to how. Indeed, the Committee of Ministers when examining this issue in 1999 and 2007 ... did not recommend a common approach across Europe: the Television Without Frontiers Directive applied to commercial advertising only and, in any event, provided that it could not be used to circumvent stricter national rules. The same was true of the Audiovisual Media Services Directive. At its meeting of July 2010, the Standing Committee on Transfrontier Television concluded that political advertising lay outside the competence of the European Union.

98. The Government made detailed submissions on this Court's case-law and, notably, on the above-cited *VgT Verein gegen Tierfabriken*, *Murphy* and *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti* judgments.

They argued that the *VgT Verein gegen Tierfabriken* judgment should be confined to its own facts as the applicant in that case had been trying to restore balance in a debate which had already begun, whereas the applicant NGO was seeking to start a debate on the treatment of primates. Alternatively, the *VgT Verein gegen Tierfabriken* judgment should not be followed. It had failed to accept the established need for a particular approach to the audiovisual media because of its pervasiveness and potency. It failed to address the justification of a general measure and thereby failed to address, adequately or at all, certain matters relevant thereto. The above-cited judgment in

Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) (no. 2) was not relevant as the Court did not enter into the present substantive question under Article 10 of the Convention. As to *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti*, the facts were different: the applicant was a minority political party but the statutory duty of impartiality and free party political, party election and referendum campaign broadcasts, which benefitted minority parties, did not exist in Norway. While in the latter judgment the Court recognised that the lack of a European consensus increased a State's margin of appreciation, it also failed to assess the restriction as a general measure. The above-cited *Murphy* judgment examined the restriction as a general measure and there was no reason why a case-by-case examination was unsuitable for religious advertising but suitable for political advertising.

3. *The Court's assessment of whether the interference was necessary in a democratic society*

99. The applicant NGO maintained that the prohibition was disproportionate because it prohibited paid "political" advertising by social-advocacy groups outside of electoral periods. The Government argued that the prohibition was necessary to avoid the distortion of debates on matters of public interest due to unequal access to influential media by financially powerful bodies and, thereby, to protect effective pluralism and the democratic process. The term "political advertising" used herein includes advertising on matters of broader public interest.

(a) **General principles**

100. The general principles concerning the necessity of an interference with freedom of expression were summarised in *Stoll v. Switzerland* [GC] (no. 69698/01, § 101, ECHR 2007-V) and were reiterated more recently in *Mouvement raëlien suisse v. Switzerland* ([GC], no. 16354/06, § 48, ECHR 2012):

"(i) Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society'. As set forth in Article 10, this freedom is subject to exceptions, which ... must, however, be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly ...

(ii) The adjective 'necessary', within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a 'pressing social need'. The Contracting States have a certain margin of

appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a 'restriction' is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.

(iii) The Court's task, in exercising its supervisory jurisdiction, is not to take the place of the competent national authorities but rather to review under Article 10 the decisions they delivered pursuant to their power of appreciation. This does not mean that the supervision is limited to ascertaining whether the respondent State exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith; what the Court has to do is to look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was 'proportionate to the legitimate aim pursued' and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are 'relevant and sufficient'... In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they relied on an acceptable assessment of the relevant facts ..."

This protection of Article 10 extends not only to the substance of the ideas and information expressed but also to the form in which they are conveyed (see *Jersild v. Denmark*, 23 September 1994, § 31, Series A no. 298).

101. The Court also notes the principles concerning pluralism in the audio-visual media set out recently in *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* ([GC], no. 38433/09, ECHR 2012):

"129. ... As [the Court] has often noted, there can be no democracy without pluralism. ... It is of the essence of democracy to allow diverse political programmes to be proposed and debated ... provided that they do not harm democracy itself ...

132. The audio-visual media, such as radio and television, have a particularly important role in this respect. ...

133. A situation whereby a powerful economic or political group in society is permitted to obtain a position of dominance over the audio-visual media and thereby exercise pressure on broadcasters and eventually curtail their editorial freedom undermines the fundamental role of freedom of expression in a democratic society as enshrined in Article 10 of the Convention, in particular where it serves to impart information and ideas of general interest ...

134. The Court observes that in such a sensitive sector as the audio-visual media, in addition to its negative duty of non-interference, the State has a positive obligation to put in place an appropriate legislative and administrative framework to guarantee effective pluralism ...

With this in mind, it should be noted that in Recommendation CM/Rec(2007)2 on media pluralism and diversity of media content ... the Committee of Ministers reaffirmed that "in order to protect and actively promote the pluralistic expressions of ideas and opinions as well as cultural diversity, member States should adapt the

existing regulatory frameworks, particularly with regard to media ownership, and adopt any regulatory and financial measures called for in order to guarantee media transparency and structural pluralism as well as diversity of the content distributed.”

Moreover, given the importance of what is at stake under Article 10, the State is the ultimate guarantor of pluralism (see *Informationsverein Lentia and Others v. Austria*, 24 November 1993, § 38, Series A no. 276, and *Manole and Others v. Moldova*, no. 13936/02, § 99, ECHR 2009).

102. As to the breadth of the margin of appreciation to be afforded, the Court noted that it depends on a number of factors. It is defined by the type of the expression in issue and, in this respect, it is noted that there is little scope under Article 10 § 2 for restrictions on debates on questions of public interest (see *Wingrove v. the United Kingdom*, 25 November 1996, § 58, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V). Such questions include the protection of animals (see *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], no. 21980/93, §§ 61-64, ECHR 1999-III; *VgT Verein gegen Tierfabriken*, §§ 70 and 72, cited above; and *Mouvement raélien suisse*, §§ 59-61, cited above). The margin is also narrowed by the strong interest of a democratic society in the press exercising its vital role as a public watchdog (see *Editions Plon v. France*, no. 58148/00, § 43, ECHR 2004-IV): freedom of the press and other news media affords the public one of the best means of discovering and forming an opinion of the ideas and attitudes of political leaders. It is incumbent on the press to impart information and ideas on subjects of public interest and the public also has a right to receive them (see *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, § 49, Series A no. 24, and *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano*, cited above, § 131).

103. Accordingly, the Court scrupulously examines the proportionality of a restriction of expression by the press in a television programme on a subject of general interest (see *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG v. Switzerland*, no. 34124/06, § 56, 21 June 2012). In the present context, it must be noted that, when an NGO draws attention to matters of public interest, it is exercising a public watchdog role of similar importance to that of the press (see *Vides Aizsardzības Klubs v. Latvia*, no. 57829/00, § 42, 27 May 2004).

104. For these reasons, the margin of appreciation to be accorded to the State in the present context is, in principle, a narrow one.

105. The Court will, in light of all of the above factors, assess whether the reasons adduced to justify the prohibition were both “relevant” and “sufficient” and thus whether the interference corresponded to a “pressing social need” and was proportionate to the legitimate aim pursued. In this respect, it is not the Court’s task to take the place of the national authorities but it must review, in the light of the case as a whole, those authorities’

decisions taken pursuant to their margin of appreciation (see *Fressoz and Roire v. France* [GC], no. 29183/95, § 45, ECHR 1999-I).

(b) Preliminary remarks

106. Whether or not the interference was so pleaded in the above-cited *VgT Verein gegen Tierfabriken* case, the present parties accepted that political advertising could be regulated by a general measure and they disagreed only on the breadth of the general measure chosen. The Court notes that a State can, consistently with the Convention, adopt general measures which apply to pre-defined situations regardless of the individual facts of each case even if this might result in individual hard cases (see *Ždanoka v. Latvia* [GC], no. 58278/00, §§ 112-15, ECHR 2006-IV). Contrary to the applicant NGO's submission, a general measure is to be distinguished from a prior restraint imposed on an individual act of expression (see *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, 26 November 1991, § 60, Series A no. 216).

107. The necessity for a general measure has been examined by the Court in a variety of contexts such as economic and social policy (see *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, Series A no. 98; *Mellacher and Others v. Austria*, 19 December 1989, Series A no. 169; and *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 36022/97, § 123, ECHR 2003-VIII) and welfare and pensions (see *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, ECHR 2006-VI; *Runkee and White v. the United Kingdom*, nos. 42949/98 and 53134/99, 10 May 2007; and *Carson and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 42184/05, ECHR 2010). It has also been examined in the context of electoral laws (see *Ždanoka*, cited above); prisoner voting (see *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, ECHR 2005-IX, and *Scoppola v. Italy (no. 3)* [GC], no. 126/05, 22 May 2012); artificial insemination for prisoners (see *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, §§ 79-85, ECHR 2007-V); the destruction of frozen embryos (see *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I); and assisted suicide (see *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, ECHR 2002-III); as well as in the context of a prohibition on religious advertising (see *Murphy*, cited above).

108. It emerges from that case-law that, in order to determine the proportionality of a general measure, the Court must primarily assess the legislative choices underlying it (see *James and Others*, cited above, § 36). The quality of the parliamentary and judicial review of the necessity of the measure is of particular importance in this respect, including to the operation of the relevant margin of appreciation (see for example, *Hatton and Others*, § 128; *Murphy*, § 73; *Hirst*, §§ 78-80; *Evans*, § 86; and *Dickson*,

§ 83, all cited above). It is also relevant to take into account the risk of abuse if a general measure were to be relaxed, that being a risk which is primarily for the State to assess (see *Pretty*, cited above, § 74). A general measure has been found to be a more feasible means of achieving the legitimate aim than a provision allowing a case-by-case examination, when the latter would give rise to a risk of significant uncertainty (see *Evans*, cited above, § 89), of litigation, expense and delay (see *James and Others*, § 68, and *Runkee*, § 39, both cited above) as well as of discrimination and arbitrariness (see *Murphy*, §§ 76-77, and *Evans*, § 89, both cited above). The application of the general measure to the facts of the case remains, however, illustrative of its impact in practice and is thus material to its proportionality (see, for example, *James and Others*, cited above, § 36).

109. It follows that the more convincing the general justifications for the general measure are, the less importance the Court will attach to its impact in the particular case. This approach of the Court to reviewing general measures draws on elements of its analysis in both the above-cited *VgT Verein gegen Tierfabriken* and *Murphy* cases, the latter of which was applied in *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti*. The *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) (no. 2)* judgment (cited above) is not relevant, concerned as it was with a positive obligation on the State to execute a judgment of this Court.

110. The central question as regards such measures is not, as the applicant NGO suggested, whether less restrictive rules should have been adopted or, indeed, whether the State could prove that, without the prohibition, the legitimate aim would not be achieved. Rather the core issue is whether, in adopting the general measure and striking the balance it did, the legislature acted within the margin of appreciation afforded to it (see *James and Others*, § 51; *Mellacher and Others*, § 53; and *Evans*, § 91, all cited above).

111. In addition, the Court notes that the justification offered by the Government included the need to protect the electoral process as part of the democratic order and they relied on *Bowman v. the United Kingdom* (19 February 1998, § 41, *Reports* 1998-I) in which the Court accepted that a statutory control of the public debate was necessary given the risk posed to the right to free elections. The applicant NGO contested the relevance of that case as it concerned a restriction which only operated prior to and during elections. While the risk to pluralist public debates, elections and the democratic process would evidently be more acute during an electoral period, the above-cited *Bowman* judgment does not suggest that that risk is confined to such periods since the democratic process is a continuing one to be nurtured at all times by a free and pluralist public debate. Indeed, in *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano* (cited above, § 134), the Court

did not suggest that the recognition of a positive obligation to intervene to guarantee effective pluralism in the audio-visual sector was limited to a particular period.

Accordingly, it is relevant to observe that there is a wealth of historical, cultural and political differences within Europe so that it is for each State to mould its own democratic vision (see *Hirst*, § 61, and *Scoppola*, § 83, both cited above). By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, their societies and their needs, the legislative and judicial authorities are best placed to assess the particular difficulties in safeguarding the democratic order in their State (see *Ždanoka*, cited above, § 134). The State must therefore be accorded some discretion as regards this country-specific and complex assessment which is of central relevance to the legislative choices in issue in the present case.

112. Finally, the Court notes that both parties have the same objective namely, the maintenance of a free and pluralist debate on matters of public interest and, more generally, contributing to the democratic process. The Court is required therefore to balance, on the one hand, the applicant NGO's right to impart information and ideas of general interest which the public is entitled to receive with, on the other, the authorities' desire to protect the democratic debate and process from distortion by powerful financial groups with advantageous access to influential media. The Court recognises that such groups could obtain competitive advantages in the area of paid advertising and thereby curtail a free and pluralist debate, of which the State remains the ultimate guarantor. Regulation of the broadcasted public interest debate can therefore be necessary within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention. While both the above-cited *VgT Verein gegen Tierfabriken* and *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti* judgments expressly accepted that principle (see also, for example, *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano*, cited above), each found the operation of the prohibitions on advertising in issue in those cases to be disproportionate. The issue to be resolved in this case is whether the present prohibition has gone too far, having regard to its objective described above and to the margin of appreciation afforded to the respondent State.

(c) Proportionality

113. Turning therefore to the proportionality of this general measure, the Court has, in the first place, examined the national parliamentary and judicial reviews of its necessity, which reviews are, for the reasons outlined at paragraphs 106-11 above, of central importance to the present case.

114. Although the prohibition had been an integral part of broadcasting in the United Kingdom since the 1950s, its necessity was specifically

reviewed and confirmed by the Neill Committee in its report of 1998. A White Paper with a proposed prohibition was therefore published for comment. It was at this point (2001) that the above-cited *VgT Verein gegen Tierfabriken* judgment was delivered and all later stages of the pre-legislative review examined in detail the impact of this judgment on the Convention compatibility of the proposed prohibition. Following the White Paper consultation, a draft Bill was published in 2002 with a detailed Explanatory Note which dealt with the implications of the *VgT Verein gegen Tierfabriken* judgment. All later specialist bodies consulted on that Bill (the Joint Committee on Human Rights, the Joint Committee on the Draft Communications Bill, the Independent Television Commission and the Electoral Commission) were in favour, for reasons set out in detail above ..., of maintaining the prohibition considering that, even after the above-mentioned judgment, it was a proportionate general measure. The Government, through the DCMS, played an important part in that debate explaining frequently and in detail their reasons for retaining the prohibition and for considering it to be proportionate and going so far as to disclose their legal advice on the subject ... The 2003 Act containing the prohibition was then enacted with cross-party support and without any dissenting vote. The prohibition was therefore the culmination of an exceptional examination by parliamentary bodies of the cultural, political and legal aspects of the prohibition as part of the broader regulatory system governing broadcasted public-interest expression in the United Kingdom and all bodies found the prohibition to have been a necessary interference with Article 10 rights.

115. It was this particular competence of Parliament and the extensive pre-legislative consultation on the Convention compatibility of the prohibition which explained the degree of deference shown by the domestic courts to Parliament's decision to adopt the prohibition (see, in particular, paragraphs 15 and 24 above). The proportionality of the prohibition was, nonetheless, debated in some detail before the High Court and the House of Lords. Both courts analysed the relevant Convention case-law and principles, addressed the relevance of the above-cited *VgT Verein gegen Tierfabriken* judgment and carefully applied that jurisprudence to the prohibition. Each judge at both levels endorsed the objective of the prohibition as well as the rationale of the legislative choices which defined its particular scope and each concluded that it was a necessary and proportionate interference with the applicant NGO's rights under Article 10 of the Convention.

116. The Court, for its part, attaches considerable weight to these exacting and pertinent reviews, by both parliamentary and judicial bodies, of the complex regulatory regime governing political broadcasting in the United Kingdom and to their view that the general measure was necessary

to prevent the distortion of crucial public-interest debates and, thereby, the undermining of the democratic process.

117. In addition, the Court considers it important that the prohibition was specifically circumscribed to address the precise risk of distortion the State sought to avoid with the minimum impairment of the right of expression. It only applies therefore to advertising, given its inherently partial nature (see *Murphy*, cited above, § 42), to paid advertising, given the danger of unequal access based on wealth, and to political advertising (as explained at paragraph 99 above) as it was considered to go to the heart of the democratic process. It is also confined to certain media (radio and television) since they are considered to be the most influential and expensive media and to constitute a cornerstone of the regulatory system in issue in the present case. The limits placed on a restriction are important factors in the assessment of its proportionality (see *Mouvement raëlien suisse*, cited above, § 75). Consequently, a range of alternative media were available to the applicant NGO and these are outlined at paragraph 124 below.

118. However, the applicant NGO took issue with the rationale underlying the legislative choices made as regards the scope of the prohibition.

119. In the first place, it argued, referring to paragraph 77 of the *VgT Verein gegen Tierfabriken* judgment, that limiting the prohibition to radio and television was illogical given the comparative potency of newer media such as the Internet. However, the Court considers coherent a distinction based on the particular influence of the broadcast media. In particular, the Court recognises the immediate and powerful effect of the broadcast media, an impact reinforced by the continuing function of radio and television as familiar sources of entertainment in the intimacy of the home (see *Jersild*, § 31; *Murphy*, § 74; *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti*, § 60; and *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano*, § 132, all cited above). In addition, the choices inherent in the use of the Internet and social media mean that the information emerging therefrom does not have the same synchronicity or impact as broadcasted information. Notwithstanding therefore the significant development of the Internet and social media in recent years, there is no evidence of a sufficiently serious shift in the respective influences of the new and of the broadcast media in the respondent State to undermine the need for special measures for the latter.

120. Secondly, the applicant NGO contended that broadcasted advertising was no longer more expensive than other media and the Government contested this. The Court considers that it is sufficient to note, as Ousley J did in the High Court (see paragraph 17 above), that broadcasted advertisements had an advantage of which advertisers and

broadcasters were aware and for which advertisers would pay large sums of money, far beyond the reach of most NGOs who would wish to participate in the public debate.

121. Thirdly, the applicant NGO considered that the provision of free party political, party election and referendum campaign broadcasts to political parties was not relevant to the proportionality of the prohibition. However, the Court considers that relaxing the prohibition in a controlled fashion for those bodies most centrally part of the democratic process must be considered a relevant factor in the Court's review of the overall balance achieved by the general measure (see paragraphs 106-10 above), even if the applicant NGO is not affected by that factor.

122. Fourthly, the applicant NGO argued that the Government could have narrowed the scope of the prohibition to allow advertising by social-advocacy groups outside of electoral periods. Concerns about a less restrictive prohibition were accepted by the parliamentary and judicial authorities and essentially two concerns were re-emphasised by the Government before this Court: a risk of abuse and a risk of arbitrariness. The risk of abuse is to be primarily assessed by the domestic authorities (see paragraph 108 above) and the Court considers it reasonable to fear that this option would give rise to a risk of wealthy bodies with agendas being fronted by social-advocacy groups created for that precise purpose. Financial caps on advertising could be circumvented by those wealthy bodies creating a large number of similar interest groups, thereby accumulating advertising time. The Court also considers rational the concern that a prohibition requiring a case-by-case distinction between advertisers and advertisements might not be a feasible means of achieving the legitimate aim. In particular, having regard to the complex regulatory background, this form of control could lead to uncertainty, litigation, expense and delay as well as to allegations of discrimination and arbitrariness, these being reasons which can justify a general measure (*ibid.*). It was reasonable therefore for the Government to fear that the proposed alternative option was not feasible and that it might compromise the principle of broadcasting impartiality, a cornerstone of the regulatory system in issue (see paragraphs 62-64).

123. Moreover, the Court would emphasise that there is no European consensus between Contracting States on how to regulate paid political advertising in broadcasting ... and the parties accepted this. It is observed that the lack of a relevant consensus amongst Contracting States could speak in favour of allowing a somewhat wider margin of appreciation than that normally afforded to restrictions on expression on matters of public interest (see *Hirst*, § 81; *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti*, § 67,

both cited above; and *Société de conception de presse et d'édition and Ponson v. France*, no. 26935/05, §§ 57 and 63, 5 March 2009). It is true that EPRA recommended some caution when relying on comparative material in this context ... However, while there may be a trend away from broad prohibitions, it remains clear that there is a substantial variety of means employed by the Contracting States to regulate such advertising, reflecting the wealth of differences in historical development, cultural diversity, political thought and, consequently, democratic vision of those States (see *Scoppola*, cited above, § 83). Such is the lack of consensus in this area that the Committee of Ministers of the Council of Europe, in considering the issue of paid political advertising in the broadcast media in 1999 and 2007, declined to recommend a common position on the issue ... This lack of consensus also broadens the margin of appreciation to be accorded as regards restrictions on public-interest expression.

124. Finally, the Court does not consider that the impact of the prohibition in the present case outweighs the above-described convincing justifications for the general measure (see paragraph 109 above).

The Court notes, in this respect, the other media which remain open to the applicant NGO and it observes that access to alternative media is key to the proportionality of a restriction on access to other potentially useful media (see *Appleby and Others v. the United Kingdom*, no. 44306/98, § 48, ECHR 2003-VI, and *Mouvement raëlien suisse*, cited above, §§ 73-75). In particular, it remains open to the applicant NGO to participate in radio or television discussion programmes of a political nature (namely, broadcasts other than paid advertisements). It can also advertise on radio and television on a non-political matter if it sets up a charitable arm to do so and it has not been demonstrated that the costs of this are prohibitive. Importantly, it has full access for its advertisement to non-broadcasting media including the print media, the Internet (including social media), as well as to demonstrations, posters and flyers. Even if it has not been shown that the Internet, with its social media, is more influential than the broadcast media in the respondent State (see paragraph 119 above), those new media remain powerful communication tools which can be of significant assistance to the applicant NGO in achieving its own objectives.

125. Accordingly, the Court considers the reasons adduced by the authorities to justify the prohibition of the applicant NGO's advertisement to be relevant and sufficient. The prohibition cannot therefore be considered to amount to a disproportionate interference with its right to freedom of expression. The Court concludes therefore that there has been no violation of Article 10 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Declares*, unanimously, the application admissible;
2. *Holds*, by nine votes to eight, that there has been no violation of Article 10 of the Convention.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 22 April 2013.

Michael O'Boyle
Deputy Registrar

Dean Spielmann
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

- (a) concurring opinion of Judge Bratza;
- (b) joint dissenting opinion of Judges Ziemele, Sajo, Kalaydjiyeva, Vučinić and De Gaetano;
- (c) dissenting opinion of Judge Tulkens, joined by Judges Spielmann and Laffranque

D.S.
M.O'B.

CONCURRING OPINION OF JUDGE BRATZA

1. I have voted with the majority in favour of finding no violation of Article 10 in the present case and can, in general, fully subscribe to the reasoning in the judgment. I only add some words of my own because of the importance of the issues involved in this case on which the Court has been sharply divided.

2. There are several features of the case which in my view deserve emphasis at the outset.

3. In the first place, as pointed out by Lord Bingham in the House of Lords, the principle that an advertisement which is directed towards any religious or political end should not in general be permitted to be broadcast has a long history in the United Kingdom. It is a principle which has been consistently preserved and was given effect to when incorporated in section 321 of the Communications Act 2003 (“the 2003 Act”). The word “political” has always been given a wider meaning than “party political”. Under that section, an advertisement can fall foul of the prohibition either because of the nature or character of the advertiser or because of the content and character of the advertisement. In the present case, it was the fact that the objectives of the applicant association were “wholly or mainly of a political nature” which was the ground of the prohibition. It is not disputed by the applicant that the advertisement in question was to be treated as a political advertisement for the purposes of the section; nor is it contested – indeed, it was expressly accepted in the evidence of the Chief Executive of the applicant association – that the object was to persuade Parliament to legislate to outlaw the use of animals for the purposes of commerce, science or leisure. It was, as Baroness Hale put it, an advertisement by “a particular interest group which campaigns for changes in the law”.

4. Secondly, as in *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland* (no. 24699/94, ECHR 2001-VI), and *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti v. Norway* (no. 21132/05, ECHR 2008) (the “VgT” and “TV Vest” cases), the interference with the applicant’s freedom of expression stemmed not from a decision or exercise of discretion of a court or executive authority but from a statutory prohibition applicable to all forms of political advertising. Where the interference is the result of an individual decision, the Court’s approach has been to examine the necessity and proportionality of the restriction in the particular circumstances of the case. Where, however, as here, the interference springs directly from a statutory provision which prohibits or restricts the exercise of the Convention right, the Court’s approach has tended to be different. In such a case, the Court’s

focus is not on the circumstances of the individual applicant, although he must be affected by the legislation in order to claim to be a victim of its application; it is, instead, primarily on the question whether the legislature itself acted within its margin of appreciation and satisfied the requirements of necessity and proportionality when imposing the prohibition or restriction in question. There are, as the High Court and House of Lords pointed out, numerous examples in the Court's case-law where the question of the necessity, proportionality and balance have been examined not in the context of the specific circumstances of the individual applicant but in the context of the legislation itself which was the source of the interference. Equally importantly, there are many cases where the Court has accepted the need for a "bright-line" or general statutory rule and has found no violation of the Convention even though loyalty to the rule may involve apparent hardship to the applicant in the individual case. In such a case, the answer to the question of compatibility is not and cannot be determined by reference to the particular circumstances of the applicant caught by the statutory provision in question. As Lord Bingham put it, "the drawing of a line inevitably means that hard cases will arise falling on the wrong side of it, but that should not be held to invalidate the rule if, judged in the round, it is beneficial", which I would in the context in which the word is used interpret to mean consistent with the Convention. Several examples of such cases are set out in paragraph 107 of the judgment. As is apparent from the short description in that paragraph, the cases dealt with a wide variety of different legislative measures, none of which concerned a prohibition of the present kind. However, this does not detract from the importance of the principle established in those cases, which is in my view directly applicable in the present case.

5. Thirdly, the Court has consistently emphasised the fundamental role of freedom of expression in a democratic society, where it serves to impart information and ideas of general interest, which the public are moreover entitled to receive. It has also emphasised the high level of protection afforded to political speech and has, in general, required an especially pressing social need if restrictions are to be imposed on it. It is, however, of central importance that the legislation with which the Court is concerned in the present case did not and does not impose a prohibition or restriction on political speech in general. It is, instead, legislation directed specifically at a particular mode of political expression (namely, advertising) and a particular part of the media (namely, radio and television broadcasting). It does not, and does not purport, to have an impact on other mediums of communication of political opinion – newspapers, magazines, direct mailshots, billboards, public meetings, marches or more modern

technological forms of communication, such as the Internet or e-mail. Nor does it prohibit the use of the broadcast media to spread a public message other than through direct advertising, as for instance by contributing to broadcast current-affairs programmes or radio phone-ins.

The applicant association plays down the importance of these alternative methods of conveying its message, some of which methods it indeed used. Like the House of Lords, I regard it as a matter of considerable significance. As pointed out by Lord Bingham, the case is quite different from that of *Bowman v. the United Kingdom* (19 February 1998, *Reports of judgments and Decisions* 1998-I) where the legislative provision operated for all practical purposes as a total barrier to the applicant's communication of her views. It is, of course, true that television advertising is the most powerful and potent form of conveying a political or other message and it is for this reason that this was the medium chosen by the applicant. But it is also because of the power of the television medium that for the past sixty years Parliament has seen the need to treat this form of communication as in a special category, with its potential for distorting the political scene and giving unfair advantage to those espousing particular political causes.

6. Fourthly, the fact that the restrictions imposed are confined to advertising through the medium of broadcasting has been treated in the Court's case-law as a matter of some importance and as having direct relevance to the question of the proportionality of the measure. This emerges clearly from *Murphy v. Ireland* (no. 44179/98, ECHR 2003-IX), in which the Court emphasised that the State was not only entitled to be wary of the power of audio-visual media but of the risks of uncontrolled advertising, because of its distinctly potent objective and the risk to the principle of impartiality of the broadcasting media.

The applicant argues that the Government have not proved that the broadcast media are particularly potent and contends that, given the increase in other forms of highly pervasive mass-media, there are convincing reasons to believe that that idea might now be false. It also complains that the Government incorrectly rely on the findings of the Court as to the power of the audio-visual media, those findings not being made with the benefit of evidence and confusing broadcasting through live television and radio with audio-visual media more generally, including film, sound recordings and multimedia Internet sites. I do not share this view. Whether or not audio-visual has a wider meaning than television broadcasting as such, it is clear from cases such as *Jersild v. Denmark* (23 September 1994, Series A no. 298) and *Murphy* (cited above) that television broadcasting has consistently been treated by the Court, as well as by the legislature in the present case, as having a particularly powerful influence which may

require special provisions of control. Whether, as the applicant contends, its importance has been or will be replaced by other forms of mass media, including the Internet, it remains the fact that, although the advertisement in question appears on the Internet, it is broadcasting through the medium of television that is still regarded by the applicant itself as having the most powerful impact.

7. The arguments of the parties have to a great extent concentrated on the question whether the *VgT* case, where the facts were very similar to those in the present case and in which a violation of Article 10 was found, should be followed or distinguished. Even though the case has stood for over ten years, I confess to entertaining certain doubts about the Chamber's judgment in the case.

First and foremost, even though, as in the present case, the interference with the applicant's freedom of expression stems directly from legislation which prohibited radio and television advertising which was religious or political, the focus of the *VgT* judgment was not, as I see it, on the justification in Convention terms for the legislation itself but on the proportionality of its application in the particular case of the applicant. True it is that the Chamber found that the legislation served the legitimate aim of ensuring independence, equality of opportunity and support of the press. But there the examination of the legislation effectively ended. There was no scrutiny of the question whether the reasons given for the legislation were such as to justify a general prohibition on "political advertising", of which the applicant's case was but one example. Instead, the Court found that, whatever the grounds advanced for supporting a general prohibition, it had to be shown that the interference was justified in the particular circumstances of the applicant association's case. The Chamber concluded that it could not be justified since it had not been argued that the association was a powerful financial group which endangered the independence of the broadcaster and since the intent of the association was only to participate in an ongoing general debate on animal protection and the rearing of animals with which many in Europe agreed.

This approach may well have reflected the way in which the case was argued by the parties before the Court but I believe that it did not do full justice to the purpose of the general prohibition in the legislation, which was to avoid leaving to individual judgment questions such as the wealth or influence of the individual, political party or association or the worthiness or morality of the political cause in question, with the attendant risks of discriminatory treatment. As pointed out by the national courts, while the protection of animals from commercial exploitation might be a relatively uncontroversial subject, there are other areas where this would be very far

from the case and where the risks of distortion would be particularly high – abortion, immigration, gay marriage and climate change are obvious examples. Although the situation of an individual applicant cannot be ignored, it is the justification for the law in general which should in my view be at the heart of the Court’s examination. In this regard, I consider that the approach of the Chamber in *Murphy* (cited above) is to be preferred. Unlike *VgT* and the present case, it was concerned with religious and not political advertising. But the principle is the same and the Court’s primary examination should be focused on the relevance and sufficiency of the reasons for justifying the United Kingdom’s general prohibition on the broadcasting of political advertisements.

8. For the same reason, I have hesitation in accepting that the margin of appreciation should fluctuate, depending on the nature of the association concerned or the political message conveyed. I find difficulty with the idea, reflected in paragraph 71 of the *VgT* judgment, that since what was at stake was not a given individual’s purely “commercial” interests but his participation in a debate affecting the general interest, the margin should shrink. Where, as here, the issue is and should be the justification for a general legislative measure designed to protect the democratic system from the risk of distortion, the margin afforded should in my view be wider, particularly in a case where there is an absence of consensus among member States as to how political advertising should be controlled, a point which was not directly addressed in *VgT* itself.

9. I am also somewhat puzzled by the suggestion in paragraph 74 of the *VgT* judgment that a prohibition on political advertising which applied only to certain media, namely the broadcasting media and not to others, did not appear to be of a particularly pressing nature. This would seem to me to be in contradiction to the Court’s traditional approach, which one finds reflected in *Murphy*, not only that the audio-visual media have a more immediate and powerful effect than the print media and may require different measures of control but that the very fact that the prohibition on political advertising is confined to broadcasting is an indication of its proportionality. What I cannot accept is that, by limiting the prohibition to the broadcast media, the State should be seen as accepting that the issue was not one of a pressing social need.

10. However, I do not find it necessary to determine whether *VgT* was correctly decided, the issue being whether the restrictions on political advertising in the 2003 Act were in the circumstances of the present case compatible with the requirements of Article 10.

11. There is no dispute that the legislation served a legitimate aim. At the heart of the legislation was the protection of the impartiality of

public-interest broadcasting and the democratic process itself, by ensuring that financially powerful groups were not able directly or indirectly to dictate the political agenda, thereby making effective the principle of the equality of opportunity.

12. As to the question of the necessity and proportionality of the measure, the Court has frequently reiterated that, by reason of their direct and continuous contact with the vital forces in their society, national authorities – and particularly national legislatures – are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions and to decide on the nature and scope of the measures necessary to meet those needs. I would, like the national courts, give significant weight to Parliament's considered view in this case. It is, as Lord Bingham noted, reasonable to expect that democratically elected politicians will be particularly sensitive to the measures necessary to safeguard the integrity of democracy. The impact of broadcasting on the topics, framework and intensity of political debate is one which the legislature is best placed to assess, as it is in deciding what restrictions are necessary to ensure the political process is not distorted. This consideration is reinforced in the circumstances of the present case by the depth of the parliamentary and judicial examination of the necessity of the 2003 Act and of the feasibility of any less restrictive alternatives. While it is unclear from the *VgT* judgment what was the precise extent of the parliamentary scrutiny of the measure in question in that case, in the present case it is quite clear. The summary of the background to the Communications Bill 2002 ... well illustrates the exceptionally detailed examination given to the question of the controls on the broadcasting of political advertisements. The Neill Committee in 1998; the White Paper in 2000; the Joint Committee on Human Rights; the Joint Committee on the Draft Communications Bill; the Independent Television Commission; and the Electoral Commission were all in favour of maintaining the prohibition which had been in effect since 1954. The Government additionally went to some lengths to explain why, despite the *VgT* judgment, it considered, on Counsel's advice, that there were strong grounds for maintaining the prohibition because of the fundamental importance of maintaining impartiality in the broadcast media having regard to its reach, immediacy and influence. It was further explained why it would be difficult to produce a workable compromise solution, permitting lesser restrictions confined to the timing of the broadcast, the nature of the person, party or association responsible for the advertisement or the content of the advertisement itself. This was a view which was ultimately accepted by the Joint Committee on Human Rights, which found that the government had good reasons for believing that the policy reasons for maintaining the ban outweighed the

reasons for restricting it. It is also of central importance that the 2003 Act was enacted by Parliament without any member dissent on either side of the political divide. In these respects, the case is far removed from that of *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* ([GC], no. 74025/01, ECHR 2005-IX) where, as emphasised by the Court in its judgment in that case, there had been, prior to the judgment, no independent examination of the issues at stake and no recent substantive debate on the continued justification for maintaining a general restriction on the right of serving prisoners to vote.

13. It is also of importance that the compatibility with Article 10 of the measures in question was analysed with care and in detail by two national courts, whose judges reached the unanimous conclusion that the restrictions in question were justified. The High Court and the House of Lords are accused of being over-deferential to the views of Parliament. I do not find this to be a fair criticism of the judgments, which explained – in my view, correctly – why, in the particular circumstances of the 2003 Act, special weight should be accorded to the decision of Parliament to maintain the restrictions on political advertising.

14. I would also attach some weight to the lack of European consensus between States in this area. The European Platform of Regulatory Authorities survey referred to in *TV Vest* found no such consensus at that time. It is argued that the intervening years since the *VgT* case have witnessed at least a trend in favour of allowing the broadcasting of advertisements of a general and social interest and that the United Kingdom remains one of the few States with a prohibition of such breadth. Even if such a trend is revealed, what is clear from the survey and from the applicant's own observations is that there remains a wide variety of approaches to the question in the member States, some imposing a blanket ban on political broadcast advertising, some regulating paid political broadcast advertising generally or during an election period, some offsetting any legislative ban by a regulated system of free, but limited, political advertising by recognised political parties. Certainly, I find nothing in the material before the Court to justify it in shrinking the margin of appreciation afforded to the respondent State.

15. Finally, in common with the judges of the two national courts, I attach importance, in assessing the proportionality of the measure, to other elements in the case: the fact that it was limited to the broadcast media; the fact that it was confined to advertising and that the applicant had access in principle to the broadcast media for non-commercial programming; the fact that, if a body wished to advertise on a non-political matter, all it had to do (as many had done) was to set up a charitable arm; and the fact that the restrictions were offset by permitting free party political, party election and

referendum campaign broadcasts to ensure coverage of a range of political and social views through the broadcast media.

16. As in many other cases which the Court has decided, I readily accept that Parliament could have regulated the situation differently. As noted in the judgment of Ousley J: “No doubt Parliament could have devised a form of words which would present a solution of sorts to any problem as to where a line was drawn as between advertiser or advertisement”. It could have limited the prohibition to election times; it could have confined the prohibition to political parties and excluded social-advocacy groups from its scope; it could have left any restriction to be based on a case-by-case examination; it could have placed a financial cap on groups seeking to broadcast advertisements. All these options were expressly considered and found not to be workable or capable of being applied without the risk of discrimination or arbitrariness and without undermining the principles of impartiality and legal certainty.

17. The role of the Strasbourg Court in a case of this kind is not to carry out its own balancing test or to substitute its own view for that of the national legislature, based on independent scrutiny, as to whether a fair and workable compromise solution could be found which would address the underlying problem or as to what would be the most appropriate or proportionate way of resolving that problem. Its role is rather, as the judgment makes clear, to review the decision taken by the national authorities in order to determine whether in adopting the measures in question and in striking the balance in the way they did, those authorities exceeded the margin of appreciation afforded to them. For the reasons given above and more fully developed in the Court’s judgment, I am unable to find that Parliament stepped outside any acceptable margin or that the restrictions imposed by the 2003 Act violated the applicant’s rights under Article 10 of the Convention.

JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES ZIEMELE,
SAJÓ, KALAYDJIEVA, VUČINIĆ AND DE GAETANO

1. We regret that we cannot share the view of the majority that there has been no violation of Article 10 in this case. We are particularly struck by the fact that when one compares the outcome in this case with the outcome in *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland* (no. 24699/94, ECHR 2001-VI) the almost inescapable conclusion must be that an essentially identical “general prohibition” on “political advertising” – sections 321(2) and (3) of the 2003 Act in this case and sections 18 and 15 of the Federal Radio and Television Act and the Radio and Television Ordinance respectively in *VgT Verein gegen Tierfabriken* – is not necessary in Swiss democratic society, but is proportionate and *a fortiori* necessary in the democratic society of the United Kingdom. We find it extremely difficult to understand this double standard within the context of a Convention whose minimum standards should be equally applicable throughout all the States Parties to it.

2. In the instant case the prohibition was an almost blanket restriction. It prohibits, regardless of content, all paid advertising on “political” matters. This includes the prohibition on paid advertisements on any subject whatsoever by any body whose objectives are “wholly or mainly political”, regardless of the identity or function of the advertiser. The term “political” is so widely defined that it covers most issues of public interest. The extent of the ban was highlighted both by Mr Justice Ousley in the High Court (see paragraph 13 of the majority judgment) and by Lord Scott in the House of Lords (see paragraph 27). Both, however, defer to the will of Parliament¹. In the instant case all television and radio broadcasters – whether national or local, and whether public service or independent – fall within the scope of the prohibition: in this sense the prohibition is wider than that which was considered excessive in *VgT Verein gegen Tierfabriken*. Moreover the prohibition in this case applied without the possibility of any exception. In sum, the prohibition applied to the most protected form of expression (public-interest speech), by one of the most important actors in the democratic process (a non-governmental organisation) and on one of the most influential media (broadcasting).

3. We are concerned about the Court’s approach in the instant case to the issue of “general measures” and the application of the proportionality principle to the facts of the case. The majority judgment observes that there is little scope under Article 10 § 2 for restrictions on debates on questions of public interest. Reference to that standard is made in the context of the

1. See Griffith, J.A.G., *The Politics of the Judiciary*, Fontana Press, London, 1997, 5th ed., p. 342.

examination of the extent of the margin of appreciation to be afforded, where the type of the expression in issue is treated merely as one of a number of “factors” and not as a specific right that can be restricted only where a *pressing social need* for its limitation is *clearly and convincingly demonstrated*. Since, as observed in paragraph 104 of the majority judgment, “the margin of appreciation to be accorded to the State in the present context is, in principle, a narrow one”, it should follow, at least in our view, that nothing justifies a departure from the well-established methodology of proportionality analysis where one *starts* with the analysis of the nature of the right, which analysis is decisive for effective human rights protection. In our understanding of the principles established in earlier case-law, an assumption of existing public interest is neither to be equated with, nor to be necessarily seen as sufficient to establish, the pressing social need justifying restrictions on freedom of expression as guaranteed by Article 10.

I

4. Is a limitation of political speech or public-interest speech in some way more “justifiable” because the restrictive measure is a general one? In the instant case the respondent Government argued in their memorial that “[t]he Court should be particularly slow to conclude that the judgment of Parliament as to what was appropriate was outside its discretionary area of judgment for the United Kingdom when the approach it adopted has received the support of expert and independent bodies which have assessed the issue ...”. They refer, among others, to the fact that “[t]he matter was debated in Parliament ... and there was agreement in Parliament that in practice the ban could not be reduced in scope ...” (paragraph 28 of the memorial). This implies that general measures of Parliament should be treated with special respect, even in the context of Article 10 (or, for that matter, in the context of Articles 9 to 11). We beg to differ in light of our jurisprudence.

5. General measures have been considered in the context of three distinct areas. In the context of Article 1 of Protocol No. 1, in regard to economic and social policy, this Court is, in principle, deferential to legislation (regarding the purpose of the legislation). But it is in the context of the finding of the purpose of the applicable law (that is to say, that it served a public interest, for example related to housing) that deference was paid to the “general measure” nature of the interference. Needless to say, there is a fundamental difference between the protection granted to possession of property and rights that are protected in Articles 9 to 11: in regard to these rights, and to freedom of expression in particular, “general interest” or

“public interest” as such are not recognised grounds for interference in the text of the Convention.

6. Outside Article 1 of Protocol No. 1, a degree of deference to general measures can be observed in the electoral context, where the Convention is clearly less categorical than in the Article 10 context and, consequently, because of the nature of the right at stake, a wider margin of appreciation was to be allowed to contracting States in determining the conditions under which the right to vote was exercised (see, *passim*, *Hirst v. the United Kingdom* (no. 2) [GC], no. 74025/01, ECHR 2005-IX, and in particular §§ 60 and 62; see also *Doyle v. the United Kingdom* (dec.) no. 30158/06, 6 February 2007). But even here, general restrictive measures were accepted conditionally (see *Ždanoka v. Latvia* [GC], no. 58278/00, § 134-35, ECHR 2006-IV), if at all (see *Hirst*, cited above): decisive weight was attached to the existence of a time-limit and the possibility of reviewing the measure in question (see *Paksas v. Lithuania* [GC], no. 34932/04, § 109, ECHR 2011). A general ban was held to be in violation in *Hirst* precisely because it did not allow individual consideration, which is exactly the situation in the present case (the fact that in *Hirst* there had been no genuine parliamentary debate since the general measure was first enacted in 1870 was *an additional reason* for finding a violation).

7. There is also deferential reference to general measures in a few rather specific Article 8 cases. Thus, for instance, in *Evans v. the United Kingdom* ([GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I) the Court examined whether a regulation on *in vitro* fertilisation struck a fair balance *between individuals*, not primarily because of the need to eliminate uncertainty, but because of the special challenge the legislature faced in weighing “entirely incommensurable interests” between two citizens (at § 89). The present case is not one of balancing between the incommensurable Convention rights of two individuals. As to *Pretty v. the United Kingdom* (no. 2346/02, ECHR 2002-III) the case concerned a right – the right to die – whose existence was contested, and it was in this context that the Court held that it was “primarily for States to assess the risk and the likely incidence of abuse if the general prohibition on assisted suicides were relaxed or if exceptions were to be created” (at § 74).

8. A general measure, especially if amounting to a total ban (but nonetheless limited in time and to a particular locality) was held legitimate where it was intended to ensure an even application of the law in that it aimed at the exclusion of any possibility for the taking of arbitrary measures against a particular exercise of the right to demonstrate (see *Christians against Racism and Fascism v. the United Kingdom*, no. 8440/78,

Commission decision of 16 July 1980, Decisions and Reports 21, p. 138). Nevertheless the then Commission made it clear that “[a] general ban of demonstrations can only be justified if there is a real danger of their resulting in disorder which cannot be prevented by other less stringent measures”. The acceptability of the measure in that case was unrelated to its source (legislative or administrative). Likewise, in *Société de conception de presse et d’édition and Ponson v. France* (no. 26935/05, 5 March 2009) the restriction – a general legislative ban – was found proportionate to the purpose, but again the legislative origins of the ban were not a relevant consideration; what *was* relevant was the uncontested European consensus on a general ban in respect of tobacco advertisements (a matter, in any case, involving *ab initio* a lower level of scrutiny and a wider margin of appreciation because of the nature of the right involved). In other words the Court has repeatedly, expressly or implicitly, held that the fact that a restriction originated in a “general measure” was not *per se* a reason to depart from the application of the usual standards applicable to the expressions in question. In *Murphy v. Ireland* (no. 44179/98, § 73, ECHR 2003-IX) the general ban (on advertisements directed to a religious end) was held to be justified because of past experience of unrest in the context of a highly divisive issue in Irish society, namely religious beliefs.

9. In the instant case, as already adverted to in paragraph 2 above, the Court was confronted with a general ban on “political” advertisements in broadcasting. The fact that a general measure was enacted in a fair and careful manner by Parliament does not alter the duty incumbent upon the Court to apply the established standards that serve for the protection of fundamental human rights. Nor does the fact that a particular topic is debated (possibly repeatedly) by the legislature *necessarily* mean that the conclusion reached by that legislature is Convention compliant; and nor does such (repeated) debate alter the margin of appreciation accorded to the State. Of course, a thorough parliamentary debate may help the Court to understand the pressing social need for the interference in a given society. In the spirit of subsidiarity, such explanation is a matter for honest consideration. In the present judgment, however, excessive importance has been attributed to the process generating the general measure, which has resulted in the overruling, at least in substance, of *VgT Verein gegen Tierfabriken*, a judgment which inspired a number of member States to repeal their general ban – a change that was effected without major difficulties. As Judge Martens stated (dissenting): “A court should ... overrule only if it is convinced ‘that the new doctrine is clearly the better law’. This condition is, of course based on the

idea that in principle legal certainty and consistency require that a court follows its own established case-law; it should therefore overrule only when the new doctrine is clearly better than the old one² ...”

10. To conclude on this point, the fact that a ban originates in a general measure does not exempt that measure from a full analysis as to its compatibility with the requirements of Article 10 § 2. In the context of general prohibitive measures which border upon prior restraint (see *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, 26 November 1991, § 60, Series A no. 216), the standards established in the context of freedom of demonstration apply also to the instant case: “Only if the disadvantage of such processions being caught by the ban is clearly outweighed by the security considerations justifying the issue of the ban, and if there is no possibility of avoiding such undesirable side effects of the ban by a narrow circumscription of its scope in terms of territorial application and duration, can the ban be regarded as being necessary within the meaning of Article 11 § 2 of the Convention” (see *Christians against Racism and Fascism*, cited above). As has already been adverted, there can be no double standards of human rights protection on grounds of the “origin” of the interference. It is immaterial for a fundamental human right, and for that reason for the Court, whether an interference with that right originates in legislation or in a judicial or administrative act or omission. Taken to its extreme such an approach risks limiting the commitment of State authorities to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms guaranteed by the Convention. Where the determination of the public interest and its best pursuit are left solely and exclusively to the national legislator, this may have the effect of sweeping away the commitments of High Contracting Parties under Article 1 of the Convention read in conjunction with Article 19, and of re-asserting the absolute sovereignty of Parliament in the best pre-Convention traditions of Bagehot and Dicey. The doctrine of the margin of appreciation, which was developed to facilitate the proportionality analysis, should not be used for such purpose.

II

11. The majority judgment seems to find, albeit indirectly, that the present ban serves a legitimate purpose, namely, the protection of the rights of others (see paragraph 117 of the judgment). These rights of others are promoted through the institution of impartial and integral broadcasting, in the service of democracy. A situation whereby a powerful economic or

2. See *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990, § 5.2, Series A no. 184. See also *Bayatyan v. Armenia* [GC], no. 23459/03, § 98, ECHR 2011.

political group in society is permitted to obtain a position of dominance over the audio-visual media and thereby exercise pressure on broadcasters and eventually curtail their editorial freedom undermines the fundamental role of freedom of expression in a democratic society as enshrined in Article 10 of the Convention, in particular where it serves to impart information and ideas of general interest, which the public is moreover entitled to receive (see *VgT Verein gegen Tierfabriken*, cited above, §§ 73 and 75, and *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* [GC], no. 38433/09, § 133, ECHR 2012). However, in the present case no single group was identified as posing such a threat, and the applicant is a non-governmental organisation (NGO) whose potential for dominance has in no way been demonstrated.

12. The general ban on “political” advertisements is problematic not only because, as already indicated, it borders upon prior restraint, but in view of the very doubt as to the usefulness for its purpose – there seems to be an inherent contradiction in a viable democracy safeguarded by broadcasting *restrictions*. Indeed, in our view, the general ban on “political” advertisements appears to be an inappropriately assumed positive duty of the State to enable people to impart and receive information. It is based on the view that powerful groups will invariably hamper the receipt of information by a one-sided information overload. Promoting a right where it cannot be effective without additional State action is, according to our jurisprudence, appropriate, but is not a generally accepted primary ground for rights restriction. There is a risk that by developing the notion of positive obligations to protect the rights under Articles 8 to 11, and especially in the context of Articles 9 to 11, one can lose sight of the fundamental negative obligation of the State to abstain from interfering. The very initiative to legislate on the exercise of freedom in the name of broadcasting freedom, and in order to promote democracy in general terms, and for aims which may not necessarily fully conform to one or more of the legitimate aims of Article 10 § 2, remains problematic. The ban itself creates the condition it is supposedly trying to avert – out of fear that small organisations could not win a broadcast competition of ideas, it prevents them from competing at all. It is one thing to level a pitch; it is another to lock the gates to the cricket field.

13. Not every issue is a head-to-head competition between wealthy actors and poor ones. The ban’s extent is such that it includes social interest advertising, even to the extent of preventing the airing of an advertisement calling attention to the genocide in Rwanda and Burundi (see *R. v. Radio Authority Ex p. Bull and Another* [1998] QB 294). Entirely and permanently closing off the most important medium of communication to any and all advertised messages about the conduct of public affairs is a

harsher constriction of freedom than is necessary in a democratic society. Freedom of expression is based on the assumption that the speakers, not the government, know best what they want to say and how to say it. Ideas can compete only where the speaker is in a position to determine, within the limits recognised by the Convention, which form of imparting ideas serves best the message. The assumption that a range of alternative media were available to the applicant NGO in this case is “illusory” given that radio and television are still the most influential (even if also the most expensive) media. The hope that Animal Defenders International will be able to make their views known thanks to “programming” disregards the reality that broadcasting, and television in particular, is driven by commercial advertising. Programming is a matter of editorial choice and is subject to the need to maximise viewership. Even in the context of public broadcasting, with all its obligations of fairness, there is a strong tendency to avoid divisive or offensive topics. Programming choices are not likely to stand on the side of NGOs which may represent minority or controversial views, or are critical of the government of the day which has considerable control over public broadcasting, even in the presence of important safeguards as to daily programming.

14. There can be no robust democracy through benevolent silencing of all voices (except those of the political parties) and providing access only through programming. A robust democracy is not helped by well-intentioned paternalism. Where there is little scope for restriction of a right, the proportionality analysis requires consideration of the existence of less restrictive alternatives. An individualised consideration of the proposed advertisement, for example like the one that operates for commercial advertisements, is one such possibility. A narrower definition of political advertisement could be another. Moreover, the respondent Government did not consider the difference between public and private broadcasting, which have different standards of impartiality. The disregard of less restrictive alternatives is surprising, given relevant European experience to the contrary.

15. The majority judgment relies on the lack of European consensus on how to regulate paid political advertising as an additional ground for considering that in this case the margin of appreciation of the respondent State should be broader than the norm (see paragraph 123 and contrast with paragraph 104). However, it is quite clear that there is a considerable problem as to what State practice should be taken into consideration, if at all, as relevant for the assessment of the existence of a European trend or even binding practice. The material cited in section D of Part II dealing with Relevant Domestic Law and Practice ... provides examples concerning mostly the regulation of advertising of and by political parties, politicians and

within the context of electoral legislation. Practically the only observation that is strictly relevant to our case is the comment in the EPRA study which states: “In many (Western) European countries, the most burning topic at present seems to be ‘issue advertising’, i.e. messages with a political end emanating from organisations which are not political parties, such as interest or societal groups” ... We consider that this comparative law material, which deals primarily with the regulation of party political advertising, cannot serve as an appropriate basis to accord the respondent State a wide margin of appreciation in what is essentially a freedom of expression case in which a public-interest group proposes an issue of public interest for general discussion. We are perplexed by an approach which attempts to justify for the purposes of the Convention a severe restriction on freedom of expression by reference to a variety of regulatory frameworks which do not specifically address the issue under examination. Even if – which we do not for a moment believe should be the case – one were to give some weight to the alleged *lack of* consensus, in the presence of an uncontested Convention right (and unlike in those Article 8 cases where the *scope* or *extent* of privacy rights is the issue) the lack of European consensus cannot justify a departure from established standards of what is a pressing need in a democratic society. Nothing has been shown in this case to suggest that the state of democracy in the United Kingdom requires, by way of a “pressing need”, the wide ban on paid “political” advertisements that is in issue here; or that the said democracy is less robust than in other States Parties to the Convention and cannot afford risk-taking with “issue advertising”. On the contrary, tradition and history force one to assert the very opposite.

DISSENTING OPINION OF JUDGE TULKENS, JOINED BY JUDGES SPIELMANN AND LAFFRANQUE

(Translation)

1. I do not share the majority's position that there has not been a violation of Article 10 of the Convention in this case. On the contrary, numerous factual and legal elements lead me to conclude that there has been a breach of this provision.

2. The applicant a non-governmental organisation (NGO) challenged the legal prohibition on radio and television broadcasting of paid political advertising. In the present case, it was refused authorisation, pursuant to section 321(2) of the Communications Act of July 2003, to screen a television advertisement concerning animal protection on account of its "political" status.

3. For the purposes of determining whether the uncontested interference in the right to freedom of expression was necessary in a democratic society, the central issue is the *proportionality* of the disputed ban.

4. The backdrop to this case is the sensitive issue of the scope of the margin of appreciation. While Article 10 does not prohibit prior restrictions on freedom of expression as such, the dangers posed by restrictions of that kind for a democratic society are such that they call for the most careful scrutiny on the part of the Court (see *Editions Plon v. France*, no. 58148/00, § 42, ECHR 2004-IV). For those reasons, the margin of appreciation to be granted to the State in the present context is a narrow one.

The scope of the review

5. As the judgment notes (paragraph 106), the parties to this case accepted that political advertising could be regulated by a general measure and they disagreed only on the breadth of the measure chosen. Indeed, the Court has accepted that a State can, consistently with the Convention, adopt general measures which apply to pre-defined situations regardless of the individual facts of each case, even if this might result in individual hard cases (see *Ždanoka v. Latvia* [GC], no. 58278/00, §§ 112-15, ECHR 2006-IV).

6. In exercising its supervisory jurisdiction, the Court must confine its attention, as far as possible, to the concrete case before it. However, in determining the proportionality of a general measure, it may be useful to assess the legislative choices underlying it (see, *mutatis mutandis*, *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, § 36, Series A no. 98). The quality of the parliamentary and judicial review conducted at national

level is also of importance, including to the application of the relevant margin of appreciation (see *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 36022/97, § 128, ECHR 2003-VIII; *Murphy v. Ireland*, no. 44179/98, § 73, ECHR 2003-IX; *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, §§ 78-80, ECHR 2005-IX; *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 86, ECHR 2007-I; and *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 83, ECHR 2007-V). That being so, it is also clear from the Court's case-law that the manner in which the general measure is applied to the facts of the case remains illustrative of its impact in practice and is thus material to its proportionality (see *James and Others*, cited above, § 36).

7. It follows, as the judgment points out (paragraph 109), that the more convincing the general justifications for the general measure are, the less importance the Court will attach to its impact in the particular case under examination (see, for example, *Murphy*, cited above, and *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti v. Norway*, no. 21132/05, ECHR 2008).

8. In the instant case, the Government justified the contested measure by, in particular, the need to protect the electoral process as part of the democratic order, and they relied in this respect on *Bowman v. the United Kingdom* (19 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I), in which the Court accepted that a statutory control of the public debate was necessary given the risk posed to the right to free elections. For its part, the applicant NGO contested the relevance of that argument as it concerned a restriction which only operated prior to and during elections. In so far as the prohibition in question is not limited to electoral periods, I find that the *Bowman* judgment and reasoning based on the State's concern to protect the electoral process are of little bearing in this case (see *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti*, cited above, § 66).

9. I can agree that the Government and the applicant NGO both have the same objective, namely the maintenance of a free and pluralist debate on matters of public interest and, more generally, contributing to the democratic process (paragraph 112 of the judgment). In assessing the measure, it is therefore necessary to take into account, on the one hand, the applicant's fundamental right to impart information and ideas of general interest which the public is entitled to receive, and on the other, the authorities' desire to protect the democratic debate and process from distortion by powerful financial groups with advantageous access to influential media. Such groups could indeed obtain competitive advantages in the area of paid advertising and thereby curtail a free and pluralist debate, of which the State remains the ultimate guarantor. Some regulation of the public-interest debate broadcast on radio and television can therefore be necessary within

the meaning of Article 10 § 2 of the Convention. While both *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland* (no. 24699/94, ECHR 2001-VI) and *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti* (cited above) expressly accepted that principle, the Court concluded in both of those cases that the operation of the prohibitions on advertising in issue was disproportionate. In the case before us, was the contested prohibition *necessary*, having regard to its objective? I do not believe so.

Assessment of proportionality

10. The prohibition in question was specifically circumscribed to address the precise risk of distortion the State sought to avoid. Accordingly, it only applies to advertising, given its inherently partial nature (*Murphy*, cited above, § 42), to paid advertising given the danger of unequal access based on wealth, and to political advertising (as the term is defined in paragraph 99 of the judgment). In addition, it is confined to certain media (radio and television), the legislature's choice in this matter being based on the understanding that they constitute a cornerstone of the regulatory system in issue and are the most influential and expensive media.

11. Referring to paragraph 77 of the *VgT Verein gegen Tierfabriken* judgment, the applicant NGO rightly submits that limiting the prohibition to radio and television was illogical, given the comparative potency of newer media such as the Internet and that a distinction based on the particular influence of the broadcast media was not relevant. I share this perspective. Information obtained through the use of the Internet and social networks is gradually having the same impact, if not more, as broadcasted information. Their development in recent years undoubtedly signals a sufficiently serious shift in the influence of traditional broadcasting media to undermine the need to apply special measures to the latter.

12. Although the ban was drawn up in such a way as to correspond strictly to the aim pursued, the fact remains that it has an exceptionally wide scope. Any paid advertising is prohibited if it concerns “political” subjects or is issued by a body whose objects are “wholly or mainly of a political nature”, irrespective of the identity or function of that body, and whatever the subject matter in question. The term “political” is construed so widely that it applies to the majority of matters of public interest (section 321(2) and (3) of the 2003 Act). Before the High Court, Ousley J found that it covered “a continuum of political activity and intensity from party political activity at election time to the pursuit by non-political bodies at any time of particular interests of public concern”, while, before the House of Lords, Lord Scott emphasised the “remarkable” width of the ban (paragraphs 13 and 27 of the judgment). Furthermore, the measure applies to all television

and radio broadcasters – whether national or local, whether public-service or independent. *In this sense the prohibition is wider than that which was considered excessive in VgT Verein gegen Tierfabriken* (cited above), so that the present judgment is, in my opinion, incompatible with that previous case-law.

13. Further, the ban is applied indiscriminately. In practice, this is a ban which concerns the most protected form of expression (discussion on matters of public interest) by one of the most important categories of actors in the democratic process (an NGO) and a form of media which remains influential (radio and/or television), without the least exception.

14. Admittedly, the fact of allowing political parties free broadcasting time for disseminating political and electoral messages and messages related to referendum campaigns eases the prohibition in a controlled way in respect of such parties, which are clearly essential in a democratic society. However, this relaxing of the ban does not in any way affect other important actors in the public debate and the democratic process, including, in particular, NGOs, the category to which the applicant in this case belongs.

15. In addition, this wide-ranging prohibition flies in the face of the trend observed in other Contracting States. While prudence is clearly necessary in comparing the rules governing advertising, given the lack of a precise definition of the term “political” in the various legal systems and the diversity of national traditions, what is important is that it is clear that regulations in Europe have developed to a point where the defendant State is now one of the few which still applies such a comprehensive ban, combining the three factors of a wide definition of the term “political” (applied to both the message and the advertiser), no temporal limitations and no room for exceptions.

16. Moreover, neither the legislative bodies which defined the prohibition nor – in particular – the domestic courts which examined it provided sufficient reasons to justify interference of such an unusual scope. More specifically, they did not put forward convincing arguments for rejecting the *less restrictive* solutions which exist in the majority of other Contracting States, which is, in my opinion, the key issue. This is merely a reminder of the principle, now well established in the Court’s case-law, by which “in order for a measure to be considered proportionate and necessary in a democratic society, there must be no other means of achieving the same end that would interfere less seriously with the fundamental right concerned” (see *Glor v. Switzerland*, no. 13444/04, § 94, ECHR 2009).

17. The references to other systems in the context of that examination were brief and selective. The system most frequently referred to, as an example to be avoided, was that of the United States ..., but the latter country’s

regulatory system is so different to that in issue here that the comparison strikes me as barely relevant. The less restrictive options envisaged were dismissed in general terms on the ground that they would be potentially “difficult” to apply without arbitrariness ... In spite of the adoption in 2001 of the *VgT Verein gegen Tierfabriken* judgment, which the relevant Minister and the majority of the parliamentary bodies recognised as indicating that the prohibition was likely at a subsequent date to be considered incompatible with the Convention, and in spite of the increasingly exceptional nature of the contested prohibition in comparison to the rules applied in other Contracting States, the Government were not able to refer to any expert report which examined whether there existed other practical solutions enabling both the scope of the prohibition to be reduced and its objectives to be conserved (see *Hatton and Others*, cited above, § 128), which consisted, in particular, of guaranteeing genuine pluralism (see *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* [GC], no. 38433/09, § 129-34, ECHR 2012).

18. Finally, the seriousness of the consequences for the applicant of enforcement of the contested prohibition is, in my opinion, of greater weight than the justifications put forward in support of this general measure (see paragraph 8 above). Specifically, the applicant is an NGO which campaigns against the use of animals for commercial, scientific or leisure purposes. It seeks to influence public opinion in order to obtain a change in legislation and public policy in this area, its ultimate goal being to prevent animal suffering. The advertisement which it wished to have broadcast was intended to raise awareness of the issue of animal ill-treatment. It was on account of those aims, held to be “wholly or mainly of a political nature” (section 321(2) of the 2003 Act), that the Broadcast Advertising Clearance Centre refused it authorisation to have the advertisement screened, in direct application of the contested ban.

19. The ban was thus applied independently of the content of the message: no matter that the latter drew the public’s attention to a matter of public interest (the ill-treatment of animals) and that no one had suggested that it was in any way shocking or reprehensible. The ban was also applied independently of the advertiser’s identity: no one had claimed that the applicant NGO was a financially powerful body with the aim or possibility of endangering the broadcaster’s impartiality or unduly distorting the public debate, or that it served as a smokescreen for such a group. All that it wished to do was to take part in a general debate on animal protection. To illustrate the scale of the ban’s effect in the applicant NGO’s case, one need only compare its situation to that of a commercial firm: the latter would have had full freedom, limited only by its financial resources, to screen advertisements

using animals to promote its products, an approach directly contrary to the values of the applicant NGO.

20. In consequence, the reasons put forward by the domestic authorities to justify the ban on the applicant NGO from screening its advertisement are, in my opinion, insufficient. It follows that this prohibition amounted to a disproportionate infringement of the applicant's right to freedom of expression, and I conclude that there has been a violation of Article 10 of the Convention.

ANIMAL DEFENDERS INTERNATIONAL c. ROYAUME-UNI
(Requête n° 48876/08)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 22 AVRIL 2013¹

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre après dessaisissement d'une chambre en vertu de l'article 30 de la Convention. Extraits.

SOMMAIRE¹**Refus d'autoriser une organisation non gouvernementale à faire diffuser une publicité télévisée, en raison de l'interdiction légale de la publicité politique**

L'État peut, dans le respect des dispositions de la Convention, adopter des mesures générales qui s'appliquent à des situations prédéfinies indépendamment des circonstances propres à chaque cas individuel, même si ces mesures risquent de conduire à des difficultés dans certains cas particuliers (paragraphe 106 de l'arrêt). Dans la mise en balance entre, d'une part, le droit que garantit l'article 10 de communiquer des informations et des idées d'intérêt général que le public a le droit de recevoir et, d'autre part, le souci des autorités d'empêcher que le débat et le processus démocratiques ne soient faussés par des groupes financièrement puissants bénéficiant d'un accès privilégié aux médias influents, il faut prendre en compte a) l'exercice par les organes parlementaires et judiciaires d'un contrôle suffisamment exigeant et pertinent sur le régime réglementaire encadrant la diffusion à la radio et/ou à la télévision de messages politiques; b) le fait que l'interdiction ait été conçue de manière à ne viser que le risque de distorsion contre lequel l'État entendait se prémunir et à porter le moins possible atteinte à la liberté d'expression; et c) la possibilité d'accéder à d'autres médias pour exercer ce droit (paragraphe 112, 116 et 117 de l'arrêt).

Article 10

Liberté d'expression – Liberté de communiquer des informations – Refus d'autoriser une organisation non gouvernementale à faire diffuser une publicité télévisée, en raison de l'interdiction légale de la publicité politique – Nécessaire dans une société démocratique – Critères d'appréciation de la proportionnalité de mesures générales applicables à des situations prédéfinies – Pertinence du contrôle parlementaire et judiciaire de la mesure – Portée des restrictions qu'il est acceptable d'apporter à la diffusion de publicité politique à la télévision et à la radio – Marge d'appréciation plus large compte tenu de l'absence de consensus européen – Accès à d'autres médias

*

* *

En fait

La loi de 2003 sur les communications interdit la diffusion de publicité politique à la télévision et à la radio, afin de maintenir l'impartialité dans les médias de

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

télédiffusion et d'empêcher les groupes puissants d'acquérir de l'influence en achetant du temps d'antenne. Cette interdiction s'applique non seulement aux publicités ayant un contenu politique, mais aussi aux organismes qui sont totalement ou principalement de nature politique, quel que soit le contenu des publicités qu'ils souhaitent faire diffuser. Avant d'être adoptée, la loi a fait l'objet d'un examen approfondi et d'une consultation de différents organes parlementaires, en particulier à la lumière de l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* (n° 24699/94, CEDH 2001-VI) (dans laquelle une interdiction de la publicité politique avait été jugée contraire à l'article 10 de la Convention).

La requérante est une organisation non gouvernementale (ONG) qui milite contre l'utilisation des animaux à des fins commerciales, scientifiques ou récréatives. Elle s'efforce d'obtenir un changement de la législation et des politiques publiques dans ce domaine et, à cette fin, d'influer sur l'opinion publique et sur le point de vue des parlementaires. En 2005, dans le cadre d'une campagne relative au traitement des primates, elle souhaite faire diffuser une publicité télévisée. Le Centre de vérification de la publicité télévisée (*Broadcast Advertising Clearance Centre*) refusa d'autoriser cette diffusion au motif que, les objectifs de l'ONG requérante étant de nature politique, l'article 321 § 2 de la loi sur les communications l'interdisait. Cette décision fut confirmée par la *High Court*, puis par la Chambre des lords dans un arrêt du 12 mars 2008 ([2008] UKHL 15) dans lequel les lords jugèrent que l'interdiction de la publicité politique était justifiée par le souci de garantir que ce ne soient pas les plus gros payeurs qui choisissent le gouvernement et ses politiques.

En droit

Article 10: l'interdiction légale de la publicité politique payante à la radio et à la télévision s'analyse en une ingérence dans l'exercice par l'ONG requérante des droits garantis par l'article 10. Cette ingérence était « prévue par la loi » et visait à préserver l'impartialité de la télédiffusion sur les questions d'intérêt public et, ainsi, à protéger le processus démocratique. Cet objectif correspond au but légitime consistant à protéger les « droits d'autrui ». La question est donc de savoir si la mesure litigieuse était nécessaire dans une société démocratique.

La Cour rappelle que l'État peut, dans le respect des dispositions de la Convention, adopter des mesures générales qui s'appliquent à des situations prédéfinies indépendamment des circonstances propres à chaque cas individuel, même si ces mesures risquent de conduire à des difficultés dans certains cas particuliers. Il ressort de sa jurisprudence que, pour déterminer la proportionnalité d'une mesure générale, elle doit commencer par étudier les choix législatifs à l'origine de la mesure concernée. La qualité de l'examen parlementaire et judiciaire de la nécessité de la mesure revêt une importance particulière à cet égard. Il y a lieu également de tenir compte du risque d'abus que peut emporter l'assouplissement d'une mesure générale. Cela étant, la manière dont une mesure générale a été appliquée aux faits d'une cause donnée permet de se rendre compte de ses répercussions pratiques

et est donc pertinente pour l'appréciation de sa proportionnalité. En bref, plus les justifications d'ordre général invoquées à l'appui de la mesure générale sont convaincantes, moins la Cour attache de l'importance à l'impact de cette mesure dans le cas particulier soumis à son examen.

Dans la présente affaire, les deux parties visent le même objectif, à savoir garantir un débat libre et pluraliste sur les questions d'intérêt public et, de manière plus générale, contribuer au processus démocratique. L'ONG requérante considère toutefois que des règles moins restrictives auraient suffi. La Cour doit donc mettre en balance, d'une part, le droit de l'ONG requérante à communiquer des informations et des idées d'intérêt général que le public a le droit de recevoir et, d'autre part, le souci des autorités d'empêcher que le débat et le processus démocratiques ne soient faussés par des groupes financièrement puissants bénéficiant d'un accès privilégié aux médias influents.

Dans cette mise en balance, la Cour attache d'abord un poids considérable aux contrôles exigeants et pertinents auxquels les organes parlementaires et judiciaires ont soumis le régime réglementaire complexe encadrant la diffusion à la radio et/ou à la télévision de messages politiques au Royaume-Uni ainsi qu'à l'avis desdits organes selon lequel la mesure générale en cause était nécessaire pour empêcher la distorsion de débats d'importance cruciale sur des sujets d'intérêt public et, ainsi, l'affaiblissement du processus démocratique. La loi est l'aboutissement d'un examen exceptionnel de tous les aspects culturels, politiques et juridiques de l'interdiction, elle a reçu le soutien de tous les partis et elle a été adoptée sans aucune opposition. La proportionnalité de l'interdiction a été débattue de manière approfondie devant la *High Court* et devant la Chambre des lords. Ces deux juridictions ont analysé la jurisprudence issue de la Convention et ses principes pertinents avant de conclure que l'ingérence litigieuse était nécessaire et proportionnée.

Ensuite, la Cour juge important que l'interdiction ait été conçue de manière à ne viser que le risque de distorsion contre lequel l'État entendait se prémunir et à porter le moins possible atteinte à la liberté d'expression : la mesure ne s'applique qu'à la publicité politique payante, et elle est limitée aux médias les plus influents et les plus onéreux (la radio et la télévision).

La Cour rejette les arguments par lesquels l'ONG requérante contestait les raisons avancées à l'appui des choix législatifs opérés quant à la portée de l'interdiction. À cet égard, elle dit notamment ceci :

- a) La distinction fondée sur l'influence particulière de la radio et de la télévision est cohérente compte tenu de l'immédiateté et de la puissance de ces médias. Malgré leur développement au cours des dernières années, rien ne montre qu'Internet et les réseaux sociaux aient bénéficié d'un transfert de l'influence des médias de télédiffusion suffisamment important pour qu'il devienne moins nécessaire d'appliquer à ces derniers des mesures spéciales.
- b) En ce qui concerne l'argument selon lequel la publicité aurait cessé d'être plus coûteuse à la radio et à la télévision que dans d'autres médias, la Cour relève que

les annonceurs sont tout à fait conscients de l'avantage que présentent les publicités qui y sont diffusées et demeurent prêts à payer pour cela des sommes d'argent considérables, nettement hors de portée de la plupart des ONG qui souhaiteraient participer au débat public. c) L'assouplissement contrôlé de l'interdiction pour les partis politiques – organes qui sont au cœur du processus démocratique – par l'attribution d'un temps d'antenne gratuit pour la diffusion de messages politiques et électoraux et de messages liés aux campagnes référendaires est un élément pertinent pour apprécier l'équilibre global de la mesure générale, même s'il ne touche pas directement l'ONG requérante.

d) Restreindre la portée de l'interdiction de façon à permettre aux associations défendant des causes sociales de faire diffuser des publicités en dehors des périodes électorales pourrait donner lieu à des abus (par exemple, des organismes richement dotés pourraient créer des groupes de défense de causes sociales spécialement pour faire passer leurs idées ou créer un grand nombre de groupes d'intérêts similaires pour accumuler du temps d'antenne). De plus, une interdiction nécessitant de distinguer au cas par cas les différents annonceurs et les différents messages ne serait pas applicable en pratique : compte tenu de la complexité du cadre réglementaire, cette forme de contrôle pourrait être source d'incertitude, de litiges, de dépenses et de retards et déboucher sur des allégations de discrimination et d'arbitraire.

En outre, même s'il y a peut-être une tendance à l'abandon des interdictions larges, il n'y a pas de consensus quant à la manière de réglementer la publicité politique payante à la radio et à la télévision au sein des États contractants. Ceux-ci recourent, pour réglementer ce type de publicités, à une grande variété de moyens, reflet de la multitude des différences que l'on peut constater dans l'évolution historique, la diversité culturelle et la pensée politique de ces États et, par conséquent, dans leurs visions respectives de la démocratie. L'absence de consensus dans ce domaine élargit la marge d'appréciation, par ailleurs étroite, à accorder à l'État en matière de restrictions à la liberté d'expression sur des sujets d'intérêt public.

Enfin, les conséquences qu'a eues l'application de l'interdiction litigieuse ne l'emportent pas sur les justifications convaincantes avancées à l'appui de la mesure générale. D'autres moyens de communication (programmes de débat à la radio et à la télévision, presse écrite, Internet et réseaux sociaux) restent ouverts à l'ONG requérante et il s'agit là d'un facteur clé pour l'appréciation de la proportionnalité d'une restriction à l'accès à des médias potentiellement utiles.

Dès lors, les motifs avancés par les autorités nationales pour justifier l'interdiction sont pertinents et suffisants. La mesure litigieuse ne peut donc s'analyser en une atteinte disproportionnée au droit de l'ONG requérante à la liberté d'expression.

Conclusion : non-violation (neuf voix contre huit).

Jurisprudence citée par la Cour

Appleby et autres c. Royaume-Uni, n° 44306/98, CEDH 2003-VI

Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège [GC], n° 21980/93, CEDH 1999-III

- Bowman c. Royaume-Uni*, 19 février 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I
- Carson et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 42184/05, CEDH 2010
- Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano c. Italie* [GC], n° 38433/09, CEDH 2012
- Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, CEDH 2007-V
- Éditions Plon c. France*, n° 58148/00, CEDH 2004-IV
- Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I
- Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, CEDH 1999-I
- Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, série A n° 24
- Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, CEDH 2003-VIII
- Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)* [GC], n° 74025/01, CEDH 2005-IX
- Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, 24 novembre 1993, série A n° 276
- James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, série A n° 98
- Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, série A n° 298
- Manole et autres c. Moldova*, n° 13936/02, CEDH 2009
- Mellacher et autres c. Autriche*, 19 décembre 1989, série A n° 169
- Mouvement räélien suisse c. Suisse* [GC], n° 16354/06, CEDH 2012
- Murphy c. Irlande*, n° 44179/98, CEDH 2003-IX
- Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, série A n° 216
- Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III
- Runkee et White c. Royaume-Uni*, nos 42949/98 et 53134/99, 10 mai 2007
- Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG c. Suisse*, n° 34124/06, 21 juin 2012
- Scoppola c. Italie (n° 3)* [GC], n° 126/05, 22 mai 2012
- Société de conception de presse et d'édition et Ponson c. France*, n° 26935/05, 5 mars 2009
- Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], nos 65731/01 et 65900/01, CEDH 2006-VI
- Stoll c. Suisse* [GC], n° 69698/01, CEDH 2007-V
- TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti c. Norvège*, n° 21132/05, CEDH 2008
- Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)* [GC], n° 32772/02, CEDH 2009
- VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, n° 24699/94, CEDH 2001-VI
- Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, n° 57829/00, 27 mai 2004
- Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, *Recueil* 1996-V
- Ždanoka c. Lettonie* [GC], n° 58278/00, CEDH 2006-IV

En l'affaire Animal Defenders International c. Royaume-Uni,

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

Dean Spielmann, *président*,

Nicolas Bratza,

Françoise Tulkens,

Josep Casadevall,

Nina Vajić,

Ineta Ziemele,

Elisabeth Steiner,

Päivi Hirvelä,

George Nicolaou,

András Sajó,

Zdravka Kalaydjieva,

Mihai Poalelungi,

Nebojša Vučinić,

Kristina Pardalos,

Vincent A. De Gaetano,

Julia Laffranque,

Helen Keller, *juges*,

et de Michael O'Boyle, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 7 mars 2012 et le 20 février 2013,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 48876/08) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont Animal Defenders International, une organisation non gouvernementale (ONG) sise à Londres (« l'ONG requérante »), a saisi la Cour le 11 septembre 2008 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. L'ONG requérante a été représentée devant la Cour par M^e T. Allen, avocate à Londres. Le gouvernement britannique (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M^{me} A. Sornarajah, du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth.

3. L'ONG requérante dénonçait l'interdiction de la publicité politique payante posée par l'article 321 § 2 de la loi de 2003 sur les communications.

4. La requête a été attribuée à la quatrième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour – «le règlement»). Le 21 janvier 2011, la Cour l’a communiquée au Gouvernement. Elle a décidé également de se prononcer en même temps sur la recevabilité et sur le fond de l’affaire (article 29 § 1 de la Convention). Le 29 novembre 2011, la chambre s’est dessaisie de l’affaire au profit de la Grande Chambre.

5. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement.

6. Tant l’ONG requérante que le Gouvernement ont déposé un mémoire sur la recevabilité et sur le fond de l’affaire.

7. Une audience s’est déroulée en public au Palais des droits de l’homme, à Strasbourg, le 7 mars 2012 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M ^{me} A. Sornarajah,	<i>agent,</i>
M. M. Chamberlain,	<i>conseil,</i>
M ^{mes} E. Van Heyningen,	
S. White,	<i>conseillers;</i>

– *pour l’ONG requérante*

MM. H. Tomlinson QC,	
A. O’Neill QC,	<i>conseils,</i>
M ^{mes} T. Allen,	<i>conseiller,</i>
J. Creamer,	<i>présidente de l’organisation requérante.</i>

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Chamberlain et M. Tomlinson.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L’ESPÈCE

8. L’ONG requérante milite contre l’utilisation des animaux à des fins commerciales, scientifiques ou récréatives. Elle s’efforce d’obtenir un changement de la législation et des politiques publiques dans ce domaine et, à cette fin, d’influer sur l’opinion publique et sur le point de vue des parlementaires.

1. *La publicité télévisuelle interdite*

9. En 2005, elle lança une campagne intitulée « *My Mate's a Primate* » (« Primate mon ami »), dirigée contre l'enfermement et l'exhibition de primates et leur utilisation dans la publicité télévisée. Dans le cadre de cette campagne, elle souhaitait diffuser à la télévision une publicité de vingt secondes. Le message envisagé s'ouvrait sur l'image d'une cage où l'on apercevait peu à peu, émergeant de l'ombre, une fillette enchaînée. Venait ensuite un écran blanc, où l'on pouvait lire consécutivement les trois messages suivants : « Un chimpanzé a l'âge mental d'un enfant de quatre ans », « Alors que nous partageons avec eux 98 % de notre patrimoine génétique, les chimpanzés sont toujours enfermés dans des cages et maltraités pour notre divertissement », « Pour en savoir plus et découvrir comment vous pouvez nous aider à mettre un terme à cela, commandez votre kit d'information – 10 £ ». Le message se refermait sur l'image d'un chimpanzé dans la même position que la fillette.

10. Cette publicité fut soumise au Centre de vérification de la publicité télévisée (*Broadcast Advertising Clearance Centre*) pour qu'il en contrôle la conformité avec les lois et codes pertinents. Le 5 avril 2005, le centre refusa d'autoriser la diffusion de la publicité au motif que, les objectifs de l'ONG requérante étant « totalement ou principalement de nature politique », l'article 321 § 2 de la loi de 2003 sur les communications (« la loi de 2003 ») interdisait pareille diffusion. Cette décision fut confirmée le 6 mai 2005. En revanche, le message était visible sur Internet et l'est encore.

2. *La High Court ([2006] EWHC 3069)*

11. Le 19 octobre 2005, l'ONG requérante demanda à la *High Court* d'émettre une déclaration d'incompatibilité au titre de l'article 4 de la loi de 1998 sur les droits de l'homme (« la loi sur les droits de l'homme »), arguant que l'interdiction de la publicité politique à la télévision et à la radio imposée par la loi de 2003 était incompatible avec l'article 10 de la Convention. Le seul point en litige était à son avis celui de savoir si cette interdiction pouvait être considérée comme « nécessaire dans une société démocratique ».

12. Le directeur général du Département de la culture, des médias et des sports communiqua à la *High Court* au nom de l'État une déclaration sous serment datée du 16 décembre 2005 dans laquelle il expliquait en quoi l'impartialité était un élément fondamental du cadre réglementaire applicable à la télédiffusion et pourquoi la publicité politique était considérée comme incompatible avec cette valeur. Il déclarait qu'il n'était pas possible en pratique d'imposer une interdiction moins restrictive. S'appuyant à cet égard sur la description du processus de contrôle mis en

place en 1999 (...), il soulignait que les organes compétents qui avaient été consultés s'étaient prononcés en faveur de l'interdiction et estimait que cela répondait aux arguments de l'ONG requérante. Il considérait qu'eu égard à la nature particulière des médias que constituaient la radio et la télévision il se justifiait de contrôler les messages diffusés sur ceux-ci et que l'ONG requérante disposait d'autres vecteurs pour faire passer ses idées. Enfin, citant d'autres États appliquant des dispositions similaires (le Danemark, l'Irlande, la Norvège et la Suède), il concluait que, dans les pays qui avaient autorisé la diffusion de publicités politiques payantes, la mise en œuvre du système posait encore « d'importants problèmes pratiques », en particulier quant à l'aptitude à garantir à tous les partis un accès égal aux médias là où le paysage politique se caractérisait par le multipartisme, que les partis ou les diffuseurs contournaient les règles relatives aux limites temporelles ou financières imposées en matière de publicité politique payante et qu'on ne savait pas bien comment définir en quoi consistait la publicité « politique ».

13. Le 4 décembre 2006, la *High Court*, composée du *Lord Justice Auld* et du juge *Ousley*, rejeta la demande de l'ONG requérante. Les deux juges considérèrent que l'interdiction avait été définie de manière large, le juge *Ousley* observant qu'elle couvrait « un *continuum* d'activités politiques d'intensités différentes, depuis l'activité politique des partis en période électorale jusqu'à la défense par des organismes non politiques, à tout moment, d'intérêts particuliers correspondant à des préoccupations du public ». Ils conclurent que, même si la liberté d'expression dans le domaine politique était précieuse, l'ingérence était justifiée.

14. Les deux juges décidèrent de ne pas s'appuyer sur l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* (n° 24699/94, CEDH 2001-VI), qui pour eux ne valait que pour les circonstances particulières de cette affaire. Le *Lord Justice Auld* nota que la loi de 2003 présentait bon nombre d'améliorations par rapport au système examiné dans l'affaire *VgT Verein gegen Tierfabriken*, notamment une plus grande souplesse des contrôles de la durée et de la teneur des messages politiques et électoraux. Les deux juges s'appuyèrent sur les critiques de l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken* formulées dans l'arrêt *R. (ProLife Alliance) v. BBC* ([2003] UKHL 23), le juge *Ousley* indiquant qu'il n'était pas possible de discerner quel était le fondement de l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken*. Ils exprimèrent des doutes sur la pertinence pour la cause de l'arrêt *Murphy c. Irlande* (n° 44179/98, CEDH 2003-IX), où il n'était pas question de publicité politique; en outre, ils jugèrent peu convaincante l'observation faite dans cet arrêt selon laquelle la marge d'appréciation de l'État pouvait être plus étroite en matière de restrictions à la publicité politique qu'en matière de restrictions à la publicité religieuse.

15. Les deux juges soulignèrent que les tribunaux devaient se montrer prudents lorsqu'ils examinaient les choix politiques et législatifs opérés par le Parlement. À cet égard, le *Lord Justice Auld* s'exprima ainsi :

« (...) dans ces domaines où il s'agit d'exercer un jugement en matière sociale et politique, on peut normalement supposer que les autorités exécutives et législatives d'un État partie – en particulier les secondes – comprennent mieux ou plus sûrement les besoins démocratiques du pays et leurs aspects pratiques que les juges de Strasbourg ou même les tribunaux internes. Il s'agit là de la notion de retenue qui, quel que soit le nom qu'on lui donne, incite le juge à se garder, lorsqu'il les applique, de s'immiscer trop volontiers dans les politiques du gouvernement ou les actions législatives du Parlement. Cette retenue est un facteur d'élargissement et non de resserrement de la marge d'appréciation des États contractants dans ce contexte, tout comme elle peut l'être dans le contexte d'autres questions importantes et sensibles propres aux traditions d'un État contractant, auxquelles les autorités nationales – comme les autorités irlandaises dans l'affaire *Murphy* – sont particulièrement sensibles et qu'elles sont tout à fait à même d'apprécier.

En l'espèce, le Parlement du Royaume-Uni a choisi de mettre en place une interdiction de la publicité politique qui ne s'applique qu'à la radio et à la télévision, ces médias étant perçus comme ayant un pouvoir plus important que les autres et comme étant dès lors plus susceptibles d'être utilisés pour fausser le processus démocratique par des groupes disposant d'importants moyens financiers. Le Parlement aurait peut-être pu procéder autrement, mais est-ce au tribunal d'en juger, face au large soutien, y compris d'instances hautement compétentes, dont a bénéficié le projet du Parlement ? »

Le *Lord Justice Auld* conclut ensuite que le Parlement avait agi dans les limites de son pouvoir d'appréciation.

Le juge Ousley indiqua pour sa part que la *High Court* ne s'était pas appuyée uniquement sur les éléments qui lui avaient été communiqués car « l'expérience, la compétence et le jugement du Parlement que la loi laissait transparaître [permettaient] de démontrer le caractère justifié de l'interdiction ». À cet égard, il s'exprima ainsi :

« Sont ici en jeu des intérêts concurrents que le législateur peut et doit mettre en balance en tenant compte de la manière dont il prévoit que les groupes et les partis feront usage de l'accès plus large à la radio et à la télévision que la demanderesse s'efforce d'obtenir pour elle et pour d'autres. (...) »

À cet égard, il est clair que le Parlement a exprimé un avis mûrement réfléchi après avoir passé au crible les implications de l'article 321 [de la loi de 2003] en matière de droits de l'homme. J'attache un poids important à un avis ainsi formé, et considère qu'il démontre la nécessité de la restriction. Il s'agit ici non pas d'un acte de l'exécutif ou d'un règlement, mais d'une loi adoptée par le Parlement sans aucune voix contre, alors même que les députés avaient connaissance tant de l'opposition du Professeur Barendt, qui avait exprimé des préoccupations relativement au respect des droits de l'homme, que des réserves formulées par la commission mixte des droits de l'homme

[*Joint Committee on Human Rights*] et par la commission électorale compte tenu de la jurisprudence *VgT* [*Verein gegen Tierfabriken*].

C'est aussi eu égard au sujet concerné que j'accorde un tel poids à l'avis mûrement pesé du Parlement. L'impact de la télédiffusion sur les questions, le cadre et l'intensité du débat politique est un élément que peu d'autorités sont mieux à même d'apprécier que celles qui ont affaire quotidiennement à des électeurs et à des groupes d'intérêt, qu'il s'agisse d'utiliser leur influence, d'y répondre ou d'y résister. Celles-ci sont bien placées pour savoir quels types de groupes pourraient utiliser à leur avantage certaines modifications de l'interdiction en cause. Il est incontestable que le Parlement, par l'intermédiaire des députés et des membres de la Chambre des lords actifs en politique, est bien plus apte que les juges à apprécier ces questions. Il ne s'agit pas d'un domaine dans lequel on peut dire que les juges ont plus d'expérience et de compétences. Ce constat vaut *a fortiori* pour les juges d'une autre nationalité.

J'estime que ces facteurs confèrent une forte valeur probante à l'avis d'un organe démocratiquement élu qui a jugé qu'une restriction donnée était nécessaire dans l'intérêt public. En substance, une autre manière de formuler ma pensée serait de dire que le sujet justifie que soit laissée au Parlement une ample marge d'appréciation.

Sans aucun doute, le Parlement aurait pu choisir une formulation de nature à apporter une forme de réponse à toutes les interrogations sur le point de savoir où se situe la ligne de partage entre les types d'annonceurs ou d'annonces. Cela étant, il était légitime que le Parlement tienne compte des complexités et de l'arbitraire inhérents à une telle réponse, quel que soit le nom que l'on choisisse de lui donner, et décide donc qu'interdire totalement la diffusion de publicité à la radio et à la télévision était la seule solution juste et réalisable en pratique.»

En conclusion, que l'adoption de l'interdiction en cause découlat de sa nécessité dans un domaine où le Parlement était le plus compétent ou d'un jugement du Parlement dans un domaine où il fallait laisser à celui-ci un plus large pouvoir d'appréciation, le juge Ousley considéra que les juges devaient respecter la décision du législateur.

16. Notant l'absence de consensus européen en la matière, le *Lord Justice Auld* estima que les expertises versées au dossier étaient de peu d'utilité et releva que l'État les avait communiquées à titre purement informatif, sans y faire référence dans son argumentation. Notant pour sa part qu'avaient été transmis à la *High Court* quelques documents, non exhaustifs, sur la manière dont certains autres États membres du Conseil de l'Europe ou du Commonwealth traitaient la question, le juge Ousley estima que ces documents n'avaient guère d'autre utilité que de démontrer que, s'il existait un consensus général pour considérer qu'il était justifié d'interdire la publicité politique en période électorale, il n'y avait en revanche pas de consensus net sur le point de savoir si cette interdiction était nécessaire en dehors des périodes électorales. Observant que différents États avaient décidé que des restrictions étaient nécessaires compte tenu des particularités

de leur système de télédiffusion et de leur sensibilité politique, il estima que l'absence de consensus reflétait peut-être ces différences de situation dont il était légitime selon lui que le législateur tînt compte pour apprécier la nécessité d'une interdiction de cette ampleur dans la société démocratique qu'il représentait.

17. Tant le *Lord Justice Auld* que le juge Ousley soulignèrent la raison sous-tendant l'interdiction, à savoir la protection de l'intégrité du processus démocratique contre le détournement de la radio et de la télévision en faveur d'un programme politique donné par des groupes disposant d'importants moyens financiers. Pour le juge Ousley, l'interdiction était une restriction visant à renforcer le processus démocratique plutôt qu'à s'opposer à la diffusion de certains contenus. Les deux juges considérèrent qu'il était légitime de traiter différemment la radio et la télévision, leur impact potentiel étant plus puissant. Le juge Ousley estima à cet égard qu'il n'était pas sérieusement contestable que ces médias fussent plus puissants et plus répandus que les autres. Quant au point de savoir si la télévision coûtait plus cher que les autres médias, il considéra qu'il suffisait d'admettre que les publicités diffusées à la radio et à la télévision présentaient un avantage dont les annonceurs et les diffuseurs étaient conscients et pour lequel les premiers étaient prêts à payer aux seconds des sommes considérables, nettement hors de portée des groupes ordinaires souhaitant participer au débat public. 18. Enfin, les deux juges rejetèrent l'argument selon lequel l'interdiction était disproportionnée en ce qu'elle s'appliquait aussi en dehors des périodes électorales et aux groupes qui, comme l'ONG requérante, n'étaient pas associés à des partis politiques ou à des campagnes électorales. Le *Lord Justice Auld* souligna qu'une limitation de l'interdiction aux périodes électorales n'aurait pas été une « distinction fondée sur la logique ou des principes ». Les deux juges considérèrent que la publicité politique diffusée à la radio et à la télévision en dehors des périodes électorales était susceptible d'avoir une influence tout aussi évidente sur le processus démocratique. À cet égard, le juge Ousley nota que ces médias étaient omniprésents, que des questions suscitant la controverse dans une société démocratique pouvaient se poser à tout moment, et que l'influence acquise à prix d'argent pouvait affecter la promotion d'une loi, la décision d'organiser des élections, voire le résultat de celles-ci. Les deux juges considérèrent qu'il eût été irréalisable, arbitraire et potentiellement injuste de tenter d'établir une distinction entre les sujets politiques liés aux partis et les autres sujets d'importance publique ; suivant leur analyse, en effet, la distorsion du débat politique pouvait prendre de nombreuses formes et porter sur une large gamme de questions d'intérêt public, certains sujets seraient difficiles à classer par catégories, et une telle distinction risquerait de permettre à des partis politiques de « sous-

traiter» leur publicité politique à des «groupes dissidents ou sympathisants» auxquels les restrictions ne s'appliqueraient pas.

19. En conséquence, la *High Court* refusa de prononcer une déclaration d'incompatibilité.

3. *La Chambre des lords ([2008] UKHL 15)*

20. Le 12 mars 2008, la Chambre des lords, composée de Lord Bingham, Lord Scott, la baronne Hale, Lord Carswell et Lord Neuberger, rejeta à l'unanimité le recours que l'ONG requérante lui avait soumis.

21. Lord Bingham rendit le jugement de la majorité. Il reconnut que dès lors que l'interdiction restreignait la liberté d'expression en matière politique le degré de justification imposé à l'État était «élevé» et la marge d'appréciation par conséquent étroite. Il définit ainsi l'objectif de l'interdiction :

«28. L'idée fondamentale qui sous-tend le processus démocratique est que si des vues, opinions ou politiques concurrentes font l'objet d'un débat et d'un examen publics, avec le temps le bien l'emportera sur le mal et la vérité sur le mensonge. Il faut présumer que, si on lui donne du temps, le public fera un bon choix lorsque, dans le cadre du processus démocratique, il sera appelé à choisir. Mais il est hautement souhaitable que le débat se déroule autant que possible dans des conditions équitables. C'est le cas lorsque, dans le cadre de la discussion publique, différents avis sont exprimés, contredits, commentés et débattus. Il est du devoir des diffuseurs de réaliser cet objectif de manière impartiale en présentant des programmes équilibrés dans lesquels tous les points de vue licites peuvent être exprimés.»

22. Selon Lord Bingham, cet objectif n'était pas réalisé lorsque

«(...) des groupes qui ne sont pas des partis politiques mais qui disposent de moyens importants sont en mesure d'utiliser leur pouvoir financier pour augmenter la visibilité de points de vue qui peuvent être vrais ou faux, séduisants ou répulsifs pour des esprits progressistes, bénéfiques ou néfastes. Le risque est que le public puisse être amené à admettre des thèses qui sont essentiellement politiques non parce que le débat public a montré leur justesse mais parce que, par le biais d'une répétition constante, il a été conditionné à les accepter. Parmi les droits d'autrui qu'une restriction à l'exercice du droit à la liberté d'expression peut légitimement viser à protéger figure à mon avis celui à être prémuni contre les méfaits potentiels de la publicité politique partielle.»

Or pour Lord Bingham cet argument n'avait pas été exposé dans toute sa force dans l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken* précité.

23. Selon lui, une interdiction globale était nécessaire pour parer au risque de voir des organismes aux objectifs discutables faire diffuser des publicités, éventualité qui avait été écartée dans l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken* mais prise en compte dans l'arrêt *Murphy* (précité), et le fait que l'interdiction était cantonnée à la radio et à la télévision s'expliquait, comme l'avait observé le juge Ousley, par la puissance et l'omniprésence

particulières de la télévision et de la radio, facteur que la Cour avait reconnu dans l'arrêt *Jersild c. Danemark* (23 septembre 1994, § 31, série A n° 298) et dans l'arrêt *Murphy*, même si elle semblait l'avoir ignoré dans l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken*.

24. Lord Bingham considéra par ailleurs qu'il n'était pas nécessaire d'examiner en détail la question de savoir si une interdiction moins restrictive (encadrant la durée, la fréquence et le coût des publicités ou encore leur nature et leur qualité) permettrait d'éviter les méfaits redoutés, estimant notamment qu'un système moins restrictif pourrait être contourné par la formation de petits groupes poursuivant des objectifs politiques analogues, qu'il serait difficile à appliquer de manière objective et cohérente, et qu'il serait encore plus difficile aux diffuseurs de respecter leur obligation d'impartialité. Lord Bingham rappela que la commission mixte des droits de l'homme avait demandé une solution de compromis, mais que le gouvernement avait estimé qu'il ne pouvait en être trouvée aucune qui fût juste et réalisable et qui permît de répondre au problème. Il ajouta qu'il n'apercevait « aucune raison de remettre en cause cette appréciation admise par le Parlement ». Selon lui, il fallait attacher à l'évaluation du Parlement « un poids important », et ce pour trois motifs. Premièrement, il était raisonnable de penser que des hommes politiques démocratiquement élus seraient « particulièrement sensibles » aux mesures nécessaires pour préserver l'intégrité de la démocratie. Deuxièmement, si le Parlement considérait que l'interdiction pouvait « peut-être, bien que ce fût improbable » se heurter à l'article 10 de la Convention, il avait résolu de l'adopter tout de même, en raison de l'importance qu'il y attachait, et son jugement ne devait pas être « écarté à la légère ». Troisièmement, la loi ne pouvait être conçue pour traiter des cas particuliers mais devait poser des règles générales, et c'était au Parlement de décider où placer la barre et, même s'il en découlait inévitablement que des cas difficiles se retrouveraient du mauvais côté de la barre, « on ne [devait] pas en déduire que la règle n'avait aucune valeur si, prise globalement, elle [était] bénéfique ».

25. Pour Lord Bingham, le fait que l'ONG requérante disposait d'autres moyens de communication était un « facteur d'un certain poids », ce qui distinguait le cas de l'espèce de l'affaire *Bowman c. Royaume-Uni* (19 février 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I), où la disposition litigieuse avait été qualifiée d'obstacle total à la communication de ses idées par l'ONG requérante.

26. Enfin, Lord Bingham déclara qu'il n'y avait pas de consensus clair au sein des États membres sur la façon de légiférer en matière de diffusion de publicités politiques sur les chaînes de radio et de télévision. Ajoutant que la Cour avait considéré que les États devaient se voir reconnaître une marge

d'appréciation plus large dans ce type de cas et qu'ils étaient probablement mieux à même de juger des garanties et contrepoids nécessaires pour protéger, dans le respect de l'article 10, l'intégrité de leurs propres démocraties, il rejeta le recours, souscrivant à l'avis du juge Ousley et, pour l'essentiel, à celui du *Lord Justice Auld*. Contrairement à Lord Scott, qui avait exprimé l'avis que les juridictions internes pouvaient interpréter différemment de la Cour les droits garantis par la Convention, il considéra qu'en l'absence de circonstances particulières ces juridictions devaient suivre la jurisprudence de la Cour dès lors que celle-ci était claire et constante.

27. Lord Scott marqua son plein accord avec le raisonnement de Lord Bingham et ajouta deux commentaires.

Premièrement, du fait de son ampleur « remarquable », l'interdiction risquait selon lui de donner lieu à d'autres recours fondés sur l'article 10. Cette interdiction pouvait empêcher l'ONG requérante de faire diffuser des publicités dénuées de contenu politique ou au contenu entièrement neutre et de « contrer » des publicités commerciales autorisées heurtant ses principes, en conséquence de quoi il y avait peut-être des aspects des articles 319 et 321 de la loi de 2003 qui étaient incompatibles avec l'article 10 de la Convention ; toutefois, même si les juges disposaient d'une certaine latitude pour décider de l'opportunité de prononcer une déclaration d'incompatibilité en vertu de l'article 4 de la loi sur les droits de l'homme, ils ne devaient le faire en principe que si les circonstances de l'affaire faisaient apparaître que la disposition législative en cause avait « porté à un droit du requérant garanti par la Convention (...) une atteinte incompatible avec ce droit » : il ne suffisait pas de fournir des exemples hypothétiques de manières dont une disposition donnée était susceptible d'être incompatible avec un droit garanti par la Convention. Lord Scott conclut donc que l'interdiction n'était pas incompatible avec les droits résultant pour l'ONG requérante de l'article 10.

Deuxièmement, il n'était pas possible d'après lui de déduire de l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken* que la Cour serait en désaccord avec la Chambre des lords dans le cas d'espèce. Il rappela à cet égard que, dans l'arrêt *Murphy*, elle ne s'était écartée ni de près ni de loin du raisonnement qu'elle avait suivi dans l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken*, et il ajouta que les arrêts de la Cour se rapportaient toujours étroitement aux circonstances de la cause. Selon lui, il n'existait donc en l'espèce qu'une simple possibilité de divergence entre la conclusion de la Chambre des lords et celle de la Cour.

28. La baronne Hale commença son opinion en déclarant que l'on avait occulté une évidence « grosse comme une maison » (« *an elephant in the room* ») lors de l'examen de l'affaire, à savoir la prééminence de la publicité, non seulement dans les élections mais aussi dans la formation de l'opinion

politique, aux États-Unis. Elle souligna que des sommes colossales étaient dépensées en période électorale aux États-Unis, sommes qu'il fallait bien trouver quelque part, et qu'il n'y avait pas de limite aux montants que les groupes de pression pouvaient dépenser dans ce pays pour faire passer leur message dans les médias ayant l'impact le plus puissant et le plus large.

29. Elle indiqua ensuite que la raison sous-jacente à l'interdiction était le souci de garantir que ce ne soient pas les plus gros payeurs qui choisissent le gouvernement et ses politiques :

« Notre démocratie ne repose pas seulement sur l'adage « une personne, une voix ». Elle repose sur l'idée que tous les individus sont d'égale valeur (...) Chacun doit pouvoir se forger son propre avis sur les questions importantes de l'actualité. Pour cela, il faut que les informations et les idées soient échangées librement. Nous devons admettre que certaines personnes disposent de ressources plus importantes que d'autres pour faire passer leurs idées ; mais nous voulons éviter les distorsions criantes qu'un accès libre de toute restriction à la radio et à la télévision ne manquerait pas d'entraîner.

Il n'est donc pas simplement question en l'espèce des restrictions admissibles à la liberté d'expression. Il s'agit de ménager un juste équilibre entre les deux composantes les plus importantes d'une démocratie : la liberté d'expression et l'égalité des électeurs. »

30. Souscrivant pleinement au raisonnement de Lord Bingham, la baronne Hale estima que l'interdiction telle qu'elle avait été appliquée en l'espèce n'était pas incompatible avec les droits de l'ONG requérante garantis par l'article 10. Elle s'exprima comme suit :

« 51. Il s'agit d'une réponse équilibrée et proportionnée au problème : [l'ONG requérante] peut chercher à faire passer ses idées de toute autre manière, mais pas d'une façon qui risque si fortement de fausser le débat public en faveur des riches. Il faut appliquer la même règle pour toutes les publicités de même type, quelles que puissent être la cause qu'elles défendent et les ressources des annonceurs qui souhaitent les diffuser. Nous n'avons pas à établir de distinction entre les causes que nous approuvons et celles que nous réprouvons. Nous ne pouvons pas non plus, en pratique, établir de distinction entre les petits groupes qui se battent pour récolter chaque centime et les grands qui disposent de sommes colossales. Le plafonnement ou le rationnement ne fonctionnent pas dans ce domaine (...) »

31. Elle émit des doutes quant à la possibilité d'appliquer en l'espèce l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken*, estimant que, comme tous les arrêts de la Cour, celui-ci se rapportait étroitement aux circonstances particulières de la cause :

« 52. (...) Quoique les organisations soient similaires, les publicités étaient assez différentes : « mangez moins de viande » n'est pas le même message que « aidez-nous à mettre un terme à la souffrance animale ». Des arguments importants auxquels il a été accordé peu de poids dans l'arrêt *VgT [Verein gegen Tierfabriken]* ont été retenus dans l'arrêt *Murphy*. À tout le moins, la nécessité de ménager un juste équilibre entre les intérêts concurrents est plus forte dans le domaine politique que dans le domaine

religieux. Le discours politique est certes important mais, dans une démocratie, les droits politiques d'autrui le sont tout autant. La question est de savoir si l'interdiction, telle qu'elle a été appliquée aux faits de l'espèce, était proportionnée au but légitime consistant à protéger les droits démocratiques d'autrui. Comme Lord Bingham l'a montré, le gouvernement et le Parlement ont récemment examiné avec soin la question de savoir si une interdiction plus limitée aurait pu fonctionner et ils ont conclu que ce n'était pas le cas. La solution choisie a reçu le soutien de tous les partis. Les parlementaires de tous bords politiques sont d'avis que cette interdiction est nécessaire dans notre société démocratique. N'importe quel tribunal y regarderait à deux fois avant d'émettre un avis différent sur une question telle que celle-ci. On pourrait arguer qu'il est possible de modifier la règle à la marge, par exemple pour qu'elle interdise toute publicité quelle qu'elle soit émanant d'un organisme politique, ou toute publicité, de qui qu'elle provienne, sur des questions faisant l'objet d'une controverse publique. Mais telle n'est pas la question qu'il s'agit de trancher en l'espèce.»

32. Enfin, la baronne Hale estima comme Lord Bingham (et contrairement à Lord Scott) qu'il appartenait en définitive à la Cour de donner la bonne interprétation des droits garantis par la Convention repris dans la loi sur les droits de l'homme. Selon elle, les juridictions internes devaient adopter une «approche prudente» et ne pas «devancer» les interprétations de la Cour mais simplement «suivre la jurisprudence de Strasbourg au fur et à mesure de son évolution, ni plus ni moins».

33. Lord Carswell et Lord Neuberger rejetèrent tous deux le recours pour les motifs exposés par Lord Bingham.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

(...)

C. La loi de juillet 2003 sur les communications («la loi de 2003»)

1. L'interdiction de la publicité politique

56. La loi de 2003 a été adoptée par le Parlement sans aucune opposition. Elle a remplacé les autorités de contrôle existantes par une autorité unique de régulation des médias, des télécommunications et des communications radio appelée Office des communications (*Office of Communications* – «l'OFCOM»). Cependant, le Centre de vérification de la publicité télévisée (*Broadcast Advertising Clearance Centre*) a continué jusqu'au 31 décembre 2007 à être responsable de l'examen avant transmission et de l'autorisation des publicités proposées à la diffusion.

57. L'article 319 § 1 de la loi de 2003 donne pour mission à l'OFCOM d'élaborer et de réviser des normes visant à atteindre certains objectifs déterminés énoncés à l'article 319 § 2. Il s'agit notamment de faire en

sorte que les actualités soient présentées à la télévision et à la radio avec l'impartialité requise, que les exigences d'impartialité énoncées à l'article 320 soient respectées et que la télévision et la radio ne diffusent pas de publicités enfreignant l'interdiction de la publicité politique.

58. Cette interdiction est énoncée à l'article 321 § 2 de la loi, ainsi libellé :

« 2. Au regard de l'article 329 § 2 g), une publicité enfreint l'interdiction de la publicité politique :

- a) si elle est insérée par ou pour un organisme dont les objectifs sont totalement ou principalement de nature politique ;
- b) si elle vise un but politique ; ou
- c) si elle est liée à un conflit du travail. »

59. L'article 321 § 3 énumère les objectifs qui « sont de nature politique ou visent un but politique » :

« a) influencer sur l'issue d'une élection ou d'un référendum tenus au Royaume-Uni ou ailleurs ;

b) provoquer une modification de la législation sur tout ou partie du territoire du Royaume-Uni ou d'un autre pays, ou influencer d'une autre manière sur le processus législatif de tout pays ou territoire ;

c) influencer sur les politiques ou décisions des organes de gouvernement local, régional ou national, que ce soit au Royaume-Uni ou ailleurs ;

d) influencer sur les politiques ou décisions de personnes investies de fonctions publiques en vertu des lois du Royaume-Uni ou d'un autre pays ou territoire ;

e) influencer sur les politiques ou décisions de personnes exerçant des fonctions qui leur ont été attribuées en vertu d'accords internationaux ;

f) influencer l'opinion publique sur une question qui, au Royaume-Uni, est l'objet d'une controverse publique ;

g) promouvoir les intérêts d'un parti ou d'un autre groupe de personnes constitué, au Royaume-Uni ou ailleurs, à des fins politiques. »

60. L'interdiction s'applique donc non seulement aux publicités ayant un contenu politique, mais aussi aux organismes qui sont totalement ou principalement de nature politique, quel que soit le contenu des publicités qu'ils souhaitent faire diffuser.

61. L'article 321 § 7 de la loi prévoit une exception pour les publicités de service public insérées par ou pour un ministère et pour les messages de certains partis politiques diffusés dans le cadre de campagnes politiques ou référendaires (paragraphe 64 ci-dessous). Les partis politiques pour lesquels

de telles publicités peuvent être diffusées sont déterminés par l'OFCOM, qui ne peut les sélectionner que parmi ceux inscrits auprès de la commission électorale.

2. Les trois mécanismes conçus pour faire respecter l'obligation d'impartialité à la radio et à la télévision

62. L'impartialité politique a toujours été l'une des caractéristiques fondamentales du régime législatif applicable à la télédiffusion. Elle est assurée par trois mécanismes. Le premier est l'interdiction de la publicité politique payante.

63. Le deuxième est l'obligation d'impartialité imposée par la loi à tous les diffuseurs. L'article 320 de la loi de 2003 est intitulé «Obligations particulières en matière d'impartialité». Ses paragraphes 1 et 2 sont ainsi libellés :

« 1. Les obligations imposées par le présent article sont les suivantes :

- a) dans le cas des services de télévision et de radio (...), l'obligation d'exclure des programmes toute expression des vues ou opinions de la personne fournissant le service sur l'un quelconque des sujets mentionnés au paragraphe 2 ci-dessous ;
- b) dans le cas des services de programmes télévisés, de télétexte, de radio nationale et de programmes sonores numériques nationaux, l'obligation pour la personne fournissant le service de préserver l'impartialité requise relativement à tous ces sujets ;
- c) dans le cas des services de radio locale, de programmes sonores numériques locaux ou de programmes radiodiffusés dans le cadre d'une licence, l'obligation d'éviter d'accorder dans les programmes diffusés une importance exagérée aux vues et opinions de certaines personnes ou organisations sur l'un quelconque de ces sujets.

2. Ces sujets sont :

- a) les sujets controversés sur les plans politique ou social ; et
- b) les sujets relevant de la politique des pouvoirs publics en vigueur. »

64. Le troisième mécanisme est la fourniture par les diffuseurs d'un temps d'antenne gratuit pour les campagnes politiques, électorales et référendaires des partis. Il fait partie du paysage réglementaire depuis le début de la télédiffusion. Les premières publicités politiques gratuites ont été diffusées à la radio en 1924 et à la télévision en 1951. L'article 333 de la loi de 2003 dispose que les licences octroyées à certains diffuseurs doivent imposer la diffusion de publicités gratuites et le respect des règles de l'OFCOM. Ces règles régissent la diffusion des messages politiques des partis (possibilité offerte aux grands partis à l'occasion des principaux

événements du calendrier politique), des messages électoraux des partis (possibilité offerte en période électorale à tous les grands partis ainsi qu'aux petits partis inscrits qui briguent un sixième ou plus des sièges en jeu lors d'un scrutin législatif) et des messages diffusés dans le cadre des campagnes référendaires (possibilité offerte à chaque organisation s'étant vu reconnaître [par la commission électorale] la qualité de participant officiel à la campagne préparatoire au référendum).

(...)

EN DROIT

SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION

76. Invoquant l'article 10, l'ONG requérante dénonce l'interdiction de la publicité politique payante à la radio et à la télévision prévue par la loi (« l'interdiction »). En ses passages pertinents, l'article 10 est ainsi libellé :

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

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

A. Sur la recevabilité

77. Constatant que la requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'elle ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité, la Cour la déclare recevable.

B. Sur le fond

78. Les parties s'accordent à reconnaître que l'interdiction s'analyse en une ingérence dans l'exercice par l'ONG requérante des droits garantis par l'article 10 de la Convention, que cette ingérence était « prévue par la loi » (articles 319 et 321 de la loi de 2003) et qu'elle visait à préserver l'impartialité de la télédiffusion sur les questions d'intérêt public et, ainsi, à protéger le processus démocratique. La Cour admet que l'objectif que poursuivait le législateur britannique correspond au but légitime consistant à protéger les

« droits d'autrui » au sens du second paragraphe de l'article 10 (*VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, n° 24699/94, § 62, CEDH 2001-VI, et *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti c. Norvège*, n° 21132/05, § 78, CEDH 2008). Le point controversé entre les parties est celui de savoir si ladite ingérence était « nécessaire dans une société démocratique », question que la Cour va à présent examiner.

1. Arguments de l'ONG requérante

79. Soulignant la force de la protection accordée par la Convention à la liberté d'expression dans le domaine politique et sur des questions d'intérêt public, et arguant que l'interdiction est de portée large et constitue une forme de restriction préalable, l'ONG requérante soutient qu'il y a lieu d'appliquer en l'espèce une marge d'appréciation étroite et un contrôle strict (elle invoque à cet égard l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken*, précité). La « marge d'appréciation légèrement plus large » mentionnée dans l'arrêt *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti* (précité) ne trouverait à s'appliquer que dans les cas où l'État cherche à justifier la restriction litigieuse en invoquant les particularités de sa situation nationale (comme dans l'arrêt *Murphy c. Irlande*, n° 44179/98, CEDH 2003-IX), ce qui ne serait pas le cas en l'espèce. Le Parlement étant constitué de partis politiques bénéficiaires de l'interdiction litigieuse, l'ample marge que lui accorderaient les juridictions internes serait inopportune.

80. Le principal argument de l'ONG requérante consiste à dire que l'interdiction de la publicité politique payante est trop large pour pouvoir être considérée comme proportionnée au but recherché, et ce pour les raisons suivantes.

81. Premièrement, l'interdiction aurait une définition trop large. L'ONG requérante reconnaît la nécessité de l'interdiction en période pré-électorale mais elle estime que, le reste du temps, il est disproportionné de l'imposer aux associations défendant des causes sociales qui souhaitent s'exprimer sur des questions d'intérêt public. Elle soutient que si l'interdiction distinguait la « politique partisane » de la défense de causes sociales sur des sujets d'intérêt public elle reposerait sur des principes et serait applicable et proportionnée. Cette distinction aurait du reste été opérée à l'article 321 § 3 de la loi de 2003, et elle aurait cours dans d'autres États. L'interdiction large mise en place au Royaume-Uni restreindrait de manière injustifiable la possibilité pour les petits groupes de participer au débat public sur des sujets d'intérêt général. Elle créerait un monopole en faveur des partis politiques bien établis ayant accès – certes dans certaines limites – aux chaînes de radio et de télévision, où ils pourraient faire diffuser gratuitement des messages politiques et électoraux. L'interdiction causerait donc une distorsion du

débat public. Enfin, la création par une entité d'une branche associative *ad hoc* pour faire diffuser des messages sur des sujets non politiques serait financièrement lourde, de sorte que l'interdiction favoriserait les organismes disposant de financements importants.

82. Deuxièmement, la différence de traitement entre la radio et la télévision et les autres médias ne reposerait sur aucun élément tangible et serait inexplicable et inutile. Le Gouvernement présumerait que ces médias sont plus puissants et plus onéreux que les autres sans apporter à l'appui la moindre preuve, analyse ou étude comparative. Compte tenu de l'impact croissant d'autres formes de médias touchant un large public, il y aurait de bonnes raisons de croire que ces idées sont aujourd'hui erronées. Le Gouvernement s'appuierait à tort sur des conclusions formulées dans le passé par la Cour quant au pouvoir des médias audiovisuels. En tout état de cause, cela n'aurait aucun sens de restreindre l'accès à la radio et à la télévision mais non à d'autres médias à l'impact large et puissant. Pour l'ONG requérante, soit on considère que la radio et la télévision sont particulièrement puissants, et cela constitue une raison d'y diffuser des messages politiques, soit on estime qu'ils ne sont plus aussi puissants qu'auparavant comparés, par exemple, à Internet, et la justification invoquée par l'État à l'appui de l'interdiction s'écroule. Quoi qu'il en soit, le but du Gouvernement consistant à empêcher la confiscation de la radio et de la télévision par les plus riches et les plus puissants ne serait pas atteint car tous (riches et pauvres) seraient exclus de ces médias, tandis que les plus riches pourraient toujours monopoliser d'autres médias puissants.

83. Troisièmement, la proportionnalité d'une mesure générale devrait s'apprécier à l'aune des réalités pratiques et factuelles de chaque cas et être démontrée par elles. S'appuyant sur l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken*, l'ONG requérante considère que l'interdiction l'a empêchée de parler d'un problème important d'intérêt public et de répondre à des émissions sur les primates déjà dans le domaine public alors que ni elle ni la publicité qu'elle souhaitait faire passer n'auraient été considérées comme critiquables.

84. Quatrièmement, ni l'existence d'un risque que l'impartialité de la télédiffusion soit compromise en l'absence de l'interdiction ni l'interdépendance des trois mécanismes censés assurer l'impartialité dans ce domaine ne seraient prouvées.

85. L'ONG requérante estime également que les préoccupations associées à un système moins restrictif ne justifient pas le maintien de l'interdiction. La crainte que le débat public ne soit faussé par des groupes d'intérêts riches et puissants serait exagérée et ne reposerait sur aucune preuve. D'autres États européens seraient parvenus à définir des cadres réglementaires différents, qui réussiraient à atteindre l'objectif visé sans

susciter les effets de déferlement redoutés, et les généralisations inspirées par les États-Unis ne seraient pas applicables au Royaume-Uni.

86. L'ONG requérante considère que les arrêts *VgT Verein gegen Tierfabriken* et *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti* (précités) ainsi que l'arrêt *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)* ([GC], n° 32772/02, CEDH 2009) sont directement applicables à son affaire et plaident en sa faveur : comme dans ces affaires, les messages et les annonceurs concernés en l'espèce seraient inoffensifs, les annonceurs ne seraient pas puissants et, spécialement dans l'affaire *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti*, la Cour aurait précisément rejeté les arguments avancés par le gouvernement norvégien et le gouvernement britannique pour justifier l'adoption d'une mesure générale visant à protéger le débat public contre les groupes financièrement puissants. Or on ne pourrait limiter la portée des arrêts *VgT Verein gegen Tierfabriken* et *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti* aux circonstances particulières de ces affaires. Indépendamment du point de savoir si les requérants avaient pris part à un débat existant ou s'ils l'avaient suscité, ce serait l'intérêt public de ce débat qui aurait été jugé déterminant dans l'affaire *VgT Verein gegen Tierfabriken*, et le même raisonnement devrait être tenu en l'espèce. L'expression de vues religieuses revêtant un caractère particulièrement sensible, l'affaire *Murphy* se distinguerait des autres, comme la Cour l'aurait du reste relevé dans l'arrêt *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti*. De plus, l'argument consistant à dire que l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken* est erroné ne serait pas convaincant : cet arrêt aurait été examiné et confirmé à trois reprises (dans les arrêts *Murphy*, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) (n° 2)* et *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti*) et il n'y aurait dans la thèse du Gouvernement rien de nouveau ni de déterminant. Dans l'intérêt de la sécurité juridique et de la cohérence de la jurisprudence issue de la Convention, les précédents clairs devraient être suivis.

87. Enfin, l'ONG requérante arguë que la Convention européenne sur la télévision transfrontière (qui protège la télédiffusion et la publicité internationales) s'applique à la publicité politique payante. Elle renvoie également à la directive «Télévision sans frontières», soulignant que, si les États peuvent être plus exigeants envers les fournisseurs de services de médias, une approche commune à l'échelle de l'Union européenne est requise en ce qui concerne la question de la liberté d'expression et de la publicité diffusée à la radio et à la télévision.

2. Arguments du Gouvernement

88. Le Gouvernement souligne que le Parlement a estimé l'interdiction nécessaire pour écarter le risque inacceptable que le débat politique ne soit

faussé en faveur des groupes qui disposent de financements importants leur permettant de faire diffuser des publicités dans les médias les plus onéreux et les plus puissants. Selon lui, la diffusion non régulée de publicités politiques payantes transformerait l'influence démocratique en marchandise et affaiblirait l'impartialité dans les médias de télédiffusion et le processus démocratique. L'objectif de la mesure litigieuse serait de renforcer le débat politique et non de le restreindre.

89. Le Gouvernement soutient ensuite que, pour les raisons exposées par les autorités nationales lors de l'adoption et du réexamen de l'interdiction, l'ingérence est proportionnée au but poursuivi. Le cadre réglementaire choisi aurait été conçu pour établir un équilibre entre, d'un côté, la liberté d'expression en matière politique et, de l'autre, l'impartialité des opinions politiques exprimées et la protection du processus démocratique. Ces objectifs importants seraient atteints grâce à trois mécanismes interdépendants : l'interdiction litigieuse, l'obligation d'impartialité imposée seulement aux télédiffuseurs (article 320 de la loi de 2003) et la diffusion de messages gratuits dans le cadre des campagnes politiques et électorales des partis et des campagnes référendaires. Ce serait la proportionnalité de l'interdiction en tant que mesure générale qu'il y aurait lieu d'examiner et non son application dans le cas d'espèce. Cette dernière démarche supposerait d'ailleurs à tort qu'il soit possible, réalisable et légitime pour un organe public d'établir des distinctions entre annonceurs ou messages publicitaires dans le cadre d'un débat de société, ou d'appliquer au cas par cas quelque autre restriction que ce soit à la publicité politique.

90. Le Gouvernement considère que l'interdiction est proportionnée au but visé et avance à cet égard les motifs clés suivants.

91. Premièrement, la mesure se limiterait autant que possible à son but essentiel tout en permettant d'éviter de problématiques appréciations au cas par cas : elle ne concernerait que la publicité payante, les médias à l'impact le plus large et le plus puissant, et l'ONG requérante aurait toujours accès à d'autres médias très utiles.

92. Deuxièmement, la radio et la télévision seraient coûteux, et seuls des groupes disposant de financements importants pourraient y avoir accès en l'absence de l'interdiction. Le Gouvernement plaide qu'il ne serait pas dans l'intérêt de l'ONG requérante qu'une avalanche de messages émanant de groupes financièrement puissants défendant la thèse inverse à la sienne viennent répondre à sa publicité. Il aurait communiqué aux juridictions internes des informations concernant le coût de la publicité à la radio et à la télévision qui feraient apparaître un élément important, à savoir que ce coût serait suffisamment élevé pour exclure de ces médias la plupart des ONG. Il rappelle à cet égard que, selon la déclaration sous serment faite par

l'ONG requérante dans le cadre de la procédure interne, le budget dépensé en publicité par les entreprises commerciales pour une journée est supérieur à celui dépensé par l'ensemble des ONG pour une année.

93. Troisièmement, le Gouvernement considère que si l'on autorisait la diffusion de publicités politiques payantes, on amoindrirait l'impartialité de la télédiffusion. Il faudrait alors adopter une série de règles complexes pour faire en sorte qu'aucun point de vue ni aucun annonceur ne prennent une importance exagérée, pour définir clairement ce qu'est la publicité politique et veiller à ce qu'elle demeure secondaire par rapport aux autres formes d'expression, pour limiter le pourcentage des revenus que les diffuseurs pourraient tirer de la publicité politique et pour éviter l'arbitraire. Selon lui, il serait difficile, d'une part, d'appliquer toutes ces règles sans être accusé de discrimination et sans porter atteinte au principe d'impartialité et, d'autre part, d'en assurer le respect et l'application d'une manière garantissant la sécurité juridique.

94. Quatrièmement, le Gouvernement soutient que, constitutives de l'un des trois aspects du système de régulation, les publicités politiques et électorales pouvant être diffusées par les partis et celles pouvant l'être dans le cadre des campagnes référendaires atténuent l'impact de la mesure générale litigieuse.

95. De plus, le rôle de la Cour se limiterait à vérifier si la solution adoptée par le législateur peut être considérée comme ménageant un juste équilibre entre les intérêts en présence et relevant de la marge d'appréciation applicable. La présente affaire concernerait certes le discours politique, mais l'objectif serait d'en préserver l'intégrité et l'impartialité. La Cour aurait reconnu dans l'arrêt *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti* que l'absence de consensus plaiderait en faveur d'une marge d'appréciation légèrement plus large. En l'occurrence, les autorités britanniques auraient cherché à ménager un équilibre délicat entre des intérêts concurrents. À cette fin, différents organes spécialisés et des représentants démocratiquement élus, particulièrement sensibles aux mesures nécessaires pour préserver l'intégrité du processus démocratique, auraient examiné de manière approfondie d'autres solutions moins restrictives et les auraient rejetées. Le Parlement aurait été parfaitement en droit de considérer que l'objectif justifiait l'interdiction, et il aurait adopté celle-ci à l'unanimité. L'interdiction aurait ensuite été examinée par les juridictions nationales, qui en auraient validé la motivation et la portée. En conséquence, compte tenu de la marge d'appréciation applicable, le Gouvernement considère que la Cour devrait se garder de critiquer après coup la solution choisie avec soin, dans un domaine complexe, par les organes internes compétents. Quant au conflit d'intérêt censé entacher l'appréciation par la classe politique de la nécessité

de l'interdiction, le Gouvernement estime au contraire que l'expérience américaine montre qu'un système non régulé favorise l'establishment politique et ne bénéficie pas aux partis minoritaires.

96. S'appuyant par ailleurs sur la déclaration sous serment du directeur général du Département de la culture, des médias et des sports (paragraphe 12 ci-dessus), qui exposait et faisait sienne la réflexion de ce département sur la nécessité de l'interdiction et sur les autres solutions possibles (...), le Gouvernement signale les aspects suivants.

Ce serait à raison que le Parlement aurait estimé qu'il ne fallait pas limiter l'interdiction aux périodes électorales, les plus riches pouvant à tout moment saturer l'électorat avec des messages présentant des avis partiels et fausser ainsi le processus électoral lui-même. Le Gouvernement considère que si l'on admet, comme l'ONG requérante, qu'une interdiction en période électorale est conforme à l'article 10 en ce qu'elle vise à protéger le processus électoral, le point de savoir dans quelle mesure il est nécessaire d'appliquer l'interdiction à d'autres moments pour atteindre le même objectif est question de fait et de degré. Il souligne que l'interdiction ne peut pas être limitée aux partis politiques: à son avis, les partis pourraient facilement contourner pareille limitation en se cachant derrière des groupes d'intérêt public et fausser ainsi les priorités politiques. De plus, il n'existerait pas de distinction claire et exploitable entre les partis politiques et les groupes défendant des causes sociales. Le Gouvernement insiste sur le fait qu'il ne serait pas non plus réaliste de chercher à écarter les messages à contenu politique, car on aurait du mal à imaginer un groupe défendant des causes sociales dont les annonces ne viseraient pas à promouvoir ses objectifs propres. Il considère que tout message inséré par un tel groupe servirait de fait à promouvoir les objectifs politiques de celui-ci, ne serait-ce qu'en lui permettant d'augmenter sa notoriété ou de collecter des fonds plus facilement. Selon lui, si un organisme souhaite faire diffuser des publicités non politiques, tout ce qu'il a à faire (et ce que beaucoup ont fait) est de créer une branche associative *ad hoc*. Enfin, le Gouvernement estime que le plafonnement des dépenses publicitaires serait facile à contourner par des groupes fortunés qui pourraient financer diverses organisations défendant leurs thèses, voire en créer à cette fin. Il pense aussi qu'il serait difficile de rédiger et d'appliquer objectivement des dispositions limitant les dépenses pouvant être engagées pour la défense de certains points de vue politiques. Il ajoute que limiter le nombre de plages horaires disponibles pour la diffusion de publicités politiques poserait inéluctablement des problèmes d'injustice et de discrimination alors qu'il est à son avis possible de concevoir des règles pour la répartition des messages politiques de partis par référence aux partis politiques inscrits et/ou aux résultats des élections.

97. Le Gouvernement estime que l'étude comparative de la plate-forme européenne des instances de régulation (EPRA) corrobore sa thèse. Seuls quatre États n'appliqueraient aucune restriction. Des «interdictions de grande ampleur» seraient imposées en Espagne, en France, en Irlande, à Malte et au Royaume-Uni. Quant aux trois États (le Danemark, la Norvège et la Suisse) qui autoriseraient les publicités émanant de groupes défendant des causes sociales, ils s'estimeraient tenus d'agir ainsi du fait de l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken*, dont la portée et l'effet seraient précisément en cause dans la présente affaire. Quoi qu'il en soit, il y aurait bien au niveau européen un large consensus pour considérer que la radio et la télévision doivent être assujettis à une réglementation, mais les avis divergeraient sur la manière d'y parvenir. Le Gouvernement fait ainsi valoir que lorsque le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a examiné la question en 1999 et en 2007 (...) il n'a pas recommandé l'adoption d'une approche commune à toute l'Europe, et que la directive Télévision sans frontières ne s'applique qu'à la publicité commerciale et prévoit en tout état de cause que ses dispositions ne peuvent être utilisées pour tourner des règles nationales plus strictes. Il en irait de même de la directive sur les Services de médias audiovisuels. Par ailleurs, le Comité permanent sur la télévision transfrontière aurait conclu lors de sa réunion de juillet 2010 que la publicité politique ne relevait pas de la compétence de l'Union européenne.

98. En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour, le Gouvernement présente des arguments détaillés qui portent notamment sur les arrêts *VgT Verein gegen Tierfabriken*, *Murphy* et *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti* précités.

Selon lui, il faudrait considérer que la portée de l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken* se limite à cette affaire précise, où la requérante se serait efforcée de restaurer l'équilibre dans un débat déjà ouvert. En l'espèce, au contraire, l'ONG requérante aurait tenté de lancer un débat sur le traitement des primates. À titre subsidiaire, le Gouvernement arguë que l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken* ne peut être considéré comme un précédent à suivre car, selon lui, la Cour n'y a pas tenu compte de la nécessité reconnue de traiter différemment les médias audiovisuels en raison de leur puissance et de leur omniprésence, elle n'a pas examiné la justification du caractère général de la mesure litigieuse, et elle n'a donc pas répondu, ou en tout cas pas suffisamment, à certaines questions pertinentes à cet égard. Par ailleurs, l'arrêt *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) (n° 2)* serait dépourvu de pertinence, la Cour n'y ayant pas examiné la question de fond que pose la présente affaire au regard de l'article 10 de la Convention. Quant à l'arrêt *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti*, le Gouvernement estime qu'il concerne une situation différente de celle de la présente espèce, à savoir le cas d'un

parti politique minoritaire en Norvège, où n'existerait pas l'obligation légale d'impartialité et d'attribution de temps d'antenne gratuit pour la diffusion de messages politiques ou électoraux émanant de partis et de messages de campagnes référendaires, obligation qui bénéficierait aux partis minoritaires. La Cour y aurait reconnu que l'absence de consensus au niveau européen accroissait la marge d'appréciation de l'État, mais elle n'aurait, là non plus, pas apprécié la justification du caractère général de la mesure de restriction litigieuse. Elle aurait en revanche procédé à cette analyse dans l'arrêt *Murphy*, et il n'y aurait aucune raison de considérer qu'un examen au cas par cas n'est pas indiqué dans le contexte de la publicité religieuse mais qu'il l'est dans celui de la publicité politique.

3. *Appréciation de la Cour quant à la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique*

99. L'ONG requérante soutient que l'interdiction est disproportionnée car elle prohibe la diffusion en dehors des périodes électorales de publicités « politiques » payantes par les associations défendant des causes sociales. Le Gouvernement considère pour sa part que cette mesure est nécessaire pour éviter qu'un accès inégal aux médias influents ne permette à des organismes financièrement puissants de fausser les débats sur des questions d'intérêt public et, par conséquent, pour protéger un pluralisme effectif et le processus démocratique. L'expression « publicité politique » utilisée dans le présent arrêt recouvre la publicité sur des sujets d'intérêt public au sens large.

a) **Principes généraux**

100. Les principes généraux permettant d'apprécier la nécessité d'une ingérence donnée dans l'exercice de la liberté d'expression ont été résumés dans l'arrêt *Stoll c. Suisse* ([GC], n° 69698/01, § 101, CEDH 2007-V) et rappelés plus récemment dans l'arrêt *Mouvement raëlien suisse c. Suisse* ([GC], n° 16354/06, § 48, CEDH 2012) :

« i. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique ». Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante (...)

ii. L'adjectif « nécessaire », au sens de l'article 10 § 2, implique un « besoin social impérieux ». Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour

juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une « restriction » se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10.

iii. La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'État défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable: il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants » (...) Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (...)»

Outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège leur mode de diffusion (*Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, § 31, série A n° 298).

101. La Cour rappelle aussi les principes qu'elle a récemment exposés dans l'arrêt *Centro Europa 7 S.R.L. et di Stefano c. Italie* ([GC], n° 38433/09, CEDH 2012) quant au pluralisme dans les médias audiovisuels :

« 129. (...) Comme elle l'a déjà souvent souligné, il n'est pas de démocratie sans pluralisme. (...) Il est de [l']essence [de la démocratie] de permettre la proposition et la discussion de projets politiques divers (...) pourvu qu'ils ne visent pas à porter atteinte à la démocratie elle-même (...)

(...)

132. Les médias audiovisuels, tels que la radio et la télévision, ont un rôle particulièrement important à jouer à cet égard. (...)

133. Une situation dans laquelle une fraction économique ou politique de la société peut obtenir une position dominante à l'égard des médias audiovisuels et exercer ainsi une pression sur les diffuseurs[,] pour finalement restreindre leur liberté éditoriale, porte atteinte au rôle fondamental de la liberté d'expression dans une société démocratique telle que garantie par l'article 10 de la Convention, notamment quand elle sert à communiquer des informations et des idées d'intérêt général (...)

134. La Cour souligne que, dans un secteur aussi sensible que celui des médias audiovisuels, au devoir négatif de non-ingérence s'ajoute pour l'État l'obligation positive de mettre en place un cadre législatif et administratif approprié pour garantir un pluralisme effectif (...)

Dans cette optique, il convient de rappeler que, dans sa Recommandation CM/Rec(2007)2 sur le pluralisme des médias et la diversité du contenu des médias (...), le Comité des Ministres a réaffirmé qu'« afin de protéger et de promouvoir activement

le pluralisme des courants de pensée et d'opinion ainsi que la diversité culturelle, les États membres devraient adapter les cadres de régulation existants, en particulier en ce qui concerne la propriété des médias, et adopter les mesures réglementaires et financières qui s'imposent en vue de garantir la transparence et le pluralisme structurel des médias ainsi que la diversité des contenus diffusés par ceux-ci.»

De plus, compte tenu de l'importance des intérêts en jeu dans l'application de l'article 10, l'État est l'ultime garant du pluralisme (*Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, 24 novembre 1993, § 38, série A n° 276, et *Manole et autres c. Moldova*, n° 13936/02, § 99, CEDH 2009).

102. Par ailleurs, la Cour rappelle que l'ampleur de la marge d'appréciation à accorder dépend de plusieurs facteurs. La marge d'appréciation est définie par le type d'expression en cause; à cet égard, l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du débat sur des questions d'intérêt public (*Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, § 58, *Recueil* 1996-V). Parmi ces questions figure la protection des animaux (*Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], n° 21980/93, §§ 61-64, CEDH 1999-III, ainsi que *VgT Verein gegen Tierfabriken*, précité, §§ 70 et 72, et *Mouvement raëlien suisse*, précité, §§ 59-61). La marge d'appréciation se trouve aussi circonscrite par le fort intérêt d'une société démocratique à permettre à la presse de jouer son rôle indispensable de «chien de garde» (*Éditions Plon c. France*, n° 58148/00, § 43, CEDH 2004-IV): la liberté de la presse et des autres médias d'information fournit à l'opinion publique l'un des meilleurs moyens de connaître et juger les idées et attitudes des responsables politiques. Il incombe à la presse de communiquer des informations et des idées sur des questions d'intérêt public, et le public a pour sa part le droit d'en recevoir (*Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49, série A n° 24, et *Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano*, précité, § 131).

103. La Cour examine donc scrupuleusement la proportionnalité des restrictions à la liberté d'expression de la presse dans les programmes télévisés portant sur des sujets d'intérêt général (*Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG c. Suisse*, n° 34124/06, § 56, 21 juin 2012). Dans le présent contexte, il y a lieu de noter que lorsqu'une ONG appelle l'attention de l'opinion sur des sujets d'intérêt public elle exerce un rôle de chien de garde public semblable par son importance à celui de la presse (*Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, n° 57829/00, § 42, 27 mai 2004).

104. Pour ces raisons, la marge d'appréciation devant être reconnue à l'État dans le présent contexte est en principe étroite.

105. À la lumière des facteurs exposés ci-dessus, la Cour recherchera si les motifs avancés à l'appui de l'interdiction étaient «pertinents» et «suffisants» et si, dès lors, l'ingérence litigieuse correspondait à un «besoin social

impérieux» et était proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis. À cet égard, elle rappelle qu'elle n'a point pour tâche de se substituer aux autorités nationales, mais qu'elle doit vérifier à la lumière de l'ensemble de l'affaire les décisions qu'elles ont prises dans le cadre de leur marge d'appréciation (*Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, § 45, CEDH 1999-I).

b) Remarques préliminaires

106. Indépendamment du point de savoir si c'est ainsi que fut présentée l'ingérence dans l'affaire *VgT Verein gegen Tierfabriken* précitée, les parties ici en présence admettent que la publicité politique peut être réglementée par une mesure générale, leur seul point de désaccord concernant la portée de la mesure choisie. La Cour rappelle que l'État peut, dans le respect des dispositions de la Convention, adopter des mesures générales qui s'appliquent à des situations prédéfinies indépendamment des circonstances propres à chaque cas individuel, même si ces mesures risquent de conduire à des difficultés dans certains cas particuliers (*Ždanoka c. Lettonie* [GC], n° 58278/00, §§ 112-115, CEDH 2006-IV). Contrairement à ce que soutient l'ONG requérante, l'application d'une mesure générale doit être distinguée d'une restriction préalable à l'exercice de la liberté d'expression imposée dans un cas donné (*Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, § 60, série A n° 216).

107. La Cour a déjà eu l'occasion d'apprécier la nécessité de mesures générales dans différents contextes, notamment ceux de la politique économique et sociale (*James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, série A n° 98, *Mellacher et autres c. Autriche*, 19 décembre 1989, série A n° 169, et *Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, § 123, CEDH 2003-VIII), de la protection sociale et des pensions (*Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 65731/01, CEDH 2006-VI, *Runkee et White c. Royaume-Uni*, n°s 42949/98 et 53134/99, 10 mai 2007, et *Carson et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 42184/05, CEDH 2010), du droit électoral (*Ždanoka*, précité), du vote des détenus (*Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)* [GC], n° 74025/01, CEDH 2005-IX, et *Scoppola c. Italie (n° 3)* [GC], n° 126/05, 22 mai 2012), de l'insémination artificielle pour les détenus (*Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, §§ 79-85, CEDH 2007-V), de la destruction d'embryons congelés (*Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I), du suicide assisté (*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III) ou encore dans le contexte de l'interdiction de la publicité religieuse (*Murphy*, précité).

108. Il ressort de cette jurisprudence que, pour déterminer la proportionnalité d'une mesure générale, la Cour doit commencer par étudier les choix législatifs à l'origine de la mesure (*James et autres*, précité,

§ 36). La qualité de l'examen parlementaire et judiciaire de la nécessité de la mesure réalisée au niveau national revêt une importance particulière à cet égard, y compris pour ce qui est de l'application de la marge d'appréciation pertinente (voir, par exemple, *Hatton et autres*, § 128, *Murphy*, § 73, *Hirst*, §§ 78-80, *Evans*, § 86, et *Dickson*, § 83, tous précités). Il y a lieu également de tenir compte du risque d'abus que peut emporter l'assouplissement d'une mesure générale, ce risque étant un facteur qu'il appartient avant tout à l'État d'apprécier (*Pretty*, précité, § 74). La Cour a déjà jugé qu'une mesure générale était un moyen plus pratique pour parvenir à l'objectif légitime visé qu'une disposition permettant un examen au cas par cas, pareil système étant de nature à engendrer un risque non négligeable d'incertitude (*Evans*, précité, § 89), de litiges, de frais et de retards (*James et autres*, § 68, et *Runkee*, § 39, précités) ou de discrimination et d'arbitraire (*Murphy*, §§ 76-77, et *Evans*, § 89, précités). Cela étant, il ressort aussi de la jurisprudence de la Cour que la manière dont une mesure générale a été appliquée aux faits d'une cause donnée permet de se rendre compte de ses répercussions pratiques et est donc pertinente pour l'appréciation de sa proportionnalité, de sorte qu'elle demeure un facteur important à prendre en compte (*James et autres*, précité, § 36).

109. Il s'ensuit que plus les justifications d'ordre général invoquées à l'appui de la mesure générale sont convaincantes, moins la Cour attache de l'importance à l'impact de cette mesure dans le cas particulier soumis à son examen. Cette méthode qu'adopte la Cour pour examiner les mesures générales s'inspire de l'analyse à laquelle elle a procédé tant dans l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken* que dans l'arrêt *Murphy* (précités), l'analyse développée dans l'arrêt *Murphy* ayant été appliquée également dans l'affaire *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti*. L'arrêt *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) (n° 2)* de 2009 (précité) n'est quant à lui pas pertinent, puisqu'il concernait l'obligation positive pour l'État d'exécuter un arrêt de la Cour.

110. Enfin, contrairement à ce que soutient l'ONG requérante, la question centrale s'agissant de telles mesures n'est pas de savoir s'il aurait fallu adopter des règles moins restrictives, ni même de savoir si l'État peut prouver que sans l'interdiction l'objectif légitime visé ne pourrait être atteint. Il s'agit plutôt de déterminer si, lorsqu'il a adopté la mesure générale litigieuse et arbitrée entre les intérêts en présence, le législateur a agi dans le cadre de sa marge d'appréciation (*James et autres*, § 51, *Mellacher et autres*, § 53, *Evans*, § 91, précités).

111. De plus, la Cour note que la justification avancée par le Gouvernement porte entre autres sur la nécessité de protéger le processus électoral en tant qu'élément de l'ordre démocratique, et qu'il a invoqué à cet

égard l'arrêt *Bowman c. Royaume-Uni* (19 février 1998, § 41, *Recueil* 1998-I), dans lequel elle a admis la nécessité d'encadrer le débat public par des dispositions de loi compte tenu du risque pesant sur le droit à des élections libres. L'ONG requérante conteste pour sa part la pertinence de cet arrêt, arguant qu'il concernait une restriction appliquée en période électorale. Si le risque menaçant le pluralisme des débats publics, les élections et le processus démocratique est à l'évidence plus élevé en période électorale, l'arrêt *Bowman* n'indique pas qu'il soit limité à ces périodes car le processus démocratique est continu et doit être constamment alimenté par un débat public libre et pluraliste. La Cour n'a d'ailleurs pas indiqué dans l'arrêt *Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano* (précité, § 134) que l'obligation positive pour l'État d'intervenir pour garantir un pluralisme effectif dans le secteur audiovisuel se limiterait à des périodes particulières.

En conséquence, il convient de rappeler qu'il existe au sein de l'Europe une multitude de différences historiques, culturelles et politiques qu'il incombe à chaque État d'incorporer dans sa propre vision de la démocratie (*Hirst (n° 2)*, précité, § 61, et *Scoppola (n° 3)*, précité, § 83). Étant en prise directe et permanente avec les forces vives de leur pays, avec leur société et avec les besoins de celle-ci, les autorités nationales, tant législatives que judiciaires, sont en principe les mieux placées pour apprécier les difficultés particulières qu'implique la sauvegarde de l'ordre démocratique dans leur État (*Ždanoka*, précité, § 134). Il faut en conséquence reconnaître à l'État une certaine latitude pour procéder à pareille appréciation, complexe et tributaire des données propres à chaque pays, qui a joué un rôle crucial dans les choix législatifs examinés en l'espèce.

112. Enfin, la Cour observe que les deux parties visent le même objectif, à savoir garantir un débat libre et pluraliste sur les questions d'intérêt public et, de manière plus générale, contribuer au processus démocratique. Elle doit donc mettre en balance, d'une part, le droit de l'ONG requérante à communiquer des informations et des idées d'intérêt général que le public a le droit de recevoir et, d'autre part, le souci des autorités d'empêcher que le débat et le processus démocratiques ne soient faussés par des groupes financièrement puissants bénéficiant d'un accès privilégié aux médias influents. Elle reconnaît que de tels groupes peuvent s'assurer un avantage concurrentiel dans le domaine de la publicité payante et ainsi porter atteinte à la liberté et au pluralisme du débat, dont l'État demeure l'ultime garant. Un encadrement du débat d'intérêt public dans les médias de télédiffusion peut donc être nécessaire au sens de l'article 10 § 2 de la Convention. Si elle a expressément admis ce principe tant dans l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken* que dans l'arrêt *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti* (voir aussi, par exemple, l'arrêt *Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano* précité), la Cour

a conclu dans un cas comme dans l'autre au caractère disproportionné de l'application faite de l'interdiction par les juridictions internes. La question à trancher dans la présente affaire est donc celle de savoir si l'interdiction litigieuse est allée trop loin, compte tenu de l'objectif, décrit plus haut, qu'elle visait, et de la marge d'appréciation devant être reconnue à l'État.

c) Proportionnalité

113. Pour apprécier la proportionnalité de cette mesure générale, la Cour a d'abord passé en revue les contrôles effectués par le Parlement et par les tribunaux nationaux quant à sa nécessité, ces contrôles revêtant, pour les raisons exposées aux paragraphes 106 à 111 ci-dessus, une importance cruciale en l'espèce.

114. Alors que l'interdiction fait partie intégrante du paysage de la télédiffusion au Royaume-Uni depuis les années 1950, la Commission Neill en a expressément réexaminé et confirmé la nécessité dans son rapport de 1998. Un Livre blanc maintenant cette interdiction fut donc publié. C'est à ce moment, en 2001, que l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken* précité a été rendu. À tous les stades ultérieurs de l'examen prélegislatif, l'impact de cet arrêt sur la compatibilité de l'interdiction avec la Convention a été examiné de manière approfondie. En 2002, à l'issue de la consultation sur le Livre blanc, un projet de loi a été publié avec une note explicative détaillée étudiant les implications de l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken*. Tous les organes spécialisés consultés ultérieurement sur ce projet de loi (la commission mixte des droits de l'homme, la commission mixte sur le projet de loi, la commission indépendante sur la télévision et la commission électorale) se sont, pour les raisons exposées ci-dessus (...), déclarés favorables au maintien de l'interdiction et ont estimé que, même analysée à la lumière de l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken*, celle-ci représentait une mesure générale proportionnée. Le Gouvernement, par l'intermédiaire du Département de la culture, des médias et des sports, a joué un rôle important dans ce débat, expliquant fréquemment et en détail les raisons qui justifiaient de maintenir l'interdiction et de la considérer comme proportionnée, allant même jusqu'à rendre public l'avis juridique qu'il avait sollicité sur la question (...) La loi de 2003, qui reprenait l'interdiction, a ensuite été adoptée sans aucune voix contre. Le maintien de l'interdiction est donc l'aboutissement d'un examen exceptionnel, effectué par les organes parlementaires, de tous les aspects culturels, politiques et juridiques de cette mesure, qui s'inscrivait dans le cadre plus large de la réglementation de la liberté d'expression sur des sujets d'intérêt public à la radio et à la télévision au Royaume-Uni. Au cours de cet examen, tous les organes consultés ont estimé que l'interdiction litigieuse constituait une restriction nécessaire des droits garantis par l'article 10.

115. C'est par cette compétence particulière du Parlement et par l'ampleur de la consultation prélegislative menée sur la compatibilité de l'interdiction avec la Convention que s'explique le degré de déférence dont les juridictions internes ont fait preuve à l'égard du choix du législateur d'adopter l'interdiction (voir en particulier les paragraphes 15 et 24 ci-dessus). La proportionnalité de cette mesure a néanmoins été débattue de manière assez approfondie devant la *High Court* et devant la Chambre des lords. Ces deux juridictions ont examiné la pertinence de l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken* précité, analysé la jurisprudence issue de la Convention et ses principes pertinents, et ont appliqué ceux-ci avec soin à l'interdiction. Les juges de ces deux juridictions ont tous approuvé l'objectif de la mesure ainsi que les motifs qui sous-tendaient les choix législatifs relatifs à son ampleur, et ils ont tous conclu qu'il s'agissait d'une ingérence nécessaire et proportionnée dans l'exercice par l'ONG requérante des droits garantis par l'article 10 de la Convention.

116. La Cour attache pour sa part un poids considérable aux contrôles exigeants et pertinents auxquels les organes parlementaires et judiciaires ont soumis le régime réglementaire complexe encadrant la diffusion à la radio et/ou à la télévision de messages politiques au Royaume-Uni ainsi qu'à l'avis desdits organes selon lequel la mesure générale en cause était nécessaire pour empêcher la distorsion de débats d'importance cruciale sur des sujets d'intérêt public et, ainsi, l'affaiblissement du processus démocratique.

117. De plus, la Cour juge important que l'interdiction ait été conçue de manière à ne viser que le risque de distorsion contre lequel l'État entendait se prémunir et à porter le moins possible atteinte à la liberté d'expression. La mesure ne s'applique donc qu'à la publicité, en raison de sa nature intrinsèquement partielle (*Murphy*, précité, § 42), à la publicité payante, compte tenu du risque d'inégalité d'accès aux médias liés aux disparités de fortune, et à la publicité politique (comme expliqué au paragraphe 99 ci-dessus), celle-ci ayant été jugée être au cœur du processus démocratique. En outre, elle est limitée à certains médias (la radio et la télévision), considérés comme les plus influents et les plus onéreux et comme constituant la pierre angulaire du cadre réglementaire en cause dans la présente affaire. Les limites dont une restriction est assortie sont des éléments importants pour l'appréciation de sa proportionnalité (*Mouvement raëlien suisse*, précité, § 75). En conséquence, il reste à la disposition de l'ONG requérante un éventail d'autres médias, qui se trouvent exposés au paragraphe 124 ci-dessous.

118. L'ONG requérante conteste toutefois les raisons avancées à l'appui des choix législatifs opérés quant à la portée de l'interdiction.

119. Invoquant le paragraphe 77 de l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken*, elle arguë premièrement que, compte tenu de la puissance comparée des nouveaux médias tels qu'Internet, il est illogique de limiter cette interdiction à la radio et à la télévision. La Cour estime pour sa part cohérente la distinction fondée sur l'influence particulière de la radio et de la télévision. En particulier, elle reconnaît l'immédiateté et la puissance de ces médias, dont l'impact est renforcé par le fait qu'ils restent des sources familières de divertissement nichées au cœur de l'intimité du foyer (*Jersild*, § 31, *Murphy*, § 74, *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti*, § 60, et *Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano*, § 132, tous précités). De plus, les choix inhérents à l'utilisation d'Internet et des médias sociaux impliquent que les informations qui en sont issues n'ont pas la même simultanéité ni le même impact que celles qui sont diffusées à la télévision ou à la radio. Dès lors, malgré leur développement important au cours des dernières années, rien ne montre qu'Internet et les réseaux sociaux aient bénéficié dans l'État défendeur d'un transfert de l'influence des médias de télédiffusion suffisamment important pour qu'il devienne moins nécessaire d'appliquer à ces derniers des mesures spéciales.

120. Deuxièmement, l'ONG requérante soutient que la publicité a cessé d'être plus coûteuse à la radio et à la télévision que dans d'autres médias, ce que le Gouvernement conteste. La Cour considère à cet égard qu'il suffit de constater, comme l'a fait le juge Ousley dans le cadre de la procédure devant la *High Court* (paragraphe 17 ci-dessus), que les publicités diffusées sur ces médias présentent un avantage dont les annonceurs et les diffuseurs sont conscients et pour lequel les premiers sont prêts à payer aux seconds des sommes d'argent considérables, qui sont nettement hors de portée de la plupart des ONG qui souhaiteraient participer au débat public. 121. Troisièmement, l'ONG requérante soutient que l'attribution aux partis politiques d'un temps d'antenne gratuit pour la diffusion de messages politiques et électoraux et de messages liés aux campagnes référendaires n'est pas un élément pertinent pour apprécier la proportionnalité de l'interdiction. La Cour estime au contraire que, dans son examen de l'équilibre global résultant de la mesure générale (paragraphe 106 à 110 ci-dessus), elle doit tenir compte de cet assouplissement contrôlé de l'interdiction pour les organes qui sont au cœur du processus démocratique, même s'il ne touche pas directement l'ONG requérante.

122. Quatrièmement, l'ONG requérante arguë que le Gouvernement aurait pu restreindre la portée de l'interdiction de façon à permettre aux associations défendant des causes sociales de faire diffuser des publicités en dehors des périodes électorales. Les autorités parlementaires et judiciaires ont admis la validité des arguments présentés comme militant contre une interdiction moins restrictive, et le Gouvernement a insisté à nouveau devant

la Cour sur les préoccupations que lui inspiraient essentiellement deux types de risque : le risque d'abus et le risque d'arbitraire. Le premier risque relève principalement de l'appréciation des autorités internes (paragraphe 108 ci-dessus) ; quant au second, la Cour juge raisonnable la crainte que l'option préconisée par l'ONG requérante incite des organismes richement dotés à créer des groupes de défense de causes sociales spécialement pour faire passer leurs idées. De même, ces riches organismes pourraient contourner un éventuel plafonnement des dépenses publicitaires en créant un grand nombre de groupes d'intérêts similaires pour accumuler du temps d'antenne. La Cour juge aussi rationnelle la crainte qu'une interdiction nécessitant de distinguer au cas par cas les différents annonceurs et les différents messages ne constitue pas un moyen efficace de parvenir à l'objectif légitime visé. Elle considère en particulier que, compte tenu de la complexité du cadre réglementaire, cette forme de contrôle pourrait être source d'incertitude, de litiges, de dépenses et de retards et déboucher sur des allégations de discrimination et d'arbitraire, toutes raisons qui peuvent justifier l'adoption d'une mesure générale (paragraphe 108 ci-dessus). Il était donc raisonnable de la part du Gouvernement de craindre que l'autre option préconisée ne puisse être appliquée en pratique et qu'elle compromette le principe d'impartialité des chaînes de radio et de télévision, qui constitue la pierre angulaire du cadre réglementaire ici en cause (paragraphe 62-64 ci-dessus).

123. De plus, la Cour souligne qu'il n'y a pas de consensus au sein des États contractants quant à la manière de réglementer la publicité politique payante à la radio et à la télévision (...), ce que les parties s'accordent à reconnaître. Elle rappelle à cet égard que l'absence de consensus au sein des États contractants pourrait constituer un argument en faveur d'une marge d'appréciation quelque peu élargie par rapport à celle normalement laissée à l'État en matière de restrictions à la liberté d'expression sur des sujets d'intérêt public (*Hirst (n° 2)*, § 81, *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti*, § 67, précités, et *Société de conception de presse et d'édition et Ponson c. France*, n° 26935/05, §§ 57 et 63, 5 mars 2009). Il est vrai que l'EPRA a souligné que les données comparatives dans ce contexte étaient à manier avec prudence (...) Cependant, même s'il peut y avoir aujourd'hui une tendance à l'abandon des interdictions larges, il n'en demeure pas moins clair que les États contractants recourent, pour réglementer ce type de publicités, à une grande variété de moyens, reflet de la multitude des différences que l'on peut constater dans l'évolution historique, la diversité culturelle et la pensée politique de ces États et, par conséquent, dans leurs visions respectives de la démocratie (*Scoppola (n° 3)*, précité, § 83). L'absence de consensus dans ce domaine est telle que, lorsqu'il a examiné la question de la publicité politique payante dans les médias de télédiffusion en 1999

et en 2007, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe s'est abstenu de recommander une position commune à ce sujet (...) Cette absence de consensus élargit aussi la marge d'appréciation à accorder à l'État en matière de restrictions à la liberté d'expression sur des sujets d'intérêt public. 124. Enfin, la Cour considère que les conséquences qu'a eues pour l'ONG requérante l'application de l'interdiction litigieuse ne l'emportent pas sur les justifications convaincantes, exposées ci-dessus, avancées à l'appui de la mesure générale litigieuse (paragraphe 109 ci-dessus).

À cet égard, elle rappelle que d'autres moyens de communication restent ouverts à l'ONG requérante et qu'il s'agit là d'un facteur clé pour l'appréciation de la proportionnalité d'une restriction à l'accès à des médias potentiellement utiles (*Appleby et autres* [c. Royaume-Uni, n° 44306/98,] § 48, [CEDH 2003], et *Mouvement raëlien suisse*, précité, §§ 73-75). En particulier, l'ONG requérante a toujours accès aux programmes de la radio et de la télévision (c'est-à-dire aux émissions autres que les publicités payantes) pour s'y exprimer politiquement. Elle a aussi la possibilité de faire diffuser sur ces médias des publicités sur des sujets non politiques en créant à cette fin une branche associative, démarche dont il n'a pas été démontré que le coût soit prohibitif. De plus, et c'est là un point important, elle bénéficie pour la diffusion de ses publicités d'un accès sans entrave aux vecteurs de communication autres que la radio et la télévision, notamment à la presse écrite et à Internet (y compris aux réseaux sociaux), et elle peut aussi organiser des manifestations et distribuer des affiches et des tracts. Même s'il n'a pas été démontré qu'Internet, avec les réseaux sociaux, soit plus influent que la radio et la télévision dans l'État défendeur (paragraphe 119 ci-dessus), il n'en reste pas moins que ces nouveaux médias constituent de puissants outils de communication, qui peuvent, de manière significative, faciliter à l'ONG requérante la réalisation de ses objectifs.

125. Dès lors, la Cour considère que les motifs avancés par les autorités nationales pour justifier l'interdiction faite à l'ONG requérante de diffuser sa publicité sont pertinents et suffisants. La mesure litigieuse ne peut donc s'analyser en une atteinte disproportionnée au droit de l'intéressée à la liberté d'expression. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 10 de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable;
2. *Dit*, par neuf voix contre huit, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 10 de la Convention;

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 22 avril 2013.

Michael O'Boyle
Greffier adjoint

Dean Spielmann
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion concordante du juge Bratza ;
- opinion dissidente commune aux juges Ziemele, Sajó, Kalaydjieva, Vučinić et De Gaetano ;
- opinion dissidente de la juge Tulkens, à laquelle se rallient les juges Spielmann et Laffranque.

D.S.
M.O'B.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE BRATZA

(Traduction)

1. J'ai voté avec la majorité pour la non-violation de l'article 10 en l'espèce et je peux souscrire de manière générale au raisonnement exposé dans l'arrêt. Je souhaite cependant ajouter quelques observations en raison de l'importance des questions en jeu dans cette affaire qui a suscité un fort clivage au sein de la Cour.

2. À mon avis, cette affaire présente plusieurs caractéristiques sur lesquelles il convient d'insister d'emblée.

3. Premièrement, comme l'a signalé Lord Bingham devant la Chambre des lords, le principe selon lequel il ne faut pas autoriser la diffusion à la radio et à la télévision de publicités visant un but religieux ou politique quel qu'il soit a une longue histoire au Royaume-Uni. Il s'agit d'un principe qui a toujours été préservé et qui a pris effet avec son incorporation dans l'article 321 de la loi de 2003 sur les communications (« la loi de 2003 »). Le terme « politique » a toujours renvoyé à une notion plus large que celle de « parti politique ». En vertu de cette disposition, une publicité peut se heurter à l'interdiction soit en raison de la nature de l'annonceur soit en raison de la nature de l'annonce. En l'espèce, c'est parce que les objectifs de l'association requérante étaient « totalement ou principalement de nature politique » que sa publicité a été interdite. La requérante ne conteste pas que la publicité en question devait être traitée comme une publicité politique au regard de l'article 321 de la loi; elle ne conteste pas non plus – la présidente de l'association requérante l'a d'ailleurs expressément admis dans sa déposition – que son objectif était de persuader le Parlement de légiférer afin d'interdire l'utilisation des animaux à des fins commerciales, scientifiques ou récréatives. Il s'agissait, pour reprendre les mots de la baronne Hale, d'une publicité provenant « d'un groupe d'intérêt particulier militant pour obtenir des amendements à la loi ».

4. Deuxièmement, comme dans les arrêts *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* (n° 24699/94, CEDH 2001-VI) et *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti c. Norvège* (n° 21132/05, CEDH 2008), l'ingérence dans la liberté d'expression de la requérante provenait non d'une décision ou de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal ou de l'exécutif, mais d'une interdiction légale applicable à toutes les formes de publicité politique. Lorsque l'ingérence résulte d'une décision individuelle, la Cour a pour habitude d'examiner la nécessité et la proportionnalité de la restriction en fonction des circonstances de l'affaire. Cependant, lorsque, comme en l'espèce, l'ingérence provient directement d'une disposition de loi qui

interdit ou limite l'exercice d'un droit protégé par la Convention, la Cour suit d'ordinaire une approche différente. Dans ce cas de figure, au lieu de se concentrer sur la situation particulière du requérant en cause – même s'il faut qu'il soit touché par la législation pour pouvoir se prévaloir de la qualité de victime – elle se penche principalement sur la question de savoir si le législateur lui-même a agi dans le cadre de sa marge d'appréciation et a respecté les critères de nécessité et de proportionnalité lorsqu'il a imposé l'interdiction ou la restriction en cause. Ainsi que la *High Court* et la Chambre des lords l'ont signalé, on trouve dans la jurisprudence de la Cour de nombreux exemples où la question de la nécessité, de la proportionnalité et du juste équilibre a été examinée non à la lumière de la situation particulière d'un requérant donné mais en fonction de la législation qui était à l'origine de l'ingérence. De même, et c'est tout aussi important, il existe de nombreuses affaires où la Cour a admis la nécessité d'adopter une règle d'application stricte (*bright line*) ou une règle générale, et a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de la Convention alors même que le respect de ladite règle pouvait entraîner des difficultés apparentes pour le requérant dans l'affaire en cause. La réponse à la question de la compatibilité ne peut alors être donnée en fonction de la situation particulière du requérant visé par la disposition de loi en cause. Ainsi que l'a dit Lord Bingham, « le fait de placer la barre à un certain endroit implique inévitablement que des cas difficiles se retrouvent du mauvais côté de la barre, mais on ne doit pas en déduire que la règle n'a aucune valeur si, prise globalement, elle est bénéfique », adjectif que, dans le contexte où il est employé, j'interprète comme voulant dire conforme à la Convention. Plusieurs exemples de ce genre sont cités au paragraphe 107 de l'arrêt. Comme il ressort de la brève description qui figure dans ce paragraphe, les affaires citées portaient sur une large gamme de mesures législatives, dont aucune ne concernait une interdiction du type de celle en cause. Toutefois, cela ne diminue en rien l'importance du principe établi dans ces affaires, et qui est à mon avis directement applicable en l'espèce.

5. Troisièmement, la Cour a constamment insisté sur le rôle fondamental que joue la liberté d'expression dans une société démocratique, où elle sert à communiquer des informations et idées d'intérêt général, que le public est en outre en droit de recevoir. Elle a aussi souligné le haut niveau de protection accordé au discours politique et a en général dit qu'il devait y avoir un besoin social particulièrement impérieux pour imposer des restrictions à ce type de discours. Or il est fondamental de rappeler que la législation sur laquelle la Cour se penche en l'espèce n'a jamais imposé d'interdiction ou de restriction au discours politique en général. Il s'agit au contraire d'une législation visant spécifiquement un mode particulier d'expression politique (la publicité)

et certains médias précis (la radio et la télévision). Dès lors, elle n'a pas et ne vise pas à avoir un impact sur d'autres moyens de communication d'opinions politiques, que ce soit les journaux, les magazines, la publicité directe, les affiches, les réunions publiques ou les défilés, ou encore d'autres formes de communication reposant sur des technologies plus modernes telles qu'Internet ou les messageries électroniques. Elle n'interdit pas non plus le recours aux chaînes de télévision ou de radio pour la diffusion de messages publics autrement que par la publicité, par exemple grâce à la participation à des émissions portant sur des questions d'actualité ou à des émissions de radio où les auditeurs interviennent en direct par téléphone.

L'association requérante minimise l'importance de ces autres méthodes de diffusion de son message, alors qu'elle en a utilisé certaines. À l'instar de la Chambre des lords, je considère qu'il s'agit d'un élément d'une importance considérable. Comme l'a indiqué Lord Bingham, la présente affaire se distingue nettement de l'affaire *Bowman c. Royaume-Uni* (19 février 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I), où la disposition législative fonctionnait en pratique comme un obstacle empêchant totalement la requérante de communiquer ses idées. Il est vrai, bien sûr, que la publicité à la télévision est le moyen le plus puissant de véhiculer un message de nature politique ou autre ; c'est d'ailleurs pour cette raison que la requérante a choisi ce moyen de communication. Mais c'est également à cause du pouvoir de la télévision que le Parlement estime depuis soixante ans qu'il est nécessaire de considérer ce média comme une catégorie à part, et ce parce qu'il a potentiellement la capacité de fausser le paysage politique et de donner un avantage indu à des personnes ou groupes défendant des thèses politiques particulières.

6. Quatrièmement, le fait que les restrictions imposées se limitent aux publicités diffusées à la télévision et à la radio est traité dans la jurisprudence de la Cour comme une question d'une certaine importance et comme directement pertinente pour la question de la proportionnalité de la mesure. C'est ce qui ressort clairement de l'arrêt *Murphy c. Irlande* (n° 44179/98, CEDH 2003-IX), où la Cour a souligné qu'il était légitime que l'État se méfie non seulement du pouvoir des médias audiovisuels mais aussi des risques afférents à une absence de contrôle de la publicité sur ces médias, et ce en raison de leur puissance et du risque pesant sur le principe d'impartialité de ces médias.

La requérante plaide que le Gouvernement n'a pas prouvé que la télévision et la radio sont des médias particulièrement puissants et soutient que, vu l'augmentation du nombre d'autres médias à fort pouvoir de persuasion, il y a de bonnes raisons de croire que cette thèse serait maintenant erronée. Elle se plaint aussi que le Gouvernement s'appuie à tort sur les conclusions de la Cour quant au pouvoir des médias audiovisuels car ces conclusions

ne reposeraient sur aucune preuve et confondraient la diffusion en direct à la télévision et à la radio avec les médias audiovisuels en général, qui engloberaient les films, les enregistrements sonores et les sites Internet multimédias. Je ne suis pas de cet avis. Que les termes « médias audiovisuels » aient ou non un sens plus large que la simple diffusion à la télévision, il ressort clairement d'affaires telles que l'affaire *Jersild c. Danemark* (23 septembre 1994, § 31, série A n° 298) et l'affaire *Murphy* (précitée) que la diffusion à la télévision a toujours été considérée par la Cour, ainsi que par le Parlement en l'espèce, comme ayant une influence particulièrement puissante de nature à rendre nécessaires des dispositions de contrôle spéciales. Que son importance ait été supplantée par d'autres formes de médias tel Internet ou le soit à l'avenir, comme la requérante l'affirme, il n'en demeure pas moins que, bien que la publicité en cause paraisse sur Internet, c'est sa diffusion par le biais de la télévision que la requérante elle-même considère comme ayant encore l'impact le plus puissant.

7. Les parties ont dans une large mesure concentré leurs arguments sur la question de savoir s'il fallait suivre l'affaire *VgT Verein gegen Tierfabriken* ou s'en écarter, sachant que les faits étaient très proches de ceux de l'espèce et que la Cour y a conclu à la violation. Bien que cet arrêt ait été rendu il y a plus de dix ans, j'avoue nourrir quelques doutes au sujet de la décision adoptée par la chambre dans cette affaire.

Il faut avant tout noter que, même si, comme en l'occurrence, l'ingérence dans l'exercice par la requérante de son droit à la liberté d'expression provenait directement d'une loi interdisant la diffusion à la radio et à la télévision de publicités à caractère religieux ou politique, l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken* ne portait pas principalement, d'après moi, sur la justification au regard de la Convention de la législation elle-même mais sur la proportionnalité de son application dans le cas particulier de la requérante. La chambre a certes conclu que la législation visait un but légitime, à savoir assurer l'indépendance et l'égalité des chances, et soutenir la presse écrite. Mais c'est là qu'a effectivement pris fin l'examen de la législation. Il n'y a eu aucune étude de la question de savoir si les motifs à l'origine de la législation étaient de nature à justifier une interdiction générale de la « publicité politique », dont l'affaire de la requérante n'était qu'un exemple. Au lieu de cela, la Cour a conclu que, quels que soient les motifs avancés à l'appui d'une interdiction générale, il fallait montrer que l'ingérence se justifiait dans la situation particulière de l'association requérante en cause. La chambre a conclu que l'ingérence ne pouvait se justifier parce que nul n'avait avancé que l'association était un groupe financier puissant mettant en danger l'indépendance du diffuseur et parce que l'objectif de cette association n'était que de participer au débat général

en cours sur la protection et l'élevage des animaux, sujet qui recueillait l'adhésion de beaucoup de gens en Europe.

Si cette approche reflète très certainement la manière dont les parties ont plaidé l'affaire devant la Cour, je pense qu'elle ne tient pas suffisamment compte du but de l'interdiction générale prévue dans la législation, qui est d'éviter de soumettre à un jugement au cas par cas des questions comme la richesse ou l'influence de l'individu, du parti politique ou de l'association, ou la valeur ou la moralité de la cause politique en question, avec les risques de discrimination que cela entraîne. Comme les juridictions nationales l'ont indiqué, si la protection des animaux contre l'exploitation commerciale est un sujet relativement peu controversé, il y a d'autres domaines où c'est très loin d'être le cas et où le risque de distorsion est particulièrement élevé : l'avortement, l'immigration, le mariage homosexuel et le changement climatique sont des exemples qui viennent immédiatement à l'esprit. On ne saurait ignorer la situation du requérant dans l'affaire en cause, mais c'est la justification de la loi en général qui doit selon moi être au cœur de l'examen effectué par la Cour. À cet égard, je considère qu'il faut préférer l'approche adoptée par la chambre dans l'affaire *Murphy* (précitée). Contrairement à l'affaire *VgT Verein gegen Tierfabriken* et à l'espèce, elle portait sur la publicité dans le domaine religieux et non dans le domaine politique. Toutefois, le principe est le même, et la Cour doit avant tout centrer son examen sur le caractère pertinent et suffisant des motifs invoqués pour justifier l'interdiction générale frappant au Royaume-Uni la diffusion de publicités politiques à la radio et à la télévision.

8. Pour la même raison, j'hésite à admettre que la marge d'appréciation doit fluctuer selon la nature de l'association concernée ou du message politique transmis. J'ai du mal à accepter l'idée, exposée au paragraphe 71 de l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken*, qu'il faille réduire la marge d'appréciation dès lors que l'enjeu porte non pas sur les intérêts strictement « commerciaux » de tel individu mais sur sa participation à un débat touchant à l'intérêt général. Lorsque, comme en l'occurrence, la question en jeu est et doit être celle de la justification d'une mesure législative générale conçue pour protéger le système démocratique d'un risque de distorsion, la marge d'appréciation doit selon moi être plus large, en particulier quand il n'existe pas de consensus au sein des États membres sur la façon de contrôler la publicité politique, aspect qui n'a pas été directement traité dans l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken*.

9. J'ai aussi quelque difficulté à comprendre ce qui est dit au paragraphe 74 de l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken*, à savoir qu'une interdiction de la propagande politique qui ne s'applique qu'à la radio et à la télévision et non à d'autres médias ne semble pas procéder d'un besoin particulièrement

impérieux. Cela me semble contredire l'approche traditionnelle de la Cour, reflétée dans l'arrêt *Murphy*, à savoir non seulement que les médias audiovisuels ont un effet plus immédiat et puissant que la presse écrite et peuvent exiger des mesures de contrôle différentes mais aussi que le fait même que l'interdiction de la publicité politique soit limitée à la télévision et à la radio témoigne de son caractère proportionné. Mais ce que je ne peux admettre, c'est que le fait que l'État limite l'interdiction aux médias audiovisuels signifie qu'il reconnaît que la question ne relève pas d'un besoin social impérieux.

10. Quoi qu'il en soit, il ne me semble pas nécessaire de déterminer si la décision adoptée dans l'affaire *VgT Verein gegen Tierfabriken* était judicieuse, la question étant bien plutôt de savoir si les restrictions à la publicité politique contenues dans la loi de 2003 étaient dans le cas d'espèce compatibles avec les exigences de l'article 10 de la Convention.

11. Nul n'a contesté que la législation poursuivait un but légitime. Elle visait essentiellement à protéger l'impartialité des émissions de télévision et de radio sur des sujets d'intérêt public et le processus démocratique lui-même en faisant en sorte que des groupes financièrement puissants ne puissent pas dicter directement ou indirectement l'agenda politique, et ainsi à rendre effectif le principe d'égalité des chances.

12. Pour ce qui est de la question de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure, la Cour a souvent rappelé que, grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités nationales – et en particulier les parlements nationaux – se trouvent en principe mieux placés que le juge international pour évaluer les conditions et besoins locaux et pour se prononcer sur la nature et la portée des mesures nécessaires pour répondre à ces besoins. À l'instar des juridictions nationales, j'accorde un poids important à l'avis mûrement pesé exprimé par le Parlement dans la présente affaire. Comme Lord Bingham l'a indiqué, il est raisonnable de penser que des hommes et des femmes politiques démocratiquement élus se montrent particulièrement sensibles aux mesures nécessaires pour protéger l'intégrité de la démocratie. C'est le législateur qui est le mieux placé pour juger de l'impact de la télédiffusion sur les sujets, le cadre et l'intensité du débat politique ainsi que pour déterminer quelles restrictions sont nécessaires pour veiller à ce que le processus politique ne soit pas faussé. Cette observation vaut encore plus dans les circonstances de l'espèce du fait de la profondeur de l'examen effectué par le Parlement et les tribunaux de la nécessité de la loi et de la possibilité d'adopter d'autres solutions moins restrictives. Alors que l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken* ne permet pas de savoir quelle était exactement l'ampleur de l'examen que le Parlement avait fait de la mesure en cause dans cette affaire, en l'occurrence la chose est très

claire. Le résumé de la genèse du projet de loi de 2002 (...) montre bien l'examen exceptionnellement détaillé auquel a été soumise la question des contrôles sur la télédiffusion de publicités politiques. La Commission Neill en 1998, le Livre blanc en 2000, la commission mixte des droits de l'homme, la commission mixte sur le projet de loi de 2002, la commission indépendante sur la télévision et la commission électorale se sont tous prononcés pour le maintien de l'interdiction, en vigueur depuis 1954. Le Gouvernement a en outre expliqué en détail pourquoi, en dépit de l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken*, il considérait, après avoir pris des avis juridiques, qu'il y avait de fortes raisons de conserver l'interdiction puisqu'il était fondamental de maintenir l'impartialité des médias audiovisuels vu leur portée, leur immédiateté et leur influence. Il a également expliqué pourquoi il serait difficile de produire une solution de compromis applicable comprenant des restrictions moins fortes ne portant que sur les horaires de diffusion, sur la nature de la personne, du parti ou de l'association responsable de la publicité ou sur le contenu même de la publicité. La commission mixte des droits de l'homme s'est en fin de compte ralliée à cet avis, jugeant que le gouvernement avait de bonnes raisons de croire que les motifs de politique de conserver l'interdiction l'emportaient sur les motifs de la réduire. Il est également fondamental de rappeler que la loi de 2003 a été adoptée par le Parlement sans aucune voix contre, que ce soit d'un bord ou de l'autre de l'échiquier politique. Pour toutes ces raisons, la présente espèce est très différente de l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)* ([GC], n° 74025/01, CEDH 2005-IX) où, comme la Cour le souligne dans l'arrêt qu'elle a rendu en cette affaire, il n'y avait eu aucun examen indépendant des questions en jeu et aucun débat de fond récent sur la question de savoir s'il était toujours justifié de maintenir une restriction générale sur le droit de vote des détenus condamnés.

13. Il est également important que la compatibilité avec l'article 10 des mesures en question ait été analysée avec soin et en détail par deux juridictions nationales, dont les juges ont conclu à l'unanimité que les restrictions en cause étaient justifiées. La *High Court* et la Chambre des lords sont accusées d'avoir fait preuve d'une déférence excessive envers l'avis du Parlement. Je ne pense pas que cela soit une critique juste des jugements rendus, lesquels expliquent – selon moi correctement – pour quelle raison, s'agissant du cas particulier de la loi de 2003, il fallait accorder un poids spécial à la décision du Parlement de conserver les restrictions touchant la publicité politique.

14. J'accorde aussi un certain poids à l'absence de consensus européen en la matière. L'étude de l'EPRA citée dans l'affaire *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti* ne mentionnait aucun consensus à l'époque. On a plaidé que,

au cours des années écoulées depuis l'adoption de l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken*, est apparue au moins une tendance consistant à permettre la diffusion à la radio et à la télévision de publicités présentant un intérêt général ou social, et que le Royaume-Uni demeure l'un des derniers pays à connaître une interdiction d'une telle ampleur. Même à supposer qu'une telle tendance soit avérée, il ressort clairement de l'étude et des propres observations de la requérante qu'il existe encore en la matière une grande diversité d'approches au sein des États membres, dont certains appliquent une interdiction totale à la télédiffusion de publicités politiques, d'autres réglementent les publicités politiques payantes à la radio et à la télévision de manière générale ou durant les périodes électorales, et d'autres encore compensent une interdiction législative au moyen d'un système de publicités politiques gratuites mais en nombre limité pour les partis politiques reconnus. En tout cas, je ne trouve rien dans les éléments soumis à la Cour qui justifie de réduire la marge d'appréciation reconnue à l'État défendeur.

15. Enfin, tout comme les juges des deux juridictions nationales, j'accorde une importance, pour l'examen de la proportionnalité de la mesure, à d'autres aspects de l'affaire : celle-ci se limitait aux médias audiovisuels, elle ne frappait que la publicité et la requérante avait en principe accès à ces médias pour la diffusion de programmes non commerciaux ; par ailleurs, si un organisme souhaitait diffuser une publicité sur une question non politique, tout ce qu'il avait à faire (et ce que beaucoup ont fait) était de créer une antenne caritative et, enfin, les restrictions étaient compensées par la fourniture d'un temps d'antenne gratuit pour les campagnes politiques, électorales et référendaires des partis afin d'assurer que la radio et la télévision couvrent toute la gamme des opinions politiques et sociales.

16. Comme dans beaucoup d'autres affaires que la Cour a tranchées, j'admets aisément que le Parlement aurait pu régler la situation autrement. Comme indiqué dans le jugement du juge Ousley : « Sans aucun doute, le Parlement aurait pu choisir une formulation de nature à apporter une forme de réponse à toutes les interrogations sur le point de savoir où se situe la ligne de partage entre les types d'annonceurs ou d'annonces. » Il aurait pu limiter l'interdiction aux périodes électorales, il aurait pu la restreindre aux partis politiques et en exclure les groupes de plaidoyer, il aurait pu laisser l'examen de la nécessité de l'interdiction se faire au cas par cas ; enfin, il aurait pu plafonner les dépenses publicitaires. Toutes ces options ont été expressément examinées et jugées non réalisables ou non applicables sans risque de discrimination ou d'arbitraire et sans saper le principe d'impartialité et la sécurité juridique.

17. Le rôle de la Cour dans une affaire de ce type n'est pas de procéder à son propre exercice de mise en balance ou, grâce à un examen indépendant,

de substituer son avis à celui du législateur national quant au point de savoir s'il était possible de trouver une solution de compromis équitable et réalisable pour traiter le problème sous-jacent ou quant à savoir quel était le moyen le plus approprié ou le mieux proportionné de résoudre ce problème. Son rôle est bien plutôt, ainsi que l'arrêt l'indique clairement, de contrôler la décision prise par les autorités nationales afin de déterminer si, lorsqu'elles ont adopté les mesures en question et placé la barre là où elles l'ont mise, elles ont outrepassé la marge d'appréciation qui leur est reconnue. Pour les raisons mentionnées ci-dessus et exposées plus longuement dans l'arrêt de la Cour, je ne suis pas en mesure de conclure que le Parlement a outrepassé une marge d'appréciation acceptable ou que les restrictions prévues par la loi de 2003 ont emporté violation des droits garantis à la requérante par l'article 10 de la Convention.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES ZIEMELE, SAJÓ, KALAYDJIEVA, VUČINIĆ ET DE GAETANO

(Traduction)

1. Nous sommes au regret de ne pouvoir partager l'avis de la majorité selon lequel il n'y a pas eu violation de l'article 10 en l'espèce. Nous sommes particulièrement frappés par le fait que, lorsque l'on compare l'issue de l'affaire à l'étude et celle de l'affaire *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* (n° 24699/94, CEDH 2001-VI), la conclusion qui s'impose quasiment d'elle-même est qu'une « interdiction générale » de la « publicité politique » pour l'essentiel identique dans les deux cas – reposant en l'espèce sur l'article 321 §§ 2 et 3 de la loi de 2003 et dans l'affaire *VgT Verein gegen Tierfabriken* sur les articles 18 et 15 respectivement de la loi fédérale sur la radio et la télévision et de l'ordonnance sur la radio et la télévision – n'est pas nécessaire dans la société démocratique suisse mais est proportionnée et à plus forte raison nécessaire dans la société démocratique du Royaume-Uni. Il nous est extrêmement difficile de comprendre pourquoi on applique ainsi deux poids et deux mesures dans le cadre de la Convention, dont les normes minimales doivent être mises en vigueur de la même façon dans la totalité des États parties.

2. En l'espèce, la mesure en cause est une restriction quasi totale. En effet, elle interdit, quel qu'en soit le contenu, toutes les publicités payantes sur des questions « politiques ». Sont donc interdites les publicités payantes sur quelque sujet que ce soit insérées par tout organisme dont les objectifs sont « totalement ou principalement de nature politique », quelles que soient l'identité ou la fonction de l'annonceur. Le terme « politique » a une acception tellement large qu'il couvre la plupart des questions d'intérêt public. La portée de l'interdiction a été soulignée tant par le juge Ousley, de la *High Court* (paragraphe 13 de l'arrêt), que par Lord Scott, de la Chambre des lords (paragraphe 27 de l'arrêt). Or tous deux ont fait preuve de déférence envers la volonté du Parlement¹. En l'espèce, l'interdiction frappe tous les télédiffuseurs et tous les radiodiffuseurs, qu'ils soient nationaux ou locaux, et qu'ils appartiennent au service public ou qu'ils soient indépendants. En ce sens, elle est plus large que celle qui avait été jugée excessive dans l'affaire *VgT Verein gegen Tierfabriken*. De surcroît, elle est appliquée sans aucune exception. En bref, il s'agit d'une interdiction qui touche la forme d'expression la plus protégée (le discours sur des sujets d'intérêt public), un

1. Voir Griffith J. A. G., *The Politics of the Judiciary*, Fontana Press (Hammersmith, London), 1997, 5^e éd., p. 342.

élément de l'une des catégories d'acteurs les plus importantes du processus démocratique (une organisation non gouvernementale), et l'un des types de médias les plus influents (la radio et/ou la télévision).

3. Nous sommes préoccupés par l'approche adoptée en l'espèce par la Cour quant à la question des « mesures générales » et par l'application qui est faite du principe de proportionnalité. Dans l'arrêt, la majorité réaffirme que l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du débat sur des questions d'intérêt public. Ce principe est rappelé dans le cadre de l'examen de l'ampleur de la marge d'appréciation à accorder, le type d'expression en cause étant simplement traité comme un « facteur » parmi d'autres et non comme un droit spécifique ne pouvant subir de restriction que lorsque l'existence d'un *besoin social impérieux* de le restreindre a été *démontrée de manière claire et convaincante*. Étant donné que, comme indiqué au paragraphe 104 de l'arrêt, « la marge d'appréciation devant être reconnue à l'État dans le présent contexte est en principe étroite », il s'ensuit, à notre avis du moins, que rien ne justifie de s'écarter de la méthodologie bien établie pour l'analyse de la proportionnalité, où l'on *commence* par une analyse de la nature du droit, cette analyse étant décisive pour une protection effective des droits de l'homme. Selon notre compréhension des principes établis dans la jurisprudence antérieure, l'hypothèse selon laquelle il existe un intérêt public ne doit ni être mise sur le même plan qu'un besoin social impérieux justifiant des restrictions à la liberté d'expression garantie par l'article 10, ni être nécessairement jugée suffisante pour établir l'existence d'un tel besoin.

I

4. Une limitation du discours politique ou du discours d'intérêt public est-elle d'une certaine manière plus « justifiable » parce que la restriction revêt un caractère général? En l'espèce, le gouvernement défendeur a fait valoir dans son mémoire que « la Cour devrait y regarder à deux fois avant de conclure que le jugement du Parlement quant à ce qui était approprié ne relevait pas de son pouvoir discrétionnaire de jugement pour le Royaume-Uni alors que l'approche qu'il a adoptée a reçu le soutien d'organes indépendants et spécialisés qui ont examiné la question (...) ». Il renvoie notamment au fait que « la question a été débattue devant le Parlement (...) et que le Parlement a conclu qu'il n'était pas possible en pratique de réduire la portée de l'interdiction (...) » (paragraphe 28 du mémoire). Cela signifie que les mesures générales adoptées par le Parlement doivent être traitées avec un respect particulier, et ce même dans le contexte de l'article 10 (ou d'ailleurs des articles 9 à 11). Qu'il nous soit permis d'avoir un avis différent à la lumière de notre jurisprudence.

5. La question des mesures générales a été examinée dans trois domaines différents. Dans le cadre de l'article 1 du Protocole n° 1, s'agissant de politique économique et sociale, la Cour fait en principe preuve de déférence envers la législation (pour ce qui est du but de la législation). Or c'est dans le contexte du constat relatif à l'objectif de la loi applicable (à savoir qu'elle visait un intérêt public, puisqu'elle se rapportait au logement) qu'il a été fait montre de déférence envers le caractère de « mesure générale » de l'ingérence. Naturellement, il y a une différence fondamentale entre la protection accordée au droit au respect des biens et celle accordée aux droits énoncés aux articles 9 à 11 : s'agissant de ces derniers, et de la liberté d'expression en particulier, l'« intérêt général » ou l'« intérêt public » en tant que tels ne sont pas reconnus dans le texte de la Convention comme des motifs d'ingérence.

6. En dehors de l'article 1 du Protocole n° 1, on peut observer un certain degré de déférence envers des mesures générales dans le contexte électoral, où la Convention est nettement moins catégorique que dans le domaine de l'article 10 ; en conséquence, du fait de la nature du droit en jeu, une marge d'appréciation plus large devait être reconnue aux États contractants pour fixer les conditions d'exercice du droit de vote (*Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)* [GC], n° 74025/01, CEDH 2005-IX, *passim*, et notamment §§ 60 et 62, et *Doyle c. Royaume-Uni* (déc.), n° 30158/06, 6 février 2007). Mais, même dans ce cas, les restrictions générales ont été admises avec des conditions (*Ždanoka c. Lettonie* [GC], n° 58278/00, §§ 134-135, CEDH 2006-IV), voire pas du tout (*Hirst (n° 2)*), car le poids décisif était donné à l'existence d'une limite temporelle et à la possibilité de contrôler la mesure en question (*Paksas c. Lituanie* [GC], n° 34932/04, § 109, CEDH 2011). Une interdiction générale a été jugée constitutive d'une violation dans l'arrêt *Hirst (n° 2)* précisément parce qu'elle ne permettait pas un examen au cas par cas, ce qui est exactement la situation qui se présente en l'espèce (dans l'arrêt *Hirst (n° 2)*, le fait qu'il n'y avait pas eu de véritable débat parlementaire depuis l'adoption de la mesure générale en 1870 a été considéré comme constituant un *motif supplémentaire* de conclure à la violation).

7. Il a aussi été fait montre d'une certaine déférence envers des mesures générales dans quelques affaires assez particulières se rapportant à l'article 8. Ainsi, dans l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni* ([GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I), par exemple, la Cour a recherché si la réglementation sur la fécondation *in vitro* ménageait un juste équilibre *entre des individus*, non pas principalement à cause de la nécessité d'éliminer l'incertitude, mais en raison du défi particulier que le législateur devait relever pour mettre en balance les intérêts « parfaitement incommensurables » de deux citoyens (§ 89). Or la présente espèce ne porte pas sur la mise en balance de droits conventionnels incommensurables de deux individus. Quant à

l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni* (n° 2346/02, CEDH 2002-III), elle avait trait à un droit – le droit de mourir – dont l'existence est contestée; c'est dans ce contexte que la Cour a dit qu'il incombait «au premier chef aux États d'apprécier le risque d'abus et les conséquences probables des abus éventuellement commis qu'impliquerait un assouplissement de l'interdiction générale du suicide assisté ou la création d'exceptions au principe» (§ 74).

8. Une mesure générale, et particulièrement une interdiction totale (quoique limitée dans le temps et à une localité précise) a été jugée légitime car elle visait à assurer une application égale de la loi en ce qu'elle était destinée à exclure toute possibilité de prendre des mesures arbitraires contre un mode particulier d'exercice du droit de manifester (*Christians against Racism and Fascism c. Royaume-Uni*, n° 8440/78, décision de la Commission du 16 juillet 1980, Décisions et rapports 21, p. 153). Néanmoins, la Commission a dit clairement à l'époque que «[u]ne interdiction générale des manifestations ne peut se justifier que s'il existe un risque réel qu'elles aboutissent à des troubles qu'on ne peut empêcher par d'autres mesures moins rigoureuses». L'acceptabilité de la mesure était dans ce cas sans rapport avec sa source (législative ou administrative). De même, dans l'affaire *Société de conception de presse et d'édition et Ponson c. France* (n° 26935/05, 5 mars 2009), la restriction – une interdiction générale prévue par la loi – a été jugée proportionnée à son objectif sans que, là encore, l'origine législative de l'interdiction ait été jugée pertinente; ce qui a au contraire été jugé pertinent était le consensus européen incontesté en faveur d'une interdiction générale de la publicité pour le tabac (question qui, en tout état de cause, supposait au départ un niveau plus faible de contrôle par la Cour et une plus large marge d'appréciation en raison de la nature du droit en jeu). En d'autres termes, la Cour a maintes fois estimé, de manière expresse ou implicite, que le fait qu'une restriction découle d'une «mesure générale» n'est pas en soi une raison de s'écarter des normes habituelles applicables au mode d'expression en question. Dans l'arrêt *Murphy c. Irlande* (n° 44179/98, CEDH 2003-IX), l'interdiction générale (des annonces à caractère religieux) a été considérée comme justifiée du fait de troubles qui s'étaient produits par le passé à propos de graves facteurs de division dans la société irlandaise, à savoir les convictions religieuses (§ 73).

9. En l'espèce, comme on l'a déjà dit au paragraphe 2 ci-dessus, la Cour se trouvait face à une interdiction générale de la publicité «politique» sur les chaînes de télévision et de radio. Le fait qu'une mesure générale ait été adoptée avec soin et équité par le Parlement ne change rien au fait qu'il incombe à la Cour d'appliquer les normes établies en matière de protection des droits fondamentaux. Le fait qu'un sujet ait été débattu (le cas échéant à plusieurs reprises) au sein du Parlement ne signifie pas non

plus *nécessairement* que la conclusion à laquelle il est parvenu est conforme à la Convention; pareil débat (répété) ne modifie par ailleurs en rien la marge d'appréciation accordée à l'État. Naturellement, un débat parlementaire approfondi peut aider la Cour à comprendre la nature du besoin social impérieux qui est à l'origine de l'ingérence dans une société donnée. Cette explication mérite qu'on s'y attarde honnêtement eu égard au principe de subsidiarité. En l'espèce, toutefois, l'arrêt accorde une importance excessive à la genèse de la mesure générale, ce qui a eu pour résultat de renverser l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken*, en tout cas sur le fond, alors que cet arrêt avait incité un certain nombre d'États membres à abroger leur interdiction générale, amendement qui s'est effectué sans difficulté majeure. Ainsi que le juge Martens l'a déclaré dans son opinion dissidente jointe à l'affaire *Cossey*: «[u]ne juridiction ne doit se déjuger (...) que si elle est convaincue «de la supériorité juridique de la nouvelle doctrine». Cette condition procède évidemment de l'idée qu'en principe la sécurité et la cohérence requièrent qu'une juridiction suive la jurisprudence établie par elle-même: elle ne doit dès lors opter pour un revirement que si la nouvelle doctrine est manifestement préférable à l'ancienne².»

10. Pour conclure sur ce point, le fait qu'une interdiction tire son origine d'une mesure générale ne soustrait pas cette mesure à une analyse complète de sa compatibilité avec les exigences de l'article 10 § 2 de la Convention. Dans le contexte de mesures d'interdiction générale confinant à une restriction préalable (*Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, § 60, série A n° 216), les normes établies dans le cadre de la liberté de manifester s'appliquent également en l'espèce: «Ce n'est que si l'inconvénient dû au fait que de pareils défilés soient touchés par l'interdiction est manifestement dépassé par les considérations de sécurité justifiant cette interdiction, et que s'il n'existe aucune possibilité d'éviter de tels effets secondaires indésirables de l'interdiction en circonscrivant étroitement sa portée, du point de vue de son application territoriale et de sa durée, que l'interdiction peut être considérée comme nécessaire au sens de l'article 11, paragraphe 2 de la Convention» (*Christians against Racism and Fascism*, décision précitée). Comme indiqué précédemment, il ne peut y avoir deux poids et deux mesures, en matière de protection des droits de l'homme, selon l'«origine» de l'ingérence. Pour un droit fondamental, et de ce fait pour la Cour, peu importe que l'atteinte au droit tire son origine de la législation ou d'un acte ou d'une omission judiciaire ou administratif. Poussée à l'extrême, pareille approche risque de limiter l'engagement pris par les autorités de l'État de

2. *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, série A n° 184, opinion dissidente du juge Martens, paragraphe 5.2; voir aussi *Bayatyan c. Arménie* [GC], n° 23459/03, § 98, CEDH 2011.

reconnaître à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés garantis par la Convention. Lorsque la détermination de l'intérêt public et la meilleure manière de le servir sont laissées entre les seules mains du législateur national, cela peut avoir pour effet de balayer les engagements pris par les Hautes Parties contractantes au titre de l'article 1 de la Convention combiné avec l'article 19, et de réaffirmer la souveraineté absolue du Parlement dans les meilleures traditions antérieures à la Convention de Bagehot et Dicey. La théorie de la marge d'appréciation, qui a été élaborée pour faciliter l'analyse de la proportionnalité, ne doit pas être utilisée à cette fin.

II

11. La majorité semble conclure, quoiqu'indirectement, que l'interdiction en vigueur vise un but légitime, à savoir la protection des droits d'autrui (paragraphe 117 de l'arrêt). Les droits d'autrui sont défendus par la mise en place d'un régime de radiodiffusion impartial et complet, au service de la démocratie. Une situation dans laquelle une puissante fraction économique ou politique de la société peut obtenir une position dominante à l'égard des médias audiovisuels et exercer ainsi une pression sur les diffuseurs pour finalement restreindre leur liberté éditoriale, porte atteinte au rôle fondamental de la liberté d'expression dans une société démocratique telle que garantie par l'article 10 de la Convention, notamment quand elle sert à communiquer des informations et des idées d'intérêt général, auxquelles le public peut d'ailleurs prétendre (*VgT Verein gegen Tierfabriken*, précité, §§ 73 et 75, et *Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano c. Italie* [GC], n° 38433/09, § 133, CEDH 2012). En l'espèce, toutefois, aucun groupe constituant une telle menace n'a été identifié, et la requérante est une ONG dont le potentiel de domination n'a en rien été démontré.

12. L'interdiction générale de la publicité «politique» pose problème non seulement parce que, comme on l'a déjà dit, elle confine à une restriction préalable, mais aussi parce que l'utilité même de son objectif suscite des doutes; il semble en effet y avoir une contradiction inhérente au fait de vouloir protéger la démocratie tout en imposant des restrictions à la radiodiffusion. De fait, à notre avis, l'interdiction générale frappant la publicité «politique» paraît relever d'une obligation positive assumée à tort par l'État afin de permettre aux gens de recevoir et de communiquer des informations. Cette mesure se fonde sur le point de vue que des groupes puissants vont forcément entraver la réception des informations en saturant le public d'informations favorables à une seule des thèses en présence. Défendre un droit lorsqu'il ne peut revêtir un caractère effectif sans une action supplémentaire de la part de l'État est acceptable, d'après notre jurisprudence, mais il ne s'agit pas là d'un motif généralement admis comme

primordial pour restreindre des droits. Il y a le risque qu'en développant la notion d'obligations positives en vue de protéger les droits énoncés aux articles 8 à 11, et surtout dans le cadre des articles 9 à 11, l'on ne perde de vue l'obligation négative fondamentale qui incombe à l'État: s'abstenir de toute ingérence. L'initiative même consistant à légiférer sur l'exercice de la liberté au nom de la liberté de diffusion à la télévision et à la radio pour promouvoir la démocratie de façon générale, dans des buts qui ne sont pas nécessairement conformes aux buts légitimes prévus à l'article 10 § 2, demeure un problème. L'interdiction elle-même crée la condition qu'elle est censée éviter: par crainte que de petites organisations ne puissent gagner la compétition des idées sur les ondes, elle les empêche carrément de participer à la compétition. C'est une chose que de niveler le terrain; c'en est une autre que de fermer les portes du terrain de cricket.

13. Tout sujet ne passe pas forcément par une confrontation directe entre des protagonistes riches et des protagonistes pauvres. La portée de l'interdiction est telle qu'elle frappe la publicité sur des sujets sociaux, au point d'empêcher la diffusion d'une publicité attirant l'attention sur le génocide au Rwanda et au Burundi (*R. v. Radio Authority Ex p. Bull and Another* [1998] Q.B. 294). Fermer entièrement et en permanence le média le plus important à tout message publicitaire concernant la conduite des affaires publiques constitue une restriction à la liberté plus dure qu'il n'est nécessaire dans une société démocratique. La liberté d'expression se fonde sur l'hypothèse que c'est l'auteur du message, et non le gouvernement, qui sait le mieux ce qu'il a à dire et comment le dire. Les idées ne peuvent entrer en concurrence que lorsque l'auteur du message est en mesure de déterminer, dans les limites reconnues par la Convention, quel mode de communication de ses idées sera le mieux à même de faire passer ce message. La supposition que l'ONG requérante avait en l'occurrence le choix parmi toute une gamme d'autres médias repose sur une illusion étant donné que la radio et la télévision sont toujours les médias les plus influents (même si ce sont aussi les plus coûteux). L'espoir que l'ONG Animal Defenders International sera en mesure de faire connaître son point de vue par le biais de « programmes » ne tient pas compte de la réalité, à savoir que la diffusion à la radio et à la télévision, et spécialement à la télévision, est commandée par les publicités commerciales. Les programmes relèvent d'un choix éditorial et sont tributaires de la nécessité de viser l'audience la plus large possible. Même dans le contexte de la radiodiffusion publique, avec toutes les obligations d'équité qui s'imposent à elle, il y a une forte tendance à éviter les sujets qui divisent ou offensent. Il est peu probable que les choix de programmation soient favorables aux ONG, qui peuvent représenter des points de vue minoritaires ou controversés, ou être critiques envers le

gouvernement en place, lequel a un pouvoir de contrôle considérable sur la radiodiffusion publique, même en présence de garanties importantes en ce qui concerne la programmation quotidienne.

14. La démocratie ne peut pas être vigoureuse si l'on réduit au silence toutes les voix (sauf celles des partis politiques) et si l'on ne permet l'accès aux médias que par le biais des programmes. Un paternalisme bien intentionné ne renforce pas la démocratie. Lorsqu'il n'y a que peu de place pour des restrictions à un droit, l'analyse de la proportionnalité commande de rechercher s'il existe d'autres solutions moins restrictives. Un examen au cas par cas de la publicité proposée, du type de celui effectué pour la publicité commerciale, est l'une des possibilités qui se présentent à cet égard. Une autre possibilité consiste à définir de manière plus étroite la publicité politique. En outre, le gouvernement défendeur ne s'est pas penché sur la différence entre la radiodiffusion publique et la radiodiffusion privée, où les normes diffèrent en matière d'impartialité. Il est étonnant que des solutions moins restrictives n'aient pas été envisagées compte tenu des expériences pertinentes menées en ce sens en Europe.

15. L'arrêt invoque l'absence de consensus européen quant à la manière de réglementer la publicité politique payante comme un argument de plus pour dire qu'en l'espèce, la marge d'appréciation à accorder à l'État défendeur doit être plus large que la norme (paragraphe 123, à comparer avec le paragraphe 104). Cependant, il est tout à fait clair qu'il se pose un problème considérable pour déterminer quelle pratique de l'État doit être prise en compte, s'il y en a, pour juger de l'existence en Europe d'une tendance voire d'une pratique contraignante. Les travaux cités au chapitre D. de la partie relative au «Droit et à la pratique internes pertinents» (...) fournissent des exemples concernant principalement la réglementation de la publicité par et pour les partis politiques dans le cadre de la législation électorale. Pratiquement la seule observation qui soit directement pertinente pour l'affaire à l'étude est le commentaire suivant de l'étude de l'EPRA: «Dans bon nombre de pays d'Europe (occidentale), le sujet le plus brûlant actuellement semble être celui des «messages de plaidoyer», c'est-à-dire des messages diffusés à des fins politiques mais émanant d'organisations qui sont non pas des partis politiques, comme des groupes d'intérêt ou des groupes sociaux» (...) Nous considérons que cette étude de droit comparé, qui traite principalement de la réglementation de la publicité des partis politiques, ne peut servir de base adéquate pour accorder à l'État défendeur une vaste marge d'appréciation dans une affaire dont le thème essentiel est la liberté d'expression et où un groupe représentant un intérêt public propose de soumettre une question d'intérêt public à la discussion. Nous sommes perplexes devant une approche qui tente de justifier au regard de

la Convention une grave restriction à la liberté d'expression en s'appuyant sur divers cadres réglementaires qui ne traitent pas précisément de la question en jeu. Même si l'on devait accorder un certain poids à l'absence de consensus alléguée – et nous ne pensons pas une seconde que cela doive être le cas –, devant un droit incontestablement garanti par la Convention (et contrairement aux affaires relatives à l'article 8 où la *portée* ou l'*ampleur* du droit au respect de la vie privée sont en jeu), l'absence de consensus européen ne saurait justifier que l'on s'écarte des normes établies définissant ce qu'est un besoin impérieux dans une société démocratique. Aucun des éléments produits en l'espèce ne suggère que l'état de la démocratie au Royaume-Uni exige, pour répondre à un « besoin impérieux », une interdiction de la publicité « politique » payante aussi large que celle qui est en jeu, ni que ladite démocratie est moins vigoureuse que dans d'autres États parties à la Convention et ne peut se permettre de prendre des risques avec des « messages de plaidoyer ». Au contraire, la tradition et l'histoire obligent à affirmer précisément l'inverse.

OPINION DISSIDENTE DE LA JUGE TULKENS,
À LAQUELLE SE RALLIENT LES JUGES SPIELMANN
ET LAFFRANQUE

1. Je ne partage pas la position de la majorité selon laquelle il n'y a pas dans cette affaire violation de l'article 10 de la Convention. De nombreux éléments de fait et de droit m'amènent, au contraire, à conclure à une violation de cette disposition.

2. L'ONG requérante conteste l'interdiction légale touchant la diffusion de publicité politique payante à la radio et à la télévision. En l'espèce, en raison de son statut « politique », elle s'est vu refuser l'autorisation de diffuser à la télévision un message publicitaire sur la protection des animaux, en vertu de l'article 321 § 2 de la loi de juillet 2003 sur les communications.

3. Aux fins de déterminer si l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression, non contestée, était nécessaire dans une société démocratique, le problème central concerne la *proportionnalité* de l'interdiction litigieuse.

4. En toile de fond, se pose aussi la délicate question de l'étendue de la marge d'appréciation. En effet, si l'article 10 n'interdit pas en tant que tel toute restriction préalable à la liberté d'expression, pareilles restrictions présentent pour une société démocratique de si grands dangers qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux (*Éditions Plon c. France*, n° 58148/00, § 42, CEDH 2004-IV). Pour ces raisons, la marge d'appréciation à accorder à l'État, dans le présent contexte, est étroite.

L'étendue du contrôle

5. Comme l'arrêt le constate (paragraphe 106), les parties ici en présence admettent que la publicité politique peut être réglementée par une mesure générale, leur point de désaccord concernant la portée de la mesure choisie. En effet, la Cour a admis que l'État peut, dans le respect des dispositions de la Convention, adopter des mesures générales qui s'appliquent à des situations prédéfinies indépendamment des circonstances propres à chaque cas individuel, même si ces mesures risquent de conduire à des difficultés dans certains cas particuliers (*Ždanoka c. Lettonie* [GC], n° 58278/00, §§ 112-115, CEDH 2006-IV).

6. Dans l'exercice de son contrôle, la Cour doit se borner autant que possible à étudier le cas concret dont elle se trouve saisie. Toutefois, pour déterminer la proportionnalité d'une mesure générale, les choix législatifs à l'origine de la mesure peuvent être utiles à examiner (*mutatis mutandis*, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 36, série A n° 98). La qualité de l'examen parlementaire et judiciaire réalisé au niveau national

revêt aussi de l'importance, y compris pour ce qui est de l'application de la marge d'appréciation pertinente (*Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, § 128, CEDH 2003-VIII, *Murphy c. Irlande*, n° 44179/98, § 73, CEDH 2003-IX, *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)* [GC], n° 74025/01, §§ 78-80, CEDH 2005-IX, *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 86, CEDH 2007-I, et *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, § 83, CEDH 2007-V). Cela étant, il ressort aussi de la jurisprudence de la Cour que la manière dont une mesure générale a été appliquée aux faits d'une cause donnée permet de se rendre compte de ses répercussions pratiques et est donc pertinente pour l'appréciation de sa proportionnalité, de sorte qu'elle demeure un facteur important à prendre en compte (*James et autres*, précité, § 36).

7. Il s'ensuit, ainsi que l'arrêt l'observe (paragraphe 109), que moins les justifications d'ordre général invoquées à l'appui de la mesure générale sont convaincantes, plus la Cour attache de l'importance à l'impact de celle-ci dans le cas particulier soumis à son examen (voir, par exemple, *Murphy*, précité, et *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti c. Norvège*, n° 21132/05, CEDH 2008).

8. En l'espèce, le Gouvernement justifie la mesure litigieuse notamment par la nécessité de protéger le processus électoral en tant qu'élément de l'ordre démocratique et il invoque à cet égard l'arrêt *Bowman c. Royaume-Uni* (19 février 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I), dans lequel la Cour a admis qu'il était nécessaire d'encadrer le débat public par des dispositions légales compte tenu du risque pesant sur le droit à des élections libres. La requérante conteste pour sa part la pertinence de cet arrêt, arguant qu'il concernait une restriction appliquée en période électorale. Dans la mesure où l'interdiction qui est ici en cause n'est pas limitée aux périodes électorales, l'arrêt *Bowman* et la justification liée au souci de l'État de protéger le processus électoral me semblent de peu de poids en l'espèce (*TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti*, précité, § 66).

9. Je suis d'accord de considérer que le Gouvernement et l'ONG requérante ont, l'un comme l'autre, pour objectif de garantir un débat public et pluraliste et, de manière plus générale, de contribuer au processus démocratique (paragraphe 112 de l'arrêt). Dans l'examen de la mesure, il faut donc prendre en considération, d'une part, le droit fondamental de la requérante à transmettre des informations et des idées d'intérêt général que le public a le droit de recevoir et, d'autre part, le souci des autorités d'empêcher que ce débat et ce processus ne soient faussés par des groupes financièrement puissants bénéficiant d'un accès privilégié aux médias influents. De tels groupes peuvent, en effet, s'assurer un avantage concurrentiel dans le domaine de la publicité payante et ainsi porter atteinte

à la liberté et au pluralisme du débat dont l'État demeure l'ultime garant. Certaines mesures d'encadrement du débat d'intérêt public à la radio et à la télévision peuvent donc être nécessaires au sens de l'article 10 § 2 de la Convention. Si elle a expressément admis ce principe tant dans l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* (n° 24699/94, CEDH 2001-VI) que dans l'arrêt *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti*, la Cour a conclu dans un cas comme dans l'autre au caractère disproportionné de l'application faite de l'interdiction par les juridictions internes. En l'espèce, l'interdiction litigieuse était-elle *nécessaire* compte tenu de l'objectif qu'elle visait ? Je ne le pense pas.

L'examen de la proportionnalité

10. L'interdiction en cause a été conçue de manière à ne viser que le risque de distorsion contre lequel l'État entendait se prémunir. La mesure ne s'applique donc qu'à la publicité, en raison de sa nature intrinsèquement partielle (*Murphy*, précité, § 42), à la publicité payante, compte tenu du risque d'inégalité d'accès aux médias liés aux disparités de fortune, et à la publicité politique (selon la définition donnée de ces termes au paragraphe 99 de l'arrêt). De plus, elle est limitée à certains médias (la radio et la télévision), ce choix du législateur reposant sur l'idée que ceux-ci constituent la pierre angulaire du cadre réglementaire en cause et qu'ils sont les plus influents et les plus onéreux.

11. Invoquant le paragraphe 77 de l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken*, la requérante fait valoir, à juste titre, que, compte tenu de la puissance comparée des nouveaux médias tels Internet, il est illogique de limiter l'interdiction à la radio et à la télévision et que la distinction fondée sur l'influence particulière de la radio et de la télévision n'est pas pertinente. Je partage cette manière de voir. En effet, les informations provenant de l'utilisation d'Internet et des réseaux sociaux tendent progressivement à avoir le même impact, voire même un plus grand impact, que celles qui sont diffusées à la télévision ou à la radio. Leur développement au cours des dernières années entraîne sans aucun doute un transfert de l'influence des médias de télédiffusion traditionnels suffisamment important pour qu'il devienne sans pertinence d'appliquer à ces derniers des mesures spéciales.

12. Même si l'interdiction a été conçue de manière à répondre strictement à l'objectif visé, il n'en demeure pas moins qu'elle revêt une portée exceptionnellement large. En effet, est interdite toute publicité payante dès lors qu'elle concerne des sujets « politiques » ou qu'elle émane d'un organisme dont les objectifs sont « totalement ou principalement de nature politique », indépendamment de l'identité ou de la fonction de cet organisme, quel que soit le sujet traité. Le terme « politique » est défini de

manière si large qu'il s'applique à la plupart des questions d'intérêt public (article 321 § 3 de la loi de 2003). Devant la *High Court*, le juge Ousley a estimé qu'il couvrait «un *continuum* d'activités politiques d'intensités différentes, depuis l'activité politique des partis en période électorale jusqu'à la défense par des organismes non politiques, à tout moment, d'intérêts particuliers correspondant à des préoccupations du public», tandis que, devant la Chambre des lords, Lord Scott a souligné l'ampleur «remarquable» de l'interdiction (paragraphe 13 et 27 de l'arrêt). En outre, la mesure frappe tous les télédiffuseurs et tous les radiodiffuseurs, qu'ils soient nationaux ou locaux, et qu'ils appartiennent au service public ou qu'ils soient indépendants. *En ce sens, l'interdiction est plus large que celle qui avait été jugée excessive dans l'arrêt VgT Verein gegen Tierfabriken* (précité) de manière telle que le présent arrêt me semble inconciliable avec cette jurisprudence.

13. De surcroît, l'interdiction est appliquée de manière tout à fait générale. En effet, il s'agit d'une interdiction qui touche la forme d'expression la plus protégée (le discours sur des sujets d'intérêt public), par une des catégories d'acteurs les plus importantes du processus démocratique (une ONG) et l'un des types de médias qui restent influents (la radio et/ou la télévision), et ce sans la moindre exception.

14. Certes, l'attribution aux partis politiques d'un temps d'antenne gratuit pour la diffusion de messages politiques et électoraux et de messages liés aux campagnes référendaires assouplit cette interdiction de manière contrôlée pour ces organes qui sont évidemment essentiels dans une société démocratique. Toutefois, elle ne concerne nullement les autres acteurs importants du débat public et du processus démocratique, parmi lesquels, notamment, les ONG, catégorie à laquelle la requérante appartient.

15. De plus, cette interdiction large va à l'encontre de la tendance observée dans les autres États contractants. S'il faut évidemment se montrer prudent lorsque l'on compare les règles régissant la publicité politique, compte tenu de l'absence de définition précise du terme «politique» dans les différents ordres juridiques et de la diversité des traditions nationales, l'élément important est qu'il apparaît clairement que les réglementations en Europe ont évolué à un point tel que l'État défendeur est désormais l'un des rares à appliquer encore une interdiction aussi ample, cumulant les trois facteurs que sont une définition large du terme «politique» (qui s'applique tant au message qu'à l'annonceur), un défaut de limites temporelles et une absence d'exceptions.

16. Par ailleurs, ni les organes législatifs qui ont défini l'interdiction ni surtout les juridictions internes qui l'ont examinée n'ont exposé des motifs suffisants pour justifier une ingérence d'une portée aussi inhabituelle. Plus précisément, ils n'ont pas fait valoir des arguments convaincants pour rejeter

les solutions *moins restrictives* qui existent dans la plupart des autres États contractants, ce qui est essentiel à mes yeux. Il ne s'agit là que du rappel du principe, aujourd'hui bien ancré dans la jurisprudence de notre Cour, selon lequel « pour qu'une mesure puisse être considérée comme proportionnée et nécessaire dans une société démocratique, l'existence d'une mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d'arriver au même but doit être exclue » (*Glor c. Suisse*, n° 13444/04, § 94, CEDH 2009).

17. Les références à d'autres systèmes faites dans le cadre de cet examen étaient brèves et sélectives. Le système le plus souvent cité, comme exemple à éviter, était celui des États-Unis (...), mais le dispositif réglementaire de ce pays est tellement différent de celui ici en cause que la comparaison ne me paraît guère pertinente. Les solutions moins restrictives envisagées furent rejetées en termes généraux au motif qu'elles seraient potentiellement « difficiles » à appliquer sans arbitraire (...) Malgré l'adoption en 2001 de l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken*, dont le ministre compétent et la plupart des organes parlementaires reconnaissaient qu'il signifiait que l'interdiction risquait d'être ultérieurement jugée incompatible avec la Convention et malgré la nature de plus en plus exceptionnelle de l'interdiction litigieuse par rapport aux règles appliquées dans les autres États contractants, le Gouvernement n'a été en mesure de mentionner aucune expertise qui aurait servi à rechercher s'il n'existait pas d'autres solutions pratiques permettant à la fois de réduire la portée de l'interdiction et de lui conserver son objectif (*Hatton et autres*, précité, § 128), qui consistait notamment à garantir un pluralisme effectif (*Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano c. Italie* [GC], n° 38433/09, §§ 129-134, CEDH 2012).

18. Enfin, selon moi, la gravité des conséquences qu'a eues pour la requérante l'application de l'interdiction litigieuse l'emporte sur les justifications avancées à l'appui de cette mesure générale (voir le point 8, *supra*). En particulier, la requérante est une ONG qui milite contre l'utilisation des animaux à des fins commerciales, scientifiques ou récréatives. Elle s'efforce de peser sur l'opinion publique pour obtenir un changement de la législation et des politiques publiques dans ce domaine, son objectif final étant d'empêcher la souffrance animale. La publicité qu'elle souhaitait faire diffuser avait pour but de sensibiliser l'opinion au problème de la maltraitance des animaux. C'est en raison de ces objectifs, jugés « totalement ou principalement de nature politique » (article 321 § 2 de la loi de 2003), que le Centre de vérification de la publicité télévisée (*Broadcast Advertising Clearance Centre*) lui a refusé l'autorisation de faire diffuser cette publicité, en application directe de l'interdiction litigieuse.

19. L'interdiction a donc été appliquée indépendamment du contenu du message: peu importait que celui-ci appelât l'attention de l'opinion sur un sujet d'intérêt public (la maltraitance des animaux) et que nul n'eût avancé qu'il fût d'une quelconque manière choquant ou critiquable. L'interdiction a aussi été appliquée indépendamment de l'identité de l'annonceur: nul n'a affirmé que l'ONG requérante fût un groupe financièrement puissant ayant pour but ou risquant de mettre en péril l'impartialité du diffuseur ou de fausser indûment le débat public, ou qu'elle servît d'écran à un tel groupe. Tout ce qu'elle souhaitait faire c'était participer à un débat général sur la protection des animaux. Pour illustrer l'ampleur de l'effet produit par l'interdiction dans le cas de l'ONG requérante, il faut comparer la situation de cette dernière avec celle d'une organisation commerciale: celle-ci aurait eu toute latitude pour faire diffuser, dans la seule limite de ses moyens financiers, des publicités utilisant les animaux pour vanter ses produits, démarche directement contraire aux valeurs de l'ONG requérante.

20. En conséquence, les motifs avancés par les autorités nationales pour justifier l'interdiction faite à la requérante de diffuser sa publicité me paraissent insuffisants. Partant, cette interdiction a constitué une atteinte disproportionnée au droit de l'intéressée à la liberté d'expression et je conclus à la violation de l'article 10 de la Convention.

MEHMET ŞENTÜRK ET BEKİR ŞENTÜRK c. TURQUIE
(Requête n° 13423/09)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 9 AVRIL 2013¹

1. Texte français original.

SOMMAIRE¹**Refus d'opérer d'urgence une femme enceinte à cause de son incapacité à régler les frais d'intervention**

L'absence de prise en charge d'urgence médicale pour cause de non-paiement préalable des frais d'hospitalisation va à l'encontre des obligations positives imposées aux États par l'article 2. L'absence d'incrimination et de poursuites à l'encontre des personnes responsables du défaut de prise en charge médicale, dès lors qu'il aboutit à une mise en danger de la vie de l'intéressé, peut entraîner une violation de l'article 2 (paragraphe 97 et 105 de l'arrêt)

Article 2

Obligations positives – Refus d'opérer d'urgence une femme enceinte à cause de son incapacité à régler les frais d'intervention – Droit à la vie – Défaut d'enquête pénale prompte et effective – Accès à des soins d'urgence subordonné à une exigence financière préalable – Personnel médical conscient de la gravité de l'état de santé de la patiente et de la nécessité d'une intervention d'urgence – Dysfonctionnement flagrant des services hospitaliers – Absence de dispositions en droit interne visant à prévenir le défaut de prise en charge d'urgence médicale – Extinction des poursuites pénales contre les médecins concernés pour cause de prescription

*

* *

En fait

Alors enceinte de trente-quatre semaines, l'épouse du premier requérant et mère du second, souffrant de douleurs persistantes, se rendit en compagnie de son époux à l'hôpital universitaire. Elle y fut examinée par un médecin urgentiste avant d'être prise en charge par une équipe de médecins du service de gynécologie et d'obstétrique, lesquels, après avoir procédé à une échographie, établirent que l'enfant qu'elle portait était mort et qu'elle devait être opérée immédiatement. On lui aurait alors précisé que l'hospitalisation et l'intervention chirurgicale étaient payantes et qu'un acompte s'élevant à environ 1 000 euros (EUR) devait être versé. Le premier requérant ayant déclaré ne pas avoir la somme demandée, son épouse n'aurait pu être hospitalisée. L'urgentiste organisa alors son transfert vers un autre hôpital dans un véhicule sans personnel médical. Elle décéda en route.

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

Une procédure d'enquête fut ouverte par la commission d'enquête auprès du ministère de la Santé, qui établit la responsabilité des médecins de l'hôpital pour la mort de la patiente. Étaient mis en cause le transfert de la patiente en l'absence de traitement ainsi que l'importance accordée au règlement des frais d'intervention médicale. Aucune poursuite pénale ne fut engagée à l'encontre du médecin de garde, l'infraction étant prescrite. Les médecins reconnus coupables en première instance ne furent pas sanctionnés pénalement car, en octobre 2010, la Cour de cassation mit fin à la procédure, également pour cause de prescription.

En droit

Article 2 :

a) *Volet matériel* – La Cour rappelle que les obligations positives que l'article 2 de la Convention fait peser sur l'État impliquent la mise en place d'un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient privés ou publics, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie des malades.

S'il n'incombe aucunement à la Cour dans le cas d'espèce de se prononcer *in abstracto* sur la politique de santé publique de l'État en matière d'accès aux soins à l'époque des faits, il lui suffit de retenir, au vu des constats opérés par les instances nationales, que l'offre de soins à l'hôpital a été subordonnée à une exigence financière préalable. Dissuasive, celle-ci a conduit à un renoncement, de la part de la patiente, aux soins au sein de l'hôpital. Ce renoncement ne saurait aucunement être considéré comme ayant pu être effectué de manière éclairée ni comme étant de nature à exonérer les instances nationales de leur responsabilité quant aux soins qui auraient dû être prodigués à la défunte. En effet, aucun doute n'existait quant à la gravité de l'état de santé de la patiente à son arrivée à l'hôpital ni quant à la nécessité d'une intervention chirurgicale d'urgence dont l'absence était susceptible d'entraîner des conséquences d'une extrême gravité. Le personnel médical était parfaitement conscient du risque que représentait, pour la vie de la patiente, le transfert de celle-ci vers un autre hôpital. En outre, le dossier de l'affaire n'a pas permis à la commission ayant refusé d'autoriser les poursuites contre ce personnel d'apprécier ce qu'il convenait de faire dans les situations d'urgence médicale lorsqu'il n'était pas pourvu aux frais devant être acquittés. Le droit interne n'apparaît pas en ce sens avoir été à même de prévenir le défaut de prise en charge médicale que requérait l'état de la défunte. C'est ainsi que, victime d'un dysfonctionnement flagrant des services hospitaliers, la défunte a été privée de la possibilité d'avoir accès à des soins d'urgence appropriés. Ce constat suffit à la Cour pour estimer que l'État a manqué à son obligation de protéger son intégrité physique.

Conclusion : violation (unanimité).

b) *Volet procédural* – Les obligations positives pesant sur l'État impliquent également l'obligation d'instaurer un système judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du décès d'un individu se trouvant sous la responsabilité de professionnels de la santé, tant ceux agissant dans le cadre du secteur public que ceux

travaillant dans des structures privées, et le cas échéant d'obliger ceux-ci à répondre de leurs actes. Or les responsables présumés du décès de l'épouse du requérant n'ont subi aucune condamnation définitive à cause de la prescription de l'infraction. De plus, la durée de la procédure litigieuse ne satisfaisait pas à l'exigence d'examen prompt de l'affaire. En outre, la procédure pénale a été dès le début marquée par une omission: le non-déclenchement de l'action contre le médecin de garde. Par conséquent, il n'y a pas eu une enquête pénale effective de la part de l'État dans cette affaire.

Conclusion: violation (unanimité).

c) *Prétendu droit à la vie du fœtus* – Les requérants allèguent qu'aucune enquête n'a été effectuée pour déterminer le moment de décès du fœtus. La Cour répète l'approche adoptée dans sa jurisprudence antérieure en signalant qu'en l'absence de consensus européen sur la question du commencement de la vie, la compétence en la matière appartient à l'État. La vie du fœtus en question étant intimement liée à celle de la défunte, il n'était pas nécessaire d'analyser ce grief séparément.

Article 41: 65 000 EUR conjointement pour préjudice moral; demande pour dommage matériel rejetée.

Jurisprudence citée par la Cour

A, B et C c. Irlande [GC], n° 25579/05, CEDH 2010
Alhan c. Turquie (déc.), n° 8163/07, 14 septembre 2010
Byrzykowski c. Pologne, n° 11562/05, 27 juin 2006
Calvelli et Ciglio c. Italie [GC], n° 32967/96, CEDH 2002-I
Chypre c. Turquie [GC], n° 25781/94, CEDH 2001-IV
Eugenia Lazăr c. Roumanie, n° 32146/05, 16 février 2010
Kalender c. Turquie, n° 4314/02, 15 décembre 2009
Nitecki c. Pologne (déc.), n° 65653/01, 21 mars 2002
Öneryıldız c. Turquie [GC], n° 48939/99, CEDH 2004-XII
Pak c. Turquie (déc.), n° 39855/02, 22 janvier 2008
Powell c. Royaume-Uni (déc.), n° 45305/99, CEDH 2000-V
Prado Bugallo c. Espagne (déc.), n° 21218/09, 18 octobre 2011
Sevim Güngör c. Turquie (déc.), n° 75173/01, 14 avril 2009
Šilih c. Slovénie [GC], n° 71463/01, 9 avril 2009
Vo c. France [GC], n° 53924/00, CEDH 2004-VIII

En l'affaire Mehmet Şentürk et Bekir Şentürk c. Turquie,

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

Guido Raimondi, *président*,

Danutė Jočienė,

Peer Lorenzen,

András Sajó,

Işıl Karakaş,

Nebojša Vučinić,

Helen Keller, *juges*,

et de Stanley Naismith, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 19 mars 2013,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 13423/09) dirigée contre la République de Turquie et dont deux ressortissants de cet État, MM. Mehmet Şentürk et Bekir Şentürk (« les requérants »), ont saisi la Cour le 17 février 2009 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants, qui ont été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, ont été représentés par M^{es} S. Cengiz et H. Ç. Akbulut, avocats à İzmir. Le gouvernement turc (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent.

3. Les requérants alléguaient en particulier une violation matérielle et procédurale de l'article 2 de la Convention en raison du décès de leur mère et épouse ainsi que de l'enfant qu'elle portait. Ils disaient également avoir souffert moralement à raison de ce décès, et dénonçaient aussi les souffrances subies par la défunte durant toute la période où elle n'aurait pas reçu de soins (article 3). Ils se plaignaient également de la durée excessive de la procédure (article 6) et de l'absence de voie de recours effective (article 13). Enfin, ils invoquaient l'article 1 du Protocole n° 1.

4. Le 8 juillet 2010, 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 le fond.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

5. Les requérants sont nés respectivement en 1966 et 1993, et résident à Bayraklı/İzmir.

A. Les circonstances du décès de Mme Menekşe Şentürk

6. Le samedi 11 mars 2000, vers 10 h 30, M^{me} Menekşe Şentürk, épouse de Mehmet Şentürk («le premier requérant») et mère de Bekir Şentürk, alors enceinte de trente-quatre semaines, se rendit en compagnie de son époux à l'hôpital public Karşıyaka, car elle se plaignait de douleurs. Elle y fut examinée par une sage-femme, G.E., laquelle décida que M^{me} Menekşe Şentürk n'était pas encore arrivée à terme et qu'il était inutile d'appeler un médecin de garde pour l'examiner.

7. Le premier requérant conduisit alors son épouse à l'hôpital public Nevval Salih Alsancak İşgören d'İzmir («l'hôpital public Alsancak»), où ils arrivèrent vers 11 heures-11 h 30. Là, M^{me} Menekşe Şentürk fut examinée par une sage-femme, A.Y., qui, constatant que l'épouse du requérant n'était pas arrivée à terme et qu'il n'y avait aucune complication, n'appela pas le gynécologue de garde pour un examen.

8. Devant la persistance des douleurs de son épouse, le premier requérant la conduisit au centre hospitalier d'enseignement et de recherche Atatürk, où ils arrivèrent vers 14 heures. M^{me} Menekşe Şentürk y fut examinée par un interne au service des urgences, le docteur F.B., puis transférée au service d'urologie où elle fut examinée par un urologue, le docteur Ö.Ç. Ce dernier diagnostiqua une colique rénale, lui prescrivit des médicaments, décida l'administration d'un analgésique et lui conseilla de revenir en consultation après l'accouchement.

9. Les douleurs de son épouse ne s'étant pas atténuées une fois rentrée chez elle, le premier requérant la conduisit le soir même à l'hôpital de la faculté de médecine de l'université Ege. Elle y fut tout d'abord examinée par un médecin urgentiste, le docteur S.A.A., puis transférée au service de gynécologie et d'obstétrique, où elle fut prise en charge par une équipe de médecins, lesquels, après avoir procédé à une échographie, établirent que l'enfant qu'elle portait était mort et qu'elle devait être opérée immédiatement pour qu'il lui soit retiré. On lui aurait alors précisé que l'hospitalisation et l'intervention chirurgicale étaient payantes et qu'un acompte s'élevant à 600 ou 700 millions de livres turques devait être versé au fonds de roulement de l'hôpital. Le premier requérant ayant déclaré ne pas avoir la somme demandée, son épouse n'aurait pas pu être hospitalisée.

L'urgentiste, le docteur S.A.A., organisa le transfert de l'épouse du premier requérant en ambulance privée vers l'hôpital de gynécologie et d'obstétrique de Konak/İzmir, dans un véhicule sans personnel médical.

10. M^{me} Menekşe Şentürk décéda vers 23 heures au cours de son transfert en ambulance.

B. L'enquête du ministère de la Santé

11. Entre le 26 octobre 2000 et le 23 novembre 2000, la commission d'enquête près le ministère de la Santé diligenta une enquête sur les circonstances de ce décès, au cours de laquelle furent entendus le premier requérant, les personnes ayant accompagné la défunte à l'hôpital, les membres du personnel médical (sages-femmes et médecins) des différents hôpitaux où la défunte s'était rendue ainsi que l'ambulancier ayant procédé à son transfert vers l'hôpital de gynécologie et d'obstétrique de Konak/İzmir.

12. Le 30 octobre 2000 furent notamment recueillies les dépositions de deux sages-femmes travaillant au foyer médical de quartier Karşıyaka où M^{me} Menekşe Şentürk était suivie durant sa grossesse. Il ressort de leurs témoignages que celle-ci se présenta le 3 mars 2000 pour un contrôle au cours duquel les battements de cœur de l'enfant ne furent pas perçus, de sorte que les sages-femmes lui conseillèrent de se rendre au plus tôt dans un hôpital pour que soit pratiquée une échographie.

13. Le 31 octobre 2000, la déposition de G.E., la sage-femme de l'hôpital public Karşıyaka qui avait examiné M^{me} Menekşe Şentürk, fut recueillie. Il ressort du procès-verbal établi à cette occasion qu'elle avait entendu les battements de cœur de l'enfant et qu'au moment où elle avait ausculté la mère, l'enfant était vivant. Elle précisa à cet égard avoir écouté le cœur de l'enfant avec un doppler, de sorte qu'il n'était pas possible d'en manquer le son, cet appareil donnant des informations quant au nombre de battements de cœur par minute. Ayant jugé que l'état de M^{me} Menekşe Şentürk était normal, elle n'avait pas estimé utile de pratiquer un ultrason ni de la faire ausculter par le médecin de garde.

14. Le 1^{er} novembre 2000, fut recueillie la déposition de A.Y., sage-femme à l'hôpital public Alsancak, laquelle déclara notamment qu'elle avait entendu les battements de cœur de l'enfant lors de l'auscultation de la mère, que l'enfant était vivant à ce moment-là et que, n'ayant relevé aucune complication, elle n'avait pas appelé le gynécologue de garde et d'astreinte.

15. Le 9 novembre 2000, furent recueillies les dépositions de T.K., S.A. et Ö.Ö., médecins au service de gynécologie et d'obstétrique de l'hôpital de la faculté de médecine de l'université Ege, lesquels déclarèrent avoir informé le premier requérant de la nécessité de retirer l'enfant par césarienne. Ils nièrent avoir dit à la patiente ou à son époux qu'ils devaient

verser 600 ou 700 millions de livres turques au fonds de roulement et déclarèrent ne pas savoir qui avait pu le faire. Ils affirmèrent également avoir expliqué la situation de la patiente au spécialiste de garde S.Ö. qui ne l'avait pas auscultée mais l'avait vue, et disposait de toutes les informations la concernant. Chacun déclara en outre, notamment :

« (...) il a été expliqué au mari de la patiente que le bébé était mort et qu'il fallait le retirer par césarienne. (...) Je n'ai jamais dit à la patiente qu'elle devait verser 600-700 millions de livres turques à la caisse du fonds de roulement pour cette opération (...) Je ne sais pas qui l'a dit (...) La signature apposée sous la mention [selon laquelle] l'hospitalisation n'a pas été acceptée est celle de la patiente M^{me} Menekşe Şentürk (...) Je n'ai jamais dit à la patiente et à son mari que s'ils ne versaient pas d'argent au fonds de roulement (...) nous ne pourrions l'opérer (...). C'est la patiente elle-même qui a refusé l'hospitalisation, qui a dit qu'elle ne pouvait verser cette somme et qui a signé les papiers. Son mari a emmené la patiente en disant qu'il ne pouvait pas assumer ce coût, qu'il refusait l'hospitalisation et qu'il allait la conduire à la maternité de Konak (...) Mes camarades et moi, en tant qu'équipe, avons expliqué (...) au mari qu'il fallait absolument retirer le bébé et qu'il ne devait pas emmener la patiente, mais nous n'avons pas réussi à le lui faire accepter (...) »

Dans son témoignage recueilli le même jour, S.Ö., spécialiste en gynécologie et obstétrique à l'hôpital de la faculté de médecine de l'université Ege, de garde le soir des faits, déclara avoir été informé par T.K. de la situation de la patiente et avoir préconisé son hospitalisation. Il affirma également ne pas s'être entretenu avec le mari de la patiente, ne pas lui avoir dit de verser de l'argent au fonds de roulement et avoir été informé par l'équipe ayant ausculté la patiente que l'hospitalisation avait été conseillée mais qu'elle avait été refusée par le mari.

16. Le 23 novembre 2000, une commission d'experts médicaux établit un rapport concluant comme suit :

« 1. L'infirmière G.E. a ausculté M^{me} Menekşe Şentürk et déclaré que son état ne nécessitait pas qu'on appelât le médecin de garde. Bien qu'il eût fallu le faire, l'infirmière n'en a pas ressenti la nécessité. En pareil cas, le principe est que tous les malades sont examinés par un médecin spécialiste car une infirmière n'a pas le niveau de connaissances [suffisant] pour apprécier la gravité de la situation. Pour tout patient entrant, l'infirmière devrait appeler le spécialiste.

2. La sage-femme et infirmière A.Y. n'avait pas le niveau de connaissances suffisant pour établir un diagnostic quant à [l'état] de la patiente. Il aurait fallu faire examiner celle-ci par un spécialiste. En fait, pour établir un diagnostic correct, il faudrait que tous les patients qui s'adressent à la polyclinique soient examinés par un spécialiste.

Le médecin de garde au service des urgences, F.B., aurait dû demander une consultation KHD [*Kadın Hastalıkları ve Doğum*, gynécologie et obstétrique]. Seul le médecin qui aurait examiné la patiente à ce moment-là aurait pu déterminer si ses symptômes indiquaient alors une complication de la grossesse.

Le médecin urologue de garde, Ö.Ç., a examiné la patiente uniquement sous l'angle urologique. Or (...) il aurait pu procéder à un examen général et demander une consultation KHD. Seul le médecin qui aurait examiné la patiente à ce moment-là aurait pu déterminer si ses symptômes indiquaient alors une complication de la grossesse.

3. Au regard des symptômes cliniques de la patiente, les médecins spécialistes de garde de la faculté de médecine de l'université Ege auraient dû insister pour l'hospitaliser.

4. La présence de personnel médical dans l'ambulance n'aurait rien changé au résultat.

Au vu des informations disponibles à ce jour, les causes du décès ne peuvent être véritablement déterminées. [Elles pourront l'être] de manière définitive après l'autopsie, dont les résultats permettront d'établir définitivement les [éventuelles] responsabilités pour négligence du personnel susmentionné (...)

Les causes de la mort: 1. Rupture de l'utérus. 2. Embolie du mésoderme. 3. Décollement du placenta. 4. Probabilité faible de pré-éclampsie aggravée.»

17. Le 24 novembre 2000, à la lumière de ce rapport d'expertise ainsi que des témoignages des diverses parties impliquées, l'inspecteur en chef du ministère de la Santé établit un rapport qui conclut que les sages-femmes G.E. et A.Y., qui travaillaient respectivement à l'hôpital public Karşıyaka et à l'hôpital public Alsancak, avaient manqué aux devoirs afférents à leurs fonctions pour avoir renvoyé la patiente chez elle, malgré la persistance de ses douleurs, sans qu'elle ait été auscultée au préalable par un médecin de garde. Il estima de même que les médecins F.B. et Ö.Ç., qui travaillaient au centre hospitalier d'enseignement et de recherche Atatürk, avaient manqué aux devoirs afférents à leurs fonctions pour n'avoir pas demandé de consultation par un spécialiste en gynécologie et obstétrique ni orienté la patiente en ce sens. Ce rapport d'enquête conclut par ailleurs qu'un rapport de plainte avait été établi quant à la question de la responsabilité de T.K., H.V., S.A. et Ö.Ö., médecins au service de gynécologie et d'obstétrique de l'hôpital de la faculté de médecine de l'université Ege, de sorte qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer de nouveau à leur endroit. L'inspecteur en chef parvint à la même conclusion quant à la question de la responsabilité de la société d'ambulances mise en cause, un rapport distinct ayant été transmis sur cette question à la direction de la santé d'İzmir.

Le rapport d'enquête mentionne toutefois que les médecins T.K., H.V., S.A., et Ö.Ö. avaient manqué à leurs devoirs, et ainsi causé par négligence, imprudence et inexpérience la mort de M^{me} Menekşe Şentürk. Enfin, la commission estima que le docteur S.A.A., de l'hôpital de la faculté de médecine de l'université Ege, n'avait commis aucune faute en transférant la défunte au service de gynécologie et d'obstétrique.

Certains constats consignés dans le rapport d'enquête quant aux faits survenus à l'hôpital de la faculté de médecine de l'université Ege peuvent notamment se lire comme suit :

«Après son auscultation au service des urgences (...), M^{me} Menekşe Şentürk fut transférée au service d'obstétrique (...) M^{me} Menekşe Şentürk, enceinte de trente-quatre semaines, fut auscultée par l'équipe de garde du service d'obstétrique. Lors de l'échographie pratiquée par l'équipe de garde (...), les battements de cœur de l'enfant ne furent pas perçus et il fut établi qu'il était mort (...) Les proches de la patiente [furent informés] qu'il fallait retirer l'enfant pour la santé de la mère (...) Toutefois les proches de la patiente ayant déclaré ne pas avoir les moyens de faire face aux frais d'hôpital, (...) l'équipe de garde n'hospitalisa pas la patiente et la transféra à l'hôpital de gynécologie et d'obstétrique [de Konak/]İzmir, dans cet état, après avoir obtenu sa signature par laquelle elle refusait l'hospitalisation (...) Or il est entendu qu'alors que, selon la loi, ils auraient dû s'occuper des procédures relatives aux frais après avoir hospitalisé la patiente, l'avoir examinée, avoir [posé] un diagnostic et soigné [la patiente], les médecins ont manqué à leurs devoirs en la transférant sans l'avoir soignée [alors qu'elle] était dans une situation d'urgence, avec des douleurs persistantes, et ont ainsi causé sa mort.»

Différents témoignages sont relatés dans ce rapport d'enquête. Certains peuvent notamment se lire comme suit :

«*Témoignage de Mehmet Şentürk*: (...) le samedi 11 mars 2000, vers 10 heures, j'ai conduit mon épouse (...) enceinte de huit mois, au service des urgences de l'hôpital public Karşıyaka en raison des violentes douleurs qu'elle ressentait. Notre voisine N.S. était à nos côtés (...) Mon épouse a été auscultée à l'hôpital public Karşıyaka (...) ils m'ont dit qu'ils ne pouvaient rien faire, que l'appareil à ultrasons était éteint (...) qu'il serait préférable que je [la] conduise à l'hôpital public Alsancak (...) J'ai conduit mon épouse au service des urgences de l'hôpital public Alsancak vers 11 h 15. Là, les responsables du service des urgences (...) m'ont dit qu'ils manquaient de personnel et que l'appareil à ultrasons était éteint (...) les agents en fonction m'ont alors dit de [la] conduire dans un autre hôpital. Sur ce, j'ai amené mon épouse au centre hospitalier d'enseignement et de recherche Atatürk Yeşilyurt (...) Il était environ midi lorsque je l'ai accompagnée au service d'obstétrique (...) Le médecin m'a dit de l'amener au service d'urologie (...) Je l'ai conduite au service d'urologie. Ils ont demandé des examens urologiques et un USG rénal (...) [Mon épouse] a attendu trois ou quatre heures sur une civière au service des urgences du centre hospitalier d'enseignement et de recherche Atatürk. Ses douleurs sont devenues plus violentes. Sur ce, j'ai été voir le chef du service des urgences. Je lui ai dit que mon épouse se sentait très mal et j'ai [demandé] qu'un médecin du service urologique l'ausculte (...) le médecin urologue l'a auscultée (...) Après l'avoir auscultée, il a déclaré: «il y a du temps avant la naissance, en ce moment il n'y a rien que nous puissions faire, faites-lui donner un antalgique au service des urgences et emmenez-la» et il a donné une ordonnance (...) J'ai dit au docteur que ma femme était enceinte de huit mois et lui ai demandé si les médicaments étaient ou non nocifs. Il a dit qu'il ne fallait pas les utiliser tout le temps mais seulement si les douleurs augmentaient (...) Un antalgique a été administré mais je ne sais pas quel genre d'antalgique (...) les douleurs ne se sont pas calmées (...) j'ai

ramené [mon épouse] à la maison (...) il était environ 18 h 30 lorsque je l'ai conduite à la maison (...) Le soir, vers approximativement 20 h 30, j'ai vu que l'état de mon épouse avait empiré et, en compagnie de Ö.A.G. (...) je l'ai conduite à l'hôpital de l'université Ege (...) Le médecin qui a ausculté mon épouse (...) m'a dit que le bébé était mort (...) Je lui ai dit de sauver ma femme (...) Le médecin m'a dit que pour retirer l'enfant de la mère par une opération il fallait que je verse 600-700 millions de livres au fonds de roulement (...) Je lui ai répondu que je n'avais pas cet argent à ce moment-là mais d'opérer [ma femme], que je signerais un papier et que je paierais. Le médecin m'a dit que je devais verser l'argent (...) je lui ai demandé de me dire quoi faire (...) Ils m'ont alors dit de la conduire d'urgence à la maternité de Konak (...) Nous avons appelé une ambulance (...) j'ai demandé à une femme alors présente s'il ne devait pas y avoir un soignant pour accompagner [ma femme]. Elle a répondu «ils n'ont pas envoyé de soignant» (...) Nous avons pris la route (...) Nous sommes arrivés à l'hôpital de Konak (...) les agents en fonction m'ont dit que mon épouse était morte (...) Mon épouse n'a pas été prise en charge avec diligence dans les hôpitaux où je l'ai conduite. Si à l'hôpital public Karşıyaka, à l'hôpital public Alsancak ou à l'hôpital d'enseignement et de recherche Atatürk une échographie avait au moins été faite et qu'on m'avait dit que l'enfant était mort, comme c'était de jour, j'aurais pu rassembler l'argent de l'opération et sauver ma femme. Je n'étais pas informé que mon épouse avait été auscultée le 3 mars 2000 au foyer médical Bayraklı et que les battements de cœur de l'enfant n'avaient pas été entendus (...) Un jour ou deux avant le 3 mars 2000, elle m'avait dit qu'elle s'était tordu la cheville sur les deux dernières marches des escaliers et avait heurté la rampe (...) mais qu'elle n'avait aucune douleur et qu'il n'était pas nécessaire d'aller chez le médecin (...)

Témoignage de Ö.A.G. : (...) nous avons conduit la patiente au service des urgences de l'hôpital Ege (...) L'un des médecins m'a dit que son état était grave. Il a dit d'aller verser 700 millions de livres au fonds de roulement (...) Je ne connais pas le nom de ce médecin. Il était alors environ 22 heures. J'avais 150 millions de livres avec moi. J'ai dit au médecin que j'avais cet argent, que je [pouvais] le verser et que pour le reste je [pouvais] signer un papier (...) Il a dit que ça n'irait pas, qu'il ne pouvait pas opérer. J'ai insisté pour qu'il opère. Il a encore refusé. J'ai alors demandé quoi faire (...) Il nous a dit de la conduire à la maternité de Konak. Au même moment, ils nous ont demandé sous la contrainte de signer un document certifiant que nous sortions la patiente de notre plein gré (...)

Témoignage d'Ahmet Y. : (...) Nous avons amené M^{me} Menekşe Şentürk à l'hôpital de l'université Ege vers 21 heures. Ils l'ont tout de suite admise au service des urgences. Une femme médecin l'a examinée (...) elle nous a dit que le bébé était mort (...) Le médecin nous a dit qu'il fallait retirer l'enfant d'urgence par une intervention (...) Le docteur nous a dit qu'il fallait verser environ 700 millions à l'hôpital pour l'opération. Le mari de la patiente a dit qu'il ne pouvait verser l'intégralité de la somme maintenant, qu'il pouvait en verser une partie (...), faire un papier et payer plus tard. Le médecin a dit d'en discuter avec la caisse [vezne]. Ceux de la caisse nous ont dit qu'il fallait verser l'intégralité de la somme. Par la suite, nous avons parlé à nouveau avec le médecin qui avait ausculté la patiente. Nous lui avons dit que nous n'avions pas pu verser l'argent et

lui avons demandé ce qu'il fallait faire. Il nous a dit d'emmener tout de suite la patiente à la maternité de Konak (...)

Témoignage de S.A.A. : (...) M^{me} Menekşe Şentürk s'est présentée le 11 mars 2000 au service des urgences en se plaignant de douleurs au ventre (...) J'ai accueilli la patiente (...) procédé à son examen (...) je l'ai envoyée au service de gynécologie et d'obstétrique. Environ une demi-heure après avoir été auscultée au service d'obstétrique, la patiente est revenue au service des urgences (...) Le mari de la patiente m'a déclaré que les médecins en obstétrique lui avaient dit que le bébé était mort (...) et qu'elle devait être hospitalisée. J'ai demandé pourquoi ils ne l'avaient pas hospitalisée et conduite à nouveau aux urgences. Le mari de la patiente m'a dit qu'on lui avait demandé des frais (...) et comme il ne pouvait payer cette somme il voulait emmener sa femme à la maternité de Konak. À ce moment-là, il était affolé et ému. Je lui ai calmement dit qu'il fallait immédiatement retirer le bébé du ventre de la mère, [qu'il devait] ramener et faire hospitaliser immédiatement la patiente (...) [pour] qu'ils retirent l'enfant sinon la vie de la mère pourrait être en danger (...) Malgré ce que j'ai dit, le mari de la patiente a écrit sur la fiche d'auscultation de la patiente: « Malgré les conseils des médecins, nous avons refusé l'hospitalisation » et l'a signée. Je n'ai fait aucune pression (...) pour que ces mentions soient écrites (...) le mari de la patiente m'a dit que les médecins de la maternité lui avaient dit qu'il devait déposer, si mes souvenirs sont bons, 400 millions (...)

Témoignage de M.D., chauffeur auprès de la compagnie d'ambulances privées : (...) le 11 mars 2000, vers 22 h 30, j'ai récupéré la patiente au service d'obstétrique et l'ai conduite au service des urgences. Là, j'ai dit à l'infirmière en chef, S.T., d'affecter un soignant à l'ambulance. Elle a dit que ce n'était pas possible. Plus tard, j'ai demandé un soignant pour l'ambulance au médecin du service des urgences qui transférait la patiente. Mais elle aussi a dit qu'elle ne pouvait pas, que le bébé était mort dans le ventre de sa mère et qu'il fallait que je la conduise immédiatement à l'hôpital de Konak (...) J'ai placé la patiente dans l'ambulance (...) Le mari de la patiente est monté à ses côtés (...) Il n'y avait pas de personnel soignant dans l'ambulance (...) Avant qu'on la place dans l'ambulance, devant le service des urgences de l'hôpital Ege (...), la patiente me disait de ne pas l'emmener (...) Il devait être 22 h 40. Lorsque nous sommes arrivés à Konak (...) j'ai vu que la patiente était décédée (...) Comme je l'ai expliqué (...) la raison pour laquelle il n'y avait pas de personnel soignant dans notre ambulance (...) tient au fait que notre infirmière de service s'occupait du transfert d'un autre malade (...) les médecins et une infirmière de l'hôpital (...) m'ont dit que la patiente était arrivée morte. Ils ont dit qu'ils n'avaient pas de morgue et que nous devions la ramener à la morgue de l'université Ege (...) »

D'après les témoignages consignés, quatre médecins de l'hôpital de la faculté de médecine de l'université Ege, à savoir T.K., S.A., Ö.Ö. et S.Ö., nièrent avoir dit au requérant ou à la défunte qu'ils devaient verser une somme d'argent pour que soit pratiquée l'intervention chirurgicale en cause.

C. Les poursuites pénales diligentées contre le personnel médical

1. *Les poursuites contre les médecins T.K., H.V., S.A. et Ö.Ö.*

18. Le 26 février 2001, la direction de la faculté de médecine de l'université Ege ouvrit une enquête concernant les médecins T.K., H.V., S.A. et Ö.Ö.

19. Le 10 septembre 2001, elle décida qu'il n'y avait pas lieu de diligenter de poursuites contre ces médecins.

20. Le 26 août 2002, une commission d'enquête composée de médecins établit un rapport concluant que les médecins mis en cause n'avaient commis aucune faute et que, dès lors, il n'y avait pas lieu d'intenter de poursuites à leur encontre.

21. Le 24 octobre 2002, invoquant l'article 2 de la Convention, l'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi que l'article 17 de la Constitution turque, dispositions concernant le droit à la vie, le premier requérant forma opposition contre cette décision. Il soutenait entre autres que la commission aurait dû vérifier la législation en vigueur ainsi que la pratique de l'université Ege dans les cas nécessitant une hospitalisation d'urgence, lorsque les frais d'hospitalisation ne peuvent être payés.

22. Le 22 janvier 2003, le Conseil d'État annula les conclusions du rapport d'enquête. Il releva que la commission n'avait pas examiné quelles conditions devaient être remplies, dans les établissements hospitaliers, pour commencer à traiter un patient dont la vie est en danger et dont l'état requiert une intervention médicale d'urgence. Il releva également que la commission n'avait pas demandé l'élargissement de l'enquête pour y inclure le docteur S.Ö., spécialiste en gynécologie et obstétrique à l'hôpital de la faculté de médecine de l'université Ege, de garde la nuit en question, et déterminer sa responsabilité au regard des faits litigieux. Il estima qu'il fallait pallier ces carences.

23. Le 23 janvier 2004, estimant qu'il n'y avait eu ni négligence ni imprudence de la part des médecins mis en cause, la commission d'enquête adopta un nouveau rapport concluant à un non-lieu. Elle précisa que le dossier ne permettait pas de déterminer ce qu'il convenait de faire dans les situations d'urgence médicale nécessitant une hospitalisation lorsque les frais correspondants n'étaient pas acquittés.

24. Le 25 février 2004, invoquant l'article 2 de la Convention, l'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi que l'article 17 de la Constitution relatifs au droit à la vie, le premier requérant forma à nouveau opposition contre ces conclusions. Il soutint notamment que le fait

de ne pas inclure S.Ö. dans la procédure d'enquête constituait une carence de celle-ci, et demanda à ce que ce médecin soit intégré dans l'enquête.

25. Le 14 avril 2004, le Conseil d'État renvoya le dossier au rectorat de l'université Ege.

26. Le 16 mai 2005, la commission d'enquête adopta un nouveau rapport concluant de nouveau au non-lieu, faute de négligence ou d'imprudence imputable aux médecins T.K., H.V., S.A., Ö.Ö. et S.Ö. mis en cause.

27. Le 13 juin 2005, le premier requérant saisit le Conseil d'État d'un recours contre ces conclusions.

28. Le 27 septembre 2005, le Conseil d'État fit droit à ce recours, estimant qu'il existait suffisamment de preuves que les médecins mis en cause aient commis les faits reprochés. Il se fonda à cet égard sur le rapport établi les 20 et 21 mai 2004 par la commission supérieure de la santé (*Yüksek Sağlık Şurası*, paragraphe 45 ci-dessous), selon lequel lesdits médecins étaient responsables à hauteur de 4/8^e de la mort de la défunte. Il décida donc qu'ils devaient faire l'objet de poursuites pénales et transmit le dossier au parquet.

29. Le 17 novembre 2005, le tribunal correctionnel d'İzmir constata que le Conseil d'État lui avait renvoyé directement l'affaire en l'absence d'acte d'accusation du parquet et décida en conséquence de mettre un terme à la procédure diligentée contre T.K., H.V., S.A., Ö.Ö. et S.Ö., l'ouverture d'un procès étant subordonnée à la délivrance d'un acte d'accusation.

30. Le 21 avril 2006, le procureur de la République d'İzmir délivra un acte d'accusation à l'encontre des médecins T.K., H.V., S.A. et Ö.Ö. et requit leur condamnation pour atteinte involontaire à la vie (article 455 § 1 du code pénal).

31. Le 11 septembre 2006, le premier requérant demanda à se constituer partie intervenante dans la procédure, demande à laquelle le tribunal correctionnel d'İzmir fit droit le jour même.

2. *Les poursuites contre la sage-femme G.E.*

32. Par une décision du 1^{er} mars 2001, le gouverneur du district de Karşıyaka autorisa l'ouverture de poursuites pénales contre la sage-femme G.E. pour manquement à ses devoirs professionnels.

33. Le 25 avril 2001, le procureur de la République de Karşıyaka inculpa l'intéressée pour manquement à ses devoirs professionnels (article 230 § 1 du code pénal) et requit sa condamnation.

34. Le 23 octobre 2001, le tribunal correctionnel de Karşıyaka acquitta l'accusée au motif qu'une autre sage-femme était également de garde le jour des faits litigieux, et qu'il n'était pas établi que c'était l'accusée qui avait examiné la défunte et l'avait renvoyée chez elle sans appeler au préalable un spécialiste pour l'ausculter. Le tribunal ajouta qu'au demeurant, à supposer

même que l'accusée fût la sage-femme qui avait examiné et renvoyé la défunte chez elle, le manquement à ses devoirs n'était pas intentionnel, de sorte que les éléments constitutifs de l'infraction n'étaient pas réunis.

35. Ce jugement devint définitif le 31 octobre 2001.

36. Le 14 juin 2005, se fondant sur les conclusions du rapport de la commission médicale supérieure de la Santé selon lesquelles G.E. était responsable à hauteur de 2/8^e du décès de son épouse (paragraphe 45 ci-dessous), le premier requérant demanda la réouverture de la procédure pénale diligentée à l'encontre de cette sage-femme.

37. Le 12 octobre 2005, le premier requérant fit une demande de constitution de partie intervenante dans la procédure diligentée contre G.E.

38. Le 9 mars 2006, le tribunal correctionnel de Karşıyaka fit droit à la demande de réouverture et prononça la jonction de cette instance et de celle qui était pendante devant le tribunal correctionnel d'İzmir (paragraphe 51 et suivants ci-dessous). Il décida également de renvoyer à la chambre pénale de la Cour de cassation la question du conflit de compétence entre ces deux juridictions.

39. Le 12 juin 2006, la Cour de cassation prononça la jonction des procédures pénales en question et désigna le tribunal correctionnel de Karşıyaka comme le tribunal compétent pour connaître de la suite de la procédure.

3. Les poursuites pénales contre A.Y., F.B. et Ö.Ç.

40. Le 14 mars 2001, le gouverneur de Konak autorisa l'ouverture de poursuites à l'encontre de la sage-femme A.Y. et des médecins F.B et Ö.Ç.

41. Le 12 octobre 2001, le procureur de la République d'İzmir inculpa ces derniers pour manquement à leurs devoirs (article 230 § 1 du code pénal) et requit leur condamnation.

42. Le 12 avril 2002, le premier requérant demanda à se constituer partie intervenante dans la procédure pénale initiée devant le tribunal correctionnel d'İzmir. Au terme de l'audience tenue le même jour, le tribunal fit droit à cette demande.

43. Le 13 novembre 2002, le premier requérant demanda l'élargissement de la procédure, réclamant notamment une expertise médico-légale aux fins de déterminer combien de temps après la mort de l'enfant son épouse était décédée.

44. Le 24 février 2003, le tribunal correctionnel d'İzmir transmit le dossier de l'affaire à la commission supérieure de la santé afin qu'elle se prononçât sur la responsabilité des accusés et sur le degré de celle-ci.

45. Les 20 et 21 mai 2004, la commission supérieure de la santé (*Yüksek Sağlık Şurası*) adopta une décision, dont les extraits pertinents se lisent ainsi :

«Au terme de l'examen du dossier, des documents et des éléments de preuve, la commission conclut :

– que les sages-femmes G.E. et A.Y., qui n'ont pas évalué correctement la situation au terme de l'auscultation de la patiente et n'ont pas appelé le gynécologue de garde malgré les plaintes de cette dernière, sont responsables à hauteur de 2/8^e;

– que les médecins Ö.Ç. et F.B., qui ont examiné la malade uniquement au regard de leur domaine d'expertise alors qu'elle s'était présentée à l'hôpital enceinte de trente-quatre semaines, hypertensive et se plaignant de violentes douleurs, et qui ne l'ont pas fait examiner par un obstétricien, sont responsables à hauteur de 3/8^e;

– que les médecins de garde T.K., H.V., S.A. et Ö.Ö., du service d'obstétrique de l'hôpital de la faculté de médecine de l'université Ege sont responsables à hauteur de 4/8^e de la mort de la patiente pour avoir fait transférer celle-ci vers le centre pour assurés sociaux sans assistance, au motif qu'elle n'avait pas d'argent, alors que son état n'était pas compatible avec un tel transfert.»

46. Le 1^{er} février 2005, le tribunal reçut le rapport de la commission supérieure de la santé et releva que la responsabilité des accusés avait été établie, mais pas sur une base de 8/8^e.

47. Le 14 mars 2005, le premier requérant se référa au rapport de la commission supérieure de la santé qui avait conclu que, outre les personnes accusées dans le cadre de la procédure en cours, d'autres médecins travaillant à l'hôpital de la faculté de médecine de l'université Ege avaient été reconnus responsables, et demanda en conséquence la délivrance d'un acte d'accusation à l'endroit de ces derniers.

48. Au terme de l'audience du 17 mars 2005, le tribunal correctionnel d'İzmir transmet le dossier de l'affaire au procureur de la République en vue de l'adoption d'un acte d'accusation complémentaire à l'encontre des accusés sur la base de l'application à leur encontre de l'article 455 du code pénal.

49. Le 25 mars 2005, le procureur de la République d'İzmir délivra un acte d'accusation complémentaire en vue d'inculper les accusés pour atteinte involontaire à la vie (article 455 § 1 du code pénal), et requit leur condamnation de ce chef.

50. Le 4 juillet 2006, le premier requérant demanda au tribunal correctionnel d'İzmir de clore au plus tôt la procédure. Invoquant l'article 6 de la Convention, il souligna que la durée de cette procédure portait atteinte à son droit à un procès équitable dans un délai raisonnable. Il souligna en outre que sa prolongation risquait de prescrire l'action et de porter atteinte à son droit de propriété, étant donné qu'il pouvait se retrouver privé de toute possibilité d'obtenir une indemnisation pour dommage moral et matériel.

51. Le 30 janvier 2007, le tribunal correctionnel d'İzmir décida de joindre la procédure en cours devant lui à celle diligentée contre les médecins T.K., H.V., S.A. et Ö.Ö. pour atteinte involontaire à la vie.

4. *La procédure pénale consécutive à la jonction des instances*

52. Le 7 mai 2007, l'avocat du premier requérant déposa une demande de constitution de partie intervenante pour le compte du fils mineur de celui-ci. Il se plaignit également de la durée de la procédure, soulignant le risque de prescription. Il forma également une demande de dommages-intérêts pour le préjudice causé à son client à raison du décès de son épouse et réclama 60 000 livres turques (TRY) pour le préjudice moral subi par le premier requérant et 50 000 TRY pour le préjudice moral subi par le fils de celui-ci, ainsi que 30 000 TRY, conjointement, pour préjudice matériel.

53. Au terme de l'audience du 8 mai 2007, le tribunal correctionnel de Karşıyaka releva que l'acte d'accusation ne comportait aucune mention du médecin S.Ö., alors qu'antérieurement le nom de celui-ci était apparu dans ceux des accusés dans la procédure devant le tribunal correctionnel d'İzmir. Il demanda en conséquence qu'il lui soit précisé si, après la décision ayant arrêté la procédure (paragraphe 29 ci-dessus), un non-lieu avait ou non été prononcé à l'égard de S.Ö. ou s'il s'agissait d'une erreur. Il ajouta que, dans ce dernier cas, l'oubli devait être réparé.

54. Lors de l'audience du 27 novembre 2007, le tribunal correctionnel de Karşıyaka releva que le procureur avait répondu qu'il n'y avait pas de non-lieu à l'égard de S.Ö. et qu'il pouvait s'agir d'une erreur. Le tribunal demanda l'adoption de mesures à cet égard.

55. Les 11 février et 18 mars 2008, l'avocat du requérant déposa au tribunal des mémoires pour se plaindre de la durée de la procédure.

56. Lors de l'audience du 12 février 2008, le tribunal releva que l'ouverture de poursuites contre S.Ö. n'était pas de nature à avoir un impact sur la procédure en cours mais pouvait faire traîner le dossier. Il décida en conséquence de renoncer à attendre celle-ci.

57. Le 18 mars 2008, le tribunal correctionnel reconnut A.Y., Ö.Ç., F.B., T.K., H.V., Ö.Ö. et S.A. coupables d'homicide involontaire et les condamna à une peine de deux ans d'emprisonnement et à une amende de 91 TRY. En application des dispositions du code pénal relatives aux réductions de peine, il commua la peine de A.Y. en une amende de 468 TRY; celle de Ö.Ç. et de F.B. en une amende de 703 TRY, et celle de T.K., de H.V., de S.A. et de Ö.Ö. en une amende de 937 TRY. Toutes les peines furent en outre assorties d'un sursis à exécution. Le tribunal rejeta la demande de condamnation de l'accusée G.E., relevant que, même si le rapport de la commission supérieure de la santé avait établi sa responsabilité à hauteur

de 2/8^e, cette circonstance ne constituait pas un motif de réouverture de la procédure pénale à son encontre en vertu de l'article 314 du code de procédure pénale. Il confirma en conséquence l'acquittement prononcé à son égard au terme de la première procédure pénale dirigée contre elle.

La motivation du tribunal correctionnel peut se lire comme suit en sa partie pertinente :

« (...) [I] ressort de l'ensemble du dossier : – que M^{me} Menekşe Şentürk, enceinte de huit mois, fut conduite à l'hôpital public Karşıyaka d'İzmir par son mari le samedi 11 mars 2000 en raison de violentes douleurs ; – qu'elle y fut auscultée par la sage-femme G.E. (...), que le médecin ne fut pas prévenu, qu'aucune mesure ne fut prise et que, l'accouchement n'ayant pas commencé, la patiente fut renvoyée ; – qu'elle fut ensuite conduite au service des urgences de l'hôpital public Alsancak, qu'elle y fut examinée par la sage-femme A.Y., qu'elle fut renvoyée parce que l'accouchement n'avait pas commencé ; – que vers 14 heures, elle fut amenée au service des urgences du centre hospitalier Yeşilyurt Atatürk, qu'elle y fut auscultée par le médecin F.B., qu'en raison de ses douleurs sur le côté gauche elle fut envoyée au service d'urologie, où elle fut auscultée par le médecin Ö.Ç. qui conclut à une colique rénale, lui administra un antalgique et la renvoya ; – que les douleurs ayant persisté après que [le mari] de la patiente l'eut ramenée à la maison, (...) elle fut conduite à l'hôpital de la faculté de médecine de l'université Ege, qu'elle fut transférée par le médecin urgentiste (...) à la maternité ; que là, il fut établi que la patiente était enceinte de huit mois mais que les battements de cœur [de l'enfant] n'étaient pas perçus ; que, bien que le médecin ait conseillé de retirer le bébé, l'hospitalisation ne fut pas acceptée, faute de moyens financiers ; – que la patiente fut alors transférée à l'hôpital de gynécologie et d'obstétrique [de Konak/]İzmir mais était décédée pendant le trajet ; – qu'à raison de cet événement [et] comme l'avait établi la commission supérieure de la santé, les sages-femmes G.E. et A.Y. étaient responsables à hauteur de 2/8^e, les médecins Ö.Ç. et F.B. à hauteur de 3/8^e, les médecins T.K., H.V., S.A. et Ö.Ö. à hauteur de 4/8^e ; – que dans les circonstances, ces accusés [devaient] être punis de l'infraction à eux imputée (...) »

58. Le 21 mai 2008, les requérants se pourvurent en cassation. Dans leur mémoire, ils soulignaient que le tribunal correctionnel n'avait pas répondu à la demande de constitution de partie intervenante présentée pour le compte du fils du requérant ni à la demande d'indemnisation qu'ils avaient soumis. Ils contestaient également l'acquittement de G.E. alors que sa responsabilité dans le décès litigieux était établie, ainsi que la conversion en amendes des peines d'emprisonnement infligées aux accusés et le sursis dont celles-ci avaient été assorties. Par ailleurs, invoquant l'article 2 de la Convention, ils alléguaient une atteinte au droit à la vie et un manquement de l'État à ses obligations positives à cet égard, et estimaient que le fait pour le premier requérant et son épouse d'avoir été contraints de se rendre d'un hôpital à l'autre était constitutif d'un traitement contraire à l'article 3 de la Convention. Invoquant les articles 6 et 13, ils se plaignaient de la durée de la procédure et de l'absence de voie de recours permettant de mettre un terme

au préjudice y relatif. Enfin, ils soutenaient que le jugement rendu portait atteinte à leur droit de propriété.

59. Le 21 janvier 2009, le procureur général près la Cour de cassation soumit ses observations et pria celle-ci de confirmer le jugement de première instance pour autant qu'il concernait G.E., de l'infirmier quant aux autres accusés pour prescription de l'infraction, et de mettre un terme à la procédure.

60. Le 7 octobre 2010, la Cour de cassation confirma le jugement de première instance pour autant qu'il concernait G.E. Elle infirma ce jugement dans le chef des autres accusés à raison de la prescription de l'infraction prévue aux articles 102 § 4 et 104 § 2 de la loi pénale n° 765. Elle mit donc fin à la procédure pour cause de prescription en vertu de l'article 322 du code de procédure pénale.

5. *Poursuites diligentées contre S.Ö.*

61. Le 4 janvier 2008, constatant notamment que la commission de la santé, dans son rapport des 20 et 21 mai 2004, n'avait pas établi de responsabilités imputables à S.Ö., qu'il n'existait pas suffisamment de preuves à son encontre et que les faits qui lui étaient reprochés tombaient sous le coup de la prescription en vigueur pour ce type d'infraction, le procureur de la République d'İzmir prononça un non-lieu à l'égard de celui-ci.

62. Le premier requérant forma opposition contre cette décision.

63. Le 14 janvier 2009, il fut débouté par la cour d'assises de Karşıyaka.

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

64. Le droit interne pertinent est décrit dans l'affaire *Sevim Güngör c. Turquie* ((déc.), n° 75173/01, 14 avril 2009).

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 2 DE LA CONVENTION

65. Les requérants allèguent une atteinte au droit à la vie de leur épouse et mère ainsi que de l'enfant qu'elle portait, en violation de l'article 2 de la Convention, ainsi libellé :

« 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. (...) »

66. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

A. Sur la recevabilité

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

B. Sur le fond

1. Arguments des requérants

a) Sur la violation substantielle alléguée de l'article 2 à raison du décès de Mme Menekşe Şentürk

68. Les requérants allèguent que la défunte a perdu la vie en raison d'une négligence grave des médecins et sages-femmes impliqués. Ils estiment que ce décès aurait pu aisément être prévenu si les médecins et/ou les sages-femmes avaient agi conformément à leurs responsabilités et au code de déontologie. Au contraire, ceux-ci auraient gravement manqué à leurs devoirs. À cet égard, les requérants soutiennent en outre que les faits litigieux ne devraient pas être qualifiés de simple négligence mais d'homicide.

69. Selon les requérants, la défunte a été transférée de force à la maternité de l'hôpital de Konak, alors même que les médecins avaient établi que son état était critique à l'hôpital de la faculté de médecine de l'université Ege. Ainsi, le premier requérant se serait entendu dire de transférer sa femme dans un autre hôpital parce qu'il était incapable de payer une somme d'environ 1 000 euros (EUR) pour son opération. Se référant au constat de la Cour dans l'affaire *Oyal c. Turquie* (n° 4864/05, §§ 53-54, 23 mars 2010), les requérants rappellent que l'État a l'obligation d'assurer les traitements médicaux nécessaires car il gère et/ou contrôle le système de protection de la santé.

70. Les requérants affirment en outre que les médecins étaient au courant de l'état critique de la victime. Se référant à l'affaire *Jasinskis c. Lettonie* (n° 45744/08, § 67-68, 21 décembre 2010), ils soutiennent que le Gouvernement est responsable du décès litigieux faute d'avoir offert les traitements nécessaires, et a donc violé l'article 2 de la Convention sous son volet substantiel.

b) Sur la violation procédurale alléguée à raison du décès de Mme Menekşe Şentürk

71. Les requérants rappellent que la Cour de cassation a mis un terme, pour cause de prescription, à la procédure pénale diligentée contre les

accusés de sorte que ces derniers sont demeurés impunis, ce qui illustrerait l'inefficacité et le caractère inadéquat de la procédure. Il serait évident que le système interne assure la protection du personnel médical plutôt que celle des patients. Les requérants font remarquer qu'il a notamment fallu attendre 2005, soit cinq ans après les faits, pour que des poursuites soient engagées contre les quatre médecins de la faculté de médecine de l'université Ege mis en cause, et ce grâce à l'intervention du Conseil d'État. La commission universitaire composée de personnel médical travaillant dans la même faculté de médecine se serait montrée très réticente à autoriser des poursuites pénales. En effet, cette commission aurait fait son possible pour bloquer les investigations à défaut desquelles les poursuites pénales des accusés en question se seraient révélées nulles et non avenues.

72. Outre l'inefficacité de l'enquête pénale dirigée contre le personnel universitaire, le dossier principal de l'affaire aurait été constamment transféré entre plusieurs juridictions pénales. Or selon les requérants, il n'y a aucun fondement rationnel à ces reports et ces transferts.

c) Sur la violation alléguée de l'article 2 de la Convention à raison du décès de l'enfant mort avant la naissance

73. Les requérants rappellent que l'enfant porté par la défunte est mort le 11 mars 2000. Ils se réfèrent aux témoignages des différents médecins et sages-femmes établissant qu'il est mort avant la naissance en conséquence d'un défaut du système de santé à déceler les problèmes qu'il pouvait avoir. Selon eux, le Gouvernement est responsable de la mort de cet enfant faute d'avoir accordé à sa mère, en temps utile, les soins que requérait son état. Alors qu'un enfant mort avant la naissance ne serait pas considéré comme une personne selon le droit pénal national, d'autres pays, tels notamment les États-Unis, estimeraient l'enfant mort avant la naissance comme une personne au regard du droit pénal.

74. Quant à l'aspect procédural de la violation de l'article 2 du chef de l'enfant mort avant la naissance, les requérants allèguent qu'aucune enquête n'a été menée aux fins de déterminer le moment du décès. Leurs demandes quant à ce décès n'auraient aucunement été prises en compte par les autorités internes. Les requérants leur reprochent à cet égard d'avoir agi comme si cet enfant n'avait jamais existé. Or ils soutiennent que l'enfant mort avant la naissance a la personnalité juridique selon le droit civil, de sorte que les autorités auraient dû ouvrir une enquête et des poursuites en vue de déterminer le moment et la cause de son décès. À cet égard, les requérants se réfèrent aux affaires *Calvelli et Ciglio c. Italie* ([GC], n° 32967/96, § 49, CEDH 2002-I), et *Öneryıldız c. Turquie* ([GC], n° 48939/99, CEDH 2004-XII).

75. En outre, selon les requérants, le droit pénal turc ne contient aucune disposition permettant des poursuites à raison du décès provoqué d'un enfant non encore né, hormis le cas de fausse couche provoquée. Cela étant, au regard du droit civil, un enfant à naître bénéficierait de droits dès lors qu'il serait dans l'utérus de sa mère, sous réserve de naître vivant. Les requérants allèguent à cet égard que la structure actuelle du droit interne est loin des standards internationaux en la matière et de l'approche commune des États membres du Conseil de l'Europe.

2. *Arguments du Gouvernement*

76. Le Gouvernement soutient que les faits et les responsabilités de toutes les personnes impliquées dans les circonstances litigieuses ont été examinés par les organes judiciaires compétents de manière indépendante, sur la base de nombreux rapports scientifiques, à tous les niveaux et que, par conséquent, les responsables se sont vu infliger les condamnations nécessaires conformément aux dispositions légales en vigueur.

77. Quant aux frais d'hospitalisation, le Gouvernement précise que les malades arrivant en urgence ne sont pas tenus de verser des frais d'hospitalisation à titre de prépaiement, même s'ils ne sont pas couverts par la sécurité sociale. Il explique qu'une fois les soins nécessaires prodigués, ces malades doivent acquitter les frais d'hospitalisation s'ils n'ont pas de sécurité sociale. Cela étant, si le malade n'a ni couverture sociale ni les moyens de payer les frais d'hospitalisation, il devrait selon le Gouvernement se voir délivrer une attestation de pauvreté par les fondations locales de solidarité afin de bénéficier d'une exemption des frais d'hospitalisation.

78. Quant au statut juridique de l'enfant à naître, le Gouvernement expose qu'en vertu de l'article 28 du code civil la personnalité juridique est attribuée à l'enfant né vivant et viable.

3. *Appréciation de la Cour quant au droit à la vie de Mme Menekşe Şentürk*

a) **Principes généraux**

79. La Cour rappelle que la première phrase de l'article 2 de la Convention astreint l'État non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction. Ces principes s'appliquent également dans le domaine de la santé publique (voir, entre autres, *Powell c. Royaume-Uni* (déc.), n° 45305/99, CEDH 2000-V, et *Calvelli et Ciglio*, précité, § 48). En effet, on ne saurait exclure que les actes et omissions des autorités dans le cadre des politiques de santé publique

peuvent, dans certaines circonstances, engager leur responsabilité sous l'angle du volet matériel de l'article 2 (*Powell*, décision précitée).

80. Toutefois, dès lors qu'un État contractant a fait ce qu'il fallait pour assurer un haut niveau de compétence chez les professionnels de la santé et pour garantir la protection de la vie des patients, on ne peut admettre que des questions telles qu'une erreur de jugement de la part d'un professionnel de la santé ou une mauvaise coordination entre des professionnels de la santé dans le cadre du traitement d'un patient en particulier suffisent en elles-mêmes à obliger un État contractant à rendre des comptes en vertu de l'obligation positive de protéger le droit à la vie qui lui incombait aux termes de l'article 2 (*ibidem*).

81. Cela étant, la Cour rappelle également que les obligations positives que l'article 2 fait peser sur l'État impliquent la mise en place par lui d'un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient privés ou publics, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie des malades. Elles impliquent également l'obligation d'instaurer un système judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du décès d'un individu se trouvant sous la responsabilité de professionnels de la santé, tant ceux agissant dans le cadre du secteur public que ceux travaillant dans des structures privées, et le cas échéant d'obliger ceux-ci à répondre de leurs actes (voir, notamment, *Calvelli et Ciglio*, précité, § 49).

82. Une exigence de promptitude et de diligence raisonnable est implicite dans ce contexte. En effet, l'examen à bref délai de telles affaires est important pour la sécurité des usagers de l'ensemble des services de santé (*Byrzykowski c. Pologne*, n° 11562/05, § 117, 27 juin 2006). L'obligation de l'État au regard de l'article 2 ne peut être satisfaite si les mécanismes de protection prévus en droit interne n'existent qu'en théorie: il faut surtout qu'ils fonctionnent effectivement en pratique, ce qui suppose un examen de l'affaire prompt et sans retards inutiles (*Šilih c. Slovénie* [GC], n° 71463/01, § 195, 9 avril 2009).

83. Par ailleurs, même si la Convention ne garantit pas en soi le droit à l'ouverture de poursuites pénales contre des tiers, la Cour a maintes fois affirmé que le système judiciaire efficace exigé par l'article 2 peut comporter, et dans certaines circonstances doit comporter, un mécanisme de répression pénale (*Calvelli et Ciglio*, précité, § 51). Toutefois, si l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité physique n'est pas volontaire, l'obligation positive découlant de l'article 2 de mettre en place un système judiciaire efficace n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale. Dans le contexte spécifique des négligences médicales, pareille obligation peut être remplie aussi, par exemple, si le système juridique en cause offre aux intéressés un recours devant les juridictions civiles, seul ou conjointement avec un

recours devant les juridictions pénales, aux fins d'établir la responsabilité des médecins en cause et, le cas échéant, d'obtenir l'application de toute sanction civile appropriée, tels le versement de dommages-intérêts et la publication de l'arrêt. Des mesures disciplinaires peuvent également être envisagées (*ibidem*, § 51).

b) Application de ces principes en l'espèce

i. Quant à la violation alléguée de l'article 2 de la Convention sous son volet matériel

84. En l'espèce, les requérants n'allèguent pas que la mort de M^{me} Menekşe Şentürk était intentionnelle. Ils soutiennent toutefois que les faits reprochés au personnel médical mis en cause ne devraient pas être qualifiés de simples négligences mais devraient être considérés comme constitutifs d'un homicide. Sous l'angle du volet matériel de l'article 2, ils soutiennent ainsi que le personnel médical a manqué aux devoirs de sa profession en raison de négligences graves qui lui seraient imputables mais aussi d'un défaut de prise en charge médicale de M^{me} Menekşe Şentürk, faute pour la défunte et son époux d'avoir eu les moyens financiers nécessaires (paragraphe 68-70 ci-dessus).

85. La Cour observe d'emblée que les faits ainsi dénoncés par les requérants diffèrent considérablement de ceux qu'elle a eu l'occasion de connaître dans les affaires précitées (paragraphe 79-83 ci-dessus). Dès lors, elle estime que, formulés dans un contexte sensiblement différent du cas d'espèce, les critères et principes développés dans la jurisprudence susmentionnée ne sauraient être transposés tels quels à la présente affaire mais doivent cependant la guider dans son appréciation des circonstances de l'espèce.

86. Tout d'abord, la Cour estime utile de rappeler que l'interprétation des dispositions du droit interne, en l'occurrence la question de la qualification pénale des faits reprochés, relève de la compétence exclusive des juridictions internes (*Prado Bugallo c. Espagne* (déc.), n° 21218/09, 18 octobre 2011). Au demeurant, dans les circonstances de la présente affaire, elle observe que le comportement d'une partie du personnel médical mis en cause par les requérants a été qualifié en droit interne d'atteinte involontaire à la vie, telle que définie à l'article 455 du code pénal (paragraphe 30, 49 et 57 ci-dessus).

87. La Cour observe en outre que les négligences médicales successives dont l'épouse et mère des requérants a été victime, de même que l'impéritie de certains membres du corps médical qui l'ont examinée, ont été consignées dans des rapports d'enquête et d'expertise. Elle constate également que la

responsabilité du personnel médical mis en cause a été clairement établie par ces rapports (paragraphe 16, 17 et 45 ci-dessus). De même, le Conseil d'État, saisi de la question de l'autorisation des poursuites contre les médecins de l'hôpital de la faculté de médecine de l'université Ege, a estimé que le comportement de ces derniers relevait de l'incrimination pénale et a demandé l'engagement de poursuites à leur encontre (paragraphe 28 ci-dessus). Enfin, la responsabilité d'une partie du personnel médical mis en cause dans le décès litigieux a été reconnue par la juridiction pénale en première instance (paragraphe 57 ci-dessus).

88. À cet égard, la Cour rappelle qu'une question peut se poser sous l'angle de l'article 2 de la Convention lorsqu'il est prouvé que les autorités d'un État contractant ont mis la vie d'une personne en danger en lui refusant les soins médicaux qu'elles se sont engagées à fournir à l'ensemble de la population (*Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, § 219, CEDH 2001-IV, et *Nitecki c. Pologne* (déc.), n° 65653/01, 21 mars 2002).

89. Dans les circonstances de la présente affaire, il lui incombe donc de rechercher si les autorités nationales ont fait ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles et en particulier si elles ont satisfait, de manière générale, à leur obligation de protéger l'intégrité physique de la patiente, notamment par l'administration de soins médicaux appropriés. Pour ce faire, la Cour accorde de l'importance à la chronologie, telle qu'elle ressort des éléments du dossier, des événements qui ont conduit à la mort tragique de la défunte, ainsi qu'aux données médicales la concernant. Elle estime en outre qu'une distinction doit être faite à cet égard entre les soins qui lui ont été prodigués jusqu'à son arrivée à l'hôpital de la faculté de médecine de l'université Ege et les événements qui se sont déroulés à compter de son arrivée dans cet hôpital.

90. En effet, l'enquête menée sur le plan interne a permis d'établir que le décès de M^{me} Menekşe Şentürk était dû non seulement à des erreurs de jugement de professionnels de la santé – ce fut notamment le cas jusqu'à l'arrivée de la défunte à l'hôpital de la faculté de médecine de l'université Ege – mais aussi à une absence de prise en charge de la défunte pour cause de non-paiement préalable des frais d'hospitalisation (paragraphe 16, 17, 45 et 57 ci-dessus).

91. À cet égard, la Cour observe, au vu des pièces du dossier, et en particulier des constats en date du 24 novembre 2000 consignés dans le rapport d'enquête du ministère de la Santé, qu'il a été établi que les médecins de l'hôpital de la faculté de médecine de l'université Ege avaient causé la mort de leur patiente en procédant à son transfert sans l'avoir soignée et avaient manqué à leurs devoirs parce qu'ils s'étaient préoccupés du règlement des frais d'intervention médicale (paragraphe 17 ci-dessus).

92. De même, les médecins de garde T.K., H.V., S.A. et Ö.Ö., du service d'obstétrique de l'hôpital de la faculté de médecine de l'université Ege, ont été reconnus responsables à hauteur de 4/8^e de la mort de l'épouse du premier requérant par une commission d'experts « pour avoir fait transférer celle-ci vers le centre pour assurés sociaux sans assistance, au motif qu'elle n'avait pas d'argent, alors que son état n'était pas compatible avec un tel transfert » (paragraphe 45 ci-dessus).

93. La Cour relève en outre, à la lecture de la motivation de la décision du tribunal correctionnel du 18 mars 2008, statuant au vu des éléments du dossier, que le premier requérant et son épouse avaient refusé l'hospitalisation recommandée par les médecins de cet hôpital « faute de moyens financiers » (paragraphe 57 ci-dessus).

94. Enfin, elle note les conclusions, en date du 23 janvier 2004, de la commission d'enquête saisie de la question de la pertinence de l'engagement de poursuites pénales contre le personnel médical de cet hôpital, conclusions d'après lesquelles le dossier ne permettait pas de déterminer ce qu'il convenait de faire dans les situations d'urgence médicale nécessitant une hospitalisation, lorsque les frais correspondants n'étaient pas acquittés (paragraphe 23 ci-dessus).

95. Selon le Gouvernement, les soins médicaux d'urgence sont pratiqués sans exigence préalable de paiement (paragraphe 77 ci-dessus). À cet égard, la Cour estime utile de préciser qu'il ne lui incombe aucunement dans la présente affaire de se prononcer *in abstracto* sur la politique de santé publique de l'État en matière d'accès aux soins à l'époque des faits. Il lui suffit en effet de remarquer, au vu des constats opérés par les instances nationales quant aux circonstances du décès litigieux, que l'offre de soins à l'hôpital de la faculté de médecine de l'université Ege a été subordonnée à une exigence financière préalable. Dissuasive, celle-ci a conduit à une renonciation, de la part de la patiente, aux soins au sein de cet hôpital. Pour autant, au vu du rapport d'enquête du 24 novembre 2000 (paragraphe 17 ci-dessus) et des divers témoignages versés au dossier d'enquête, notamment ceux de S.A.A. et du chauffeur de l'ambulance ayant procédé au transfert de la défunte (paragraphe 17 ci-dessus), la Cour estime que cette renonciation ne saurait aucunement être considérée comme ayant pu être effectuée de manière éclairée ni comme étant de nature à exonérer les instances nationales de leur responsabilité quant aux soins qui auraient dû être prodigués à la défunte.

96. En effet, la Cour souligne qu'aucun doute n'existait quant à la gravité de l'état de santé de la patiente à son arrivée dans cet hôpital ni quant à la nécessité d'une intervention chirurgicale d'urgence dont l'absence était susceptible d'entraîner des conséquences d'une extrême dangerosité. Sans aucunement spéculer sur les chances de survie de M^{me} Menekşe Şentürk

si cette dernière avait bénéficié d'une prise en charge médicale au sein de l'hôpital de la faculté de médecine de l'université Ege, la Cour observe que le personnel médical de cet hôpital était parfaitement conscient du risque pour la vie de la patiente que représentait le transfert de celle-ci vers un autre hôpital (paragraphe 17 ci-dessus). En outre, il ressort que le dossier de l'affaire n'a pas permis à la commission ayant refusé d'autoriser les poursuites contre ce personnel d'apprécier ce qu'il convenait de faire dans les situations d'urgence médicale lorsqu'il n'était pas pourvu aux frais devant être acquittés (paragraphe 23 et 94 ci-dessus). Le droit interne n'apparaît pas en ce sens avoir été à même de prévenir en l'espèce le défaut de prise en charge médicale que requérait l'état de la défunte.

97. C'est ainsi que, victime d'un dysfonctionnement flagrant des services hospitaliers, la défunte a été privée de la possibilité d'avoir accès à des soins d'urgence appropriés. Ce constat suffit à la Cour pour estimer que l'État a manqué à son obligation de protéger son intégrité physique. Elle conclut en conséquence à une violation de l'article 2 de la Convention sous son volet matériel.

ii. Quant à la violation alléguée de l'article 2 de la Convention sous son volet procédural

98. La Cour souligne que les griefs des requérants portent également sur le fait que les médecins et sages-femmes mis en cause et reconnus responsables du décès de M^{me} Menekşe Şentürk en première instance pénale n'ont pas été sanctionnés pénalement car l'action publique a pris fin pour cause de prescription (paragraphe 71 ci-dessus). À cet égard, elle constate au vu des pièces du dossier que les responsables présumés du décès litigieux n'ont effectivement subi aucune condamnation définitive du fait de la prescription de l'infraction.

99. Au vu des informations fournies par les parties, la Cour relève que les intéressés ont uniquement fait usage d'un recours interne de nature pénale pour se plaindre des manquements des médecins et sages-femmes chargés de soigner la défunte. Il lui incombe donc d'examiner si les investigations menées par les autorités à la suite de la plainte pénale des requérants ont répondu aux exigences de promptitude, d'efficacité et de diligence raisonnable découlant du volet procédural de l'article 2 (pour une approche similaire, voir *Eugenia Lazăr c. Roumanie*, n° 32146/05, § 72, 16 février 2010).

100. À cet égard, la Cour relève que la phase administrative d'autorisation préalable de poursuites, indispensable au déclenchement des poursuites pénales contre les médecins T.K., H.V., S.A. et Ö.Ö., impliqués dans les faits litigieux, a duré près de trois ans avant que le Conseil d'État – devant

le refus systématique de la commission d'enquête chargée de la question – décide de renvoyer d'office l'affaire devant les instances pénales pour que des poursuites soient enclenchées (paragraphe 28 ci-dessus). Elle constate ensuite que, le 7 octobre 2010, après plus de neuf ans de procédure, il a été mis fin pour cause de prescription à l'ensemble des poursuites initiées contre le personnel médical mis en cause – hormis contre G.E. dont l'acquittement a été confirmé.

101. Or la Cour rappelle que s'il peut arriver que des obstacles ou des difficultés empêchent une enquête de progresser dans une situation particulière, il reste que la prompte réaction des autorités est capitale pour maintenir la confiance du public et son adhésion à l'état de droit, et pour prévenir toute apparence de tolérance d'actes illégaux ou de collusion dans leur perpétration (*Şilih*, précité, § 196). En l'occurrence, la Cour ne peut que constater que la durée de la procédure litigieuse ne satisfait aucunement à l'exigence d'un examen prompt et sans retard inutile de l'affaire (voir, pour une conclusion similaire, *Eugenia Lazăr*, précité, § 75).

102. La Cour relève par ailleurs que la procédure pénale apparaît avoir été marquée par une omission initiale, à savoir le non-déclenchement de l'action publique contre S.Ö. et que cette situation a perduré jusqu'en 2008, date à laquelle un non-lieu fut prononcé (paragraphe 24, 53-54 et 61-63 ci-dessus)

103. Certes, la Cour a déjà eu l'occasion de dire que, dans l'hypothèse d'un décès imputable à une négligence médicale, le système juridique turc prévoit, d'une part, une action pénale et, d'autre part, la possibilité pour la partie lésée d'engager une action devant la juridiction civile compétente, ainsi que la possibilité d'une action disciplinaire au cas où la responsabilité civile serait établie. Elle a ainsi conclu que le système juridique turc offre aux justiciables des moyens qui, sur le plan théorique, répondent aux exigences du volet procédural de l'article 2 (*Sevim Güngör c. Turquie* (déc.), n° 75173/01, 14 avril 2009, *Pak c. Turquie* (déc.), n° 39855/02, 22 janvier 2008, et *Alhan c. Turquie* (déc.), n° 8163/07, 14 septembre 2010).

104. Elle ne voit en l'espèce aucune raison de remettre en question ces constats qui demeurent valables dans le contexte de la présente affaire, dès lors que sont en cause les diverses négligences et erreurs médicales dont la défunte a été victime avant son arrivée à l'hôpital de la faculté de médecine de l'université Ege. Pour autant, la Cour rappelle avoir constaté, au vu notamment des conclusions des enquêtes menées par les autorités nationales, que dans les circonstances de la présente affaire la faute imputable au personnel médical de cet hôpital allait au-delà d'une simple erreur ou négligence médicale en ce sens que les médecins y travaillant, en toute connaissance de cause et en violation de leurs obligations professionnelles,

n'ont pas pris toutes les mesures d'urgence nécessaires pour tenter de préserver la vie de leur patiente.

105. Or elle rappelle que l'absence d'incrimination et de poursuites à l'encontre des personnes responsables d'atteintes à la vie peut entraîner une violation de l'article 2, abstraction faite de toute autre forme de recours à exercer de leur propre initiative (voir, *mutatis mutandis*, *Öneryıldız*, précité, § 93 *in fine*, et *Kalender c. Turquie*, n° 4314/02, § 52, 15 décembre 2009). Elle estime qu'il en va de même lorsqu'un patient se heurte à une absence de prise en charge médicale par un service hospitalier, dès lors qu'elle aboutit à une mise en danger de la vie de l'intéressé.

106. Partant, et au vu des constats concernant les carences de la procédure pénale en question (paragraphe 100-102 ci-dessus), la Cour conclut en l'espèce à la violation de l'article 2 de la Convention sous son volet procédural.

4. *Appréciation de la Cour quant au droit à la vie du fœtus*

107. La Cour rappelle que, dans son arrêt *Vö c. France* ([GC], n° 53924/00, § 82, CEDH 2004-VIII), la Grande Chambre a considéré qu'en l'absence de consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie, le point de départ du droit à la vie relevait de la marge d'appréciation que la Cour estime généralement devoir être reconnue aux États dans ce domaine. La Grande Chambre a ainsi estimé qu'«il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une «personne» au sens de l'article 2 de la Convention» (*ibidem*, § 85).

108. Depuis lors, la Grande Chambre a eu l'occasion de réaffirmer l'importance de ce principe dans l'affaire *A, B et C c. Irlande* ([GC], n° 25579/05, § 237, CEDH 2010), dans laquelle elle a rappelé que les droits revendiqués au nom du fœtus et ceux de la future mère sont inextricablement liés (voir, en ce sens, l'analyse de la jurisprudence issue de la Convention exposée aux paragraphes 75-80 de l'arrêt *Vö* précité).

109. Dans les circonstances de l'espèce, la Cour ne voit aucune raison de s'éloigner de l'approche ainsi adoptée et estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le point de savoir si le grief des requérants formulé en ce qui concerne le fœtus entre ou non dans le champ d'application de l'article 2 de la Convention. Elle estime en effet que la vie du fœtus en question était intimement liée à celle de M^{me} Menekşe Şentürk et dépendait des soins prodigués à celle-ci. Or cette circonstance a été examinée sous l'angle de l'atteinte au droit à la vie de la défunte (paragraphe 87-97 ci-dessus). Partant, la Cour estime que le grief des requérants à cet égard n'appelle pas à un examen séparé.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 3, 6 ET 13 DE LA CONVENTION ET DE L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1

110. Invoquant l'article 3 de la Convention, les requérants soutiennent avoir eux-mêmes souffert moralement du fait du décès de leur épouse et mère, et dénoncent les souffrances subies par la défunte durant toute la période où elle n'a pas bénéficié de soins.

Sous l'angle de l'article 6 de la Convention, ils se plaignent également de la durée excessive de la procédure et du défaut de motivation du jugement prononcé par le tribunal correctionnel. Se fondant sur l'article 13 de la Convention, les requérants dénoncent en outre l'inefficacité du système médical et juridique pour répondre à des griefs tels que les leurs. À cet égard, ils expliquent qu'il leur a fallu attendre cinq ans avant d'obtenir l'autorisation administrative de poursuivre les médecins de l'université Ege. Ils allèguent par ailleurs l'absence de voie de recours internes permettant d'obtenir réparation des dommages découlant de la durée excessive des procédures judiciaires.

Enfin, les requérants affirment que les juridictions pénales ont omis de se prononcer en première instance sur leurs demandes de dommages et intérêts et soutiennent au regard de l'article 1 du Protocole n° 1 que la prescription de la procédure les priverait de la possibilité d'intenter une action en réparation.

111. Eu égard au constat de violation auquel elle est parvenue sous l'angle de l'article 2 de la Convention (paragraphes 97 et 106 ci-dessus), la Cour estime avoir examiné la question juridique principale posée par la présente requête. Compte tenu de l'ensemble des faits de la cause et des arguments des parties, elle considère qu'il ne s'impose plus de statuer séparément sur les autres griefs tirés des articles 3, 6 et 13 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 1 (pour une approche similaire, *Kamil Uzun c. Turquie*, n° 37410/97, § 64, 10 mai 2007).

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

112. 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

113. Le premier requérant, Mehmet Şentürk, réclame 542,20 euros (EUR) au titre du préjudice matériel qu'il dit avoir subi, et soumet à titre

de justificatif un décompte qui évalue à 1 172,35 livres turques la perte de soutien financier occasionnée par le décès de son épouse. Il réclame également 100 000 EUR à titre de préjudice moral, Bekir Şentürk demandant quant à lui 200 000 EUR de ce chef.

114. Le Gouvernement conteste ces prétentions. Quant au montant réclamé au titre du préjudice matériel, il soutient qu'il n'est aucunement étayé, de sorte qu'il est selon lui impossible de comprendre quel critère concret a servi au calcul de la perte alléguée.

115. La Cour rappelle qu'il doit y avoir un lien de causalité manifeste entre le préjudice allégué et la violation de la Convention et que la satisfaction équitable peut, le cas échéant, inclure une indemnité au titre de la perte de soutien financier (voir, parmi beaucoup d'autres, *Kavak c. Turquie*, n° 53489/99, § 109, 6 juillet 2006). En l'espèce, elle a estimé (paragraphe 97 ci-dessus) que la responsabilité des autorités internes était engagée au regard de l'article 2 de la Convention pour ne pas avoir protégé la vie de M^{me} Menekşe Şentürk. Elle souligne toutefois que le calcul soumis par le requérant stipule que la défunte ne disposait pas de revenus propres. Dans ces conditions, elle estime que le préjudice matériel allégué n'apparaît pas suffisamment établi. Elle rejette donc la demande du requérant à cet égard.

116. La Cour considère par ailleurs qu'il y a lieu d'octroyer conjointement aux requérants la somme de 65 000 EUR au titre du préjudice moral.

B. Frais et dépens

117. Les requérants demandent également 1 931,25 EUR pour les frais et dépens exposés devant les juridictions internes et 11 562,50 EUR au titre des honoraires d'avocat pour la procédure devant la Cour, ainsi que 216 EUR au titre des frais exposés devant la Cour. Ils fournissent à titre de justificatif un décompte horaire du travail effectué par leur avocat, ainsi que des factures.

118. Le Gouvernement conteste ces prétentions.

119. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En l'espèce et compte tenu des documents en sa possession et de sa jurisprudence, la Cour juge raisonnable d'accorder conjointement aux requérants la somme de 4 000 EUR, moins les 850 EUR perçus au titre de l'assistance judiciaire, pour la procédure devant elle.

C. Intérêts moratoires

120. 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 quant au grief tiré de l'article 2 de la Convention relatif au décès de M^{me} Menekşe Şentürk;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 2 de la Convention sous son volet matériel à raison du décès de M^{me} Menekşe Şentürk;
3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 2 de la Convention sous son volet procédural;
4. *Dit* qu'il ne s'impose plus de statuer séparément sur le reste des griefs;
5. *Dit*
 - a) que l'État défendeur doit verser, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes, à convertir en livres turques, au taux applicable à la date du règlement :
 - i. 65 000 EUR (soixante-cinq mille euros) conjointement aux deux requérants, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral,
 - ii. 4 000 EUR (quatre mille euros) conjointement aux deux requérants, moins les 850 EUR (huit cent cinquante euros) perçus au titre de l'assistance judiciaire, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par les requérants, pour frais et dépens;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;
6. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 9 avril 2013, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Stanley Naismith
Greffier

Guido Raimondi
Président

MEHMET ŞENTÜRK AND BEKİR ŞENTÜRK v. TURKEY
(*Application no. 13423/09*)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 9 APRIL 2013¹

1. Translation; original French.

SUMMARY¹**Refusal to carry out emergency operation on a pregnant woman on account of her inability to pay the fees for surgery**

The absence of urgent medical treatment on account of failure to pay hospital fees in advance was contrary to the positive obligations imposed on the States by Article 2. The failure to charge and prosecute those responsible for the absence of medical treatment, where this led to the life of the person concerned being endangered, could entail a violation of Article 2 (see paragraphs 97 and 105 of the judgment).

Article 2

Positive obligations – Refusal to carry out emergency operation on a pregnant woman on account of her inability to pay the fees for surgery – Right to life – Lack of a prompt and effective criminal investigation – Access to medical care subject to a prior financial requirement – Medical staff were aware of seriousness of patient’s health condition and the need for emergency surgery – Flagrant malfunctioning of hospital departments – Absence of domestic-law provisions aimed at preventing a failure to provide emergency medical treatment – Discontinuance of criminal proceedings against doctors concerned as being time-barred

*

* *

Facts

The first applicant’s wife and the second applicant’s mother, who was then thirty-four weeks pregnant, went with her husband to a university hospital as she was experiencing persistent pain. She was examined by an emergency doctor before being treated by a team of doctors from the gynaecology and obstetrics department; after carrying out an ultrasound scan, they established that the child she was carrying had died and that she should be operated on immediately. She was then told that hospitalisation and surgery had to be paid for, and that a deposit of about 1,000 euros (EUR) was due. As the first applicant had stated that he did not have the requested amount, his wife could not be hospitalised. The emergency doctor then organised her transfer to another hospital in a vehicle without medical assistance. She died during the journey.

An investigation procedure was opened by the investigation committee at the Ministry of Health, which established that the doctors at the hospital had been responsible for the patient’s death. The patient’s transfer without treatment, and the

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

importance accorded to payment of the fees for surgery, were called into question. No criminal proceedings were brought against the duty doctor, as the offence became time-barred. The doctors who were found to be guilty at first instance were not punished under criminal law since, in October 2010, the Court of Cassation discontinued the proceedings on the ground that they too were time-barred.

Law

Article 2:

(a) *Substantive limb* – The Court reiterated that the positive obligations imposed on the State by Article 2 of the Convention implied that a regulatory structure be set up, requiring that hospitals, be they private or public, took appropriate steps to ensure that patients' lives were protected.

While it was by no means the Court's task in this case to rule *in abstracto* on the State's public-health policy on access to treatment at the relevant time, it was sufficient for it to note, in the light of the findings of the various national bodies, that the provision of treatment at the hospital had been subordinated to a prior financial obligation. This dissuasive obligation had resulted in the patient's decision to decline treatment within that hospital. This decision to decline treatment could not in any way be considered as having been made in an informed manner or as being such as to exonerate the national bodies from their responsibility with regard to the treatment which ought to have been provided to the deceased woman. Indeed, there was no doubt as to the seriousness of the patient's condition when she arrived at the hospital, nor as to the need for immediate surgery, the absence of which was likely to have extremely serious consequences. The medical staff had been perfectly aware of the risk to the patient's health were she to be transferred to another hospital. In addition, the case file did not enable the committee which refused to authorise proceedings against those staff members to determine what was to be done in situations of medical emergency when the fees due could not be paid. The domestic law did not appear to have been capable of preventing the failure to provide the medical treatment required by the deceased woman's condition. Thus, the deceased woman, victim of a flagrant malfunctioning of the hospital departments, had been deprived of the possibility of access to appropriate emergency care. This finding was sufficient for the Court to conclude that the State had failed in its obligation to protect her physical integrity.

Conclusion: violation (unanimous).

(b) *Procedural limb* – The positive obligations imposed on the State also implied the obligation to put in place an efficient and independent judicial system by which the cause of death of an individual under the responsibility of health professionals could be established, whether they were working in the public sector or employed in private structures, and, as appropriate, to ensure their accountability for their actions. Yet there had indeed been no final conviction of those presumably responsible for the death of the first applicant's wife, as a result of the offence in

question becoming time-barred. Further, the length of the disputed proceedings did not satisfy the requirement of a prompt examination of the case. In addition, the criminal proceedings had been characterised from the outset by an omission, namely the failure to commence prosecution of the duty doctor. It followed that there had not been an effective criminal investigation by the State in this case.

Conclusion: violation (unanimous).

(c) *Alleged right to life of the foetus* – The applicants alleged that no investigation had been conducted to determine the time of death of the foetus. The Court repeated the approach taken in its previous case-law, noting that in the absence of any European consensus on the issue of the beginning of life, the States had jurisdiction in this area. As the life of the foetus in question had been intimately connected with that of the deceased woman, it was not necessary to examine this complaint separately.

Article 41: EUR 65,000 jointly in respect of non-pecuniary damage; claim for pecuniary damage dismissed.

Case-law cited by the Court

A, B and C v. Ireland [GC], no. 25579/05, ECHR 2010
Alhan v. Turkey (dec.), no. 8163/07, 14 September 2010
Byrzykowski v. Poland, no. 11562/05, 27 June 2006
Calvelli and Ciglio v. Italy [GC], no. 32967/96, ECHR 2002-I
Cyprus v. Turkey [GC], no. 25781/94, ECHR 2001-IV
Eugenia Lazăr v. Romania, no. 32146/05, 16 February 2010
Kalender v. Turkey, no. 4314/02, 15 December 2009
Nitecki v. Poland (dec.), no. 65653/01, 21 March 2002
Öneryıldız v. Turkey [GC], no. 48939/99, ECHR 2004-XII
Pak v. Turkey (dec.), no. 39855/02, 22 January 2008
Powell v. the United Kingdom (dec.), no. 45305/99, ECHR 2000-V
Prado Bugallo v. Spain (dec.), no. 21218/09, 18 October 2011
Sevim Güngör v. Turkey (dec.), no. 75173/01, 14 April 2009
Šilih v. Slovenia [GC], no. 71463/01, 9 April 2009
Vó v. France [GC], no. 53924/00, ECHR 2004-VIII

In the case of Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk v. Turkey,

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

Guido Raimondi, *President*,

Danutė Jočienė,

Peer Lorenzen,

András Sajó,

Işıl Karakaş,

Nebojša Vučinić,

Helen Keller, *judges*,

and Stanley Naismith, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 19 March 2013,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 13423/09) against the Republic of Turkey lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by two Turkish nationals, Mr Mehmet Şentürk and Mr Bekir Şentürk (“the applicants”), on 17 February 2009.

2. The applicants, who had been granted legal aid, were represented by Mr S. Cengiz and Mr H.Ç. Akbulut, lawyers practising in İzmir. The Turkish Government (“the Government”) were represented by their Agent.

3. The applicants alleged, in particular, that there had been a substantive and procedural violation of Article 2 of the Convention on account of the death of their mother and wife, and of the child she was carrying. They claimed to have suffered psychologically on account of her death, and also complained about the suffering endured by the deceased throughout the period when she did not receive treatment (Article 3). They also complained about the excessive length of the proceedings (Article 6) and the absence of an effective remedy (Article 13). Finally, they relied on Article 1 of Protocol No. 1.

4. On 8 July 2010 the Government were given notice of the application. Under the provisions of Article 29 § 1 of the Convention, it was also decided that the Chamber would examine the merits of the application at the same time as its admissibility.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. The applicants were born in 1966 and 1993 respectively, and live in Bayraklı/İzmir.

A. The circumstances surrounding the death of Mrs Menekşe Şentürk

6. On Saturday 11 March 2000, at about 10.30 a.m., Mrs Menekşe Şentürk, wife of Mehmet Şentürk (“the first applicant”) and mother of Bekir Şentürk, who was then thirty-four weeks pregnant, went to the Karşıyaka Public Hospital with her husband because she was experiencing pain. She was examined by a midwife, G.E., who decided that Mrs Şentürk was not yet at the end of her term and that there was no point calling a duty doctor to examine her.

7. The first applicant then drove his wife to the İzmir Public Hospital Nevval Salih Alsancak İşgören (“Alsancak Public Hospital”), where they arrived between 11 and 11.30 a.m. Mrs Şentürk was examined by a midwife, A.Y., who, noting that the applicant’s wife was not yet at the end of her term and that there were no complications, did not call the duty gynaecologist for an examination.

8. In view of his wife’s continued pain, the first applicant drove her to the Atatürk Research and Teaching Hospital, where they arrived at about 2 p.m. Mrs Şentürk was examined by Dr F.B., an assistant doctor in the emergency department, then transferred to the urology department, where she was examined by Dr Ö.Ç., a urologist. He diagnosed renal colic, prescribed medication, decided to administer an analgesic and advised her to come back for a consultation after she had given birth.

9. As his wife’s pain did not lessen on returning home, the first applicant drove her that evening to the Ege University Medical Faculty Hospital. There, she was initially examined by Dr S.A.A., an emergency doctor, then transferred to the gynaecology and obstetrics department, where she was placed in the care of a team of doctors. After conducting an ultrasound scan, they established that the child she was carrying had died and that immediate surgery was necessary to remove the child. She was then informed that hospitalisation and surgery had to be paid for, and that a deposit of 600 or 700 million Turkish lira was to be paid into the hospital’s operating fund. As the first applicant stated that he did not have the requested sum, his wife could not be hospitalised.

The emergency doctor, Dr S.A.A., arranged for the first applicant's wife to be transferred to the İzmir (Konak) Gynaecology and Obstetrics Hospital in a private ambulance in which no medical staff were present.

10. Mrs Şentürk died at about 11 p.m. while being transferred by ambulance.

B. The investigation by the Ministry of Health

11. Between 26 October and 23 November 2000, the investigation committee at the Ministry of Health conducted an investigation into the circumstances of Mrs Şentürk's death, in the course of which the following persons were questioned: the first applicant, the individuals who had accompanied Mrs Şentürk to the hospitals, the members of the medical teams (midwives and doctors) in the various hospitals to which the deceased woman had been taken, and the ambulance driver who had driven her to the İzmir (Konak) Gynaecology and Obstetrics Hospital.

12. On 30 October 2000 statements were taken, *inter alia*, from two midwives working at the Karşıyaka district medical centre where Mrs Şentürk was monitored throughout her pregnancy. Their witness statements indicated that Mrs Şentürk had gone to the centre on 3 March 2000 for a check-up; the child's heartbeat had not been heard, as a result of which the midwives advised her to go to a hospital as soon as possible for an ultrasound scan.

13. On 31 October 2000 a statement was taken from G.E., the midwife at Karşıyaka Public Hospital who had examined Mrs Şentürk. Evidence taken on that occasion indicates that she had heard the child's heartbeat and that the child was alive when she examined the mother. In this connection, she specified that she had listened to the child's heartbeat with a Doppler foetal monitor, so that it would have been impossible to miss the sound, as this machine provided information on the number of heartbeats per minute. Having decided that Mrs Şentürk's condition was normal, she had not seen the point of carrying out an ultrasound or having her examined by the duty doctor.

14. On 1 November 2000 a statement was taken from A.Y., midwife at the Alsancak Public Hospital, who stated that she had heard the child's heartbeat when examining the mother, that the child had been alive at that point and that, having found no complications, she had not requested the on-call duty gynaecologist.

15. On 9 November 2000 statements were taken from T.K., S.A. and Ö.Ö., doctors in the gynaecology and obstetrics department at the Ege University Medical Faculty Hospital, who stated that they had informed the first applicant of the need to remove the child by Caesarean section. They

denied having told the patient or her husband that they had to pay 600 or 700 million Turkish lira into the operating fund and said that they did not know who could have done so. They also claimed that they had explained the patient's situation to the duty specialist, S.Ö., who had not examined her but had seen her, and who had available to him all of the information on her case. Each of them also stated, in particular, that:

“... it was explained to the patient's husband that the baby was dead and that it was necessary to remove him or her by Caesarean section ... I never said to the patient that she had to pay 600-700 million Turkish lira into the operating fund for this surgery ... I don't know who said that ... The signature under the note [stating that] hospitalisation was not accepted is that of the patient Menekşe Şentürk ... I never said to the patient and her relative that if they did not pay into the operating fund ... we could not operate on her ... It was the patient herself who refused to be hospitalised, who said that she could not pay this sum and who signed the papers. Her husband took the patient away, saying that he could not accept this cost, that he refused hospitalisation and that he was going to take her to the Konak maternity unit ... My colleagues and I, as a team, explained ... to the husband that it was absolutely essential to remove the baby and that he should not take the patient away, but we were unable to persuade him ...”

In a statement taken on the same date, S.Ö., a gynaecology and obstetrics specialist at the Ege University Medical Faculty Hospital, who had been the duty doctor on the evening in question, said that he had been informed by T.K. about the patient's situation and had recommended that she be admitted to hospital. He also claimed not to have spoken with the patient's husband, not to have instructed him to make a contribution to the operating fund, and to have been informed by the team which had examined the patient that hospitalisation had been recommended but refused by her husband.

16. On 23 November 2000 a committee of medical experts issued a report with the following conclusions:

“1. Nurse G.E. examined Menekşe Şentürk and stated that her condition did not necessitate calling the duty doctor. Although this should have been done, the nurse did not feel the need to do so. In such a case, the principle is that patients are to be examined by a specialist doctor, since a nurse does not have a [sufficient] level of knowledge to assess the seriousness of the situation. The nurse should call the specialist for every patient [who comes to the hospital].

2. The midwife and nurse A.Y. did not have sufficient knowledge to make a diagnosis as to the patient's [condition]. She should have been examined by a specialist. In fact, for a correct diagnosis to be made, all patients who come to a polyclinic should be examined by a specialist.

The duty doctor in the emergency department, F.B., ought to have asked for a KHD [*Kadın Hastalıkları ve Doğum* – gynaecology and obstetrics] consultation. Only

a doctor who examined the patient in this way would have been able to determine whether her symptoms at that time indicated a complication of pregnancy.

The duty urologist, Ö.Ç., examined the patient from a purely urological perspective. However ... he ought to have conducted a general examination and asked for a KHD consultation. Only a doctor who examined the patient in this way would have been able to determine whether her symptoms at that time indicated a complication of pregnancy.

3. In the light of the patient's clinical symptoms, the specialist duty doctors at the Ege University Medical Faculty Hospital ought to have insisted that she be hospitalised.

4. The presence of medical staff in the ambulance would have made no difference to the outcome.

In the light of the information available to date, the causes of death cannot be truly determined. [This will be possible] in a definite manner after the autopsy, the results of which will enable the [possible] liabilities for negligence of the above-mentioned members of staff to be established with certitude ...

Causes of death: 1. Rupture of the uterus. 2. Embolism of the mesoderm. 3. Detached placenta. 4. Low probability of aggravated pre-eclampsia."

17. On 24 November 2000, in the light of this expert report and the statements given by the various parties involved, the head inspector of the Ministry of Health drew up a report concluding that the midwives G.E. and A.Y., employed in the Karşıyaka Public Hospital and the Alsancak Public Hospital respectively, had failed in the duties attached to their functions, in that they had sent the patient home in spite of her continuing pain and without having had her examined by a duty doctor. He also considered that doctors F.B. and Ö.Ç., employed at the Atatürk Teaching and Research Hospital, had failed in the duties attached to their functions, in that they had not requested a consultation with a gynaecology and obstetrics specialist, nor indicated to the patient that she should seek such a consultation. Furthermore, the investigation concluded that a complaint report had been drawn up concerning the issue of the liability of T.K., H.V., S.A. and Ö.Ö., doctors in the gynaecology and obstetrics department at the Ege University Medical Faculty Hospital, so that it was not necessary to rule again in their respect. The head inspector reached the same conclusion as to the liability of the impugned ambulance company, and a separate report had been transmitted on this matter to the İzmir Directorate of Health.

The investigation report noted, however, that doctors T.K., H.V., S.A., and Ö.Ö. had failed in their obligations and thus caused, by their negligence, imprudence and lack of experience, the death of Mrs Şentürk. Finally, the committee considered that Dr S.A.A. from the Ege University Medical

Faculty Hospital had committed no error in transferring Mrs Şentürk to the gynaecology and obstetrics department.

The report on the findings of the investigation into the events which occurred at the Ege University Medical Faculty Hospital include the following points:

“After her examination in the emergency department ..., Menekşe Şentürk was transferred to the obstetrics department ... Menekşe Şentürk, who was 34 weeks pregnant, was examined by the duty team at the obstetrics department. During the ultrasound carried out by the duty team ..., the child’s heartbeat was not heard and it was ascertained that he or she was dead ... The patient’s relatives [were informed] that it was necessary to remove the child, for the sake of the mother’s health ... However, as the patient’s relatives had stated that they did not have the resources to pay hospital fees ... the duty team did not admit the patient to hospital and transferred her to the İzmir gynaecology and obstetrics hospital in this condition, after obtaining her signature attesting that she was refusing hospitalisation ... Although by law they ought to have dealt with the procedures concerning costs [only] after admitting the patient to hospital, examining her, reaching a diagnosis and providing care [to the patient], it is understood that the doctors failed in their duty by transferring her without treatment, [although she] was in an emergency situation and suffering persistent pain, and thus caused her death.”

Various witness statements were cited in this investigation report. In particular, some of them read as follows:

“*Statement by Mehmet Şentürk:* ... on Saturday 11 March 2000, at about 10 a.m., I drove my wife ..., who was eight months pregnant, to the emergency department at the Karşıyaka Public Hospital because of the violent pain she was feeling. Our neighbour N.S. was with us ... My wife was examined at the Karşıyaka Public Hospital ... they told me that they could not do anything, that the ultrasound machine was turned off ... [and] that it would be preferable that I drive [her] to the Alsancak Public Hospital ... I drove my wife to the emergency department at the Alsancak Public Hospital at about 11.15 a.m. There, the people in charge of the emergency department ... told me that they were short of staff and that the ultrasound machine was turned off ... the staff on duty then told me to take [her] to another hospital. On hearing that, I took my wife to the Atatürk Yeşilyurt Teaching and Research Hospital ... It was about midday when I accompanied her to the obstetrics department ... The doctor told me to take her to the urology department ... I took her to the urology department. They asked for urological examinations and a renal USG test ... [My wife] waited three or four hours on a stretcher in the emergency department at Atatürk Teaching and Research Hospital. Her pains had become even stronger. On seeing this, I went to see the head of the emergency department. I told him that my wife was feeling very unwell and I asked that she be examined by a doctor from the urology department ... the urologist examined her ... After examining her, he said: “there is still time before the birth, at the moment there is nothing we can do, tell the emergency department to give her painkillers and take her home”, and he issued a prescription ... I said to the doctor that my wife was eight months pregnant and asked him whether the medicines were harmful. He said that it was not necessary to take them all the time, but only if the

pain got worse ... Painkillers were administered, but I don't know what type ... the pain did not go away ... I took [my wife] back home ... it was about 6.30 p.m. when I took her home ... In the evening, at about 8.30 p.m., I saw that my wife's condition had worsened and, accompanied by Ö.A.G. ..., I drove her to the Ege University Hospital ... The doctor who examined my wife ... told me that the baby had died ... I told him to save my wife ... The doctor told me that I had to pay 600-700 million lira into the operating fund to have the baby removed from the mother by surgery ... I replied that I did not have that amount at that time, but to operate [on my wife] and I would sign a paper [undertaking] to pay. The doctor told me that I had to pay the money ... I asked him to tell me what to do ... They then told me to take her immediately to the Konak maternity hospital ... We called an ambulance ... I asked a woman who was present whether a nurse should accompany [my wife]. She replied "they haven't sent a nurse" ... We started driving ... We arrived at the Konak Hospital ... the duty staff told me that my wife was dead ... My wife was not cared for with diligence in the hospitals I took her to. If at least an ultrasound had been carried out at the Karşıyaka Public Hospital, the Alsancak Public Hospital or the Atatürk Teaching and Research Hospital, and had I been told that the child was dead, then, given that it was still daytime, I could have got the money together for the operation and saved my wife. I was not informed that my wife had been examined on 3 March 2000 at the Bayraklı medical clinic and that the child's heartbeat had not been heard ... A day or two before 3 March 2000, she told me that she had twisted her ankle on the last two steps of the staircase and had hit the banister ... but that she was not in pain and did not need to go to the doctor ...

Statement by Ö.A.G.: ... we drove the patient to the emergency department at the Ege Hospital ... One of the doctors told me that her condition was serious. He said to go and pay 700 million lira into the operating fund ... I don't know the name of that doctor. It was about 10 p.m. at that stage. I had 150 million lira with me. I told the doctor that I had that amount, that I [could] pay it and [could] sign a paper for the remainder ... He said that this would not do, that he could not operate. I insisted that he operate. He refused again. I then asked what [we] should do ... He told us to take her to the Konak maternity hospital. At the same time, he asked us, under duress, to sign a document certifying that we were taking the patient out of hospital of our own free will ...

Statement by Ahmet Y.: ... We took Menekşe Şentürk to the Ege University Hospital at about 9 p.m. They admitted us immediately to the emergency department. A woman doctor examined her ... she told us that the baby was dead ... The doctor told us that the baby had to be removed by emergency surgery ... The doctor said that we had to pay the hospital about 700 million [lira] for the operation. The patient's husband said that he could not pay the entire amount immediately, that he could pay some of it but would sign a paper and pay later. The doctor said to talk to the cashier's desk [vezne]. The people at the cashier's desk told us that we had to pay the entire amount. We then spoke again with the doctor who had examined the patient. We told her that we had not been able to pay all of the money and asked her what we should do. She told us to take the patient immediately to the Konak maternity hospital ...

Statement by S.A.A.: ... Menekşe Şentürk came to the emergency department on 11 March 2000, complaining about stomach pains ... I met the patient ..., [and]

carried out an examination ... I sent her to the gynaecology and obstetrics department. About half an hour after being examined in the obstetrics department, the patient came back to the emergency department ... The patient's husband told me that the obstetrics doctors had informed him that the baby was dead ... and that she had to be hospitalised. I asked why they had not hospitalised her instead of taking her back to the emergency department. The patient's husband told me that they had been asked to pay fees ... and as he could not pay that amount he wanted to take his wife to the Konak maternity hospital. At this point he was in a state of panic and emotional. I told him calmly that the baby had to be removed immediately from the mother's stomach, [that he had] to take her back and have the patient hospitalised immediately ... [so that] the child could be removed, otherwise the mother's life could be in danger ... In spite of what I said, the patient's husband wrote on the patient's examination form: "In spite of the doctor's advice, we have refused hospitalisation" and signed it. I exerted no pressure ... to have this statement written ... The patient's husband told me that the doctors in the [gynaecology and obstetrics department] had told him that he had to pay a deposit, if my memory serves me correctly, of 400 million lira ...

Statement by M.D., driver from the private ambulance company: ... at about 10.30 p.m. on 11 March 2000 I collected the patient from the obstetrics department and drove her to the emergency department. There, I told the head nurse, S.T., to assign a nurse for the ambulance. She said that that was impossible. Later, I asked the doctor in the emergency department which was transferring the patient if I could have a nurse for the ambulance. But she too said that it was impossible, that the baby was dead in the mother's stomach and that I had to drive her immediately to the Konak Hospital ... I put the patient in the ambulance ... The patient's husband got in beside her ... There was no nursing staff in the ambulance ... Before we put her in the ambulance, in front of the Ege Hospital emergency department ..., the patient told me not to take her away ... That must have been about 10.40 p.m. When we arrived at Konak ... I saw that the patient had died ... As I had explained [to her] ..., the reason that there was no nursing staff in our ambulance ... was because our duty nurse was occupied with the transfer of another patient ... The doctors and a nurse at the hospital told me that the patient had been dead on arrival. They told me that they had no morgue and that we ought to take her back to the Ege University morgue ..."

According to the statements as recorded, four doctors from the Ege University Medical Faculty Hospital, namely T.K., S.A., Ö.Ö. and S.Ö., denied having told the applicant or the deceased woman that they would have to pay a sum of money in order for the surgical procedure in question to be carried out.

C. The criminal proceedings brought against the medical staff

1. The proceedings against doctors T.K., H.V., S.A. and Ö.Ö.

18. On 26 February 2001 the management of the Ege University medical faculty opened an investigation in respect of the doctors T.K., H.V., S.A. and Ö.Ö.

19. On 10 September 2001 it decided that there were no grounds for bringing proceedings against those doctors.

20. On 26 August 2002 a committee of investigation, composed of doctors, issued a report concluding that the doctors in question had not committed any error and that, accordingly, there were no grounds for bringing proceedings against them.

21. On 24 October 2002, on the basis of Article 2 of the Convention, Article 3 of the Universal Declaration of Human Rights and Article 17 of the Turkish Constitution, provisions which concern the right to life, the first applicant lodged an objection against that decision. He alleged, *inter alia*, that the committee ought to have verified the legislation in force and Ege University's practice in cases requiring emergency hospitalisation where hospital fees could not be paid.

22. On 22 January 2003 the Supreme Administrative Court set aside the conclusions contained in the investigation report. It noted that the committee had not examined which criteria had to be met in hospitals in order to begin treating a patient whose life was in danger and whose condition required urgent medical intervention. It also noted that the committee had not asked for the investigation to be widened to include Dr S.Ö., gynaecology and obstetrics specialist at the Ege University Medical Faculty Hospital, who had been on duty on the night in question, in order to determine his responsibility with regard to the disputed events. It considered that those shortcomings should be addressed.

23. On 23 January 2004, considering that there had been neither negligence nor carelessness on the part of the doctors in question, the investigation committee adopted a new report, concluding that there was no case to answer. It specified that the case file did not make it possible to determine what should be done in medical emergencies requiring hospitalisation where the corresponding fees were not paid.

24. On 25 February 2004, relying on Article 2 of the Convention, Article 3 of the Universal Declaration of Human Rights and Article 17 of the Constitution, provisions concerning the right to life, the first applicant again lodged an objection against those conclusions. He alleged, in particular, that the fact of not including S.Ö. in the investigation proceedings amounted to a failing in that investigation, and asked that Dr S.Ö. be included in the proceedings.

25. On 14 April 2004 the Supreme Administrative Court sent the case back to the Ege University Rector's Office.

26. On 16 May 2005 the investigation committee adopted a new report, which again concluded that there was no case to answer, in the absence of

negligence or carelessness that was imputable to the doctors T.K., H.V., S.A., Ö.Ö. and S.Ö.

27. On 13 June 2005 the first applicant submitted an appeal against those conclusions to the Supreme Administrative Court.

28. On 27 September 2005 the Supreme Administrative Court upheld that appeal, considering that there was sufficient evidence that the accused doctors had committed the acts for which they were criticised. It based this finding on the report drawn up on 20 and 21 May 2004 by the General Medical Council (*Yüksek Sağlık Şurası*, see paragraph 45 below), stating that the named doctors were four-eighths liable for Mrs Şentürk's death. It therefore held that they should be subjected to criminal proceedings and transmitted the file to the prosecution service.

29. On 17 November 2005 the İzmir Criminal Court noted that the Supreme Administrative Court had transmitted the case to it directly in the absence of an indictment from the prosecution service, and consequently decided to discontinue the proceedings brought against T.K., H.V., S.A., Ö.Ö. and S.Ö., since the opening of proceedings was subject to the issue of an indictment.

30. On 21 April 2006 the İzmir public prosecutor issued an indictment against doctors T.K., H.V., S.A. and Ö.Ö., calling for their conviction for unintentional homicide (Article 455 § 1 of the Criminal Code).

31. On 11 September 2006 the first applicant applied to intervene in the proceedings, a request which the İzmir Criminal Court granted on the same date.

2. The proceedings against the midwife G.E.

32. By a decision of 1 March 2001, the Karşıyaka District Governor authorised the opening of criminal proceedings against the midwife G.E. for breach of her professional duties.

33. On 25 April 2001 the Karşıyaka public prosecutor indicted the defendant for breach of her professional duties (Article 230 § 1 of the Criminal Code) and called for her conviction.

34. On 23 October 2001 the Karşıyaka Criminal Court acquitted the defendant on the ground that another midwife had also been on duty on the day of the events, and that it had not been established that it was the defendant who had examined the deceased and had sent her home without first calling for a specialist to examine her. The court added that, moreover, even supposing that the defendant was the midwife who had examined Mrs Şentürk and sent her home, the breach in her duties had not been intentional, so that the constituent elements of the offence had not been made out.

35. This judgment became final on 31 October 2001.

36. On 14 June 2005, on the basis of the conclusions in the report by the General Medical Council finding that G.E. was two-eighths liable for his wife's death (see paragraph 45 below), the first applicant asked that the criminal proceedings against that midwife be reopened.

37. On 12 October 2005 the first applicant applied to join the proceedings against G.E. as a civil party.

38. On 9 March 2006 the Karşıyaka Criminal Court granted the request for reopening of the proceedings and announced the joinder of this case and the proceedings pending before the İzmir Criminal Court (see paragraphs 51 et seq. below). It also decided to submit to the Criminal Division of the Court of Cassation the dispute as to jurisdiction between those two courts.

39. On 12 June 2006 the Court of Cassation decided to join the criminal proceedings in question and named the Karşıyaka Criminal Court as the court with jurisdiction for examining the remainder of the proceedings.

3. *The criminal proceedings against A.Y., F.B. and Ö.Ç.*

40. On 14 March 2001 the Governor of Konak authorised the opening of proceedings against the midwife A.Y. and the doctors F.B and Ö.Ç.

41. On 12 October 2001 the İzmir public prosecutor charged those individuals with breach of duty (Article 230 § 1 of the Criminal Code) and called for their conviction.

42. On 12 April 2002 the first applicant asked to join the criminal proceedings before the İzmir Criminal Court as a civil party. The court granted that request at the close of a hearing on the same date.

43. On 13 November 2002 the first applicant called for the ambit of the proceedings to be widened, asking in particular for a forensic examination to determine how much time had elapsed between the deaths of the child and of his wife.

44. On 24 February 2003 the İzmir Criminal Court transferred the case file to the General Medical Council, for a decision by it on the defendants' liability and its extent.

45. On 20 and 21 May 2004 the General Medical Council (*Yüksek Sağlık Şurası*) adopted a decision, the relevant extracts of which read as follows:

“After examining the case file, documents and evidence, the commission has concluded:

- that midwives G.E. and A.Y., who failed to evaluate correctly the situation after examining the patient and did not call the duty gynaecologist in spite of the patient's complaints, are two-eighths liable;

– that doctors Ö.Ç. and F.B., who examined the patient solely from the perspective of their area of expertise, although she was 34 weeks pregnant on arrival at the hospital, hypertensive and complaining of severe pain, and who failed to have her examined by an obstetrician, are three-eighths liable;

– that the duty doctors T.K., H.V., S.A. and Ö.Ö., from the Ege University Medical Faculty Hospital, are four-eighths liable for the patient’s death, by having had her transferred, without assistance, to the centre for persons insured with the social security system, on the ground that she had no money, although her condition was not compatible with such a transfer.”

46. On 1 February 2005 the court received the report by the General Medical Council and noted that the defendants’ liability had been established, but not to the extent of eight-eighths.

47. On 14 March 2005 the first applicant referred to the report by the General Medical Council, which had concluded that, in addition to the persons accused in the context of the ongoing proceedings, other doctors working in the Ege University Medical Faculty Hospital had been found to be liable, and asked, in consequence, that indictments be issued in respect of those persons.

48. At the close of the hearing on 17 March 2005, the İzmir Criminal Court transferred the case file to the public prosecutor with a view to the adoption of a supplementary indictment against the defendants on the basis of Article 455 of the Criminal Code.

49. On 25 March 2005 the İzmir public prosecutor issued a supplementary indictment with a view to charging the defendants with unintentional homicide (Article 455 § 1 of the Criminal Code), and called for their conviction in that respect.

50. On 4 July 2006 the first applicant asked the İzmir Criminal Court to complete the proceedings as soon as possible. Relying on Article 6 of the Convention, he emphasised that the length of the proceedings breached his right to a fair hearing within a reasonable time. He also stressed that their continued duration raised the risk of statutory limitation and infringement of his right of property, given that he might find himself deprived of any possibility of obtaining compensation for pecuniary and non-pecuniary damage.

51. On 30 January 2007 the İzmir Criminal Court decided to join the proceedings before it to those being conducted against the doctors T.K., H.V., S.A. and Ö.Ö. for unintentional homicide.

4. The criminal proceedings subsequent to the joinder of the cases

52. On 7 May 2007 the first applicant’s lawyer, on behalf of the first applicant’s under-age son, submitted a request to join the proceedings

as a civil party. He also complained about the length of the proceedings, emphasising the risk that they would become time-barred. He further submitted a claim for compensation in respect of the damage caused to his client on account of his wife's death and claimed 60,000 Turkish lira (TRY) in respect of the non-pecuniary damage sustained by the first applicant and TRY 50,000 for the non-pecuniary damage sustained by the latter's son, together with a claim for TRY 30,000, jointly, in respect of pecuniary damage.

53. At the close of the hearing of 8 May 2007 the Karşıyaka Criminal Court noted that the indictment contained no mention of Dr S.Ö., although the latter's name had appeared alongside those of the defendants in the proceedings before the İzmir Criminal Court. Consequently, it asked for clarification as to whether, after the decision terminating the proceedings (see paragraph 29 above), charges had been dropped against S.Ö. or whether there had been an error. It added that, in the latter case, the omission ought to be rectified.

54. At the hearing of 27 November 2007, the Karşıyaka Criminal Court noted that the prosecutor had replied that charges had not been dropped against S.Ö. and that there may have been an error. The court asked that measures be taken in this regard.

55. On 11 February and 18 March 2008 the applicant's lawyer lodged a memorial with the court, complaining about the length of the proceedings.

56. At the hearing of 12 February 2008, the court noted that the opening of proceedings against S.Ö. had not been such as to influence the ongoing proceedings but could protract the case. Consequently, it decided not to wait for those proceedings to be opened.

57. On 18 March 2008 the criminal court found A.Y., Ö.Ç., F.B., T.K., H.V., Ö.Ö. and S.A. guilty of unintentional homicide and sentenced them to two years' imprisonment and a fine of TRY 91. In application of the provisions of the Criminal Code on the remission of sentences, it commuted A.Y.'s sentence to a fine of TRY 468; that of Ö.Ç. and F.B. to a fine of TRY 703; and that of T.K., H.V., S.A. and Ö.Ö. to a fine of TRY 937. In addition, all of the sentences were suspended. The court dismissed the request for conviction of defendant G.E., noting that, although the report by the General Medical Council had established that she was two-eighths liable, that circumstance did not amount to a ground for reopening the criminal proceedings against her under Article 314 of the Code of Criminal Procedure. In consequence, it upheld her acquittal as pronounced at the close of the first criminal proceedings.

The relevant part of the criminal court's reasoning reads as follows:

“... [I]t emerges from the case file as a whole that: – Menekşe Şentürk, who was eight months pregnant, was driven to the Karşıyaka Public Hospital in İzmir by her husband on Saturday 11 March 2000 on account of severe pain; – she was examined there by midwife G.E. ..., the doctor was not informed, no measure was taken and, since labour had not begun, the patient was sent home; – she was then driven to the emergency department at the Alsancak Public Hospital, where she was examined by midwife A.Y., and she was sent home because labour had not begun; – towards 2 p.m., she was taken to the emergency department at the Yeşilyurt Atatürk Hospital, where she was examined by doctor F.B.; on account of pain on her left side she was sent to the urology department, where she was examined by doctor Ö.Ç. who diagnosed renal colic, administered painkillers and sent her home; – as the pain persisted after the patient's [husband] had taken her home, ... she was taken to the Ege University Medical Faculty Hospital; she was transferred by the emergency doctor ... to the maternity unit; there, it was established that the patient was eight months pregnant but that the [child's] heartbeat could not be heard; although the doctor advised that the baby be removed, hospitalisation was not accepted, in the absence of financial resources; – the patient was then transferred to the İzmir gynaecology and obstetrics hospital, but died during the journey; – on account of this event [and] as was established by the General Medical Council, midwives G.E. and A.Y. were two-eighths liable, doctors Ö.Ç. and F.B. were three-eighths liable, doctors T.K., H.V., S.A. and Ö.Ö. were four-eighths liable; – in those circumstances, the defendants [ought] to be punished for the offences with which they are charged ...”

58. On 21 May 2008 the applicants lodged an appeal on points of law. In their pleadings they emphasised that the criminal court had not responded to the request, submitted on behalf of the applicant's son, to join the proceedings as a civil party, nor to the claim for compensation submitted by them. They also challenged G.E.'s acquittal, given that her liability in the death had been established, and the fact that the prison terms imposed on the defendants had been suspended and commuted to fines. Furthermore, relying on Article 2 of the Convention, they alleged that there had been a breach of the right to life and that the State had failed in its positive obligations in this respect; they considered that the fact that the first applicant and his wife had been obliged to go from one hospital to another amounted to treatment contrary to Article 3. Relying on Articles 6 and 13, they complained about the length of the proceedings and the lack of any remedy to end the related damage. Finally, they submitted that the judgment had breached their right of property.

59. On 21 January 2009 the Principal Public Prosecutor at the Court of Cassation submitted his observations and asked that court to uphold the first-instance judgment in so far as it concerned G.E., to set it aside in

respect of the other defendants on the ground that the offence was time-barred, and to end the proceedings.

60. On 7 October 2010 the Court of Cassation upheld the first-instance judgment in so far as it concerned G.E. It set aside the part of the judgment concerning the other defendants on the ground that the offence provided for in sections 102(4) and 104(2) of Law no. 765 had become time-barred. It thus terminated the proceedings on the ground that they were time-barred, in accordance with Article 322 of the Code of Criminal Procedure.

5. *Proceedings brought against S.Ö.*

61. On 4 January 2008 the İzmir public prosecutor dropped the charges against S.Ö. noting, in particular, that in its report of 20 and 21 May 2004 the health committee had not identified responsibilities attributable to him, that there was insufficient evidence against him and that the events for which he was criticised were now time-barred.

62. The first applicant lodged an objection against that decision.

63. On 14 January 2009 his objection was dismissed by the Karşıyaka Assize Court.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

64. The relevant domestic law is described in *Sevim Güngör v. Turkey* ((dec.), no. 75173/01, 14 April 2009).

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 2 OF THE CONVENTION

65. The applicants alleged that there had been a breach of the right to life of their wife and mother, and of the child she was carrying, in violation of Article 2 of the Convention, the relevant part of which is worded as follows:

“1. Everyone’s right to life shall be protected by law ...”

66. The Government contested that allegation.

A. Admissibility

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

B. Merits

1. *The applicants' submissions*

(a) **The alleged substantive violation of Article 2 on account of the death of Mrs Menekşe Şentürk**

68. The applicants alleged that Mrs Şentürk lost her life on account of serious negligence by the doctors and midwives involved. They considered that this death could easily have been prevented if the doctors and/or midwives had acted in accordance with their duties and their professional code. On the contrary, they had been in grave breach of their duties. In this respect, the applicants also submitted that the events in question should not be classified as mere negligence, but as homicide.

69. According to the applicants, the deceased person was transferred under duress to the Konak Hospital maternity unit, in spite of the fact that the doctors at the Ege University Medical Faculty Hospital had established that her condition was critical. Thus, the first applicant was told to transfer his wife to another hospital because he was unable to pay a sum of about 1,000 euros (EUR) for her operation. Referring to the Court's finding in *Oyal v. Turkey* (no. 4864/05, §§ 53-54, 23 March 2010), the applicants pointed out that the State had an obligation to provide the necessary medical care, since it managed and/or controlled the health-protection system.

70. The applicants also submitted that the doctors had been aware of the patient's critical condition. Referring to the case of *Jasinskis v. Latvia* (no. 45744/08, §§ 67-68, 21 December 2010), they argued that the Government were responsible for her death, in that the necessary care had not been provided, and had therefore breached Article 2 of the Convention in its substantive aspect.

(b) **The alleged procedural violation on account of the death of Mrs Menekşe Şentürk**

71. The applicants pointed out that the Court of Cassation had discontinued the criminal proceedings brought against the defendants as being time-barred, so that the latter had remained unpunished, and alleged that this illustrated the ineffectiveness and inadequate nature of the proceedings. It was evident that the domestic system protected medical staff rather than patients. The applicants observed, in particular, that they had had to wait until 2005, that is, five years after the events, for proceedings to be brought against the four accused doctors from the Ege University Medical Faculty Hospital, and then only through the intervention of the

Supreme Administrative Court. The university committee, made up of medical personnel working in the same medical faculty, had proved highly reluctant to authorise criminal proceedings. In fact, that committee had done its best to hinder the investigations, without which the criminal proceedings against the defendants in question would be null and void.

72. In addition to the ineffectiveness of the criminal investigation in respect of the university staff, the main file of the case had been constantly transferred between several criminal courts. Yet, according to the applicants, there was no rational basis for those postponements and transfers.

(c) The alleged violation of Article 2 of the Convention on account of the death of the unborn child

73. The applicants pointed out that the child carried by the deceased woman died on 11 March 2000. They referred to the statements made by the various doctors and midwives, finding that he or she had died prior to birth as a result of a failure by the health system to identify possible problems. They alleged that the Government were responsible for the death of this child, given that the mother had not been provided, in a timely fashion, with the treatment required by her condition. Although a child who died before birth was not considered a person under the domestic criminal law, other countries, notably the United States of America, considered a child who died before birth as a person under criminal law.

74. As to the procedural aspect of the violation of Article 2 with regard to the death of the unborn child, the applicants alleged that no investigation had been conducted for the purpose of determining the time of death. Their requests concerning that death had been completely ignored by the domestic authorities. In this connection, the applicants criticised the authorities for acting as though that child had never existed. They alleged, however, that a child who died before birth had legal personality under civil law, so that the authorities ought to have opened an investigation and proceedings with a view to determining the time and cause of his or her death. In this respect, the applicants referred to the cases of *Calvelli and Ciglio v. Italy* ([GC], no. 32967/96, § 49, ECHR 2002-I), and *Öneryıldız v. Turkey* ([GC], no. 48939/99, ECHR 2004-XII).

75. In addition, according to the applicants, Turkish criminal law did not contain any provision allowing for proceedings on account of the death of an unborn child, except in cases of a deliberately caused miscarriage. That being said, under civil law, an unborn child had rights while in the mother's womb, subject to the proviso that he or she was born alive. The applicants alleged in this respect that the current structure of domestic law

was inconsistent with international standards in this area and the common approach of member States of the Council of Europe.

2. *The Government's submissions*

76. The Government submitted that the events and the responsibilities of all the persons involved in the disputed circumstances had been examined by the relevant judicial bodies at all levels in an independent manner, on the basis of numerous scientific reports, and that, in consequence, those responsible had been convicted and punished appropriately, in accordance with the legal provisions in force.

77. As to the hospital fees, the Government stated that patients arriving in an emergency condition were not obliged to pay hospital fees in advance, even if they were not insured with the social security system. They explained that once the necessary treatment had been given, those patients had to pay hospital fees if they had no social security cover. However, if the patient had neither social security cover nor the resources to pay the hospital fees, he or she was required, according to the Government, to obtain a certificate of poverty from the local solidarity foundations, in order to be exempted from paying hospital fees.

78. As to the legal status of the unborn child, the Government stated that, under Article 28 of the Civil Code, legal personality was attributed to children who were born alive and viable.

3. *The Court's assessment as to Mrs Menekşe Şentürk's right to life*

(a) **The general principles**

79. The Court reiterates that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction. These principles apply also to the area of public health (see, *inter alia*, *Powell v. the United Kingdom* (dec.), no. 45305/99, ECHR 2000-V, and *Calvelli and Ciglio*, cited above, § 48). It cannot be excluded that the acts and omissions of the authorities in the context of public-health policies may, in certain circumstances, engage their responsibility under the substantive limb of Article 2 (see *Powell*, cited above).

80. However, where a Contracting State has made adequate provision to secure high professional standards among health professionals and to protect the lives of patients, it cannot accept that matters such as error of

judgment on the part of a health professional or negligent coordination among health professionals in the treatment of a particular patient are sufficient of themselves to call a Contracting State to account from the standpoint of its positive obligations under Article 2 of the Convention to protect life (*ibid.*).

81. That being so, the Court reiterates that the positive obligations imposed on the State by Article 2 of the Convention imply that a regulatory structure be set up, requiring that hospitals, be they private or public, take appropriate steps to ensure that patients' lives are protected. They also imply the obligation to put in place an efficient and independent judicial system by which the cause of death of an individual under the responsibility of health professionals can be established, whether they are working in the public sector or employed in private structures, and, as the case may be, to ensure their accountability for their actions (see, in particular, *Calvelli and Ciglio*, cited above, § 49).

82. A requirement of promptness and reasonable expedition is implicit within this context. Rapid examination of such cases is important for the safety of users of all health services (see *Byrzykowski v. Poland*, no. 11562/05, § 117, 27 June 2006). The State's obligation under Article 2 of the Convention will not be satisfied if the protection afforded by domestic law exists only in theory: above all, it must also operate effectively in practice, and that requires a prompt examination of the case without unnecessary delays (see *Šilih v. Slovenia* [GC], no. 71463/01, § 195, 9 April 2009).

83. Moreover, even if the Convention does not as such guarantee a right to have criminal proceedings instituted against third parties, the Court has stated on many occasions that the effective judicial system required by Article 2 may, and under certain circumstances must, include recourse to the criminal law (see *Calvelli and Ciglio*, cited above, § 51). However, if the infringement of the right to life or to personal integrity is not caused intentionally, the positive obligation imposed by Article 2 to set up an effective judicial system does not necessarily require the provision of a criminal-law remedy in every case. In the specific sphere of medical negligence the obligation may for instance also be satisfied if the legal system affords victims a remedy in the civil courts, either alone or in conjunction with a remedy in the criminal courts, enabling any liability of the doctors concerned to be established and any appropriate civil redress, such as an order for damages and for the publication of the decision, to be obtained. Disciplinary measures may also be envisaged (*ibid.*, § 51).

(b) Application of those principles to this case

(i) The alleged violation of the substantive limb of Article 2 of the Convention

84. In the instant case, the applicants do not allege that Mrs Şentürk's death was intentional. They submit, however, that the events for which the medical staff in question were criticised ought not to be classified as mere negligence, but ought to be considered as amounting to homicide. Under the substantive limb of Article 2, they thus allege that the members of the medical staff were in breach of their professional duties on account of the serious negligence ascribed to them, but also on account of the failure to provide medical treatment to Mrs Şentürk because the deceased woman and her husband did not have the necessary financial resources (see paragraphs 68-70 above).

85. The Court notes at the outset that the facts complained of by the applicants differ considerably from those it had occasion to examine in the above-cited cases (see paragraphs 79-83 above). Accordingly, it considers that the criteria and principles developed in the above-mentioned case-law, drawn up as they were in a substantially different context from the present case, cannot be transposed *per se* to the present case, but must, however, guide it in assessing the circumstances of the case.

86. Firstly, the Court considers it necessary to point out that the interpretation of the domestic-law provisions, in this case the issue of the criminal classification of the alleged offences, comes within the sole province of the domestic courts (see *Prado Bugallo v. Spain* (dec.), no. 21218/09, 18 October 2011). Moreover, in the circumstances of the present case, it notes that the conduct of certain of the medical staff accused by the applicants was classified in domestic law as unintentional homicide, as defined in Article 455 of the Criminal Code (see paragraphs 30, 49 and 57 above).

87. The Court also observes that a record of the successive instances of medical negligence to which the applicants' wife and mother was subjected, and also the incompetence of certain members of the medical staff who examined her, was set out in the investigation and expert reports. It further notes that the responsibility of the accused medical staff was clearly established by those reports (see paragraphs 16, 17 and 45 above). Equally, the Supreme Administrative Court, when asked to determine whether proceedings could be brought against the doctors in the Ege University Medical Faculty Hospital, considered that the conduct of those doctors was a matter for criminal prosecution and called for proceedings to be brought against them (see paragraph 28 above). Finally, the responsibility of part of

the accused medical personnel in Mrs Şentürk's death was recognised by the first-instance criminal court (see paragraph 57 above).

88. In this connection, the Court points out that an issue may arise under Article 2 where it is shown that the authorities of a Contracting State put an individual's life at risk through the denial of health care they have undertaken to make available to the population in general (see *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, § 219, ECHR 2001-IV, and *Nitecki v. Poland* (dec.), no. 65653/01, 21 March 2002).

89. In the circumstances of this case, the Court is therefore required to determine whether the domestic authorities did what could reasonably be expected of them and whether, in particular, they fulfilled, as a matter of principle, their obligation to protect the patient's physical integrity, particularly through the administration of appropriate medical treatment. In so doing, the Court attaches weight to the sequence of the events which led to Mrs Şentürk's tragic death as set out in the case file, and to the deceased's medical files. It also considers that a distinction must be made in this respect between the care provided to her prior to her arrival at the Ege University Medical Faculty and the events which occurred subsequent to her arrival at that hospital.

90. The investigation conducted at the domestic level established that Mrs Şentürk's death had been due not only to the errors of judgment made by health professionals – this was particularly the case prior to the deceased's arrival at the Ege University Medical Faculty Hospital – but also to a failure to provide treatment to the deceased woman on account of her inability to pay the hospital fees in advance (see paragraphs 16, 17, 45 and 57 above).

91. In this connection, the Court notes, in the light of the material in the file and particularly the findings of 24 November 2000 as set out in the report from the Ministry of Health's investigation, that it is established that the doctors at the Ege University Medical Faculty Hospital caused their patient's death by having her transferred without treatment and failed in their duties in that they had concerned themselves with payment of the fees for medical care (see paragraph 17 above).

92. Equally, duty doctors T.K., H.V., S.A. and Ö.Ö. from the obstetrics department at the Ege University Medical Faculty Hospital were found by a committee of experts to be four-eighths liable for the death of the first applicant's wife "by having had her transferred, without assistance, to the centre for persons insured with the social security system, on the ground that she had no money, although her condition was not compatible with such a transfer" (see paragraph 45 above).

93. The Court also notes, having read the criminal court's reasoning of 18 March 2008 and on the basis of the material in the file, that the

first applicant and his wife refused the hospitalisation recommended by the doctors in that hospital “in the absence of financial resources” (see paragraph 57 above).

94. Finally, it notes the investigation committee’s conclusions, dated 23 January 2004, on the appropriateness of bringing criminal proceedings against that hospital’s medical staff, conclusions which stated that the file did not enable the committee to determine what should be done in medical emergencies requiring hospitalisation where the corresponding fees were not paid (see paragraph 23 above).

95. According to the Government, emergency medical treatment is provided without a requirement for advance payment (see paragraph 77 above). In this regard, the Court considers it useful to specify that it is by no means its task in the present case to rule *in abstracto* on the State’s public-health policy on access to treatment at the relevant time. It is sufficient for the Court to note, in the light of the findings of the various national bodies regarding the circumstances of Mrs Şentürk’s death, that the provision of treatment at the Ege University Medical Faculty Hospital was subordinated to a prior financial obligation. This dissuasive obligation resulted in the patient’s decision to decline treatment within that hospital. However, in view of the investigation report of 24 November 2000 (see paragraph 17 above) and the various statements included in the investigation file, particularly those of S.A.A. and the ambulance driver who transferred the deceased woman (see paragraph 17 above), the Court is of the opinion that this decision to decline treatment cannot in any way be considered as having been made in an informed manner or as being such as to exonerate the national bodies from their responsibility with regard to the treatment which ought to have been provided to the deceased woman.

96. Indeed, the Court emphasises that there was no doubt as to the seriousness of the patient’s condition when she arrived at the Ege University hospital, nor as to the need for immediate surgery, the absence of which was likely to have extremely serious consequences. While in no way speculating as to Mrs Şentürk’s chances of survival had she received medical treatment within the Ege University Medical Faculty Hospital, the Court notes that the medical staff at that hospital were perfectly aware of the risk to the patient’s health were she to be transferred to another hospital (see paragraph 17 above). In addition, it appears that the case file did not enable the committee which refused to authorise proceedings against those members of staff to assess what should be done in situations of medical emergency when the fees due could not be paid (see paragraphs 23 and 94 above). It appears that the domestic law did not have provisions in this

area capable of preventing the failure in this case to provide the medical treatment required by the deceased woman's condition.

97. Thus, the deceased woman, victim of a flagrant malfunctioning of the hospital departments, was deprived of the possibility of access to appropriate emergency care. This finding is sufficient for the Court to conclude that the State failed in its obligation to protect her physical integrity. Consequently, it concludes that there has been a violation of the substantive limb of Article 2 of the Convention.

(ii) Alleged violation of the procedural limb of Article 2 of the Convention

98. The Court emphasises that the applicants' complaints also concern the fact that the doctors and midwives who were accused and found to be criminally responsible for Mrs Şentürk's death at first instance had not received criminal sanctions, since the prosecution had been discontinued as being time-barred (see paragraph 71 above). In this connection, it notes, having regard to the evidence in the file, that there had indeed been no final conviction of those presumably responsible for Mrs Şentürk's death as a result of the offence in question becoming time-barred.

99. In the light of the information submitted by the parties, the Court notes that the applicants had used only a domestic criminal-law remedy to complain about the failings of the doctors and midwives responsible for caring for the deceased woman. It is therefore required to examine whether the investigations conducted by the authorities following the applicants' criminal complaint satisfied the requirements of promptness, effectiveness and reasonable diligence arising from the procedural limb of Article 2 (for a similar approach, see *Eugenia Lazăr v. Romania*, no. 32146/05, § 72, 16 February 2010).

100. In this connection, the Court notes that the administrative phase of prior authorisation for proceedings, essential in order to have criminal proceedings opened against doctors T.K., H.V., S.A. and Ö.Ö., who had been involved in the impugned events, lasted almost three years, until the Supreme Administrative Court – faced with the relevant investigation committee's systematic refusal [to act] – decided to send, of its own motion, the case before the criminal courts so that proceedings could be brought (see paragraph 28 above). It further notes that on 7 October 2010, after more than nine years of proceedings, all of the proceedings brought against the medical staff in question were discontinued as being time-barred – with the exception of those concerning G.E., whose acquittal was upheld.

101. The Court reiterates that while there may be obstacles or difficulties which prevent progress in an investigation in a particular situation, a prompt

response by the authorities is vital in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts (see *Şilih*, cited above, § 196). In the present case, the Court can only note that the length of the disputed proceedings failed completely to satisfy the requirement of a prompt examination of the case without unnecessary delays (see, for a similar conclusion, *Eugenia Lazăr*, cited above, § 75).

102. Furthermore, the Court notes that the criminal proceedings appear to have been characterised by an initial omission, namely the failure to commence prosecution of S.Ö., and that this situation persisted until 2008, when charges were dropped (see paragraphs 24, 53-54 and 61-63 above).

103. Admittedly, the Court has already held that, in cases of death through medical negligence, the Turkish legal system affords injured parties, on the one hand, criminal proceedings and, on the other, the possibility of bringing an action in the relevant civil court, together with the possibility of disciplinary proceedings if civil liability is established. It has thus concluded that the Turkish legal system offers litigants remedies which, in theory, meet the requirements of Article 2 (see *Sevim Güngör v. Turkey* (dec.), no. 75173/01, 14 April 2009; *Pak v. Turkey* (dec.), no. 39855/02, 22 January 2008; and *Alban v. Turkey* (dec.), no. 8163/07, 14 September 2010).

104. The Court sees no reason to call into question those findings, which remain valid in the context of the case currently before it, given that the various forms of negligence and medical error to which the victim was subjected prior to her arrival at the Ege University Medical Faculty Hospital are in issue. Nonetheless, it reiterates that it has found, in the particular light of the conclusions of the investigations conducted by the domestic authorities, that in the circumstances of this case the negligence attributable to that hospital's medical staff went beyond a mere error or medical negligence, in so far as the doctors working there, in full awareness of the facts and in breach of their professional obligations, did not take all the emergency measures necessary to attempt to keep their patient alive.

105. It reiterates, moreover, that the fact that those responsible for endangering life have not been charged with a criminal offence or prosecuted may entail a violation of Article 2, irrespective of any other types of remedy which individuals may exercise on their own initiative (see, *mutatis mutandis*, *Öneryıldız*, cited above, § 93 *in fine*, and *Kalender v. Turkey*, no. 4314/02, § 52, 15 December 2009). The Court considers that the same applies where a patient is confronted with a failure by a hospital department to provide medical treatment and this results in the patient's life being put in danger.

106. Consequently, and in view of the findings concerning the shortcomings in the criminal proceedings in question (see paragraphs 100-02 above), the Court concludes that there has been a procedural violation of Article 2 of the Convention.

4. *The Court's assessment as to the foetus's right to life*

107. The Court reiterates that in its judgment in *Vo v. France* ([GC], no. 53924/00, § 82, ECHR 2004-VIII) the Grand Chamber held that, in the absence of any European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life, the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere. The Grand Chamber thus found that “it is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention” (ibid., § 85).

108. Since then, the Grand Chamber has had an opportunity to reaffirm the importance of this principle in *A, B and C v. Ireland* ([GC], no. 25579/05, § 237, ECHR 2010), in which it pointed out that the rights claimed on behalf of the foetus and those of the mother are inextricably interconnected (see, to the same effect, the review of the Convention case-law at paragraphs 75-80 in the above-cited *Vo* judgment).

109. In the circumstances of the present case, the Court sees no reason to depart from the approach adopted in those cases, and considers it unnecessary to examine whether the applicants' complaint as regards the foetus falls within the scope of Article 2 of the Convention. It considers that the life of the foetus in question was intimately connected with that of Mrs Şentürk and depended on the care provided to her. That circumstance has been examined in the light of the infringement of the deceased woman's right to life (see paragraphs 87-97 above). Accordingly, the Court considers that the applicants' complaint in this connection does not require a separate examination.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLES 3, 6 AND 13 OF THE CONVENTION AND OF ARTICLE 1 OF PROTOCOL No. 1

110. Relying on Article 3 of the Convention, the applicants allege that they themselves suffered psychologically as a result of the death of their wife and mother, and complain about the suffering endured by the deceased woman throughout the entire period in which she did not receive treatment.

Under Article 6 of the Convention, they also complain about the excessive length of the proceedings and the absence of reasoning in the

judgment issued by the criminal court. On the basis of Article 13 of the Convention, the applicants also complain about the ineffectiveness of the medical and legal system in responding to complaints such as theirs. In this respect, they explain that they had to wait five years in order to obtain administrative authorisation for prosecution of the doctors from Ege University. They further allege that no domestic remedy was available that would have enabled them to obtain compensation for the damage arising from the excessive length of the judicial proceedings.

Finally, the applicants claimed that the criminal courts at first instance had failed to rule on their claims for damages, and allege, under Article 1 of Protocol No. 1, that the fact that the proceedings became time-barred had deprived them of the possibility of pursuing an action for compensation.

111. Having regard to its finding under Article 2 of the Convention (see paragraphs 97 and 106 above), the Court considers that it has examined the legal question raised by the present application. Having regard to the facts of the case and the parties' arguments, it considers that it is no longer necessary to examine separately the other complaints under Articles 3, 6 and 13 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1 (for a similar approach, see *Kamil Uzun v. Turkey*, no. 37410/97, § 64, 10 May 2007).

III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

112. 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

113. The first applicant, Mehmet Şentürk, claimed 542.20 euros (EUR) in respect of the pecuniary damage which he claimed to have sustained, and submitted as evidence a breakdown assessing the loss of financial support caused by his wife's death at 1,172.35 Turkish lira. He also claimed EUR 100,000 in respect of non-pecuniary damage; Bekir Şentürk claimed EUR 200,000 under this head.

114. The Government contested these claims. With regard to the amounts claimed in respect of pecuniary damage, they alleged that these had not been substantiated in any way, so that they found it impossible to understand what tangible criteria had been used in calculating the alleged loss.

115. The Court reiterates that there must be a clear causal link between the damage claimed and the violation of the Convention and that the award of just satisfaction may, in an appropriate case, include compensation for loss of financial support (see, among many other authorities, *Kavak v. Turkey*, no. 53489/99, § 109, 6 July 2006). In the present case, it has found (see paragraph 97 above) that the domestic authorities were responsible under Article 2 of the Convention in that they had not protected the life of Mrs Şentürk. It emphasises, however, that the calculation submitted by the applicant specifies that the deceased woman had no independent source of income. In those circumstances, it considers that the alleged pecuniary damage has not been sufficiently proved. It therefore rejects the applicant's request under this head.

116. The Court further considers it appropriate to award the applicants jointly the sum of EUR 65,000 in respect of non-pecuniary damage.

B. Costs and expenses

117. The applicants also claimed EUR 1,931.25 in respect of the costs and expenses incurred before the domestic courts, EUR 11,562.50 in respect of lawyer's fees for the proceedings before the Court, and EUR 216 in respect of the costs incurred before the Court. They produced as evidence an hourly breakdown of the work carried out by their lawyer, and receipts.

118. The Government contested these claims.

119. According to the Court's case-law, an award can be made in respect of costs and expenses only in so far as they have been actually and necessarily incurred by the applicant and are reasonable as to quantum. In the instant case, and having regard to the documents available to it and to its case-law, the Court considers it reasonable to award the applicants jointly EUR 4,000 for costs and expenses, less the EUR 850 received by way of legal aid, for the proceedings before it.

C. Default interest

120. 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 application admissible as to the complaint under Article 2 of the Convention concerning Mrs Menekşe Şentürk's death;

2. *Holds* that there has been a substantive violation of Article 2 of the Convention on account of the death of Mrs Menekşe Şentürk;

3. *Holds* that there has been a procedural violation of Article 2 of the Convention;

4. *Holds* that there is no need to examine separately the remainder of the complaints;

5. *Holds*

(a) that the respondent State is to pay the applicants, within three months from the date on which the judgment becomes final according to Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts, to be converted into Turkish lira at the rate applicable on the date of settlement:

(i) EUR 65,000 (sixty-five thousand euros) jointly to the two applicants, plus any tax that may be chargeable to the applicants, in respect of non-pecuniary damage;

(ii) EUR 4,000 (four thousand euros) jointly to the two applicants, less the EUR 850 (eight hundred and fifty euros) received by way of legal aid, plus any tax that may be chargeable to the applicants, for costs and expenses;

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

6. *Dismisses* the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in French, and notified in writing on 9 April 2013, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Stanley Naismith
Registrar

Guido Raimondi
President

TARANTINO AND OTHERS v. ITALY
(Applications nos. 25851/09, 29284/09 and 64090/09)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 2 APRIL 2013¹

1. English original. Extracts.

SUMMARY¹**Legislation making admission to State and private university courses in medicine and dentistry conditional on passing entrance examination with *numerus clausus***

The State was justified in being rigorous in its regulation of the higher-education sector, especially in fields where a minimum and adequate education level was of the utmost importance. The capacity and resource potential of universities, as well as society's need for a particular profession, were legitimate and proportionate criteria for making admission to universities conditional on passing an entrance examination with a *numerus clausus* (see paragraphs 50-52 of the judgment).

Article 2 of Protocol No. 1

Right to education – Legislation making admission to State and private university courses in medicine and dentistry conditional on passing entrance examination with numerus clausus – Legitimate aim of achieving high levels of professionalism – General interest – Proportionality – Margin of appreciation – Capacity and resource potential of universities – Society's need for particular profession – Need to prevent arbitrary admission to or exclusion from universities and to guarantee equal treatment – Need to ensure assimilation of each successful candidate into labour market and to avoid unemployment – Possibility to resit entrance examination – Possibility to apply for other courses or to study abroad

*

* *

Facts

In Italy, a *numerus clausus* (limit on the number of candidates allowed admission to a university) applies to certain vocational faculties such as medicine and dentistry in both State and private universities. The applicants were all students who were unable to obtain a place in the faculty of medicine or dentistry to which they had applied. The first seven applicants failed the entrance examination. After initially obtaining a place at a faculty of dentistry, the eighth applicant was excluded from the course and required to retake the entrance examination after repeatedly failing to sit the course examinations. All eight applicants complained to the European Court of a violation of their right to education secured by Article 2 of Protocol No. 1.

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

Law

Article 2 of Protocol No. 1:

(a) *Complaint relating to all the applicants* – The restrictions imposed by the entrance examination and *numerus clausus* under the applicable legislation had been foreseeable and conformed to the legitimate aim of achieving high levels of professionalism by ensuring a minimum and adequate education level in universities in appropriate conditions. This was in the general interest. The case therefore turned on the question of the proportionality of the restrictions.

As to the entrance-examination requirement, identifying the most meritorious students through relevant tests was a proportionate measure to ensure a minimum and adequate level of education in the universities. The Court was not competent to decide on the content or appropriateness of the tests involved.

As regards the *numerus clausus*, a balance had to be struck between the individual interest of the applicants and those of society at large, including other students attending the university courses. The two criteria on which the *numerus clausus* was based – the capacity and resource potential of universities, and society's need for a particular profession – were in line with the Court's case-law holding that regulation of the right to education may vary according to the needs and resources of the community and of individuals. They also had to be seen in the context of the highest (tertiary) level of education.

With respect to the first of these criteria, resource considerations were clearly relevant and undoubtedly acceptable as the right to education applied only in so far as it was available and within the relevant limits. While this was particularly true where State-run universities were concerned, it was not disproportionate or arbitrary for the State to regulate access to private institutions as well, not only because the private sector in Italy was partly reliant on State subsidies, but also because regulating access could be considered necessary both to prevent arbitrary admission or exclusion and to guarantee equal treatment. The State was therefore justified in being rigorous in its regulation of the sector – especially in fields where a minimum and adequate education level was of the utmost importance – to ensure that access to private institutions was not available purely on the basis of the candidates' financial means irrespective of their qualifications and suitability for the profession. It was also true that overcrowded classes could be detrimental to the effectiveness of the education system. The first criterion was thus both legitimate and proportionate.

As to the second criterion – society's need for a particular profession – despite the fact that it ignored any relevant needs originating in a wider European Union or private context and even future local needs, the Court nevertheless considered it balanced and proportionate. Training specific categories of professionals constituted a huge investment and the Government were entitled to take action to avoid excessive public expenditure. It was reasonable for the State to aspire to the assimilation of each successful candidate into the labour market since

unemployment could be considered a social burden on society at large. Nor, given that it was impossible to ascertain how many graduates might seek to exit the local market and find employment abroad, was it unreasonable for the State to base its policy on the assumption that a high percentage would remain in the country to seek employment there.

Lastly, the applicants had not been denied the right to apply for other courses or to study abroad and, since there did not appear to be a limit on the number of times they could sit the entrance examination, they still had the opportunity to resit the test and, if successful, gain admission to the course. In conclusion, the measures imposed were not disproportionate and the State had not exceeded its margin of appreciation.

Conclusion: no violation (six votes to one).

(b) *Complaint relating only to the eighth applicant* – It was not unreasonable to exclude a student from a course and require him to resit the entrance examination when he had failed to sit examinations for eight consecutive years, particularly given that a *numerus clausus* applied to the university course in question. This measure, which had struck a balance between the interests of the eighth applicant and the interests of other candidates and the community at large, was thus proportionate.

Conclusion: no violation (unanimously).

Case-law cited by the Court

Ali v. the United Kingdom, no. 40385/06, 11 January 2011

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

Georgiou v. Greece (dec.), no. 45138/98, 13 January 2000

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

Leyla Şahin v. Turkey [GC], no. 44774/98, ECHR 2005-XI

Lukach v. Russia (dec.), no. 48041/99, 16 November 1999

Mürsel Eren v. Turkey, no. 60856/00, ECHR 2006-II

X. v. the United Kingdom, no. 8844/80, Commission decision of 9 December 1980, Decisions and Reports 23

In the case of Tarantino and Others v. Italy,

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

Danutė Jočienė, *President*,

Guido Raimondi,

Peer Lorenzen,

Dragoljub Popović,

Işıl Karakaş,

Nebojša Vučinić,

Paulo Pinto de Albuquerque, *judges*,

and Françoise Elens-Passos, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 5 March 2013,

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

PROCEDURE

1. The case originated in three applications (nos. 25851/09, 29284/09 and 64090/09) against the Italian Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by Ms Claudia Tarantino, Mr Giuseppe Reitano, Ms Laura Aziz, Mr Maurizio Brancadori, Mr Massimo Crosia, Mr Massimo Filetti, Mr Pasqualino La Mela and Mr Carmelo Marcuzzo (“the applicants”) on 18 May and 2 and 16 November 2009.

2. The applicants were represented by Mr G. Lipari, a lawyer practising in Misilmeri. The Italian Government (“the Government”) were represented by their co-Agent, Ms P. Accardo.

3. The applicants complained of a violation of their right to education as provided by Article 2 of Protocol No. 1. In particular they alleged that the aims pursued by Law no. 127/1997 regulating the *numerus clausus* were not legitimate and that the measure was not proportionate.

4. On 21 June 2011 the applications were joined and notice given to the Government. It was also decided to rule on the admissibility and merits of the applications at the same time (Article 29 § 1).

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. The applicants are all Italian nationals, details of whom can be found in the table in the appendix [see full text of judgment, available in Hudoc].

A. Background to the cases

1. *The first applicant, Ms Tarantino*

6. On 4 September 2007 Ms Tarantino failed the entrance examination to study at the Faculty of Medicine in Palermo. In 2007 two thousand students sat this examination and there were two hundred and ten places available. She failed the examination again in 2008 and 2009.

7. On 14 December 2007 the first applicant and other students lodged a complaint with the President of the Republic alleging that Law no. 264/1999, in particular the two binding criteria used by the Ministry to set the number of students allowed admission to the relevant faculty of each university (see paragraph 17 below), was incompatible with Article 3 § 2 (c) and (g) of the Treaty establishing the European Economic Community, Directive 2005/36/CE on the recognition of professional qualifications, Article 15 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (EU), Article 6 § 2 of the Treaty on the European Union, with regard to the principle of equality, and Article 2 of Protocol No. 1 to the Convention. She further contested both the State's decision to impose the same limitations on private universities and the adequacy of the entrance examinations. The first applicant also asked to be provisionally admitted to the university under a conditional clause.

8. By a decree of 2 July 2008, the *Consiglio di Stato* rejected her request for an interim measure.

9. On 23 September 2008 the first applicant made further pleadings and reiterated her request for the matter to be submitted to the European Court of Justice (ECJ) for a preliminary ruling. Her pleadings were transmitted to the *Consiglio di Stato* in October 2008.

10. By a decree of 28 April 2009 (no. 2256), adopted on the basis of the *Consiglio di Stato's* advisory opinion, delivered on 12 November 2008 and notified to the first applicant on 14 May 2009, the President of the Republic rejected the complaints. The decree stipulated that, bearing in mind the human and material resources of the universities, the contested admission restrictions allowing entrance only to the most meritorious students were reasonable and therefore compatible with the EU provisions

invoked. Moreover, in line with the increase in society's need for qualified doctors, admissions to the faculties of medicine in 2008-09 had increased by 10 to 20%. It noted that the professional examination, after a degree had been obtained, was not an academic title in itself but a State examination like those held in most States. Lastly, it dismissed the allegation that the entrance examination's content was inadequate.

2. *The remaining seven applicants*

11. The other seven applicants had been or are still working as dental technicians or hygienists for a number of years.

12. On 4 September 2009, despite their relevant professional experience, those seven applicants failed the entrance examination to study at the Faculty of Dentistry. Any preceding and subsequent attempts were also unsuccessful.

13. Mr Marcuzzo ("the eighth applicant") had nevertheless passed the entrance examination in the academic year 1999/2000. However, following his failure to sit examinations for eight consecutive years on account of serious family problems (as provided for by the relevant University Rule, under Article 149 of Royal Decree no. 1592/1933), he lost his student status in July 2009.

14. These applicants conceded that they had not pursued available domestic remedies, since in their view they would have been ineffective. According to the well-established jurisprudence of the *Consiglio di Stato*, limited access to universities is compatible with the Constitution and EU law (see, amongst others, the above-mentioned advisory opinion of 12 November 2008). The eighth applicant also argued that the *Consiglio di Stato* had consistently held that subjective reasons, such as family problems (as in his case), could not be considered as exceptions to the rule favouring continuity of studies. In consequence, his claim would not have been successful.

II. RELEVANT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

A. Law no. 127/1997

15. Law no. 127/1997, amending section 9(4) of Law no. 341/1990, introduced, for the first time, a *numerus clausus* (limited access) to both State and private Italian universities. Section 17(116) of that Law provided that it was for the Ministry of Universities and Scientific and Technological Research to establish those limits. However, the Law did not establish or set

clear criteria to determine the faculties subject to restrictions, the number of available places or the selection procedure.

16. On 27 November 1998, having been asked to examine the constitutionality of section 17(116) of Law no. 127/1997, the Constitutional Court delivered a judgment (no. 383/1998) upholding the constitutionality of that Law. It considered that the discretion exercised by the Ministry of Universities and Research was not unfettered, since it must act according to an established legal framework. In this connection, in the absence of national legislation on the matter, the Constitutional Court made reference to relevant EU directives which aimed to ensure an adequate standard of education. The court further noted that it was for Parliament to rule on the subject.

17. Following the Constitutional Court's judgment, Law no. 264/1999 was enacted. It provided that the Ministry of Universities and Research would establish the entrance quota of the Faculties of Medicine, Veterinary Medicine, Dentistry, Architecture and Nursing on the basis of two binding criteria: the capacity and resource potential of the universities, and society's need for a particular profession (*fabbisogno di professionalità del sistema sociale e produttivo*). Based on that assessment, the Ministry would set the number of students allowed admission to the relevant faculty of each university.

18. On 21 April 2009 the Anti-Trust Authority ("the AA") issued a recommendation on the criteria for admission to the Faculty of Dentistry. The AA noted that (a) in practice, the two criteria established by the Law were applied on the basis of the observations of the Ministry of Universities and Scientific and Technological Research and the Ministry of Health, and (b) any data gathered would be discussed by an expert task force, composed, *inter alia*, of representatives from the National Federation of Doctors and the Chamber of Doctors and Dentists.

19. In the AA's view, the Italian government were acting in breach of the Constitutional Court's judgment (no. 383/1998, cited above) and EU law, in so far as the Law took into account not only educational standards but also data concerning occupational demand. Noting that the assessments were made with exclusive regard to the occupational demand of the national health service, the AA concluded that limiting admission to the Faculty of Dentistry amounted to an unreasonable restriction of competition in professional services. Indeed, by considering only public demand, to the exclusion of any private demand, the number of dentists was artificially reduced and dental fees were unjustifiably increased. Furthermore, the AA disapproved of the participation of professional associations in the above-mentioned task force, in so far as their decisions might be highly influenced by their own interests.

20. To be admitted, candidates were required to pass a multiple-choice examination consisting of eighty questions on general knowledge (including international geography and history), biology, chemistry, mathematics and physics. The examination, based on the high-school syllabus, aimed to test the candidates' aptitude for the subject matter pertaining to the faculty of their choice.

B. Jurisprudence

21. The relevant domestic courts repeatedly found that a *numerus clausus* and the way in which it was applied in the Italian legal framework were in accordance with both the Constitution and EU legislation. Judgments in support of those findings include, *inter alia*: no. 1931 of 29 April 2008, no. 5418 of 24 June 2008, and no. 5542 of 6 June 2008 of the *Consiglio di Stato*; no. 197 of the Florence Tuscany Administrative Tribunal of 12 February 2007; no. 4559 of the Naples Administrative Tribunal of 2008; no. 1931 of the Florence Tuscany Administrative Tribunal of 17 April 2008; no. 145 of the Trento Administrative Tribunal of 11 June 2008; and no. 1631 of the *Consiglio di Stato* of 15 April 2010.

In particular, in respect of the complainants' claim that the criterion related to society's need for a particular profession should not be limited to the national territory – to the exclusion of the current and imminent future needs of the entire European Community – the *Consiglio di Stato* held, in its judgment no. 1931 of 29 April 2008, that it was evident that the major determining criterion was that based on the capacity and resource potential of universities, which allowed for proper scientific training as required by EU legislation. As had previously been upheld by the Constitutional Court (judgment no. 393 of 1998), the right to higher education, even for the most meritorious students, depended on the availability of technical means and human resources, particularly in the study of sciences, which was both theoretical and practical. Indeed, EU legislation did not ban *numeri clausi*. European directives provided for the recognition of titles and degrees based on standards of minimum studies and guarantees of a real possession of the necessary knowledge to carry out a profession. However, they left it to individual States to determine the instruments, means and methods to fulfil the obligations set by those directives. The criterion relating to society's need for a particular profession carried less weight than the capacity and resource criterion, and was indeed secondary. It would only come into play in the unlikely event that availability was so abundant that it would be necessary to limit access to the profession to avoid saturating the market. With reference to a recommendation by the Ministry of Health to limit the number of

registered students (which formed the basis of the decision on the number of places available for the years 2006-07), the court considered that it was to be seen as a quantitative restriction not in view of society's needs, but in the light of a need to ensure that specialised studies reached European standards. Given that the relevance of this criterion to the decision on the number of candidates to be registered each year had not been proven, and because EU law did not provide for unlimited and unconditional access to education for students, it was not necessary to refer the matter to the ECJ.

22. According to *Consiglio di Stato* judgment no. 1855 of 2005, the eight-year time-limit indicated in Decree no. 1592 of 1933 is not a prescriptive period which can be interrupted, but the maximum time before the right (to attend the course) lapses.

C. Relevant European Union law

23. Article 39 (former Article 48) of Title III of the Treaty establishing the European Community relates to the free movement of persons, services and capital. It reads as follows:

“1. Freedom of movement for workers shall be secured within the Community.

2. Such freedom of movement shall entail the abolition of any discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment.

3. It shall entail the right, subject to limitations justified on grounds of public policy, public security or public health:

(a) to accept offers of employment actually made;

(b) to move freely within the territory of Member States for this purpose;

(c) to stay in a Member State for the purpose of employment in accordance with the provisions governing the employment of nationals of that State laid down by law, regulation or administrative action;

(d) to remain in the territory of a Member State after having been employed in that State, subject to conditions which shall be embodied in implementing regulations to be drawn up by the Commission.

4. The provisions of this Article shall not apply to employment in the public service.”

24. Other relevant European Union texts include: Council Directive 86/457/EEC of 15 September 1986 on specific training in general medical practice; Council Directive 93/16/EEC of 5 April 1993 to facilitate the free movement of doctors and the mutual recognition of their diplomas, certificates and other evidence of formal qualifications; and Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 2 OF PROTOCOL No. 1

25. The applicants complained under Article 2 of Protocol No. 1 of a breach of their right to education, which provides:

“No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.”

26. The Government contested that argument.

...

B. Merits

1. *The parties' submissions*

(a) **The applicants**

35. The applicants contended that the restriction applicable to admission to the courses of their choice, namely the basis for applying the *numerus clausus*, was contrary to the Constitution and EU law.

36. They further alleged that the aims pursued by the law were not legitimate or proportionate. In particular, while acknowledging the need to guarantee an appropriate level of skills for future professionals, they contested the two criteria established by Law no. 264/1999 and applicable to both State and private universities. Furthermore, they considered that the needs of the community could not be assessed only on the basis of the public sector, particularly given that the majority of professionals, especially in the dental field, worked in the private sector. Moreover, the assessment was exclusively local and did not take into consideration the possibility that persons studying in Italy might want to practise in another country.

37. The applicants explained that the number of places at individual universities was established by the Ministry of Universities and Scientific and Technological Research on a regional basis according to the needs of the area. Recently, however, the Italian institutions had realised that the limited access had created such a lack of professionals that certain regions had stated that their hospitals would soon be short of doctors and dentists. They cited as an example (as reported by the press) the region of Lombardy, which had estimated that by 2015 it would have lost 40% of the current workforce (doctors and dentists) owing to retirement. The region had asked the government to abolish the current system of limited access, but the

Italian Ministry of Health had considered that there were already more doctors than were needed in Italy. The applicants considered that the extent to which a sector was saturated was not a legal reason to impede operators from accessing the market. The applicants opined that the real purpose of the restrictions was to protect doctors' and dentists' interests by restricting competition in the sector, an aim which was in conflict with EU law. In particular, they contested the application of those restrictive measures to private universities, which could otherwise increase their admission numbers without imposing an extra financial burden on the State. Thus, the current system denied the applicants access to the education of their choice, even against payment to a private university or, if necessary, to a State one. This amounted to restricting the right to education without a valid reason. In this connection the applicants noted that in *Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium"* ((merits), 23 July 1968, Series A no. 6 – hereinafter “the ‘Belgian linguistic’ case”), the Court had found the impugned measure to be proportionate in view of the fact that it did not prevent the applicants from enrolling (at their own expense) in private French language schools in the region.

38. The applicants noted that the Court was being called upon to determine the compatibility with the Convention of the measure in issue and not the facts of the case examined by the national courts. They considered that the measure, namely the combination of the entrance examination and the restriction based on “society’s need for a particular profession” (and not the *numerus clausus per se*), was not proportionate given the aims pursued.

39. They further contended that the existence of a professional exam devised to assess the adequate preparation of doctors and dentists following their tertiary studies made it unnecessary to restrict prior access to university. Moreover, the entrance examination consisted of a multiple-choice questionnaire and was therefore only adequate to assess scientific notions and not one’s natural disposition. They contended that it was random, inadequate and tainted by numerous episodes of corruption and errors in formulating questions. They contended that most of the applicants had obtained a distinction in their other degrees and that their failure to pass the entrance examination was not attributable to their lack of preparation but to the low quota established. They cited as an example the examination in dentistry in 2010, where, for every place available, there were twenty-six candidates.

(b) The Government

40. The Government submitted that in principle it was not incompatible with Article 2 of Protocol No. 1 to limit admission to university studies,

bearing in mind the available resources and the aim of achieving high levels of professionalism, particularly in respect of critical professions such as those in the medical field. Thus, the application of a *numerus clausus* could not breach the said provision if it were reasonable and in the general interest of society. The matter fell within the wide margin of appreciation of the State.

41. In the present case the State had opted for a selection process based on an aptitude test, which provided for an objective assessment allowing the best candidates to benefit from the limited number of places available. They further considered that the AA's recommendation did not concern the general aspects justifying the measure. Moreover, the Government submitted that it was not for the Court to examine the facts which led the domestic courts to take one particular decision as opposed to another.

42. The Government further considered that the eighth applicant's situation was in accordance with pre-established regulations.

2. *The Court's assessment*

(a) **General principles**

43. The Court reiterates that the guarantees of Article 2 of Protocol No. 1 apply to existing institutions of higher education within the member States of the Council of Europe and that access to any institution of higher education existing at a given time is an inherent part of the right set out in the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1 (see *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, §§ 134-42, ECHR 2005-XI, and *Mürsel Eren v. Turkey*, no. 60856/00, § 41, ECHR 2006-II).

44. In spite of its importance, this right is not, however, absolute, but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access "by its very nature calls for regulation by the State" (see the "*Belgian linguistic*" case, cited above). Admittedly, the regulation of educational institutions may vary in time and in place, *inter alia*, according to the needs and resources of the community and the distinctive features of different levels of education. Consequently, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in this sphere, although the final decision as to the observance of the Convention's requirements rests with the Court (see *Leyla Şahin*, cited above, § 154, and *Ali v. the United Kingdom*, no. 40385/06, § 53, 11 January 2011).

45. In order to ensure that the restrictions that are imposed do not curtail the right in question to such an extent as to impair its very essence and deprive it of its effectiveness, the Court must satisfy itself that they are foreseeable for those concerned and pursue a legitimate aim. However, unlike the position with respect to Articles 8 to 11 of the Convention, it is not

bound by an exhaustive list of “legitimate aims” under Article 2 of Protocol No. 1. Furthermore, a limitation will only be compatible with Article 2 of Protocol No. 1 if there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved (see *Leyla Şahin*, cited above, § 154).

46. In any event, the Court notes that Article 2 of Protocol No. 1 permits limiting admission to universities to those who duly applied for and passed the entrance examination (see *Lukach v. Russia* (dec.), no. 48041/99, 16 November 1999).

(b) Application to the present case regarding all the applicants

47. In the present case the Court accepts that the restrictions chosen by the Italian State, namely the entrance examination and the *numerus clausus*, were foreseeable on the basis of Law no. 127/1997 and Law no. 264/1999, enacted later, which gave further details as to the application of the *numerus clausus*.

48. The Court further considers that these restrictions conform to the legitimate aim of achieving high levels of professionalism by ensuring a minimum and adequate level of education in universities in appropriate conditions, which is in the general interest.

49. As to the proportionality of the restrictions, in relation firstly to the entrance examination, the Court notes that assessing candidates through relevant tests in order to identify the most meritorious students is a proportionate measure designed to ensure a minimum and adequate level of education in the universities. With regard to the content of the tests, albeit in a different context, the Court has held in *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark* (7 December 1976, § 53, Series A no. 23) that the setting and planning of the curriculum fall in principle within the competence of the Contracting States and it is not for the Court to rule on such matters. Similarly, the Court is not competent to decide on the content or appropriateness of the tests involved.

50. With regard to the *numerus clausus*, the Court notes that the applicants complained in particular about the basis used for applying the *numerus clausus*, namely the two criteria referring to (a) the capacity and resource potential of universities, and (b) society’s need for a particular profession. The Court considers that a balance must be struck between the individual interest of the applicants and those of society at large, including other students attending the university courses. The Court notes that the two criteria are in line with the Court’s case-law holding that regulation

of the right to education may vary according to the needs and resources of the community and of individuals (see the “*Belgian linguistic*” case, cited above). It further notes that, in the present case, such restrictions need to be seen in the context of the highest level of education, namely tertiary education.

51. Concerning the first criterion, resource considerations are clearly relevant and undoubtedly acceptable – a notion which follows logically from the interpretation given to the provision, namely that the right to education entails access to any institution of higher education “existing” at a given time (*ibid.*). The Court reiterates that the Convention lays down no specific obligations concerning the extent of the means of instruction and the manner of their organisation or subsidisation (see *X. v. the United Kingdom*, no. 8844/80, Commission decision of 9 December 1980, Decisions and Reports 23, p. 228, and *Georgiou v. Greece* (dec.), no. 45138/98, 13 January 2000). This implies a right of access to education only in as far as it is available and within the limits pertaining to it. The Court notes that such limits are often dependent on the assets necessary to run such institutions, including, *inter alia*, human, material and financial resources with their relevant considerations, such as the quality of such resources. This is relevant particularly when the universities are State-run.

52. In so far as the applicants complained that the same restrictions applied to private universities and therefore to instruction they were willing to pay for, it is undeniable that the resources for theoretical and practical education would in fact be largely dependent upon the private universities’ human, material and financial capital and therefore on that basis it would be possible to have higher admission numbers without imposing an extra burden on the State and its structures. However, it is not irrelevant that the private sector in Italy is partly reliant on State subsidies. More importantly, in the present circumstances the Court cannot find disproportionate or arbitrary the State’s regulation of private institutions as well, in so far as such action can be considered necessary to prevent arbitrary admission or exclusion and to guarantee equal treatment of persons. It reiterates that the fundamental right of everyone to education is a right guaranteed equally to pupils in State and independent schools, without distinction (see *Leyla Sabih*, cited above, § 153). Accordingly, the State has an obligation to regulate them so as to ensure that the Convention is complied with. In particular, the Court considers that the State is justified in being rigorous in its regulation of the sector – especially in the fields of study in question where a minimum and adequate level of education is of the utmost importance – in order to ensure that access to private institutions is not available purely on the basis

of the financial means of candidates, irrespective of their qualifications and aptitude for the profession.

53. Furthermore, the Court recognises that overcrowded classes can be detrimental to the effectiveness of the education system in a way which hinders the specific training experience.

54. Thus, bearing in mind the competing interests, the Court considers that the first criterion imposed is both legitimate and proportionate.

55. As to the second criterion, namely, society's need for a particular profession, the Court considers that its interpretation is indeed restrictive. It is confined to a national outlook, which pertains, moreover, to the public sector, thus ignoring any relevant needs originating in a wider EU or private context. Furthermore, it may be considered short-sighted in so far as it does not appear that serious consideration is given to future local needs.

56. However, in the Court's view such a measure is nevertheless balanced in so far as the Government are entitled to take action with a view to avoiding excessive public expenditure. The Court observes that the training of certain specific categories of professionals constitutes a huge investment. It is therefore reasonable for the State to aspire to the assimilation of each successful candidate into the labour market. Indeed, a lack of posts for such categories due to saturation represents further expenditure, since unemployment is without doubt a social burden on society at large. Given that it is impossible for the State to ascertain how many graduates might seek to exit the local market and seek employment abroad, the Court cannot consider it unreasonable for the State to exercise caution and thus to base its policy on the assumption that a high percentage of them may remain in the country to seek employment there. In the Court's view, therefore, the second criterion is also proportionate.

57. Lastly, the Court notes that the applicants were not denied the right to apply for any other course in which they might have expressed an interest (see, *mutatis mutandis*, *Lukach*, cited above), and in respect of which they had the requisite qualifications. Nor have they been denied the opportunity to pursue their studies abroad in line with their possible wish to pursue careers abroad. Given that it does not appear that there is a limit on the number of times a candidate can sit the test, the applicants still have the opportunity to pass it and gain admission to the course of their first choice.

58. In conclusion, the Court considers that the measures imposed were not disproportionate and that in applying those measures the State did not exceed its margin of appreciation.

59. It follows that there has not been a violation of Article 2 of Protocol No. 1.

(c) Application to the present case regarding Mr Marcuzzo, the eighth applicant

60. In so far as it can be said that the eighth applicant's claim goes further than that argued above, in that he was made to resit the entrance examination after being excluded from the course following his eight-year absence, the Court notes that it has not been argued that the measure was unforeseeable. It further considers that it is not unreasonable to exclude from a course of studies a student who has failed to sit examinations for eight consecutive years, particularly in view of the fact that a *numerus clausus* applies to the university course in question. In consequence, the Court finds that the measure pursued a legitimate aim and, in the light of the State's entitlement to regulate the right to education, the measure was proportionate. In fact it struck a balance between the interests of the applicant on the one hand, and those of other persons wishing to enrol on the course and the needs of the community at large on the other.

61. It follows that there has not been a violation in respect of this part of the complaint related to the eighth applicant.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT

...

2. *Holds*, by six votes to one, that there has not been a violation of Article 2 of Protocol No. 1;
3. *Holds*, unanimously, that there has not been a violation of Article 2 of Protocol No. 1 in respect of the eighth applicant's further complaint.

Done in English, and notified in writing on 2 April 2013, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Françoise Elens-Passos
Deputy Registrar

Danutė Jočienė
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the separate opinion of Judge Pinto de Albuquerque is annexed to this judgment.

D.J.
F.E.P.

...

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE PINTO DE ALBUQUERQUE

The *Tarantino and Others* case deals with a State-imposed *numerus-clausus* system for obtaining access to State or private university studies in certain areas such as dentistry and medicine. The dispute revolves around the disproportionate criteria used by the Government to regulate the *numerus clausus*, but underlying this question of proportionality are fundamental issues such as the scope and implications of the right to university education and the States Parties' margin of appreciation in university regulation. With all due respect, I cannot agree with the majority, since I find that the criteria used by the respondent State were indeed disproportionate. With regard to the applicants' other complaints, I concur with the majority.

University education as a human right

The right to university education is a human right. In spite of the negative formulation of Article 2 of Protocol No. 1, States Parties have a positive obligation to provide not only access to the existing schools and educational establishments and official recognition of completed studies¹, but also to promote access to education for every child, if necessary by creating additional educational possibilities. This broad international obligation is also supported by Article 28 of the United Nations Convention on the Rights of the Child (193 States Parties, including the respondent State, which ratified it in 1991 without reservations), read in conjunction with Article 26 § 1 of the Universal Declaration of Human Rights and Article 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (160 States Parties, including the respondent State, which ratified it in 1978 without reservations)². *The States Parties' obligation*

1. See *Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium"* (merits), 23 July 1968, p. 85, § 42, Series A no. 6 ("the 'Belgian linguistic' case").

2. See also Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) General Comment No. 13 on the right to education, UN Doc. E/C.12/1999/10, 8 December 1999, paragraph 6, stressing that "functioning educational institutions and programmes have to be available in sufficient quantity within the jurisdiction of the State party", which implies an enhanced obligation to set up institutions and organise programmes where no sufficient offer is available. Moreover, in a democratic society, the right to education, which is indispensable to the furtherance of human rights, plays such a fundamental role that a restrictive interpretation of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1 would not be consistent with the aim or purpose of that provision (see *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 137, ECHR 2005-XI).

corresponds to a human right to education in the public education system³, including State universities⁴.

In fact, States Parties have power to regulate access to education and *a fortiori* to university studies⁵, but this regulation is subject to the supervision of the European Court of Human Rights (“the Court”), as in the case of refusal to enter university for lack of timely proof of special requirements⁶, refusal to readmit a student to repeat the first year of university studies on account of failing the first-year examinations and a poor attendance record at compulsory classes⁷, suspension or expulsion from university or a similar higher-education institution⁸, annulment of university entrance-exam results⁹, and prohibition to sit a university exam or the forced interruption of studies due to the enforcement of a prison sentence¹⁰.

Since the right to education comprises the freedom to provide for education, Article 2 of Protocol No. 1 also covers the right to establish and run private schools and universities¹¹. Although this right does not imply a positive obligation on the State to fund private schools and universities¹², it does impose a negative obligation not to discriminate against private schools and universities, that is, not to impose unjustified constraints, restrictions or prohibitions in comparison to State schools and universities.

3. See *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, 25 February 1982, § 33, Series A no. 48, and *Timishev v. Russia*, nos. 55762/00 and 55974/00, §§ 63-67, ECHR 2005-XII.

4. See *Leyla Şahin*, cited above, § 137. See also paragraph 17 of CESCR General Comment No. 13, cited above: “Higher education includes the elements of availability, accessibility, acceptability and adaptability which are common to education in all its forms at all levels.”

5. See *Leyla Şahin*, cited above, § 136.

6. See *Lukach v. Russia* (dec.), no. 48041/99, 16 November 1999.

7. See *X. v. the United Kingdom*, no. 8844/80, Commission decision of 9 December 1980, Decisions and Reports (DR) 23.

8. See *İrfan Temel and Others v. Turkey*, no. 36458/02, 3 March 2009; *Yanasik v. Turkey*, no. 14524/89, Commission decision of 6 January 1993, DR 74; and *Sulak v. Turkey*, no. 24515/94, Commission decision of 17 January 1996, DR 87-A.

9. See *Mürsel Eren v. Turkey*, no. 60856/00, ECHR 2006-II.

10. See *Georgiou v. Greece* (dec.), no. 45138/98, 13 January 2000, and *Durmaz, Isik, Unutmaz and Sezal v. Turkey* (dec.), nos. 46506/99, 46569/99, 46570/99 and 46939/99, 4 September 2001.

11. See *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, 25 March 1993, § 27, Series A no. 247, and *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 7 December 1976, § 50, Series A no. 23. See also Article 13 § 4 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, which affirms “the liberty of individuals and bodies to establish and direct educational institutions”, provided the institutions conform to the educational objectives set out in Article 13 § 1 and certain minimum standards.

12. See *Verein Gemeinsam Lernen v. Austria*, no. 23419/94, Commission decision of 6 September 1995, DR 82-A, on the funding of private non-religious schools, and, previously, *X. v. the United Kingdom*, no. 7527/76, Commission decision of 5 July 1977, DR 11, and *X. and Y. v. the United Kingdom*, no. 9461/81, Commission decision of 7 December 1982, DR 31, on the funding of private religious schools. See also paragraph 54 of CESCR General Comment No. 13, cited above.

The State's margin of appreciation in university regulation

Governments enjoy a certain discretion in exercising their regulatory powers over State schools¹³. States Parties may impose a mandatory period of attendance at State school¹⁴, but State schools have an obligation to provide teaching of national languages¹⁵, to convey knowledge in an objective, critical and pluralistic manner¹⁶, and to organise non-discriminatory classes¹⁷ and a safe environment, free from any form of ill-treatment¹⁸.

Governments may not exercise the same degree of control in respect of private schools as that applied to State schools. While State schools enjoy a certain degree of institutional autonomy, in line with each State's educational policy, private schools must enjoy a greater degree of autonomy. Institutional autonomy includes, as a minimum, establishment of the academic curriculum and control over the admission, evaluation, suspension and expulsion of students, the selection and promotion of academic and administrative staff, and the budget and financial organisation of the institution¹⁹. As a crucial guarantee of academic freedom, institutional

13. See *Lautsi and Others v. Italy* [GC], no. 30814/06, ECHR 2011.

14. See *Konrad v. Germany* (dec.), no. 35504/03, ECHR 2006-XIII.

15. See *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, §§ 273-80, ECHR 2001-IV.

16. See *Folgerø and Others v. Norway* [GC], no. 15472/02, ECHR 2007-III; *Hassan and Eylem Zengin v. Turkey*, no. 1448/04, 9 October 2007; and *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, cited above, § 50. See also CESCR General Comment No. 13, cited above, paragraph 28, which refers to teaching in an “unbiased and objective way, respectful of the freedoms of opinion, conscience and expression”, and *Keyishian v. Board of Regents*, 385 US 589 (1967), and the inspiring words of Justice Brennan on academic freedom: “Our nation is deeply committed to safeguarding academic freedom, which is of transcendent value to all of us and not merely to the teachers concerned.”

17. See *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, ECHR 2007-IV, and paragraphs 31-34 and 59 of the CESCR General Comment No. 13, cited above.

18. See *Campbell and Cosans*, cited above, § 41.

19. See the 2009 Lisbon Declaration of the European University Association, which required that “each university should define and pursue its mission, and thus collectively provide for the needs of individual countries and Europe as a whole”. In the light of this mission, institutional autonomy should include “academic autonomy (curricula, programmes and research), financial autonomy (lump sum budgeting), organisational autonomy (the structure of the university) and staffing autonomy (responsibility for recruitment, salaries and promotion)”. In the same vein, paragraph 40 of CESCR General Comment No. 13, cited above, states: “The enjoyment of academic freedom requires the autonomy of institutions of higher education. Autonomy is that degree of self-governance necessary for effective decision-making by institutions of higher education in relation to their academic work, standards, management and related activities.” On institutional autonomy of universities, see also Justice Powell's opinion on a racially sensitive admission policy in *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 US 265, 312 (1978), Justice Stevens' opinion on university policy to deny students the use of campus facilities for religious purposes in *Widmar v. Vincent*, 454 US 263, 278 (1981), Justice Stevens' opinion, for the unanimous court, on the power to deny readmission of a student following failure in some examinations in *Regents of University of Michigan v. Ewing*, 474 US 214 (1985), Justice Souter's opinion, with which Justices Stevens and Breyer agreed, on mandatory fees to fund student associations' activities in *Board of Regents of University of Wisconsin v. Southworth*, 529 US 217 (2000), and Justice O'Connor's opinion on a racial affirmative-action programme in *Grutter v. Bollinger*, 539 US 306, 329 (2003).

autonomy is simultaneously the best insurance of the freedom to provide for education and the right to education²⁰. Were the government or other public authority to intervene in the regulation of any of these aspects, either by imposing *a priori* certain rules or quashing *a posteriori* rules or decisions approved by private schools, this intervention would have to comply with strict requirements of necessity and proportionality²¹. Thus, *the States Parties' margin of appreciation is wider with regard to the regulation of State schools and narrower with regard to that of private schools. An even narrower margin of appreciation applies a fortiori to higher education, where institutional autonomy plays a pivotal role*²². Conversely, *the more the State funds private schools and universities, the wider its margin of appreciation*.

The application of the Convention standard to this case

The Italian Government establishes the *numerus clausus* to obtain access to medicine and dentistry studies in State and private universities, on the basis of two criteria: the capacity and resource potential of universities, and society's need for a particular profession. In reality, the second criterion refers to the needs of the national public health sector. These criteria result from the work of a task force composed, *inter alia*, of representatives from the National Federation of Doctors and the Chamber of Doctors and Dentists. The number of places for individual universities is established on a regional basis. Generally speaking, the increase in the number of places assigned to a specific university is offset by a decrease in the number of places assigned to other universities in the same region.

20. In this respect, the principle of the institutional autonomy of universities is instrumental both for the interpretation and application of laws and for the resolution of competing claims between governments, universities, scholars, administrative staff and students.

21. Firstly, the interference must be foreseen by a law. Secondly, the interference must be necessary in the sense that it adequately advances the "social need" (social interests and rights and freedoms of others) pursued and reaches no further than necessary to satisfy the said "social need". Thirdly, the interference must be proportionate, meaning that a fair balancing of the competing rights, freedoms and interests has been achieved, whilst ensuring that the essence (or minimum core) of the right or freedom is respected (see the "*Belgian linguistic*" case, cited above, p. 32, § 5). The same line of argument was established long ago in *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 US 518 (1819). In the *Hochschulurteil* judgment (BVerfGE 35, 79), the German Constitutional Court also held that academic freedom could only be restricted to safeguard other constitutional values. In its judgment of 11 September 2007 (case C-76/05), the European Court of Justice (ECJ) confirmed that courses given by educational establishments essentially financed by private funds, notably by students and their parents, constitute services within the meaning of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), and any restrictions on access to a private school established in another member State had to be justified.

22. Emphasising the "central importance of institutional autonomy, tempered by a recognition that this brings with it heavy responsibilities" in the European Higher Education Area, see the European Association for Quality Assurance in Higher Education (ENQA) report on Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area, third edition, 2009, Helsinki, p. 11.

The first criterion is justified by the Government on the basis of the need to ensure high quality standards in university education and a high degree of professionalism in medical and dentistry classes, namely guaranteeing a balanced ratio of students to academic staff, rational use of the available material resources and controlled access to trainee posts at public hospitals and subsequently to the labour market. Hence, *numerus clausus* is presented as a magic formula to avoid overcrowded university buildings, with too few professors for too many students, who would not then have a chance to obtain practical training before entering the labour market.

The second criterion is justified by the Government as corresponding to the purpose of avoiding excessive public expenditure both now and in the future, since teaching and training medical doctors and dentists implies significant expenditure for the present generation and any future saturation of the labour market would imply further expenditure, given the social charges associated with unemployment.

Unfortunately both criteria are groundless, since they pertain more to fiction than to reality.

Capacity and resource potential of universities as a criterion of *numerus clausus*

The Government did not provide the Court with any data on the capacity and resource potential of universities that could justify the *numerus clausus* established in the relevant years of 2007–09. Nor did they advance any reasons for such *numerus clausus* to be applied to private universities.

In fact, ministerial decisions with regard to *numerus clausus* do not present any technical motivation, and instead result from discretionary choices²³. There is simply no objective basis for the political choice, which remains free from any genuinely founded empirical constraint.

Worse still, this criterion ignores the simple fact that private universities are largely independent of State funding in Italy, and could thus increase the number of available places at their own expense. As explained above, the Government enjoy a very narrow margin of appreciation in establishing any limitations on private universities²⁴, and the Court was not informed

23. The Government do not even feel constrained to follow the numbers suggested by each university on its own enrolment capacity (see the example mentioned by the Italian Anti-Trust Authority in its report of 21 April 2009, where it refers to “*scelte di opportunità*” and “*dalle risposte dei ministeri non emergono le motivazioni tecniche concernenti tale riduzione*”).

24. This does not preclude, but on the contrary, presupposes a rigorous quality assessment of universities, including private universities, following, for example, the general guidelines established in the 2003 Graz Declaration of the European University Association, the 2004 Code of Good Practice of the European Consortium for Accreditation, and the Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area, drafted by the ENQA in cooperation with European University

of any substantive reason that could justify such a serious interference with the right to establish private universities and their institutional autonomy. Thus, Italian private universities have the right to establish their own limits to enrolment, taking into account their human, material and financial resources. In other words, *State-imposed numerus clausus on private universities impinges gravely on the freedom to provide for education, in so far as it prevents private universities which have an adequate material infrastructure and sufficient staff capacity from being able to increase places at their own cost, and also on the right to education, in that it denies university admission to persons who are prepared to fund the cost of this service from their own pocket*²⁵. Hence, the impugned system of *numerus clausus* is already disproportionate on the basis of the first criterion used by the Government.

Society's need for a particular profession as a criterion of *numerus clausus*

The Government interprets society's need as the need experienced by the Italian public health sector. This criterion aggravates the disproportionality of the respondent State's interference with the right to education, since it ignores the fact that the Italian health sector also contains a private sector, with its own needs²⁶. This omission is particularly censurable in the case of dentistry, since the vast majority of dentists work in the private sector²⁷. Moreover, this criterion neglects the fact that Italy is a member of a wider market of health services, namely the European Union, within which professionals are entitled to move and work freely²⁸. Furthermore, this

Association, the European Association of Institutions in Higher Education, and the National Unions of Students in Europe and endorsed by the Ministers of Education of the Bologna signatory States at the Bergen meeting of May 2005.

25. This was exactly the Court's argument in the "*Belgian linguistic*" case, cited above, p. 42, § 7. One of the applicants claimed that his right to education was violated because in the Dutch unilingual region, where a French-speaking minority was present, there were Dutch-speaking State schools, but none that were French-speaking. That claim was rejected by the Court precisely because there was nothing to prevent the applicant from enrolling at his own expense in one of the private French-language schools which existed in the Dutch unilingual region.

26. It is very doubtful that a rigorous objective assessment of the needs of the health market can ever be achieved, especially if one takes into account the needs of the private sector in all its aspects.

27. As the Italian Anti-Trust Authority pointed out, in its report of 21 April 2009, "*la massima parte delle prestazioni odontoiatriche in Italia non viene fornita dagli odontoiatri del Sistema Sanitario Nazionale ..., ma privatamente, ossia dagli odontoiatri liberi professionisti*". The same could be stated, for example, of architects, veterinary surgeons or nurses.

28. In its judgment of 13 February 1985 (case 293/83), the ECJ held for the first time that a candidate to a higher art education institution had a right of access to education independent of any demonstration that he or she could derive other rights from the Treaty. In its judgment of 27 January 1986 (case 24/86), the ECJ enlarged the ambit of its remit, by affirming that university studies such as veterinary studies fell within the scope of the Treaty in so far as the final academic examination directly provides the required qualification for a particular profession, trade or employment or the studies in question provide specific

criterion is in essence contradictory to the developing European Higher Education Area, through the Bologna process²⁹, which aims not only at greater institutional autonomy for universities, in the sense that the primary responsibility for quality assurance in higher education lies with each institution itself³⁰, but also at widening overall participation and particularly increasing the participation of under-represented groups in higher education³¹. In addition, this criterion runs counter to the spirit of the 1997 Lisbon Recognition Convention, which is at the basis of the Bologna process³². From a wider perspective, this criterion goes against the States' obligation to make higher education equally accessible to all, on the basis of merit, as stated in Article 13 § 2 (c) of the International

training and skills needed by the student for the pursuit of a profession, trade or employment, even if no legislative or administrative provisions make the acquisition of that knowledge a prerequisite for that purpose. In its judgment of 12 June 1986 (joined cases 98, 162 and 258/85), the ECJ decided that no provision of Community law requires the member States to limit the number of students admitted to medical faculties by introducing a *numerus-clausus* system. Recently, in its judgment of 13 April 2010 (case C-73/08), the ECJ ruled that Articles 18 and 21 of the TFEU preclude national legislation which limits the number of students not regarded as resident in Belgium who may enrol for the first time in medical and paramedical courses at higher-education establishments, unless the national courts find that that legislation is justified in the light of the objective of protection of public health. Only with “solid and consistent data” could the member State demonstrate that there was such a risk to public health. In the absence of this risk, the free movement of students requires ample opportunity for mobile students to gain access to university education.

29. I refer evidently to the process started with the 1998 Sorbonne Joint Declaration on harmonisation of the architecture of the European higher-education system, adopted by the four Education Ministers of France, Germany, Italy and the United Kingdom, which was followed by the 1999 Bologna Ministerial Declaration. At the outset, this process basically envisaged greater mobility of students between cycles of higher education (bachelor, master and doctorate) and easier transferability of professionals through diploma recognition. Most of the Bologna objectives are today to be found in Article 165 of the TFEU, in spite of the fact that the Bologna process resulted from a procedure of regional intergovernmental cooperation and was not pursued in the form of a legislative measure by the Union.

30. The 2003 Berlin Ministerial Declaration, which accepted that institutions need to be empowered to take decisions on their internal organisation and administration, was reinforced by the above-mentioned 2009 Lisbon Declaration of the European University Association.

31. See the 2009 Leuven/Louvain-La-Neuve Ministerial Declaration and the 2011 Aarhus Declaration of the European University Association.

32. The Convention on the Recognition of Qualifications concerning Higher Education in the European Region, the so-called Lisbon Recognition Convention, was approved within the framework of the Council of Europe and before the start of the Bologna process, but the Bologna process has included ratification of this convention as one of its purposes. In fact, it has been said that the Lisbon Recognition Convention is the only legally binding instrument of the entire Bologna process. This convention requires States Parties to recognise the qualifications issued by other Parties meeting the general requirements for access to higher education in those Parties for the purpose of access to programmes belonging to their higher-education systems, unless a substantial difference can be shown between the general requirements for access in the Party in which the qualification was obtained and in the Party in which recognition of the qualification is sought. According to the Explanatory Report, the general principle in assessing whether there is a substantial difference between the two qualifications concerned should be that Parties and higher-education institutions are “encouraged to consider, as far as possible, the merits of the individual qualifications”.

Covenant on Economic, Social and Cultural Rights³³ and Article 26 § 1 of the Universal Declaration of Human Rights³⁴. The ultimate criterion for assessing candidates is their merit, not the market's needs. Finally, this criterion is fundamentally unfair, inasmuch as it impedes a new entrant to the market with an obstacle justified by the alleged needs of that market. A new entrant may succeed in making his or her way through ability and hard work, and may thus prosper where others do not. In fact, the unfortunate practical outcome of the current *numerus-clausus* system has been to restrict competition between professionals in the health field and to keep the health market rigid and ineffective, dependent either on the State offer or on services with artificially high health fees³⁵. For potential students, the sad result has been to drive them to study abroad, or at least those with the necessary means to do so³⁶.

The arbitrariness of the legal regime as practised results from the simple fact that it has served no practical purpose other than to ensure the advantage of those professionals already working in the health sector. No better evidence of this purpose can be provided than the participation of professional associations in the task force that discusses and prepares the admission quotas, which constitutes a clear instance of conflict of interest³⁷.

Conclusion

Quoting from a statement of South African scholars against a governmental restrictive admission policy, Justice Frankfurter stated: “It is the business of a university to provide that atmosphere which is most conducive to speculation, experiment and creation. It is an atmosphere in which there prevail ‘the four essential freedoms’ of a university – to determine for itself on academic grounds who may teach, what may be taught, how it shall be taught, and who may be admitted to study.”³⁸ In other words,

33. See also CESCR General Comment No. 13, cited above: “According to Article 13 § 2 (c), higher education is not to be ‘generally available’, but only available ‘on the basis of capacity’. The ‘capacity’ of individuals should be assessed by reference to all their relevant expertise and experience.”

34. This Article refers to the “merit”, not to the “capacity” of candidates, but the meaning is the same: “... [H]igher education shall be equally accessible to all on the basis of merit.”

35. This diagnosis is not mine: it is the fruit of the detailed report of the Italian Anti-Trust Authority of 21 April 2009.

36. On the situation of Italian students who had not enrolled abroad, citing financial insecurities as an obstacle in the year 2009/10, see Education, Audiovisual and Culture Executive Agency, *The European Higher Education Area in 2012: Bologna Process Implementation Report*, 2012, Brussels, pp. 167-68.

37. As the Italian Anti-Trust Authority also stressed in the above-mentioned report, referring to this situation with “*perplexità sotto il profilo concorrenziale ... potrebbe essere intrinsecamente portatore di interessi confliggenti*”.

38. In his famous concurring opinion in *Sweezy v. New Hampshire*, 354 US 234 (1957).

institutional autonomy is a necessary condition for the professional freedom to provide for higher education and the individual right to higher education.

Both in their design and practice, the criteria established by the Government for the *numerus-clausus* system have proved groundless and even arbitrary in the light of these rights and freedoms. Hence, the interference with the applicants' right to education is disproportionate, and Article 2 of Protocol No. 1 has been breached.

TARANTINO ET AUTRES c. ITALIE
(Requêtes n^{os} 25851/09, 29284/09 et 64090/09)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 2 AVRIL 2013¹

1. Traduction; original anglais. Extraits.

SOMMAIRE¹**Législation appliquant à l'admission en faculté de médecine et d'odontologie dans les universités publiques et privées un *numerus clausus* assorti d'un concours d'entrée**

Il est justifié que l'État se montre rigoureux dans sa réglementation du secteur de l'enseignement supérieur, en particulier dans des disciplines où il est de la plus haute importance que l'enseignement atteigne un niveau minimal suffisant. Les capacités d'accueil et les ressources des universités d'une part et le besoin de la société pour une profession particulière d'autre part sont des critères légitimes et proportionnés de subordination de l'admission à l'université à la réussite à un concours d'entrée organisé dans le cadre d'un *numerus clausus* (paragraphe 50-52 de l'arrêt).

Article 2 du Protocole n° 1

Droit à l'instruction – Législation appliquant à l'admission en faculté de médecine et d'odontologie dans les universités publiques et privées un numerus clausus assorti d'un concours d'entrée – But légitime consistant à assurer un haut niveau de compétence professionnelle des praticiens – Intérêt général – Proportionnalité – Marge d'appréciation – Capacités d'accueil et ressources des universités – Besoin de la société pour une profession particulière – Souci d'empêcher l'admission ou l'exclusion arbitraires d'étudiants et de garantir l'égalité de traitement entre tous – Souci d'assurer l'assimilation sur le marché du travail de chaque étudiant retenu et d'éviter le chômage – Possibilité de repasser le concours d'entrée – Possibilité de s'inscrire dans un autre cursus ou de partir étudier à l'étranger

*

* *

En fait

En Italie, un *numerus clausus* (limitation du nombre de candidats pouvant être admis à l'université) s'applique dans certaines facultés, notamment en médecine et en odontologie (médecine dentaire), tant dans le secteur privé que dans le secteur public. Les requérants sont tous des étudiants qui n'ont pas pu obtenir de place à la faculté de médecine ou d'odontologie dans laquelle ils avaient postulé. Les sept premiers requérants ont échoué d'emblée au concours d'entrée. Le huitième requérant, ayant manqué à plusieurs reprises à passer les examens, a été exclu de la faculté d'odontologie après y avoir été d'abord admis et a dû repasser le concours

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

d'entrée. Tous s'estimaient victimes d'une violation du droit à l'instruction garanti par l'article 2 du Protocole n° 1.

En droit

Article 2 du Protocole n° 1 :

a) *Grief commun à tous les requérants* – Les restrictions que constituent l'examen d'entrée et l'application d'un *numerus clausus* imposés par la législation applicable sont prévisibles et répondent au but légitime consistant à assurer un haut niveau de compétence professionnelle des praticiens en faisant en sorte que l'enseignement universitaire soit délivré dans de bonnes conditions et atteigne un niveau minimal suffisant. Ce but est d'intérêt général. L'affaire porte donc sur la proportionnalité des restrictions.

En ce qui concerne l'examen d'entrée, la Cour note que la sélection des étudiants les plus méritoires par des tests pertinents est une mesure proportionnée au but consistant à assurer un niveau minimal suffisant d'enseignement dans les universités. Elle dit qu'elle n'est pas compétente pour apprécier la teneur ni l'adéquation de ces tests.

En ce qui concerne le *numerus clausus*, la Cour considère qu'il faut ménager un équilibre entre l'intérêt individuel des requérants et celui de la société dans son ensemble, y compris l'intérêt des autres étudiants qui suivent des cours à l'université. Elle juge que les deux critères sur lesquels repose le *numerus clausus* – les capacités d'accueil et les ressources des universités d'une part, et le besoin de la société pour une profession particulière d'autre part – sont conformes à sa jurisprudence selon laquelle la réglementation du droit à l'instruction peut varier en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus. Elle observe qu'en outre ils doivent être appréciés dans le contexte du plus haut niveau d'enseignement, à savoir l'enseignement supérieur.

En ce qui concerne le premier critère, la Cour estime que les considérations liées aux ressources sont clairement pertinentes et sans aucun doute acceptables étant donné que le droit d'accéder à un enseignement ne vaut que dans la mesure où celui-ci est disponible et dans les limites qui lui sont associées. Cela est particulièrement vrai pour ce qui est des universités publiques, mais il n'est pas pour autant disproportionné ni arbitraire que l'État encadre aussi l'accès aux établissements privés, non seulement parce que le secteur privé en Italie dépend en partie de subventions publiques mais aussi parce que cette démarche peut être considérée comme nécessaire pour empêcher l'admission ou l'exclusion arbitraires d'étudiants et pour garantir l'égalité de traitement entre tous. Il est donc justifié que l'État se montre rigoureux dans sa réglementation de ce secteur – en particulier dans des disciplines où il est de la plus haute importance que l'enseignement atteigne un niveau minimal suffisant – afin de garantir que l'accès aux établissements privés ne dépende pas purement des moyens financiers des candidats, indépendamment de leurs qualifications et de leur aptitude à exercer la profession concernée. De plus, la Cour reconnaît que des classes comprenant un trop grand nombre d'étudiants

peuvent nuire à l'efficacité du système d'enseignement. Le premier critère imposé est donc à la fois légitime et proportionné.

En ce qui concerne le second critère – le besoin de la société pour une profession particulière – même si les autorités n'ont pas tenu compte de tous les besoins pertinents qui peuvent exister dans un contexte européen ou privé plus large ni même des besoins locaux futurs, la Cour est néanmoins d'avis que leur démarche est équilibrée et proportionnée. La formation de certaines catégories spécifiques de professionnels constitue un investissement énorme et le Gouvernement peut légitimement prendre des mesures destinées à éviter les dépenses publiques excessives. Il est raisonnable que l'État aspire à l'assimilation sur le marché du travail de chaque étudiant retenu, le chômage pouvant être considéré comme un fardeau pour la société dans son ensemble. Étant donné qu'il est impossible de déterminer le nombre de diplômés susceptibles de chercher à s'expatrier, quittant ainsi le marché local, il n'est pas non plus déraisonnable que l'État base sa politique sur la présomption qu'une forte proportion d'entre eux demeurera dans le pays pour y chercher un emploi.

Enfin, les requérants n'ont pas été privés du droit de s'inscrire dans un autre cursus ni de poursuivre leurs études à l'étranger et, puisqu'il ne semble pas qu'il y ait de limite au nombre de fois où les candidats sont autorisés à passer le test, il leur est toujours possible de le repasser et d'être admis dans le cursus de leur choix. En conclusion, la Cour considère que les mesures litigieuses n'étaient pas disproportionnées et que l'État n'a pas outrepassé sa marge d'appréciation.

Conclusion: non-violation (six voix contre une).

b) *Grief propre au huitième requérant* – Il n'était pas déraisonnable d'exclure un étudiant du cursus et de lui imposer de repasser le concours d'entrée au motif qu'il n'avait pas passé les examens pendant huit années consécutives, en particulier compte tenu du fait qu'un *numerus clausus* s'applique à la formation en question. Cette mesure a ménagé un équilibre entre l'intérêt du huitième requérant d'une part et ceux des autres personnes qui souhaitaient s'inscrire dans le cursus et de la communauté dans son ensemble d'autre part. Elle est donc proportionnée.

Conclusion: non-violation (unanimité).

Jurisprudence citée par la Cour

Ali c. Royaume-Uni, n° 40385/06, 11 janvier 2011

Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » (fond), 23 juillet 1968, série A n° 6

Georgiou c. Grèce (déc.), n° 45138/98, 13 janvier 2000

Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark, 7 décembre 1976, série A n° 23

Leyla Şahin c. Turquie [GC], n° 44774/98, CEDH 2005-XI

Lukach c. Russie (déc.), n° 48041/99, 16 novembre 1999

Mürsel Eren c. Turquie, n° 60856/00, CEDH 2006-II

X. c. Royaume-Uni, n° 8844/80, décision de la Commission du 9 décembre 1980, Décisions et rapports 23

En l'affaire Tarantino et autres c. Italie,

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

Danutė Jočienė, *présidente*,

Guido Raimondi,

Peer Lorenzen,

Dragoljub Popović,

Işıl Karakaş,

Nebojša Vučinić,

Paulo Pinto de Albuquerque, *juges*,

et de Françoise Elens-Passos, *greffière adjointe de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 5 mars 2013,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouvent trois requêtes (n^{os} 25851/09, 29284/09 et 64090/09) dirigées contre la République italienne et dont huit ressortissants de cet État, M^{me} Claudia Tarantino, M. Giuseppe Reitano, M^{me} Laura Aziz, M. Maurizio Brancadori, M. Massimo Crosia, M. Massimo Filetti, M. Pasqualino La Mela et M. Carmelo Marcuzzo (« les requérants »), ont saisi la Cour les 18 mai, 2 novembre et 16 novembre 2009 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants ont été représentés par M^e G. Lipari, avocat à Misilmeri. Le gouvernement italien (« le Gouvernement ») a été représenté par son coagent, M^{me} P. Accardo.

3. Les requérants s'estimaient victimes d'une violation du droit à l'instruction protégé par l'article 2 du Protocole n^o 1. Ils alléguaient en particulier que les buts poursuivis par la loi n^o 127/1997 relative au *numerus clausus* n'étaient pas légitimes et que la mesure en cause n'était pas proportionnée à ces buts.

4. Le 21 juin 2011, les requêtes ont été jointes et communiquées au Gouvernement. Il a en outre été décidé que la chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et sur le fond de l'affaire (article 29 § 1).

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

5. Les coordonnées des requérants figurent dans le tableau annexé à l'arrêt [voir la version intégrale de l'arrêt, disponible en anglais sur Hudoc].

La genèse de l'affaire

1. La première requérante, Mme Tarantino

6. Le 4 septembre 2007, deux mille étudiants, dont M^{me} Tarantino, passèrent le concours d'entrée à la Faculté de médecine de Palerme, pour deux cent dix places disponibles. M^{me} Tarantino échoua à ce concours, ainsi qu'à ceux de 2008 et de 2009.

7. Le 14 décembre 2007, M^{me} Tarantino et d'autres étudiants saisirent le Président de la République d'une plainte dans laquelle, critiquant en particulier les deux critères contraignants utilisés par le ministère pour fixer le nombre d'étudiants admis à étudier dans la faculté de médecine de chaque université (paragraphe 17 ci-dessous), ils alléguaient que la loi n° 264/1999 était incompatible avec l'article 3 § 2 c) et g) du Traité instituant la Communauté économique européenne, avec la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, avec l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, avec l'article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne, avec le principe d'égalité et avec l'article 2 du Protocole n° 1 à la Convention. La première requérante contestait également, d'une part, la décision de l'État d'imposer les mêmes limites aux universités privées et, d'autre part, la pertinence des concours d'entrée. Elle demandait en outre à être admise à titre provisoire et conditionnel à l'université.

8. Par un décret du 2 juillet 2008, le Conseil d'État (*Consiglio di Stato*) rejeta la demande de mesure provisoire introduite par la première requérante.

9. Le 23 septembre 2008, la première requérante présenta des observations complémentaires et réitéra sa demande d'obtention d'un arrêt préjudiciel de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Ses observations furent transmises au Conseil d'État en octobre 2008.

10. Par un décret (n° 2256) du 28 avril 2009, adopté sur le fondement d'un avis consultatif rendu par le Conseil d'État le 12 novembre 2008 et notifié à la première requérante le 14 mai 2009, le Président de la République rejeta ces griefs. Il précisait que, compte tenu des ressources humaines et matérielles des universités, les restrictions contestées à l'entrée en faculté, en vertu desquelles seuls les étudiants les plus méritoires étaient

admis, étaient raisonnables et, partant, compatibles avec les dispositions du droit de l'Union européenne (UE) invoquées. Il soulignait qu'en outre, en raison de l'accroissement des besoins de la société en médecins qualifiés, les admissions dans les facultés de médecine en 2008-2009 avaient augmenté à hauteur de 10 à 20 %. Il notait qu'après l'obtention d'un diplôme, l'examen professionnel n'était pas un titre académique en soi mais un examen d'État semblable à ceux organisés dans la plupart des États. Enfin, il rejetait l'allégation selon laquelle la teneur des épreuves était inadaptée.

2. *Les sept autres requérants*

11. Les sept autres requérants exerçaient depuis plusieurs années en tant que techniciens ou hygiénistes dentaires.

12. Le 4 septembre 2009, malgré leur expérience professionnelle pertinente, tous échouèrent au concours d'entrée en faculté d'odontologie (médecine dentaire). Toutes leurs tentatives ultérieures furent vaines également.

13. M. Marcuzzo («le huitième requérant») avait pourtant réussi le concours d'entrée pour l'année universitaire 1999-2000. Cependant, ayant manqué à passer les examens pendant huit années consécutives en raison de graves problèmes familiaux, il avait perdu son statut d'étudiant en juillet 2009, en vertu du règlement de l'Université et de l'article 149 du décret royal n° 1592/1933.

14. Ces sept requérants admettent qu'ils n'ont pas exercé les recours internes disponibles, expliquant qu'ils les estimaient ineffectifs car, en vertu de la jurisprudence bien établie du Conseil d'État, l'imposition de limites à l'accès aux universités est compatible avec la Constitution et avec le droit de l'UE (voir, entre autres, l'avis consultatif susmentionné du 12 novembre 2008). Le huitième requérant ajoute que le Conseil d'État a toujours dit que les raisons subjectives telles que les problèmes familiaux (cas dont il relève) ne pouvaient justifier qu'il soit fait exception à la règle de la continuité des études et que, partant, il n'aurait pas pu obtenir gain de cause devant la haute juridiction.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. La loi n° 127/1997

15. La loi n° 127/1997, qui modifie l'article 9 § 4 de la loi n° 341/1990, a introduit le *numerus clausus* (limitation du nombre de places) dans les universités italiennes publiques et privées. En son article 17 § 116, elle

dispose qu'il incombe au ministère des Universités et de la Recherche scientifique et technologique de fixer le *numerus clausus*. Cependant, elle ne pose pas de critères clairs à partir desquels déterminer les facultés qui doivent faire l'objet de restrictions, le nombre de places disponibles et la procédure de sélection.

16. Le 27 novembre 1998 (arrêt n° 383/1998), saisie d'une demande d'examen de la constitutionnalité de l'article 17 § 116 de la loi n° 127/1997, la Cour constitutionnelle rendit un arrêt dans lequel elle confirmait la constitutionnalité de cette loi. Elle considéra que la latitude dont jouissait le ministère des Universités et de la Recherche n'était pas illimitée puisqu'il devait agir conformément à un cadre juridique préétabli. À cet égard, elle souligna que, s'il n'y avait pas de textes nationaux sur la question, le ministère devait néanmoins respecter les directives européennes pertinentes, lesquelles visaient à assurer un niveau adéquat d'éducation dans l'UE. Enfin, elle estima qu'il appartenait au Parlement de se prononcer sur ce sujet.

17. Après cet arrêt de la Cour constitutionnelle, la loi n° 264/1999 fut adoptée. Cette loi prévoyait que le ministère des Universités et de la Recherche fixerait les quotas d'entrée en faculté de médecine, de médecine vétérinaire, d'odontologie, d'architecture et de sciences infirmières à partir de deux critères contraignants : les capacités d'accueil et les ressources des universités d'une part, et les besoins de la société pour chaque profession (*fabbisogno di professionalità del sistema sociale e produttivo*) d'autre part. À partir de ces critères, le ministère devrait fixer le nombre de places ouvertes dans chaque faculté concernée.

18. Le 21 avril 2009, l'Autorité de la concurrence et du marché («l'autorité de la concurrence») émit une recommandation relative aux critères d'admission en faculté d'odontologie. Elle nota que : a) en pratique, les deux critères prévus par la loi étaient appliqués sur la base des observations du ministère des Universités et de la Recherche scientifique et technologique et du ministère de la Santé, et b) toutes les données collectées étaient examinées par un panel d'experts composé notamment de représentants de la Fédération nationale des médecins et de l'Ordre des médecins et des dentistes.

19. L'autorité de la concurrence était d'avis que le gouvernement italien ne respectait pas l'arrêt n° 383/1998 de la Cour constitutionnelle (paragraphe 16 ci-dessus) ni le droit de l'UE car, alors qu'ils devaient juridiquement tenir compte tant des normes pédagogiques que du besoin en professionnels de la santé, les ministères établissaient les chiffres sur la base exclusive du besoin en professionnels de la santé dans le secteur public national. Elle estimait que, dès lors, la limitation de l'admission en faculté d'odontologie était constitutive d'une restriction déraisonnable de la

concurrence dans les professions libérales car, en tenant compte uniquement des besoins des services publics de santé et non de ceux des services privés, on réduisait artificiellement le nombre de dentistes nécessaires, de sorte que les frais dentaires augmentaient de manière injustifiée. De plus, elle était préoccupée par le fait que des associations professionnelles participent au panel d'experts, leurs décisions risquant d'être fortement influencées par leurs propres intérêts.

20. Pour être admis, les candidats au concours d'entrée devaient répondre correctement à un questionnaire à choix multiple comprenant quatre-vingts questions de culture générale (y compris des questions d'histoire et de géographie internationales), de biologie, de chimie, de mathématiques et de physique. L'examen, qui reposait sur le programme de lycée, visait à tester l'aptitude des candidats à étudier la matière de la faculté de leur choix.

B. La jurisprudence

21. Les juridictions internes compétentes ont jugé à plusieurs reprises que le *numerus clausus* et la manière dont il était appliqué dans le cadre juridique italien étaient conformes tant à la Constitution qu'au droit de l'UE. Parmi les exemples d'arrêts en ce sens, on peut citer les arrêts n^{os} 1931 du 29 avril 2008, 5418 du 24 juin 2008 et 5542 du 6 juin 2008 du Conseil d'État, l'arrêt n^o 197 du 12 février 2007 du tribunal administratif de Florence, l'arrêt n^o 4559 de 2008 du tribunal administratif de Naples, l'arrêt n^o 1931 du 17 avril 2008 du tribunal administratif de Florence, l'arrêt n^o 145 du 11 juin 2008 du tribunal administratif de Trente et l'arrêt n^o 1631 du 15 avril 2010 du Conseil d'État.

En particulier, répondant à un argument selon lequel le critère relatif au besoin de la société en une profession particulière ne devait pas être limité au territoire national, à l'exclusion des besoins actuels et imminents de la Communauté européenne dans son ensemble, le Conseil d'État a dit, dans son arrêt n^o 1931 du 29 avril 2008, qu'il était évident que le critère principal et déterminant était celui qui concernait les capacités d'accueil et les ressources des universités et visait à permettre une bonne formation scientifique comme l'exigeait la législation européenne, et que, comme l'avait dit précédemment la Cour constitutionnelle (arrêt n^o 393 de 1998), le droit à l'accès à l'enseignement supérieur, même pour les étudiants les plus méritoires, dépendait de la disponibilité de moyens techniques et de ressources humaines, en particulier dans le domaine des études scientifiques, qui étaient à la fois théoriques et pratiques. Il a observé que le droit de l'UE n'interdisait pas le *numerus clausus* et que les directives européennes prévoyaient la reconnaissance des titres et des diplômes à partir de normes minimales d'études et de garanties de l'obtention réelle des connaissances

nécessaires pour exercer une profession, mais laissent à chaque État le soin de déterminer les instruments, les moyens et les méthodes à employer pour respecter les obligations qu'elles fixaient. Il a estimé que le critère relatif au besoin de la société pour une profession particulière était moins important que celui qui concernait les capacités et les ressources, et même secondaire, n'entrant en jeu que dans le cas improbable où la disponibilité aurait été si abondante qu'il aurait été nécessaire de limiter l'accès à la profession afin d'éviter de saturer le marché. Il a considéré qu'il fallait voir dans la recommandation de limiter le nombre d'étudiants inscrits émise par le ministère de la Santé (recommandation qui formait la base de la décision relative au nombre de places disponibles pour les années 2006-2007) une restriction quantitative adoptée non pas en vue des besoins de la société mais dans le souci de faire en sorte que les études spécialisées répondent aux normes européennes. Considérant que, d'une part, il n'avait pas été prouvé que ce critère jouait un rôle dans la fixation du nombre de candidats à inscrire chaque année et que, d'autre part, le droit de l'UE ne prévoyait pas un accès illimité et inconditionnel à l'enseignement supérieur, il a estimé qu'il n'était pas nécessaire de saisir la CJCE de la question.

22. Selon l'arrêt n° 1855 de 2005 du Conseil d'État, la limite de huit ans prévue par le décret n° 1592 de 1933 n'est pas une période de prescription qui peut être interrompue mais le délai maximal à l'issue duquel le droit (d'assister aux cours) s'éteint.

C. Le droit de l'Union européenne pertinent

23. L'article 39 (ancien article 48) du Titre III du Traité instituant la Communauté européenne porte sur la libre circulation des personnes, des services et des capitaux. Il est ainsi libellé :

- « 1. La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté.
2. Elle implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail.
3. Elle comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique:
 - a) de répondre à des emplois effectivement offerts;
 - b) de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des États membres;
 - c) de séjourner dans un des États membres afin d'y exercer un emploi conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux;

d) de demeurer, dans des conditions qui feront l'objet de règlements d'application établis par la Commission, sur le territoire d'un État membre, après y avoir occupé un emploi.

4. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique.»

24. Les autres textes pertinents de l'Union européenne comprennent : la directive 86/457/CEE du Conseil du 15 septembre 1986 relative à une formation spécifique en médecine générale, la directive 93/16/CEE du Conseil du 5 avril 1993 visant à faciliter la libre circulation des médecins et la reconnaissance mutuelle de leurs diplômes, certificats et autres titres, et la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 2 DU PROTOCOLE N° 1

25. Les requérants s'estiment victimes d'une violation du droit à l'instruction garanti par l'article 2 du Protocole n° 1, qui est ainsi libellé :

« Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. »

26. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.
(...)

B. Sur le fond

1. Les thèses des parties

a) Les requérants

35. Les requérants soutiennent que la restriction applicable à l'admission aux cours de leur choix, à savoir la base de l'application du *numerus clausus*, est contraire à la Constitution et au droit de l'UE.

36. Ils allèguent également que les objectifs poursuivis par la loi ne sont ni légitimes ni proportionnés. En particulier, s'ils reconnaissent qu'il est nécessaire de garantir un niveau approprié de compétence des futurs professionnels, ils contestent les deux critères établis par la loi n° 264/1999 ainsi que leur applicabilité tant aux universités privées qu'aux universités

publiques. De plus, ils considèrent que les besoins de la société ne peuvent s'apprécier sur la seule base du secteur public, compte tenu en particulier du fait que la majorité des praticiens, en particulier chez les dentistes, exercent dans le secteur privé. De plus, les autorités apprécieraient ces besoins sur une base exclusivement locale, sans tenir compte du fait que les personnes étudiant en Italie pourraient souhaiter exercer dans un autre pays.

37. Les requérants expliquent que le ministère des Universités et de la Recherche scientifique et technologique fixe le nombre de places dans chaque université sur une base régionale en fonction des besoins locaux mais que, récemment, les établissements d'enseignement italiens ont réalisé que la limitation de l'accès aux facultés avait créé un manque de praticiens tel que certaines régions avaient dit que leurs hôpitaux seraient bientôt à court de médecins et de dentistes. S'appuyant sur des articles de presse, ils citent à titre d'exemple la région de Lombardie, qui a estimé qu'en 2015 elle aurait perdu 40 % de ses praticiens actuels (médecins et dentistes) en raison des départs à la retraite. La région aurait demandé au gouvernement d'abolir le système actuel d'accès limité, mais le ministère de la Santé aurait considéré qu'il y avait déjà plus de médecins que nécessaire en Italie. Les requérants estiment pour leur part que le degré de saturation d'un secteur n'est pas un motif juridique justifiant que l'on empêche les opérateurs d'accéder au marché. Ils estiment que le véritable but des restrictions actuellement imposées est de protéger les intérêts des médecins et des dentistes en restreignant la concurrence dans le secteur, objectif qui serait contraire au droit de l'UE. En particulier, ils contestent l'application de ces restrictions aux universités privées, dont ils affirment qu'elles pourraient sans cela accroître leurs capacités d'admission sans imposer de charge financière supplémentaire à l'État. Ainsi, le système actuel empêcherait les requérants d'accéder aux études de leur choix, non seulement dans une université publique, mais aussi dans une université privée, moyennant paiement. Il imposerait ainsi une restriction au droit à l'instruction qui ne reposerait sur aucune raison valable. À cet égard, les requérants notent que, dans l'*Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »* (fond), 23 juillet 1963, série A n° 6 (« l'*Affaire linguistique belge* »), la Cour a conclu que la mesure litigieuse était proportionnée au vu du fait qu'elle n'empêchait pas les requérants de cette affaire de s'inscrire (à leurs propres frais) dans des écoles francophones privées de la région.

38. Les requérants soutiennent que la Cour est appelée en l'espèce à déterminer la compatibilité avec la Convention de la mesure litigieuse et non des faits de la cause tels qu'ils ont été examinés par les juridictions nationales. Ils considèrent que cette mesure, à savoir la combinaison de l'examen d'entrée et de la restriction fondée sur le « besoin de la société pour

une profession particulière» (et non le *numerus clausus* en soi), n'est pas proportionnée aux objectifs poursuivis.

39. Ils ajoutent que l'existence d'un examen professionnel conçu pour apprécier le caractère adéquat de la préparation des médecins et des dentistes à l'issue de leurs études supérieures rend inutile d'imposer une restriction préalable à l'accès à l'université. De plus, l'examen d'entrée consistant en un questionnaire à choix multiple, il permettrait seulement d'apprécier des notions superficielles et non les capacités réelles des candidats. Il serait par ailleurs aléatoire, inadéquat et entaché de nombreux cas de corruption et d'erreurs dans la formulation des questions. En outre, la plupart des requérants ayant obtenu leurs autres diplômes avec mention, leur échec à l'examen d'entrée ne serait pas imputable à un défaut de préparation mais au faible nombre de places disponibles. Ainsi, à l'examen d'odontologie de 2010, il y aurait eu vingt-six fois plus de candidats que de places disponibles.

b) Le Gouvernement

40. Le Gouvernement soutient qu'en principe, il n'est pas incompatible avec l'article 2 du Protocole n° 1 de limiter le nombre d'étudiants admis à suivre un cursus universitaire, compte tenu des ressources disponibles et du but consistant à atteindre un niveau élevé de professionnalisme, en particulier dans des professions aussi cruciales que celles du domaine médical. Ainsi, l'application d'un *numerus clausus* ne pourrait être contraire à cette disposition tant que la mesure serait raisonnable et conforme à l'intérêt général de la société. L'État jouirait dans ce domaine d'une ample marge d'appréciation.

41. En l'espèce, les autorités auraient opté pour un processus de sélection reposant sur un test d'aptitude, qui permettrait une appréciation objective grâce à laquelle le nombre limité de places disponibles irait aux meilleurs candidats. Quant à la recommandation de l'autorité de la concurrence, elle n'aurait pas porté sur les aspects généraux justifiant la mesure. De plus, il n'appartiendrait pas à la Cour d'examiner les faits qui ont conduit les juridictions internes à prendre une décision plutôt qu'une autre.

42. Enfin, la situation du huitième requérant relèverait de règles préétablies.

2. Appréciation de la Cour

a) Les principes généraux

43. La Cour rappelle que les garanties de l'article 2 du Protocole n° 1 s'appliquent aux établissements d'enseignement supérieur existant dans les États membres du Conseil de l'Europe et que le droit à l'accès à ces

établissements constitue un élément inhérent au droit qu'énonce la première phrase de ladite disposition (*Leyla Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98, §§ 134-142, CEDH 2005-XI, et *Mürsel Eren c. Turquie*, n° 60856/00, § 41, CEDH 2006-II).

44. Pour important qu'il soit, ce droit n'est toutefois pas absolu ; il peut donner lieu à des limitations implicitement admises car il « appelle de par sa nature même une réglementation par l'État » (*Affaire linguistique belge*, précitée). Certes, des règles régissant les établissements d'enseignement peuvent varier dans le temps et dans l'espace en fonction entre autres des besoins et des ressources de la communauté ainsi que des particularités de l'enseignement de différents niveaux. Par conséquent, les autorités nationales jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation, mais il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention (*Leyla Şahin*, précité, § 154, et *Ali c. Royaume-Uni*, n° 40385/06, § 53, 11 janvier 2011).

45. Afin de s'assurer que les limitations mises en œuvre ne réduisent pas le droit dont il s'agit au point de l'atteindre dans sa substance même et de le priver de son effectivité, la Cour doit vérifier qu'elles sont prévisibles pour le justiciable et tendent à un but légitime. Toutefois, à la différence des articles 8 à 11 de la Convention, elle n'est pas liée par une énumération exhaustive des « buts légitimes » sur le terrain de l'article 2 du Protocole n° 1. En outre, pareille limitation ne se concilie avec ledit article que s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (*Leyla Şahin*, précité, § 154).

46. Enfin, l'article 2 du Protocole n° 1 permet en tout cas de limiter l'accès aux universités à ceux qui ont dûment demandé leur inscription et réussi l'examen correspondant (*Lukach c. Russie* (déc.), n° 48041/99, 16 novembre 1999).

b) Application de ces principes au cas d'espèce quant à tous les requérants

47. En l'espèce, la Cour admet que les restrictions choisies par l'État italien, à savoir l'examen d'entrée et l'application d'un *numerus clausus*, étaient prévisibles, en vertu de la loi n° 127/1997 ainsi que de la loi n° 264/1999, adoptée par la suite, qui a apporté des précisions quant à l'application du *numerus clausus*.

48. La Cour considère en outre que ces restrictions répondent au but légitime consistant à assurer un haut niveau de compétence professionnelle des praticiens en faisant en sorte que l'enseignement universitaire soit délivré dans de bonnes conditions et atteigne un niveau minimal suffisant, but qui est d'intérêt général.

49. En ce qui concerne la proportionnalité des restrictions, la Cour note d'abord, pour ce qui est de l'examen d'entrée, que l'évaluation des candidats par des tests pertinents visant à repérer les étudiants les plus méritants est une mesure proportionnée au but consistant à assurer un niveau minimal suffisant d'enseignement dans les universités. En ce qui concerne la teneur des tests, elle a déjà dit, quoique dans un contexte différent, dans l'arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark* (7 décembre 1976, § 53, série A n° 23), que la définition et l'aménagement du programme des études relèvent en principe de la compétence des États contractants et qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur ces questions. De même, elle n'est pas compétente pour apprécier la teneur ni l'adéquation des tests en cause.

50. En ce qui concerne le *numerus clausus*, la Cour note que les requérants se plaignent en particulier de la base sur laquelle il a été appliqué, à savoir les deux critères concernant a) les capacités d'accueil et les ressources des universités, et b) le besoin de la société pour une profession donnée. Elle considère qu'il faut ménager un équilibre entre l'intérêt individuel des requérants et celui de la société dans son ensemble, y compris l'intérêt des autres étudiants qui suivent des cours à l'université. Elle observe que ces deux critères sont conformes à sa jurisprudence selon laquelle la réglementation du droit à l'instruction peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus (*Affaire linguistique belge*, précitée). Elle relève en outre que, en l'espèce, ces restrictions doivent être appréciées dans le contexte du plus haut niveau d'enseignement, à savoir l'enseignement supérieur.

51. En ce qui concerne le premier critère, la Cour estime que les considérations liées aux ressources sont clairement pertinentes et sans aucun doute acceptables – cela découle logiquement de l'interprétation donnée à la disposition en cause, selon laquelle le droit à l'instruction implique l'accès aux établissements d'enseignement supérieur « existants » (*ibidem*). La Cour rappelle que la Convention n'impose pas d'obligations déterminées quant à l'étendue des moyens d'instruction et à la manière de les organiser ou de les subventionner (*X. c. Royaume-Uni*, n° 8844/80, décision de la Commission du 9 décembre 1980, Décisions et rapports 23, p. 228, et *Georgiou c. Grèce* (déc.), n° 45138/98, 13 janvier 2000). Cela implique que le droit d'accéder à un enseignement ne vaut que dans la mesure où celui-ci est disponible et dans les limites qui lui sont associées, limites qui dépendent souvent des contingences nécessaires au fonctionnement des établissements, notamment des ressources humaines, matérielles et financières, avec les considérations qu'elles impliquent, notamment quant à leur qualité. Cela est particulièrement vrai pour ce qui est des universités publiques.

52. En ce qui concerne le grief que tirent les requérants du fait que les mêmes restrictions s'appliquent aux universités privées, c'est-à-dire à un enseignement pour lequel ils sont disposés à payés, la Cour admet qu'il est indéniable que les ressources nécessaires à l'enseignement théorique et pratique dans les établissements privés dépendent en fait en grande partie de leur capital humain, matériel et financier et qu'il serait donc possible pour ces établissements d'admettre davantage d'étudiants sans imposer une charge supplémentaire à l'État et à ses structures. Elle souligne toutefois qu'il faut tenir compte du fait que le secteur privé en Italie dépend en partie de subventions de l'État. De manière plus importante, elle ne saurait juger disproportionné ni arbitraire dans les circonstances de l'espèce le fait que l'État pose aussi des règles pour les établissements privés, compte tenu du fait que cette démarche peut être considérée comme nécessaire pour empêcher l'admission ou l'exclusion arbitraires d'étudiants et pour garantir l'égalité de traitement entre tous. La Cour rappelle que le droit fondamental de chacun à l'instruction vaut pour les élèves des établissements de l'enseignement public comme des établissements privés, sans aucune distinction (*Leyla Şahin*, précité, § 153). L'État a donc l'obligation de poser des règles applicables même aux établissements privés, afin de faire en sorte que la Convention soit respectée. La Cour estime justifié qu'il se montre rigoureux dans sa réglementation de ce secteur – en particulier dans les disciplines en cause, où il est de la plus haute importance que l'enseignement atteigne un niveau minimal suffisant – afin de garantir que l'accès aux établissements privés ne dépende pas purement des moyens financiers des candidats, indépendamment de leurs qualifications et de leur aptitude à exercer la profession concernée.

53. De plus, la Cour reconnaît que des classes comprenant un trop grand nombre d'étudiants peuvent nuire à l'efficacité du système d'enseignement en dégradant les conditions de formation.

54. Ainsi, eu égard aux intérêts en présence, elle considère que le premier critère imposé est à la fois légitime et proportionné.

55. En ce qui concerne le second critère, à savoir le besoin de la société pour une profession particulière, la Cour reconnaît que son interprétation est restrictive: elle n'est faite que dans une perspective nationale, limitée en outre au secteur public, dans laquelle on ignore tous les besoins pertinents qui peuvent exister dans un contexte européen ou privé plus large. De plus, cette interprétation peut être considérée comme manquant de vision à long terme en ce qu'il ne semble pas que les besoins locaux futurs aient été sérieusement pris en compte.

56. Néanmoins, de l'avis de la Cour, elle est équilibrée: le Gouvernement peut légitimement prendre des mesures destinées à éviter les dépenses

publiques excessives. La formation de certaines catégories spécifiques de professionnels constitue un investissement énorme. Il est donc raisonnable que l'État aspire à l'assimilation sur le marché du travail de chaque étudiant retenu. En effet, un manque de débouchés dans ces catégories en raison d'une saturation du marché constituerait une dépense supplémentaire, le chômage étant indéniablement un fardeau pour la société dans son ensemble. Étant donné qu'il est impossible pour l'État de déterminer le nombre de diplômés susceptibles de chercher à s'expatrier, quittant ainsi le marché local, la Cour ne peut juger déraisonnable qu'il se montre prudent et base donc sa politique sur la présomption qu'une forte proportion d'entre eux demeurera dans le pays pour y chercher un emploi. Le second critère est donc lui aussi proportionné.

57. Enfin, la Cour note que les requérants n'ont pas été privés du droit de s'inscrire dans un autre cursus pour lequel ils auraient exprimé un intérêt (voir, *mutatis mutandis*, *Lukach*, décision précitée) et pour lequel ils auraient eu les qualifications requises. Ils n'ont pas non plus été privés de la possibilité de continuer leurs études à l'étranger, pour le cas où ils auraient souhaité poursuivre leur carrière hors d'Italie. Enfin, il ne semble pas qu'il y ait de limite au nombre de fois où les candidats sont autorisés à passer le test, de sorte qu'il leur est toujours possible de le repasser et d'être admis dans le cursus de leur choix.

58. En conclusion, la Cour considère que les mesures litigieuses n'étaient pas disproportionnées et qu'en les appliquant l'État n'a pas outrepassé sa marge d'appréciation.

59. Il s'ensuit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 du Protocole n° 1.

c) Application des principes au cas d'espèce en ce qui concerne M. Marcuzzo, le huitième requérant

60. Dans la mesure où l'on peut dire que le grief du huitième requérant dépasse la portée des considérations exposées ci-dessus, en ce qu'il a dû repasser le concours d'entrée après avoir été exclu du cursus en raison du fait qu'il en avait été absent pendant huit ans, la Cour note qu'il n'a pas été avancé que cette mesure fût imprévisible. Elle considère en outre qu'il n'était pas déraisonnable d'exclure du cursus un étudiant qui n'avait pas passé les examens pendant huit années consécutives, en particulier compte tenu du fait qu'un *numerus clausus* s'applique à la formation en question. En conséquence, elle estime que la mesure dont il se plaint poursuivait un but légitime et que, l'État étant fondé à régler le droit à l'instruction, cette mesure était proportionnée: elle a en effet ménagé un équilibre entre l'intérêt du requérant d'une part et ceux des autres personnes qui souhaitaient s'inscrire dans ce cursus et de la communauté dans son ensemble d'autre part.

61. Il s'ensuit qu'il n'y a pas eu violation de la Convention en ce qui concerne cette partie de la requête du huitième requérant.

(...)

PAR CES MOTIFS, LA COUR

(...)

2. *Dit*, par six voix contre une, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 du Protocole n° 1;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 du Protocole n° 1 en ce qui concerne le grief supplémentaire du huitième requérant.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 2 avril 2013, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Françoise Elens-Passos
Greffière adjointe

Danutė Jočienė
Présidente

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée du juge Pinto de Albuquerque.

D.J.
F.E.P.

(...)

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DU JUGE PINTO DE ALBUQUERQUE

(Traduction)

L'affaire *Tarantino et autres* porte sur un système de *numerus clausus* imposé par l'État pour l'accès tant aux universités d'État qu'aux universités privées dans certains domaines tels que l'odontologie et la médecine. Le litige porte sur le caractère disproportionné des critères utilisés par l'État défendeur pour réglementer le *numerus clausus*; mais ce qui sous-tend cette question de proportionnalité, ce sont des problématiques fondamentales telles que la portée et les implications du droit de bénéficier d'un enseignement universitaire et la marge d'appréciation des États parties en matière de réglementation des universités. Malgré tout le respect que j'ai pour la majorité, je ne peux souscrire à son raisonnement, car je considère que les critères utilisés par l'État défendeur étaient bel et bien disproportionnés. En ce qui concerne les autres griefs des requérants, je rejoins la majorité.

L'enseignement universitaire en tant que droit de l'homme

Le droit de bénéficier d'un enseignement universitaire est un droit de l'homme. Même si l'article 2 du Protocole n° 1 est formulé en termes négatifs, les États parties ont une obligation positive non seulement d'ouvrir l'accès aux écoles et aux établissements d'enseignement existants et de reconnaître officiellement les cursus suivis jusqu'à leur terme¹, mais aussi de favoriser l'accès à l'instruction pour tous les enfants, si nécessaire en ouvrant de nouvelles formations. Cette obligation internationale générale est aussi confirmée par l'article 28 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant (193 États parties, dont l'État défendeur, qui l'a ratifiée en 1991 sans aucune réserve) combiné avec l'article 26 § 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (160 États parties, dont l'État défendeur, qui l'a ratifié en 1978 sans aucune réserve)². Cette obligation des

1. *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »* (fond), 23 juillet 1968, p. 85, § 42, série A n° 6 (« *L'affaire linguistique belge* »).

2. Voir aussi l'Observation générale 13 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur le droit à l'éducation (UN doc. E/C.12/1999/10, 8 décembre 1999, § 6), où il est souligné que « les établissements d'enseignement et les programmes éducatifs doivent exister en nombre suffisant à l'intérieur de la juridiction de l'État partie », ce qui implique une obligation renforcée d'ouvrir des établissements et des programmes lorsque l'offre est insuffisante. De plus, dans une société démocratique, le droit à l'instruction, indispensable à la réalisation des droits de l'homme, occupe une place si fondamentale qu'une interprétation restrictive de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 ne correspondrait pas au but et à l'objet de cette disposition (*Leyla Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98,

États parties est le pendant d'un droit fondamental à l'instruction dans le système d'enseignement public³, y compris les universités d'État⁴.

Les États parties ont certes le pouvoir de réglementer l'accès à l'instruction et *a fortiori* aux études universitaires⁵, mais la réglementation qu'ils adoptent est soumise au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme (« la Cour »), qui a par exemple eu à examiner des cas où un étudiant s'était vu refuser l'accès à l'université au motif qu'il n'avait pas apporté en temps utile la preuve qu'il répondait à certains critères⁶, où un étudiant n'avait pas été autorisé à recommencer sa première année d'études universitaires au motif qu'il avait échoué aux examens de première année et qu'il avait manqué plusieurs cours obligatoires⁷, où des étudiants avaient été exclus temporairement ou définitivement d'une université ou d'un autre établissement d'enseignement supérieur⁸, où les résultats de l'examen d'entrée à l'université avaient été annulés⁹ et où des étudiants s'étaient vu interdire de passer un examen universitaire ou avaient été contraints d'interrompre leurs études au motif qu'ils devaient purger une peine de prison¹⁰.

Étant donné que le droit à l'instruction comprend le droit d'enseigner, l'article 2 du Protocole n° 1 protège aussi le droit d'ouvrir et d'exploiter des écoles et des universités privées¹¹. Si ce droit n'implique pas l'obligation positive pour l'État de financer les écoles et les universités privées¹², il lui

§ 137, CEDH 2005-XI).

3. *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni* (25 février 1982, § 33, série A n° 48) et *Timichev c. Russie* (n°s 55762/00 et 55974/00, §§ 63-67, CEDH 2005-XII).

4. *Leyla Şahin* (précité, § 137). Voir aussi le paragraphe 17 de l'Observation générale 13 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, précitée : « L'enseignement supérieur doit satisfaire aux critères des dotations, de l'accessibilité, de l'acceptabilité et de l'adaptabilité communs à l'enseignement sous toutes ses formes et à tous les niveaux. »

5. *Leyla Şahin* (précité, § 136).

6. *Lukach c. Russie* (déc.), n° 48041/99, 16 novembre 1999.

7. *X. c. Royaume-Uni* (n° 8844/80, décision de la Commission du 9 décembre 1980, Décisions et rapports (DR) 23).

8. *İrfan Temel et autres c. Turquie* (n° 36458/02, 3 mars 2009), *Yanasik c. Turquie* (n° 14524/89, décision de la Commission du 6 janvier 1993, DR 74), et *Sulak c. Turquie* (n° 24515/94, décision de la Commission du 17 janvier 1996, DR 84-B).

9. *Mürsel Eren c. Turquie* (n° 60856/00, CEDH 2006-II).

10. Décisions *Georgiou c. Grèce* (n° 45138/98, 13 janvier 2000) et *Durmaz, Isik, Unutmaz et Sezal c. Turquie* (n°s 46506/99, 46569/99, 46570/99 et 46939/99, 4 septembre 2001).

11. *Costello-Roberts c. Royaume-Uni* (25 mars 1993, § 27, série A n° 247-C), et *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark* (7 décembre 1976, § 50, série A n° 23). Voir aussi l'article 13 § 4 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui proclame « la liberté des individus et des personnes morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement », sous réserve que les principes énoncés à l'article 13 § 1 soient observés et que l'éducation donnée dans ces établissements soit conforme à certaines normes minimales.

12. *Verein Gemeinam Lernen c. Autriche* (n° 23419/94, décision de la Commission du 6 septembre 1995, DR 82-B), sur le financement des écoles privées laïques, et, précédemment, *X. c. Royaume-*

impose l'obligation négative de ne pas faire subir de discrimination aux écoles et aux universités privées, c'est-à-dire de ne pas leur imposer de contraintes, restrictions ou interdictions injustifiées par rapport à celles des écoles et universités d'État.

La marge d'appréciation de l'État dans la fixation des règles applicables à l'enseignement universitaire

Les États parties jouissent d'une certaine latitude lorsqu'ils exercent leur pouvoir réglementaire sur les établissements d'enseignement publics¹³. Ils peuvent par exemple imposer une période obligatoire de fréquentation de l'école publique¹⁴. De leur côté, les écoles publiques ont l'obligation d'offrir un enseignement dans les langues nationales¹⁵, de transmettre le savoir de manière objective, critique et pluraliste¹⁶, et de dispenser des cours non discriminatoires¹⁷ dans un environnement sûr, exempt de toute forme de mauvais traitements¹⁸.

Les autorités publiques ne peuvent exercer le même degré de contrôle sur les enseignements d'établissements privés que sur les enseignements d'établissements publics : les seconds jouissent d'une certaine autonomie institutionnelle, conformément à la politique éducative de chaque État, mais les premiers doivent avoir une autonomie plus grande. L'autonomie institutionnelle comprend au minimum l'établissement du cursus académique et le contrôle de l'admission, de l'évaluation, de la suspension et de l'expulsion des étudiants, la sélection et la promotion du personnel académique et administratif et le contrôle du budget et de l'organisation

Uni (n° 7527/76, décision de la Commission du 5 juillet 1977, DR 11) et *X. et Y. c. Royaume-Uni* (n° 9461/81, décision de la Commission du 7 décembre 1982, DR 31), sur le financement des écoles privées religieuses. Voir aussi le paragraphe 54 de l'Observation générale 13 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur le droit à l'éducation, précitée.

13. *Lautsi et autres c. Italie* [GC], n° 30814/06, CEDH 2011.

14. *Konrad c. Allemagne* (déc.), n° 35504/03, CEDH 2006-XIII.

15. *Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, §§ 273-280, CEDH 2001-IV.

16. *Folgero et autres c. Norvège* [GC], n° 15472/02, CEDH 2007-III, *Hassan et Eylem Zengin c. Turquie* (n° 1448/04, 9 octobre 2007), et *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen* (précité, § 50). Voir aussi le paragraphe 28 de l'Observation générale 13 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur le droit à l'éducation, précitée, qui évoque un enseignement « dispensé d'une manière impartiale et objective, respectueuse des libertés d'opinion, de conviction et d'expression », et l'affaire *Keyishian v. Board of Regents* (385 US 589, 1967), avec les paroles inspirantes du juge Brennan sur la liberté académique : « Notre nation est profondément déterminée à protéger la liberté académique, qui est d'une importance transcendante pour nous tous et non pas seulement pour les enseignants concernés. »

17. Voir *D.H. et autres c. République tchèque* [GC] (n° 57325/00, CEDH 2007-IV), ainsi que les paragraphes 31-34 et 59 de l'Observation générale 13 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur le droit à l'éducation, précitée.

18. *Campbell et Cosans* (précité, § 41).

financière de l'établissement¹⁹. Garantie cruciale de la liberté académique, l'autonomie institutionnelle est aussi la meilleure assurance du respect de la liberté d'enseigner et du droit à l'instruction²⁰. Si le gouvernement ou d'autres autorités publiques intervenaient dans la réglementation de l'un quelconque de ces aspects, soit en imposant *a priori* certaines règles soit en annulant *a posteriori* des règles ou décisions approuvées par des établissements privés, cette intervention devrait respecter des règles strictes de nécessité et de proportionnalité²¹. Ainsi, la marge d'appréciation des États parties est plus large en ce qui concerne la fixation de règles applicables aux établissements

19. Voir la Déclaration de Lisbonne de 2009 de l'Association européenne des universités, selon laquelle «chaque université devrait définir et accomplir sa propre mission, et ainsi contribuer à la réponse collective aux besoins des différents pays et de l'Europe dans son ensemble». À la lumière de cette mission, l'autonomie institutionnelle devrait inclure «l'autonomie académique (cursus, programmes, recherche), l'autonomie financière (budgétisation forfaitaire), l'autonomie organisationnelle (structure de l'université) et l'autonomie quant aux questions de personnel (responsabilité du recrutement, des salaires et des promotions)». De même, le paragraphe 40 de l'Observation générale 13 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (précitée) indique ceci : «L'exercice des libertés académiques nécessite l'autonomie des établissements d'enseignement supérieur. Être autonome, c'est pour un établissement d'enseignement supérieur jouir du degré d'indépendance dont il a besoin pour prendre des décisions efficaces, qu'il s'agisse de ses travaux, de ses normes, de sa gestion ou de ses activités connexes.» Sur la question de l'autonomie institutionnelle des universités, voir aussi l'opinion du juge Powell sur une politique d'admission prenant en compte des critères raciaux dans l'affaire *Regents of the University of California v. Bakke* (438 US 265, 312 (1978)), celle du juge Stevens sur une politique universitaire consistant à refuser aux étudiants l'utilisation des installations du campus à des fins religieuses dans l'affaire *Widmar v. Vincent* (454 US 263, 278 (1981)) et, pour la cour unanime, sur le pouvoir de refuser la réadmission d'un étudiant ayant raté certains examens dans l'affaire *Regents of University of Michigan v. Ewing* (474 US 214 (1985)), celle du juge Souter, à laquelle souscrivaient les juges Stevens et Breyer, sur la perception de frais obligatoires destinés à financer les activités d'associations d'étudiants dans l'affaire *Board of Regents of University of Wisconsin v. Southworth* (529 US 217 (2000)) et celle du juge O'Connor sur un programme de discrimination positive raciale dans l'affaire *Grutter v. Bollinger* (539 US 306, 329 (2003)).

20. À cet égard, le principe de l'autonomie institutionnelle des universités est d'une importance fondamentale tant pour l'interprétation de l'application des lois que pour la résolution des demandes concurrentes des gouvernements, des universités, des universitaires, du personnel administratif et des étudiants.

21. Premièrement, l'ingérence doit être prévue par la loi. Deuxièmement, elle doit être nécessaire, c'est-à-dire répondre de manière satisfaisante au «besoin social» (intérêts sociaux, droits et libertés d'autrui) qu'elle vise à combler et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire à cette fin. Troisièmement, elle doit être proportionnée, c'est-à-dire ménager un juste équilibre entre les droits, libertés et intérêts concurrents, tout en faisant en sorte que l'essence (le noyau dur) du droit ou de la liberté soit respectée (*Affaire linguistique belge*, précitée, p. 32, § 5). Le même raisonnement a été exposé il y a longtemps dans l'affaire *Trustees of Dartmouth College v. Woodward* (17 US 518 (1819)). Dans l'affaire *Hochschulurteil* (BVerfGE 35, 79), la Cour constitutionnelle allemande a dit aussi que la liberté académique ne pouvait être restreinte que pour garantir le respect d'autres valeurs constitutionnelles. Dans son arrêt du 11 septembre 2007 (affaire C-76/05), la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a quant à elle confirmé que les cours que dispensaient les établissements d'enseignement essentiellement financés par des fonds privés, notamment par les étudiants et leurs parents, constituaient des services au sens du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), et que toute restriction à l'accès à un établissement d'enseignement privé établi dans un autre État membre devait être justifiée.

d'enseignement public et plus étroite en ce qui concerne les règles applicables aux établissements d'enseignement privés. *A fortiori*, dans l'enseignement supérieur, où l'autonomie institutionnelle joue un rôle crucial, la marge d'appréciation applicable est encore plus étroite²². À l'inverse, plus l'État finance les écoles et les universités privées, plus sa marge d'appréciation est large.

L'application des normes de la Convention en l'espèce

Le gouvernement italien établit le *numerus clausus* pour l'accès aux études de médecine et d'odontologie dans les universités publiques et privées sur la base de deux critères : les capacités d'accueil et les ressources de ces universités d'une part, et le besoin de la société pour une profession donnée d'autre part. En réalité, le deuxième critère renvoie aux besoins du secteur public de la santé au niveau national. Ces critères résultent de la réflexion d'un groupe de travail composé notamment de représentants de la Fédération nationale des médecins et de l'Ordre des médecins et des dentistes. Le nombre de places pour chaque université est établi sur une base régionale. En général, l'augmentation du nombre de places attribuées à une université compense une diminution du nombre de places attribuées à d'autres universités de la même région.

Le Gouvernement justifie le premier critère par le besoin de garantir un haut niveau de qualité dans l'enseignement universitaire et un haut degré de compétences professionnelles chez les médecins et les dentistes en veillant à ce qu'il n'y ait pas trop d'étudiants par rapport au nombre d'enseignants et en assurant une utilisation rationnelle des ressources matérielles disponibles et un accès contrôlé d'abord aux postes d'internes dans les hôpitaux publics puis au marché du travail. Ainsi, le *numerus clausus* est présenté comme une formule magique qui permettrait d'éviter la surpopulation universitaire et la présence d'un trop petit nombre de professeurs pour trop d'étudiants, qui n'auraient alors pas la possibilité de recevoir une formation pratique avant d'entrer sur le marché du travail.

Le Gouvernement justifie le deuxième critère en arguant qu'il vise à éviter un excès de dépenses publiques actuelles et futures, en ce que, d'une part, l'enseignement de la médecine et de l'odontologie et la formation des médecins et des dentistes impliqueraient des dépenses importantes pour la

22. Voir, dans le domaine de l'enseignement supérieur en Europe, le rapport de l'Association européenne pour la garantie de la qualité dans l'enseignement supérieur (ENQA) sur les normes et les lignes directrices en matière d'assurance qualité dans le domaine de l'enseignement supérieur en Europe (*Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area*, troisième édition, 2009, Helsinki, p. 11), qui souligne l'«importance centrale de l'autonomie institutionnelle, tempérée par une reconnaissance des lourdes responsabilités qu'elle comporte».

génération actuelle et, d'autre part, une saturation future du marché du travail impliquerait des dépenses supplémentaires, compte tenu du coût du chômage pour la société.

Malheureusement, l'un et l'autre critères sont sans fondement, car ils participent plus de la fiction que de la réalité.

Les capacités d'accueil et les ressources des universités en tant que critère du *numerus clausus*

Le Gouvernement n'a fourni à la Cour aucune donnée sur les capacités d'accueil et les ressources des universités qui soit de nature à justifier le *numerus clausus* établi pour les années pertinentes (2007-2009). Il n'a pas non plus avancé de raison à l'appui de l'application de ce *numerus clausus* aux universités privées.

En fait, les décisions ministérielles relatives au *numerus clausus* ne présentent aucune motivation technique mais résultent plutôt de choix discrétionnaires²³. Il n'y a tout simplement aucune base objective à ce choix politique, qui demeure libre de toute contrainte empirique véritablement fondée.

Pis encore, ce critère ne tient pas compte du simple fait que les universités privées sont largement indépendantes du financement de l'État en Italie, et pourraient donc augmenter le nombre de places disponibles à leurs propres frais. Comme expliqué ci-dessus, l'État défendeur jouit d'une marge d'appréciation très étroite s'agissant d'imposer des limites aux universités privées²⁴, et la Cour n'a été informée d'aucune raison de fond susceptible de justifier une ingérence aussi grave dans le droit d'établissement des universités privées et dans leur autonomie institutionnelle. Or les universités privées italiennes sont fondées à établir leurs propres limites en matière d'inscription, compte tenu de leurs ressources humaines, matérielles et financières. En d'autres termes, le *numerus clausus* imposé par l'État aux universités privées

23. Le Gouvernement ne se sent même pas tenu de suivre les chiffres avancés par les universités elles-mêmes quant à leur capacité d'accueil (voir l'exemple mentionné par l'autorité italienne de la concurrence dans son rapport du 21 avril 2009, où elle parle de « *scelte di opportunità* » et de « *risposte dei ministeri non emergono le motivazioni tecniche concernenti tale riduzione* »).

24. Cela n'empêche pas, mais au contraire présuppose, une appréciation rigoureuse de la qualité des universités, y compris les universités privées, faite en suivant par exemple les lignes directrices générales énoncées dans la Déclaration de Graz de 2003 de l'Association européenne des universités, le « code de bonnes pratiques » (*Code of Good Practice*) de 2004 du Consortium européen pour l'accréditation (*European Consortium for Accreditation*) et les « normes et lignes directrices pour l'assurance qualité dans l'enseignement supérieur européen » (*Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area*) rédigées par l'ENQA en coopération avec l'Association européenne des universités, l'Association européenne des établissements d'enseignement supérieur (*European Association of Institutions in Higher Education*) et l'Union des étudiants d'Europe, et approuvées par les ministres de l'Éducation des États signataires de la Déclaration de Bologne à la réunion tenue à Bergen en mai 2005.

porte gravement atteinte, d'une part, à la liberté d'enseigner, en ce qu'il empêche les universités privées qui disposent d'une infrastructure matérielle et de ressources humaines suffisantes d'augmenter à leurs propres frais le nombre de places qu'elles proposent et, d'autre part, au droit à l'instruction, en ce qu'il empêche d'être admises à l'université des personnes qui sont prêtes à payer de leur poche le prix de ce service²⁵. Le système de *numerus clausus* litigieux est donc déjà disproportionné sur la base du premier critère utilisé par le Gouvernement.

Le besoin de la société pour une profession donnée en tant que critère du *numerus clausus*

Le Gouvernement interprète le besoin de la société comme le besoin du secteur public de la santé en Italie. Ce critère aggrave la disproportion de l'ingérence de l'État défendeur dans le droit à l'instruction, car il ne tient pas compte du fait que le secteur de la santé italien comprend aussi un secteur privé, qui a ses propres besoins²⁶. Cette omission est particulièrement fautive dans le cas de l'odontologie, étant donné que la vaste majorité des dentistes travaillent dans le secteur privé²⁷. De plus, ce critère ne tient pas compte du fait que l'Italie est membre d'un marché plus large de services de santé, à savoir l'Union européenne, dans laquelle les professionnels de la santé sont libres de se déplacer et de travailler librement²⁸. En outre, il est par

25. C'était exactement le raisonnement de la Cour dans l'*Affaire linguistique belge* (précitée, p. 42, § 7) : l'un des requérants s'estimait victime d'une violation du droit à l'instruction car dans une région néerlandophone où vivait une minorité francophone, il y avait des écoles publiques néerlandophones mais non francophones. La Cour a rejeté ce grief précisément parce que rien n'empêchait le requérant de s'inscrire à ses propres frais dans l'une des écoles francophones privées de la région.

26. Il est très douteux que l'on puisse procéder à une appréciation objective et rigoureuse des nécessités du marché de la santé, compte tenu en particulier des besoins du secteur privé dans tous ses aspects.

27. Comme l'a souligné l'autorité italienne de la concurrence dans son rapport du 21 avril 2009, « *la massima parte delle prestazioni odontoiatriche in Italia non viene fornita dagli odontoiatri del Sistema Sanitario Nazionale (...), ma privatamente, ossia dagli odontoiatri liberi professionisti* ». On pourrait faire la même remarque, par exemple, pour les architectes, les chirurgiens vétérinaires ou les infirmiers.

28. Dans un arrêt du 13 février 1985 (affaire 293/83), la CJCE a dit pour la première fois qu'un candidat à un établissement d'enseignement supérieur artistique avait le droit d'accéder à l'enseignement indépendamment de toute démonstration du fait qu'il puisse avoir d'autres droits en vertu du Traité. Dans un arrêt du 27 janvier 1986 (affaire 24/86), elle a élargi la portée de cette analyse, en affirmant que les études universitaires telles que les études vétérinaires relevaient de la portée du Traité dès lors que l'examen final conférait directement la qualification requise ou que les études apportaient la formation et les compétences nécessaires pour l'exercice d'une profession, d'un commerce ou d'un emploi, même si aucune disposition de loi ni aucun texte administratif ne prévoyaient que l'acquisition des connaissances correspondantes était un prérequis à cette fin. Dans un arrêt du 12 juin 1986 (affaires jointes 98, 162 et 258/85), elle a dit qu'aucune disposition du droit communautaire n'imposait aux États membres de limiter le nombre d'étudiants admis dans les facultés de médecine en mettant en place un système de *numerus clausus*. Récemment, dans un arrêt du 13 avril 2010 (affaire C-73/08), elle a dit que les articles 18 et 21 du TFUE faisaient obstacle à ce que la législation nationale limite le

essence contradictoire avec le développement de l'enseignement supérieur en Europe dans le cadre du processus de Bologne²⁹, qui vise non seulement à assurer une plus grande autonomie institutionnelle aux universités, en attribuant à chaque établissement la responsabilité première de l'assurance de la qualité de son enseignement supérieur³⁰, mais aussi à améliorer l'accès à l'enseignement supérieur en général et en particulier à y accroître la participation des groupes sous-représentés³¹. Ce critère est aussi contraire à l'esprit de la Convention de Lisbonne de 1997, qui est à la base du processus de Bologne³². D'un point de vue plus large, il va à l'encontre de l'obligation qu'ont les États de rendre l'enseignement supérieur également accessible à tous, sur la base du mérite, en vertu de l'article 13 § 2 c) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels³³ et

nombre d'étudiants non résidents en Belgique pouvant s'inscrire pour la première fois dans les cursus médicaux et paramédicaux des établissements d'enseignement supérieur, à moins que les juridictions nationales ne considèrent que cette législation était justifiée à la lumière de l'objectif consistant à protéger la santé publique. Elle a estimé à cet égard que ce n'était qu'avec des « données solides et cohérentes » que l'État membre pourrait démontrer l'existence d'un risque pour la santé publique, et elle a précisé qu'en l'absence de ce risque, la liberté de circulation des étudiants commandait que ceux-ci disposent de larges possibilités d'accès à l'enseignement supérieur hors de chez eux.

29. Je parle évidemment du processus entamé avec la Déclaration de la Sorbonne de 1998 sur l'harmonisation de l'architecture du système européen d'enseignement supérieur, adoptée conjointement par les ministres de l'Éducation allemand, britannique, français et italien, et suivie de la Déclaration ministérielle de Bologne en 1999. Au départ, le processus prévoyait essentiellement une plus grande mobilité des étudiants entre les différents cycles de l'enseignement supérieur (licence, master, doctorat) et une plus grande facilité de transfert des professionnels grâce à la reconnaissance des diplômes. La plupart des objectifs de Bologne se retrouvent aujourd'hui à l'article 165 du TFUE, bien que le processus de Bologne soit le fruit d'une coopération intergouvernementale régionale et ne se soit pas traduit par une mesure normative de l'Union.

30. La Déclaration ministérielle de Berlin de 2003, dans laquelle il a été reconnu que les établissements devaient avoir le pouvoir de décider de leur organisation et de leur administration internes, a été renforcée par la Déclaration de Lisbonne de 2009 susmentionnée.

31. Voir la Déclaration ministérielle de Leuven/Louvain-La-Neuve de 2009 et la Déclaration d'Aarhus de 2011 de l'Association européenne des universités.

32. La Convention sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement supérieur dans la région européenne, appelée aussi Convention de reconnaissance de Lisbonne, a été conclue sous les auspices du Conseil de l'Europe avant le début du processus de Bologne, mais le processus de Bologne comprenait comme objectif la ratification de cette convention. Il a d'ailleurs été dit que la Convention de Lisbonne était le seul instrument juridiquement contraignant de tout le processus de Bologne. Elle impose aux États parties de reconnaître, aux fins de l'accès aux programmes relevant de leur système d'enseignement supérieur, les qualifications délivrées dans l'un d'entre eux qui satisfont aux conditions générales d'accès à l'enseignement supérieur, à moins que l'on ne puisse démontrer qu'il existe une différence substantielle entre les conditions générales d'accès dans la Partie dans laquelle la qualification a été obtenue et dans la Partie dans laquelle la reconnaissance de la qualification est demandée. Selon le Rapport explicatif, en règle générale, lors de l'examen des différences substantielles entre les deux qualifications concernées, les Parties et les institutions d'enseignement supérieur sont « encouragées à considérer, dans la mesure du possible, la valeur des qualifications en question ».

33. Voir aussi l'Observation générale 13 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, précitée : « Selon l'article 13(2)(c), l'enseignement supérieur n'a pas à être « généralisé » : il doit uniquement être

de l'article 26 § 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme³⁴. Le critère ultime pour apprécier les candidats est leur mérite, et non les besoins du marché. Enfin, le critère lié au marché est fondamentalement injuste, en ce qu'il fait obstacle à l'entrée sur le marché de nouveaux acteurs au seul motif des besoins allégués de ce marché, alors que ces nouveaux acteurs pourraient réussir sur ce marché grâce à leurs aptitudes et à leur travail alors que d'autres n'y parviendraient pas. En fait, l'effet concret déplorable du système actuel de *numerus clausus* est qu'il restreint la concurrence entre les professionnels du secteur de la santé et maintient la rigidité et l'inefficacité du marché dans ce domaine, en ne laissant que deux possibilités: l'offre publique d'une part, et les services privés aux prix artificiellement gonflés d'autre part³⁵. Cela a pour triste conséquence de contraindre les futurs étudiants à partir étudier à l'étranger, du moins pour ceux d'entre eux qui en ont les moyens³⁶.

L'arbitraire du régime juridique tel qu'il est appliqué résulte du simple fait que ce régime ne sert aucun autre but en pratique que de protéger les avantages des professionnels de la santé déjà installés. La meilleure preuve en est la participation d'associations de professionnels de la santé au groupe de travail qui établit les quotas d'admission, participation qui constitue un cas flagrant de conflit d'intérêts³⁷.

Conclusion

Citant des universitaires sud-africains qui s'élevaient contre une politique gouvernementale d'admission restrictive, le juge Frankfurter a dit ceci: «Il incombe à l'université d'offrir un environnement qui soit le plus propice possible à l'élaboration d'hypothèses, à la réalisation d'expériences et à la création, un environnement où prévalent «les quatre libertés essentielles de l'université»: déterminer elle-même à partir de motifs académiques qui peut enseigner, ce qui peut être enseigné, comment enseigner et qui peut

rendu accessible «en fonction des capacités de chacun». Ces «capacités» devraient être appréciées eu égard à l'ensemble des connaissances et de l'expérience des intéressés.»

34. Cet article mentionne le «mérite» et non les «capacités» des candidats, mais le sens est le même: «l'accès aux études supérieures doit être ouvert en pleine égalité à tous en fonction de leur mérite».

35. Il ne s'agit pas là de mon propre diagnostic, mais du fruit du rapport détaillé établi par l'autorité italienne de la concurrence le 21 avril 2009.

36. Sur la situation des étudiants italiens qui ne sont pas partis étudier à l'étranger en raison d'obstacles financiers en 2009-2010, voir *L'espace européen de l'enseignement supérieur en 2012: rapport sur la mise en œuvre du processus de Bologne*, Agence exécutive «Éducation, audiovisuel et culture», 2012, Bruxelles, pp. 167-168.

37. Comme l'a aussi dit l'autorité italienne de la concurrence dans le rapport susmentionné, où elle a estimé que cette situation inspirait «*perplexità sotto il profilo concorrenziale... potrebbe essere intrinsecamente portatore di interessi confliggenti*».

être admis à étudier»³⁸. En d'autres termes, l'autonomie institutionnelle est une condition nécessaire à la liberté professionnelle d'enseigner et au droit individuel d'accès à l'enseignement supérieur.

Tant dans leur conception que dans leur application, les critères établis par l'État défendeur pour le système de *numerus clausus* se sont révélés infondés et même arbitraires au regard de ces droits et libertés. L'ingérence portée dans le droit des requérants à l'instruction a donc été disproportionnée et, partant, il y a eu violation de l'article 2 du Protocole n° 1.

38. Dans l'opinion concordante bien connue qu'il a exprimée dans l'affaire *Sweezy v. New Hampshire* (354 US 234 (1957)).