

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



REPORTS
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2013-IV



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

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

WOLF LEGAL PUBLISHERS

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



Published by/Publié par

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

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

ISBN: 978-9-462-40234-8

© 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>Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina</i> [GC], nos. 2312/08 and 34179/08, judgment of 18 July 2013 (extracts)	1
<i>Maktouf et Damjanović c. Bosnie-Herzégovine</i> [GC], n ^{os} 2312/08 et 34179/08, arrêt du 18 juillet 2013 (extraits)	47
<i>Allen v. the United Kingdom</i> [GC], no. 25424/09, judgment of 12 July 2013	95
<i>Allen c. Royaume-Uni</i> [GC], n ^o 25424/09, arrêt du 12 juillet 2013 ...	143
<i>M.A. v. Cyprus</i> , no. 41872/10, judgment of 23 July 2013 (extracts)..	193
<i>M.A. c. Chypre</i> , n ^o 41872/10, arrêt du 23 juillet 2013 (extraits).....	215
<i>Vona v. Hungary</i> , no. 35943/10, judgment of 9 July 2013	237
<i>Vona c. Hongrie</i> , n ^o 35943/10, arrêt du 9 juillet 2013	285
<i>McCaughey and Others v. the United Kingdom</i> , no. 43098/09, judgment of 16 July 2013	335
<i>McCaughey et autres c. Royaume-Uni</i> , n ^o 43098/09, arrêt du 16 juillet 2013	389

Subject matter/Objet des affaires

Article 2

Excessive delay in investigation into deaths at the hands of security forces in Northern Ireland

McCaughey and Others v. the United Kingdom, p. 335

Retards excessifs apportés à une enquête relative à des décès imputables aux forces de sécurité en Irlande du Nord

McCaughey et autres c. Royaume-Uni, p. 389

Article 5

Article 5 § 1

Transfer and stay at police headquarters of a group of immigrant protesters with a view to identifying and deporting unlawful residents

M.A. v. Cyprus, p. 193

Transfert et rétention dans un commissariat d'un groupe de manifestants immigrés en vue de l'identification et de l'expulsion des personnes en situation irrégulière

M.A. c. Chypre, p. 215

Article 6

Article 6 § 2

Refusal of compensation following reversal of applicant's conviction of criminal offence

Allen v. the United Kingdom [GC], p. 95

Refus d'indemnisation à la suite de l'annulation de la condamnation pénale de la requérante

Allen c. Royaume-Uni [GC], p. 143

Article 7

Retroactive application of criminal law under which the sentences for war crimes were heavier than those applicable when the offences were committed

Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina [GC], p. 1

Application rétroactive d'une loi pénale prévoyant des peines plus lourdes pour les crimes de guerre que la loi en vigueur au moment de la commission des infractions en cause

Maktouf et Damjanović c. Bosnie-Herzégovine [GC], p. 47

Article 11

Dissolution of association involved in anti-Roma rallies and paramilitary parading

Vona v. Hungary, p. 237

Dissolution d'une association ayant organisé des rassemblements anti-Roms et des défilés paramilitaires

Vona c. Hongrie, p. 285

Article 17

Dissolution of association on account of demonstration that was not declared unlawful and did not lead to violence

Vona v. Hungary, p. 237

Dissolution d'une association à cause d'une manifestation qui n'avait pas été déclarée illégale et n'avait pas conduit à des violences

Vona c. Hongrie, p. 285

Article 46

Respondent State required to take all necessary and appropriate measures to ensure expeditious compliance with procedural requirements of Article 2 in cases concerning killings by the security forces in Northern Ireland

McCaughey and Others v. the United Kingdom, p. 335

État défendeur tenu de prendre toutes les mesures nécessaires et appropriées pour garantir sans tarder le respect des exigences procédurales de l'article 2 dans les affaires concernant des homicides imputés aux forces de sécurité en Irlande du Nord

McCaughey et autres c. Royaume-Uni, p. 389

MAKTOUF AND DAMJANOVIĆ v. BOSNIA AND HERZEGOVINA
(Applications nos. 2312/08 and 34179/08)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 18 JULY 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**Retroactive application of criminal law under which the sentences for war crimes were heavier than those applicable when the offences were committed**

Where there is a real possibility, albeit no certainty, that the retroactive application of criminal legislation has operated to an accused's disadvantage as regards sentencing, it cannot be said that the accused has been afforded the effective safeguards required by Article 7 of the Convention against the imposition of a heavier penalty (see paragraph 70 of the judgment).

Article 7

Heavier penalty – Retroactive application of criminal law under which the sentences for war crimes were heavier than those applicable when the offences were committed – Real possibility that retroactive application of criminal legislation would operate to accused's disadvantage – Absence of any general exception to the rule of non-retroactivity in respect of acts that are criminal under “the general principles of law recognised by civilised nations”

*

* *

Facts

Both applicants were convicted by the Court of Bosnia and Herzegovina (“the State Court”) of war crimes committed against civilians during the 1992-95 war. War-crimes chambers were set up within the State Court in early 2005 as part of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia's completion strategy. The State Court, which consists of international and national judges, can decide to take over war-crimes cases because of their sensitivity or complexity, and can transfer less sensitive and complex cases to the competent courts of the two Entities of Bosnia and Herzegovina (“the Entity courts”).

The first applicant (Mr Maktouf) was convicted by the State Court in July 2005 of aiding and abetting the taking of two civilian hostages as a war crime and sentenced to five years' imprisonment under the 2003 Criminal Code of Bosnia and Herzegovina. In April 2006, an appeals chamber of the court confirmed his conviction and the sentence after a fresh hearing with the participation of two international judges. The second applicant (Mr Damjanović), who had taken a prominent part in the beating of captured Bosniacs in Sarajevo in 1992, was

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

convicted in June 2007 of torture as a war crime and sentenced to eleven years' imprisonment under the 2003 Criminal Code.

In their applications to the European Court, both men complained, *inter alia*, that the State Court had retroactively applied to them a more stringent criminal law, the 2003 Criminal Code, than that which had been applicable when they committed the offences, namely the 1976 Criminal Code of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, and that they had received heavier sentences as a result.

Law

Article 7: The Court reiterated that it was not its task to review *in abstracto* whether the retroactive application of the 2003 Criminal Code in war-crimes cases was, *per se*, incompatible with Article 7 of the Convention. That matter had to be assessed on a case-by-case basis, taking into consideration the specific circumstances of each case and, notably, whether the domestic courts had applied the law whose provisions were most favourable to the defendant concerned.

The definition of war crimes was the same in both the 1976 and the 2003 Criminal Codes and the applicants did not dispute that their acts had constituted criminal offences defined with sufficient accessibility and foreseeability at the time they were committed. What was at issue was therefore not the lawfulness of their convictions but the different sentencing frameworks applicable to war crimes under the two Codes.

The State Court had sentenced the first applicant to five years' imprisonment, the lowest possible sentence for aiding and abetting war crimes under the 2003 Code, whereas under the 1976 Code his sentence could have been reduced to one year. Likewise, the second applicant had been sentenced to eleven years' imprisonment, slightly above the ten-year minimum applicable in his case under the 2003 Code. However, under the 1976 Code, it would have been possible to impose a sentence of only five years.

As the applicants had received sentences at the lower end of the sentencing range, it was of particular relevance that the 1976 Code was more lenient in respect of the minimum sentence. In this context, the fact that the 2003 Code may have been more lenient as regards the maximum sentence was immaterial as the crimes of which the applicants had been convicted clearly did not belong to the category to which the maximum sentence was applicable. Further, while the Court accepted that the applicants' sentences were within the latitude of both the 1976 Criminal Code and the 2003 Criminal Code, so that it could not be said with any certainty that either applicant would have received lower sentences had the 1976 Code been applied, the crucial point was that the applicants could have received lower sentences if it had been. Accordingly, since there was a real possibility that the retroactive application of the 2003 Code had operated to the applicants' disadvantage as regards sentencing, it could not be said that they had been afforded effective safeguards against the imposition of a heavier penalty.

Nor was the Court able to agree with the Government's argument that if an act was criminal under "the general principles of law recognised by civilised nations" (Article 7 § 2 of the Convention) at the time it was committed, then the rule of non-retroactivity of crimes and punishments did not apply. That argument was inconsistent with the intention of the drafters of the Convention that Article 7 § 1 contained the general rule of non-retroactivity and that Article 7 § 2 was only a contextual clarification, included to ensure that there was no doubt about the validity of prosecutions after the Second World War in respect of crimes committed during that war. It was thus clear that the drafters of the Convention had not intended to allow for any general exception to the rule of non-retroactivity.

With regard to the Government's argument that a duty under international humanitarian law to punish war crimes adequately required that the rule of non-retroactivity be set aside in the applicants' case, the Court noted that that rule also appeared in the Geneva Conventions and their Additional Protocols. Moreover, as the applicants' sentences were within the compass of both the 1976 and 2003 Criminal Codes, the Government's argument that the applicants could not have been adequately punished under the former Code was clearly unfounded.

Accordingly, there had been a violation of Article 7 in the particular circumstances of the applicants' cases. However, the Court emphasised that that conclusion did not indicate that lower sentences ought to have been imposed, but simply that the sentencing provisions of the 1976 Code should have been applied.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: Finding of a violation constituted sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage sustained by the applicants. Claim made by the first applicant in respect of pecuniary damage dismissed.

Case-law cited by the Court

Achour v. France [GC], no. 67335/01, ECHR 2006-IV

Gabbari Moreno v. Spain, no. 68066/01, 22 July 2003

Jamil v. France, 8 June 1995, Series A no. 317-B

Karmo v. Bulgaria (dec.), no. 76965/01, 9 February 2006

Kononov v. Latvia [GC], no. 36376/04, ECHR 2010

Ould Dah v. France (dec.), no. 13113/03, ECHR 2009

Scoppola v. Italy (no. 2) [GC], no. 10249/03, 17 September 2009

Šimšić v. Bosnia and Herzegovina (dec.), no. 51552/10, 10 April 2012

Streletz, Kessler and Krenz v. Germany [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, ECHR 2001-II

S.W. v. the United Kingdom, 22 November 1995, Series A no. 335-B

Tess v. Latvia (dec.), no. 34854/02, 12 December 2002

In the case of Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina,
The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber
composed of:

Dean Spielmann, *President*,
Josep Casadevall,
Guido Raimondi,
Ineta Ziemele,
Mark Villiger,
Isabelle Berro-Lefèvre,
David Thór Björgvinsson,
Päivi Hirvelä,
George Nicolaou,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Nona Tsotsoria,
Zdravka Kalaydjieva,
Nebojša Vučinić,
Kristina Pardalos,
Angelika Nußberger,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Johannes Silvis, *judges*,

and Michael O’Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 12 December 2012 and 19 June 2013,
Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in two applications (nos. 2312/08 and 34179/08) against Bosnia and Herzegovina lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by an Iraqi citizen, Mr Abduladhim Maktouf, and a citizen of Bosnia and Herzegovina, Mr Goran Damjanović (“the applicants”), on 17 December 2007 and 20 June 2008 respectively.

2. The applicants’ complaints related to criminal proceedings in which the Court of Bosnia and Herzegovina had convicted and sentenced them under provisions of the 2003 Criminal Code of Bosnia and Herzegovina for war crimes against civilians committed during the 1992-95 war. They complained that the failure of that court to apply the 1976 Criminal Code of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia, which had been applicable at the time of the commission of the war crimes, had amounted

to a violation of the rule of non-retroactivity of punishments, set forth in Article 7 of the Convention. They further relied on Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 7, and Article 1 of Protocol No. 12. Mr Maktouf also relied on Article 6 § 1 of the Convention.

3. The applications were allocated to the Fourth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 31 August 2010 the President of that Section decided to give notice of the applications to the Government of Bosnia and Herzegovina (“the Government”). It was also decided to rule on the admissibility and merits of the applications at the same time (Article 29 § 1). On 10 July 2012 a Chamber of the Fourth Section, composed of Lech Garlicki, Davíð Thór Björgvinsson, Päivi Hirvelä, George Nicolaou, Zdravka Kalaydjieva, Nebojša Vučinić and Ljiljana Mijović, judges, and Lawrence Early, Section Registrar, relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, none of the parties having objected to relinquishment (Article 30 of the Convention and Rule 72).

4. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24. Faris Vehabović, the judge elected in respect of Bosnia and Herzegovina, was unable to sit in the case (Rule 28). The Government accordingly appointed Angelika Nußberger, the judge elected in respect of Germany, to sit in his place (Article 26 § 4 of the Convention and Rule 29 § 1).

5. The Grand Chamber decided to join the applications (Rule 42 § 1).

6. The parties filed observations on the admissibility and merits. In addition, third-party comments were received from the Office of the High Representative, which had been given leave to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3).

7. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 12 December 2012 (Rule 54 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms Z. Ibrahimović,	<i>Deputy Agent,</i>
Ms S. Malešić,	<i>Assistant Agent,</i>
Mr H. Vučinić,	
Ms M. Kapetanović,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicants*

Mr S. Kreho,	
Mr A. Lejlić,	
Mr A. Lozo,	
Mr I. Mehić,	<i>Counsel,</i>

Mr A. Kreho,
 Mr H. Lozo,
 Ms N. Kisić,

Advisers.

The Court heard addresses by Ms Ibrahimović and Mr Lejlić.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

A. Relevant background

8. Following its declaration of independence from the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia (“the former SFRY”) in March 1992, a brutal war broke out in Bosnia and Herzegovina. More than 100,000 people were killed and more than 2,000,000 others were displaced as a result of “ethnic cleansing” or generalised violence. Numerous crimes were committed during the war, including those committed by the present applicants. The following local forces were the main parties to the conflict: the ARBH¹ (mostly made up of Bosniacs² and loyal to the central authorities in Sarajevo), the HVO³ (mostly made up of Croats) and the VRS⁴ (mostly made up of Serbs). The conflict ended in December 1995 when the General Framework Agreement for Peace (“the Dayton Agreement”) came into force. In accordance with that Agreement, Bosnia and Herzegovina consists of two Entities: the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Republika Srpska.

9. In response to atrocities then taking place in the territory of the former SFRY, the United Nations Security Council established the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) as an interim institution⁵. In 2002, in order to ensure that its mission was concluded successfully, in a timely way and in coordination with domestic legal systems in the former Yugoslavia, the ICTY began devising a completion strategy⁶.

1. *Armija Republike Bosne i Hercegovine* (the Army of the Republic of Bosnia and Herzegovina).

2. Bosniacs were known as Muslims until the 1992-95 war. The term “Bosniacs” (*Bošnjaci*) should not be confused with the term “Bosnians” (*Bosanci*), which is used to denote citizens of Bosnia and Herzegovina, irrespective of their ethnic origin.

3. *Hrvatsko vijeće obrane* (the Croatian Defence Council).

4. *Vojska Republike Srpske* (the Army of the Republika Srpska).

5. Resolution 827 (1993) of 25 May 1993.

6. See the report on the judicial status of the ICTY and the prospects for referring certain cases to national courts made by the ICTY in June 2002 (S/2002/678) and the statement of the President of the United Nations Security Council of 23 July 2002 (S/PRST/2002/21).

That strategy was endorsed by the United Nations Security Council⁷ and the authorities of Bosnia and Herzegovina (they enacted the necessary statutory amendments and concluded agreements with the High Representative – an international administrator appointed under the Dayton Agreement). A vital component of the strategy was the setting-up of war-crimes chambers within the Court of Bosnia and Herzegovina (“the State Court”) consisting of international and national judges ...

B. The facts concerning Mr Maktouf

10. Mr Maktouf was born in 1959 and lives in Malaysia.

11. On 19 October 1993 he deliberately assisted a third party in the abduction of two civilians in order to exchange them for members of the ARBH forces who had been captured by the HVO forces. The civilians were freed several days later.

12. On 11 June 2004 the applicant was arrested.

13. On 1 July 2005 a Trial Chamber of the State Court found him guilty of aiding and abetting the taking of hostages as a war crime and sentenced him to five years’ imprisonment under Article 173 § 1 in conjunction with Article 31 of the 2003 Criminal Code.

14. On 24 November 2005 an Appeals Chamber of that court quashed the judgment of 1 July 2005 and scheduled a fresh hearing. On 4 April 2006 the Appeals Chamber, composed of two international judges (Judge Pietro Spera and Judge Finn Lynghjem) and one national judge (Judge Hilmo Vučinić), convicted the applicant of the same offence and imposed the same sentence under the 2003 Criminal Code. As regards the sentence, it held as follows (the translation has been provided by the State Court):

“Considering the degree of criminal responsibility of the accused and consequences of the criminal offence, as well as the fact that the accused was an accessory to the commission of the criminal offence, and considering the mitigating circumstances in favour of the accused, the Chamber applied the provisions on reduction of punishment and reduced the sentence to the maximum extent possible, applying the provision of Article 50 § 1 (a) of the [2003 Criminal Code], sentencing him to imprisonment for a term of five years, being of the opinion that the pronounced sentence can fully achieve the purpose of punishment and that the pronounced sentence will influence the accused not to commit other criminal offences in future.”

15. Following the applicant’s constitutional appeal, on 30 March 2007 the Constitutional Court examined the case under Articles 5, 6, 7 and 14 of the Convention and found no violation of the Convention. The decision was served on the applicant on 23 June 2007. The relevant part of the majority decision reads as follows:

7. Resolution 1503 (2003) of 28 August 2003.

“60. One of the appellant’s key arguments refers to the relationship between the criminal proceedings in issue and Article 7 of the European Convention, namely the fact that, as the appellant stated, he was sentenced under the [2003 Criminal Code] rather than under the [1976 Criminal Code], valid at the time of the offence, which provided for a more lenient sanction.

...

65. In this particular case, the appellant acknowledges that, under the regulations applicable at the material time, the offence for which he was convicted constituted a criminal offence when it was committed. However, he expressly refers to the application of the substantive law in his case and examines primarily the concept of a ‘more lenient punishment’, i.e. ‘more lenient law’. He considers that the [1976 Criminal Code], in force when the criminal offence for which he was convicted was committed, and in respect of which, *inter alia*, the death penalty was prescribed for the severest forms, was a more lenient law than the [2003 Criminal Code], which prescribes a punishment of long-term imprisonment for the severest forms of the criminal offence in question.

...

69. In this context, the Constitutional Court finds that it is simply not possible to ‘eliminate’ the more severe sanction applicable under both the earlier and later laws, and apply only the other, more lenient, sanctions, with the effect that the most serious crimes would in practice be inadequately punished. However, the Constitutional Court will not provide detailed reasons or analysis of these regulations, but will focus on the exemptions to the obligations arising under Article 7 § 1 of the European Convention, which are regulated, as is generally accepted, by Article 7 § 2.

70. In such a situation, the Constitutional Court notes that Article 7 § 2 of the European Convention refers to ‘the general principles of law recognized by civilised nations’, and Article III (3) (b) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina establishes that ‘the general principles of international law shall be an integral part of the law of Bosnia and Herzegovina and the Entities’. It follows that these principles constitute an integral part of the legal system in Bosnia and Herzegovina, even without the special ratification of Conventions and other documents regulating their application, and thus also include the 1993 Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former SFRY.

71. Further, the Constitutional Court draws attention to the fact that the Constitution of Bosnia and Herzegovina is part of an international agreement and, while this fact does not diminish the Constitution’s importance, it clearly indicates the position of international law within the legal system of Bosnia and Herzegovina, so that a number of international conventions, such as the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948) and Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (1949) and the Additional Protocols I-II (1977), have a status equal to that of constitutional principles and are directly applied in Bosnia and Herzegovina. It should be mentioned that the former SFRY was signatory to the said Conventions, and that Bosnia and Herzegovina, as an

internationally recognised subject which declared its independence on 6 March 1992, accepted all of the Conventions ratified by the former SFRY and, thereby, the above-mentioned Conventions, which were subsequently included in Annex 4, that is, the Constitution of Bosnia and Herzegovina.

72. The wording of Article 7 § 1 of the European Convention is limited to those cases in which an accused person is found guilty and convicted of a criminal offence. However, Article 7 § 1 of the European Convention neither prohibits the retrospective application of laws nor includes the *non bis in idem* principle. Further, Article 7 § 1 of the European Convention could not be applied to cases such as those referred to in the United Kingdom's War Damages Act 1965, which amended with retrospective effect the common-law rule granting compensation for private property in certain wartime circumstances.

73. The Constitutional Court notes that Article 7 § 1 of the European Convention concerns criminal offences 'under national or international law'. The Constitutional Court also notes, in particular, the interpretation of Article 7 provided in a number of texts dealing with this issue, which are based on the European Court's position that a conviction resulting from a retrospective application of national law does not constitute a violation of Article 7 of the European Convention where such a conviction is based on an act which was a crime under 'international law' when committed. This position is particularly relevant in respect of the present case, and of similar cases, given that the main point of the appeal refers to the application of primarily international law, that is, the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948) and the Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (1949) and the Additional Protocols I-II (1977), rather than to the application of one or another text of criminal law, irrespective of their content or stipulated sanctions.

74. In addition, with regard to the retrospective application of criminal legislation, the Constitutional Court stresses that Article 7 of the European Convention was formulated immediately after World War II with the particular intention of encompassing the general principles of law recognised by civilised nations, where the notion of 'civilised nations' was adopted from Article 38 of the Statute of the International Court of Justice (ICJ), the case-law of which is generally recognized as the third formal source of international law. In other words, the Statute of the International Court of Justice is applicable in respect of member states of the ICJ, and the rules established by it are regarded as a source of law, which concern even municipal authorities. Both the Statute of the International Court of Justice and Article 7 of the European Convention exceed the framework of national law, and refer to 'nations' in general. Accordingly, the Constitutional Court holds that the standards for their application should be looked for in this context, and not merely within a national framework.

75. The Constitutional Court further notes that the *travaux préparatoires* refer to the wording in paragraph 2 of Article 7 of the European Convention, which is calculated to 'make it clear that Article 7 does not have any effect on the laws which were adopted in certain circumstances after World War II and intended for punishment of war crimes,

treason and collaboration with the enemy, and it is not aimed at either moral or legal disapproval of such laws' (see *X v. Belgium*, no. 268/57, Yearbook 1 (1957); ... compare *De Becker v. Belgium* no. 214/56, Yearbook 2 (1958)). In fact, the wording of Article 7 of the European Convention is not restrictive and must be construed dynamically so to encompass other acts which imply immoral behaviour that is generally recognized as criminal under national laws. In view of the above, the United Kingdom's War Crimes Act 1991 confers retrospective jurisdiction on the UK courts in respect of certain grave violations of the law, such as murder, manslaughter or culpable homicide, committed in German-held territory during the Second World War.

76. In the Constitutional Court's opinion, all of the above confirms that war crimes are 'crimes according to international law', given the universal jurisdiction to conduct proceedings, so that convictions for such offences would not be inconsistent with Article 7 § 1 of the European Convention under a law which subsequently defined and determined certain acts as criminal and stipulated criminal sanctions, where such acts did not constitute criminal offences under the law that was applicable at the time the criminal offence was committed. On 4 May 2000 the European Court of Human Rights issued a decision in the case of *Naletilić v. the Republic of Croatia* (no. 51891/99). It follows from that decision that the applicant was charged by the Prosecutor's Office of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia with war crimes committed in the territory of Bosnia and Herzegovina, and that he submitted complaints that were identical to those of the appellant in the present case, i.e. he called for the application of 'more lenient law'. He argued that the Criminal Code of the Republic of Croatia stipulated a more lenient criminal sanction than the Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and called for application of Article 7 of the European Convention. In its decision, the European Court of Human Rights considered the application of Article 7 and emphasised the following: 'As to the applicant's contention that he might receive a heavier punishment by the ICTY than he might have received by domestic courts if the latter exercised their jurisdiction to finalise the proceedings against him, the Court notes that, even assuming Article 7 of the Convention were to apply to the present case, the specific provision that could be applicable to it would be paragraph 2 rather than paragraph 1 of Article 7 of the Convention. This means that the second sentence of Article 7 paragraph 1 of the Convention invoked by the applicant could not apply. It follows that the application is manifestly ill-founded ... and, therefore, must be rejected ...'

77. Finally, the Constitutional Court points out that the Nuremberg and Tokyo War Crimes Trials were conducted in 1945 and 1946, after World War II, in respect of crimes that were only subsequently, i.e. by the Geneva Convention, defined as acts amounting to war crimes, crimes against humanity, crimes of genocide, etc. Aggressive war was defined as an 'international crime', as confirmed by the International Law Commission in its Yearbook of 1957, Vol. II. Related discussions on the principle of *nullum crimen nulla poena sine lege* were also held at that time. This is also valid in respect of the 1993 Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former SFRY.

78. It is quite clear that the concept of individual criminal responsibility for acts committed contrary to the Geneva Convention or appropriate national laws is very closely related to that of human rights protection, since human-rights and related conventions concern the right to life, the right to physical and emotional integrity, prohibition of slavery and torture, prohibition of discrimination, etc. In the Constitutional Court's opinion, it seems that an absence of protection for victims, i.e. inadequate sanctions for perpetrators of crime, is not compatible with the principle of fairness and the rule of law as embodied in Article 7 of the European Convention, paragraph 2 of which allows this exemption from the rule set out in paragraph 1 of the same Article.

79. In view of the above, and having regard to the application of Article 4a of the [2003 Criminal Code] in conjunction with Article 7 § 1 of the European Convention, the Constitutional Court concludes that, in the present case, the application of the [2003 Criminal Code] in the proceedings conducted before the [State Court] does not constitute a violation of Article 7 § 1 of the European Convention."

...

17. On 12 June 2009 the applicant completed his sentence and left the country soon afterwards.

C. The facts concerning Mr Damjanović

18. Mr Damjanović was born in 1966. He is still serving his sentence in Foča Prison.

19. On 2 June 1992, during the war in Bosnia and Herzegovina, he played a prominent part in the beating of captured Bosniacs in Sarajevo, in an incident which lasted for one to three hours and was performed using rifles, batons, bottles, kicks and punches. The victims were afterwards taken to an internment camp.

20. On 17 October 2005 a Pre-Trial Chamber of the State Court decided to take over this case from the Sarajevo Cantonal Court, where it had been pending for years, in consideration of its sensitivity (the case concerned torture of a large number of victims) and the better facilities available for witness protection at the State Court (a higher risk of witness intimidation at the Entity level). It relied on the criteria set out in paragraph 40 below [see full text of judgment, available in Hudoc] and Article 449 of the 2003 Code of Criminal Procedure.

21. On 26 April 2006 the applicant was arrested.

22. On 18 June 2007 a Trial Chamber of the State Court convicted him of torture as a war crime and sentenced him to eleven years' imprisonment for that crime under Article 173 § 1 of the 2003 Criminal Code. An Appeals Chamber of the same court upheld that judgment on 19 November 2007. The second-instance judgment was served on the applicant on 21 December 2007.

23. On 20 February 2008 the applicant lodged a constitutional appeal. It was dismissed as out of time on 15 April 2009.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE AND RELEVANT INTERNATIONAL MATERIALS

A. Applicable substantive law in war-crimes cases

1. *General principles*

24. In accordance with its emergency powers⁸, on 24 January 2003 the Office of the High Representative imposed the 2003 Criminal Code, which came into force on 1 March 2003. It was subsequently endorsed by the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina⁹. Article 3 thereof provides that no punishment or other criminal sanction may be imposed on any person for an act which, at the time when it was committed, did not constitute a criminal offence under national or international law and for which a punishment was not prescribed by law. Furthermore, in accordance with Article 4 of that Code, the law that was in effect at the time when a criminal offence was committed applies to the offender; however, if the law has been amended after the commission of the offence, the law that is more lenient to the offender must be applied. In January 2005, Article 4a was added to the 2003 Criminal Code. Like Article 7 § 2 of the Convention, it stipulates that the provisions of Articles 3 and 4 of the Criminal Code must not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of international law.

25. In line with those principles, the domestic courts have, in cases concerning war crimes, been applying either the 1976 Criminal Code¹⁰ or, if it was considered to be more lenient to an offender, the 2003 Criminal Code. Since the intermediate Entities' Codes (the 1998 Criminal Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina¹¹ and the 2000 Criminal Code of

8. For more information about those powers, also known as the "Bonn powers", see the Venice Commission's Opinion on the Constitutional Situation in Bosnia and Herzegovina and the Powers of the High Representative (document CDL-AD(2005)004 of 11 March 2005).

9. Official Gazette of Bosnia and Herzegovina nos. 3/03, 37/03, 32/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 and 8/10.

10. Official Gazette of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia nos. 44/76, 36/77, 56/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90 and 45/90.

11. Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina nos. 43/98, 2/99, 15/99, 29/00, 59/02 and 19/03.

the Republika Srpska¹²) have rarely, if ever, been applied in such cases, they are irrelevant to the present applicants.

2. The 1976 Criminal Code

26. During the war in Bosnia and Herzegovina, the 1976 Criminal Code was in force throughout the country. It remained in force in the Federation of Bosnia and Herzegovina until 1998 and in the Republika Srpska until 2000 (when it was repealed and replaced by the Entities' Codes mentioned in paragraph 25 above). Under the 1976 Code, war crimes were punishable by imprisonment for a term of five to fifteen years or, for the most serious cases, the death penalty; a twenty-year prison term could also be imposed instead of the death penalty (see Articles 37, 38 and 142 thereof). Aiders and abettors of war crimes (such as Mr Maktouf) were to be punished as if they themselves had committed war crimes, but their punishment could also be reduced to one year's imprisonment (Articles 24, 42 and 43 of that Code). The relevant Articles read as follows:

Article 24 § 1

“Anybody who intentionally aids another in the commission of a criminal act shall be punished as if he himself had committed it, but the sentence may also be reduced.”

Article 37 § 2

“The death penalty may be imposed only for the most serious criminal acts when so provided by statute.”

Article 38 §§ 1 and 2

“The sentence of imprisonment may not be shorter than fifteen days or longer than fifteen years.

The court may impose a sentence of imprisonment for a term of twenty years in respect of criminal acts eligible for the death penalty.”

Article 42

“The court may impose a sentence below the limit prescribed by statute, or impose a more lenient sentence:

(a) when it is provided by statute that the sentence may be reduced [as in Article 24 § 1 of this Code];

(b) when it finds that such extenuating circumstances exist which indicate that the aims of punishment can be attained by a lesser sentence.”

12. Official Gazette of the Republika Srpska nos. 22/00, 33/00 and 37/01.

Article 43 § 1

“Where conditions exist for the reduction of sentence referred to in Article 42 of this Code, the court shall reduce the sentence within the following limits:

(a) if a period of three or more years’ imprisonment is prescribed as the minimum sentence for a criminal act, this may be reduced to one year’s imprisonment;

...”

Article 142 § 1

“Whoever in violation of the rules of international law effective at the time of war, armed conflict or occupation, orders or perpetrates ... torture, ... taking of hostages, ... shall be punished by imprisonment for a minimum term of five years or by the death penalty.”

27. The death penalty could no longer be imposed after the entry into force of the Dayton Agreement on 14 December 1995. In particular, pursuant to Annexes 4 and 6 thereto, Bosnia and Herzegovina and its Entities must secure to all persons within their jurisdiction the rights and freedoms provided in the Convention and its Protocols (including Protocol No. 6 on the Abolition of the Death Penalty) and in the other human rights agreements listed therein (including the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights on the death penalty). The domestic authorities have always taken those provisions to mean that no one may be condemned to the death penalty or executed in peacetime, even in respect of criminal offences committed during the 1992-95 war¹³.

3. The 2003 Criminal Code

28. Under the 2003 Criminal Code, war crimes attract imprisonment for a term of ten to twenty years or, in the most serious cases, long-term imprisonment for a term of twenty to forty-five years (Articles 42 and 173 thereof). Aiders and abettors of war crimes (such as Mr Maktouf) are to be punished as if they themselves committed war crimes, but their punishment could also be reduced to five years’ imprisonment (see Articles 31, 49 and 50 of that Code). The relevant Articles read as follows:

Article 31 § 1

“Anybody who intentionally aids another in the commission of a criminal act shall be punished as if he himself had committed it, but the sentence may also be reduced.”

13. See the decision of the Human Rights Chamber CH/97/69 of 12 June 1998 in the *Herak* case, and decision of the Supreme Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina Kž-58/99 of 16 March 1999 in a genocide case, reducing a forty-year prison sentence to a twenty-year prison sentence.

Article 42 §§ 1 and 2

“The sentence of imprisonment may not be shorter than thirty days or longer than twenty years.

For the most serious criminal acts perpetrated with intent, imprisonment for a term of twenty to forty-five years may exceptionally be prescribed (long-term imprisonment).”

Article 49

“The court may set the sentence below the limit prescribed by statute, or impose a more lenient sentence:

(a) when it is provided by statute that the sentence may be reduced [as in Article 31 § 1 of this Code];

(b) when it finds that such extenuating circumstances exist which indicate that the aims of punishment can be attained by a lesser sentence.”

Article 50 § 1

“Where conditions exist for the reduction of sentence referred to in Article 49 of this Code, the court shall reduce the sentence within the following limits:

(a) if a period of ten or more years’ imprisonment is prescribed as the minimum sentence for a criminal act, it may be reduced to five years’ imprisonment;

...”

Article 173 § 1

“Whoever in violation of the rules of international law effective at the time of war, armed conflict or occupation, orders or perpetrates ... torture, ... taking of hostages, ... shall be punished by imprisonment for a minimum term of ten years’ or long-term imprisonment.”

4. Sentencing practices

29. The Entity courts and the State Court have interpreted the principles outlined in paragraph 24 above differently in war-crimes cases. With a few exceptions¹⁴, the Entity courts generally apply the 1976 Code. In contrast, the State Court initially held that the 2003 Code was always more lenient and applied it in all cases. In March 2009, however, the State Court began applying a new approach, which was to establish on a case-by-case basis which of the Codes was more lenient to the offender¹⁵. It has since applied the 1976 Code to less serious instances of war crimes¹⁶. At the same time,

14. See, for instance, the judgment in the *Vlahovljak* case of September 2008, in which the Supreme Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina applied the 2003 Code.

15. Decision X-KRŽ-06/299 of 25 March 2009 in the *Kurtović* case.

16. Decisions X-KRŽ-09/847 of 14 June 2011 in the *Novalić* case; X-KRŽ-07/330 of 16 June 2011 in the *Mihaljević* case; S1 1 K 002590 11 Krž4 of 1 February 2012 in the *S.L.* case; S1 1 K 005159 11 Kžk

it has continued to apply the 2003 Code to more serious instances of war crimes, which were punishable by the death penalty under the 1976 Code¹⁷, and whenever it held that the 2003 Code was more lenient to the offender for any reason¹⁸. It should be noted that the new approach concerns only the appeals chambers of the State Court; the trial chambers have continued to apply the 2003 Code in all war-crimes cases. According to figures provided by the Government (see paragraph 63 below), appeals chambers rendered twenty-one decisions in war-crimes cases between March 2009, when the new approach was first applied, and November 2012. They applied the 1976 Code in five of them and the 2003 Code in sixteen of them. However, the application of the 1976 Code by an appeals chamber did not always lead to a reduction of penalty (in two cases¹⁹, the appeals chamber imposed the same penalty under the 1976 Code as the trial chamber had done under the 2003 Code; in one case²⁰, the penalty imposed by the appeals chamber under the 1976 Code was even heavier than that imposed by the trial chamber under the 2003 Code).

5. *Observations by other international human rights agencies*

30. It would appear that the application of different Criminal Codes in war-crimes cases, as described in the previous paragraph, has led to diverse sentencing practices. According to a report published by the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) in 2008 (“Moving towards a Harmonised Application of the Law Applicable in War Crimes Cases before Courts in Bosnia and Herzegovina”), the Entity courts generally imposed lighter sentences than the State Court. The relevant part of that report reads as follows (footnotes omitted):

“Usage of different criminal codes also leads to marked discrepancies between the sentences delivered in state and entity courts for war crimes. This stems from the wide variances in the sentences enforceable under these codes. For instance, an entity court has sentenced a defendant convicted of cruel treatment of prisoners to a term of one year and eight months’ imprisonment even as the State Court has sentenced another defendant charged with a comparable act to imprisonment for a period of ten-and-a-half years. On average, sentences delivered by the [State Court] in war crimes cases have been almost double the length of those delivered by entity courts.”

of 18 April 2012 in the *Aškraba* case; and S1 1 K 003429 12 Kžk of 27 June 2012 in the *Osmić* case.

17. Decisions X-KRŽ-06/431 of 11 September 2009 in the *Kapić* case, and X-KRŽ-07/394 of 6 April 2010 in the *Đukić* case.

18. Decisions X-KRŽ-08/488 of 29 January 2009 in the *Vrdoljak* case, and X-KRŽ-06/243 of 22 September 2010 in the *Lazarević* case.

19. *Kurtović*, and *S.L.*, both cited above.

20. *Novalić*, cited above.

31. In a 2011 report (“Delivering Justice in Bosnia and Herzegovina”), the OSCE held that the application of different Criminal Codes at the State and Entity-levels could be problematic in certain types of war-crimes cases. The relevant part of that report reads as follows:

“Certainly, it is acceptable that the issue of which criminal code should be applied to war crime cases is assessed on a case-by-case basis. In many cases before entity courts, the application of the [1976] Code does not represent a serious problem in practice. In general, the cases in which the application of different codes undermines the principle of equality before the law are those in which the court, by applying the [2003] Code, could sentence the accused to a sentence higher than the 15 or 20 years maximum sentence prescribed under the [1976] Code. In these cases, the application of the [1976] Code arguably does not allow the court to deliver a sentence which is proportional to the gravity of the crimes. Nor are the sentences in those cases harmonized with practice at the state level. Another category of cases in which the application of the [1976] Code is problematic are those in which the accused’s conduct is arguably best captured under the concept of crimes against humanity or under the theory of command responsibility, which are expressly prescribed only under the [2003] Code.”

32. The United Nations Human Rights Committee, in its concluding observations on Bosnia and Herzegovina in 2012 (CCPR/C/BIH/CO/2), expressed similar concerns (at § 7):

“While appreciating efforts to deal with war crime cases such as the implementation of the National War Crimes Processing Strategy, the Committee remains concerned at the slow pace of prosecutions particularly those relating to sexual violence, as well as lack of support to victims of such crimes. The Committee is also concerned at the lack of efforts to harmonise jurisprudence on war crimes among entities, and that entity-level courts use the archaic criminal code of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) that does not, *inter alia*, define crimes against humanity, command responsibility, sexual slavery and forced pregnancy. The Committee is concerned that this might affect consistency in sentencing among entities (arts. 2 and 14).

The State party should expedite the prosecution of war crime cases. The State party should also continue to provide adequate psychological support to victims of sexual violence, particularly during the conduct of trials. Furthermore, the State party should ensure that the judiciary in all entities strongly pursues efforts aimed at harmonising jurisprudence on war crimes and that charges for war crimes are not brought under the archaic criminal code of the former SFRY, which does not recognise certain offences as crimes against humanity.”

33. In its Opinion on Legal Certainty and the Independence of the Judiciary in Bosnia and Herzegovina (no. 648/2011, issued on 18 June 2012), the Venice Commission noted that the existence of several legal orders and the fragmentation of the judiciary made it difficult for Bosnia

and Herzegovina to fulfil the requirements of, *inter alia*, consistency in its legislation and case-law.

...

THE LAW

...

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 7 OF THE CONVENTION

54. Both applicants complained under Article 7 of the Convention that a more stringent criminal law had been applied to them than that which had been applicable at the time of their commission of the criminal offences. Article 7 provides:

“1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.

2. This Article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations.”

A. Introductory remark

55. Serious violations of international humanitarian law falling under the State Court’s jurisdiction can be divided into two categories. Some crimes, notably crimes against humanity, were introduced into national law in 2003. The State Court and the Entity courts therefore have no other option but to apply the 2003 Criminal Code in such cases (see the international materials cited in paragraphs 31 and 32 above). In this regard, the Court reiterates that in *Šimšić v. Bosnia and Herzegovina* ((dec.), no. 51552/10, 10 April 2012) the applicant complained about his 2007 conviction for crimes against humanity with regard to acts which had taken place in 1992. The Court examined that case, *inter alia*, under Article 7 of the Convention and declared it manifestly ill-founded. It considered the fact that crimes against humanity had not been criminal offences under national law during the 1992-95 war to be irrelevant, since they had clearly constituted criminal offences under international law at that time. In contrast, the war crimes committed by the present applicants constituted criminal offences under national law at the time when they were committed. The present case thus raises entirely different questions to those in *Šimšić*.

...

C. Merits

1. *The parties' submissions*

(a) **The applicants**

61. The prohibition of the retroactive application of the criminal law to the disadvantage of an accused was, according to the applicants, a well-established rule of both international and domestic law. The 2003 Criminal Code, which is more severe than the 1976 Code with regard to the minimum sentences for war crimes, should not therefore have been applied in their case. In this regard, they referred to a small number of cases in which the State Court had considered the 1976 Code to be more lenient (see paragraph 29 above), criticising at the same time the State Court for not applying that Code consistently. Given that their convictions had been based exclusively on national law, they submitted that the Government's reliance on the "general principles of law recognised by civilised nations" within the meaning of Article 7 § 2 was misleading. They further submitted that their case should be distinguished from the cases to which the Government and the third party had referred (namely *S.W. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, Series A no. 335-B, and *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, ECHR 2001-II). In particular, the *S.W. v. the United Kingdom* case concerned the gradual development of the criminal law through a line of case-law, over the course of several years, in order to take account of society's changing attitudes. This was clearly different from the enactment of new legislation prescribing heavier penalties for some criminal offences, as in the present case. The applicants added that the States should not change their laws after an event so as to punish perpetrators, no matter how controversial the offence in question.

(b) **The Government**

62. The Government maintained that the 2003 Criminal Code was more lenient to the applicants than the 1976 Criminal Code, given the absence of the death penalty (they referred to *Karmo v. Bulgaria* (dec.), no. 76965/01, 9 February 2006). That was indeed the opinion of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina in the present case (see paragraph 15 above). They further argued that even if the 2003 Code was not more lenient to the applicants, it was still justified to apply it in this case, for the following reasons. Firstly, the Government claimed that Article 7 § 2 of the Convention provided an exception to the rule of non-retroactivity of

crimes and punishments set out in Article 7 § 1 (they referred to *Naletilić v. Croatia* (dec.), no. 51891/99, ECHR 2000-V). In other words, if an act was criminal at the time when it was committed both under “the general principles of law recognised by civilised nations” and under national law, then a penalty even heavier than that which was applicable under national law might be imposed. It was clear that the acts committed by the present applicants were criminal under “the general principles of law recognised by civilised nations”. As a result, the rule of non-retroactivity of punishments did not apply and, in the Government’s opinion, any penalty could have been imposed on the applicants. Secondly, the Government submitted that the interests of justice required that the principle of non-retroactivity be set aside in this case (they referred in this connection to *S.W. v. the United Kingdom*, and *Streletz, Kessler and Krenz*, both cited above, and to a duty under international humanitarian law to punish war crimes adequately). The rigidity of the principle of non-retroactivity, it was argued, had to be softened in certain historical situations so that this principle would not be to the detriment of the principle of equity.

63. As to the question whether the State Court had changed its practice with regard to sentencing in war-crimes cases, the Government accepted that the 1976 Code had been applied on several occasions since March 2009 (see paragraph 29 above). However, they contended that the 2003 Code was still applied in most cases. Specifically, the State Court issued 102 decisions between March 2009 and November 2012 (59 by trial chambers and 43 by appeals chambers). The trial chambers had always applied the 2003 Code. The appeals chambers had applied that Code in all the cases concerning crimes against humanity and genocide. As to war crimes, the appeals chambers had applied the 1976 Code in 5 cases and the 2003 Code in 16 cases. The Government criticised the approach adopted in those first 5 cases and argued that the State Court should always have applied the 2003 Code in war-crimes cases.

(c) The third party

64. The third-party submissions of the Office of the High Representative of November 2012 were along the same lines as the Government’s submissions. Notably, the third party claimed, like the Government, that the acts committed by the present applicants were criminal under “the general principles of law recognised by civilised nations” and that therefore the rule of non-retroactivity of punishments did not apply in this case. The Office of the High Representative also emphasised that although the 2003 Code had been applied in this case, the applicants’ sentences were nevertheless within the latitude of both the 1976 Code and the 2003 Code. Lastly, the

third party referred to the United Nations Human Rights Committee's Concluding Observations on Bosnia and Herzegovina (CCPR/C/BIH/CO/2, cited in paragraph 32 above).

2. *The Court's assessment*

65. At the outset, the Court reiterates that it is not its task to review *in abstracto* whether the retroactive application of the 2003 Code in war-crimes cases is, *per se*, incompatible with Article 7 of the Convention. This matter must be assessed on a case-by-case basis, taking into consideration the specific circumstances of each case and, notably, whether the domestic courts have applied the law whose provisions are most favourable to the defendant (see *Scoppola [v. Italy (no. 2)]* [GC], no. 10249/03, § 109, [17 September 2009]).

66. The general principles concerning Article 7 were recently restated in *Kononov v. Latvia* ([GC], no. 36376/04, § 185, ECHR 2010):

“The guarantee enshrined in Article 7, an essential element of the rule of law, occupies a prominent place in the Convention system of protection, as is underlined by the fact that no derogation from it is permissible under Article 15 in time of war or other public emergency. It should be construed and applied, as follows from its object and purpose, so as to provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment. Accordingly, Article 7 is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage: it also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy. It follows that an offence must be clearly defined in law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision – and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it and with informed legal advice – what acts and omissions will make him criminally liable.

When speaking of ‘law’, Article 7 alludes to the same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written and unwritten law and which implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability. As regards foreseeability in particular, the Court notes that, however clearly drafted a legal provision may be in any system of law including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in certain Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well-entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen (*Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, § 50, ECHR 2001-II; *K.-H.W. v. Germany*

[GC], no. 37201/97, § 85, 22 March 2001; *Jorgic v. Germany*, no. 74613/01, §§ 101-09, ECHR 2007-III; and *Korbely v. Hungary* [GC], no. 9174/02, §§ 69-71, ECHR 2008).”

67. Turning to the present case, the Court notes that the definition of war crimes is the same in Article 142 § 1 of the 1976 Criminal Code, which was applicable at the time the offences were committed, and Article 173 § 1 of the 2003 Criminal Code, which was applied retroactively in this case (see paragraphs 26 and 28 above). Moreover, the applicants did not dispute that their acts constituted criminal offences defined with sufficient accessibility and foreseeability at the time when they were committed. The lawfulness of the applicants’ convictions is therefore not an issue in the instant case.

68. It is further noted, however, that the two Criminal Codes provide for different sentencing frameworks regarding war crimes. Pursuant to the 1976 Code, war crimes were punishable by imprisonment for a term of five to fifteen years or, for the most serious cases, the death penalty (see Article 142 § 1 in conjunction with Articles 37 § 2 and 38 § 1 of the 1976 Code). A twenty-year prison term could also have been imposed instead of the death penalty (see Article 38 § 2 thereof). Aiders and abettors of war crimes, like Mr Maktouf, were to be punished as if they themselves had committed the crimes, but their punishment could be reduced to one year’s imprisonment (see Article 42 of the same Code in conjunction with Articles 24 § 1 and 43 § 1 thereof). Pursuant to the 2003 Code, war crimes attract imprisonment for a term of ten to twenty years or, for the most serious cases, long-term imprisonment for a term of twenty to forty-five years (see Article 173 § 1 of the 2003 Code in conjunction with Article 42 §§ 1 and 2). Aiders and abettors of war crimes, such as Mr Maktouf, are to be punished as if they themselves had committed the crimes, but their punishment could be reduced to five years’ imprisonment (Article 49 in conjunction with Articles 31 § 1 and 50 § 1 of that Code). While pointing out that his sentence should be reduced as far as possible (see paragraph 14 above), the State Court sentenced Mr Maktouf to five years’ imprisonment, the lowest possible sentence under the 2003 Code. In contrast, under the 1976 Code he could have been sentenced to one year’s imprisonment. As regards Mr Damjanović, he was sentenced to eleven years’ imprisonment, slightly above the minimum of ten years. Under the 1976 Code, it would have been possible to impose a sentence of only five years.

69. As regards the Government’s argument that the 2003 Code was more lenient to the applicants than the 1976 Code, given the absence of the death penalty, the Court notes that only the most serious instances of war crimes were punishable by the death penalty pursuant to the 1976 Code

(see paragraph 26 above). As neither of the applicants was held criminally liable for any loss of life, the crimes of which they were convicted clearly did not belong to that category. Indeed, as observed above, Mr Maktouf received the lowest sentence provided for and Mr Damjanović a sentence which was only slightly above the lowest level set by the 2003 Code for war crimes. In these circumstances, it is of particular relevance in the present case which Code was more lenient in respect of the minimum sentence, and this was without doubt the 1976 Code. Such an approach has been taken by at least some of the appeals chambers in the State Court in recent cases (see paragraph 29 above).

70. Admittedly, the applicants' sentences in the instant case were within the latitude of both the 1976 Criminal Code and the 2003 Criminal Code. It thus cannot be said with any certainty that either applicant would have received lower sentences had the former Code been applied (contrast *Jamil v. France*, 8 June 1995, Series A no. 317-B; *Gabbari Moreno v. Spain*, no. 68066/01, 22 July 2003; and *Scoppola*, cited above). What is crucial, however, is that the applicants could have received lower sentences had that Code been applied in their cases. As already observed in paragraph 68 above, the State Court held, when imposing Mr Maktouf's sentence, that it should be reduced to the lowest possible level permitted by the 2003 Code. Similarly, Mr Damjanović received a sentence that was close to the minimum level. It should further be noted that, according to the approach followed in some more recent war-crimes cases referred to in paragraph 29 above, the appeals chambers of the State Court had opted for the 1976 Code rather than the 2003 Code, specifically with a view to applying the most lenient sentencing rules. Accordingly, since there exists a real possibility that the retroactive application of the 2003 Code operated to the applicants' disadvantage as concerns the sentencing, it cannot be said that they were afforded effective safeguards against the imposition of a heavier penalty, in breach of Article 7 of the Convention.

71. The Court is unable to accept the Government's suggestion that its decision in *Karmo*, cited above, offers guidance for its assessment of the case now under consideration. The circumstances are significantly different. Whilst the present applicants were sentenced to relatively short terms of imprisonment, the applicant in *Karmo* had been sentenced to death and the issue was whether it was contrary to Article 7 to commute the death penalty to life imprisonment following the abolition of the death penalty in 1998. The Court considered that it was not and rejected the complaint under Article 7 as manifestly ill-founded.

72. Furthermore, the Court is unable to agree with the Government's argument that if an act was criminal under "the general principles of law recognised by civilised nations" within the meaning of Article 7 § 2 of the Convention at the time when it was committed then the rule of non-retroactivity of crimes and punishments did not apply. This argument is inconsistent with the *travaux préparatoires* which imply that Article 7 § 1 can be considered to contain the general rule of non-retroactivity and that Article 7 § 2 is only a contextual clarification of the liability limb of that rule, included so as to ensure that there was no doubt about the validity of prosecutions after the Second World War in respect of the crimes committed during that war (see *Kononov*, cited above, § 186). It is thus clear that the drafters of the Convention did not intend to allow for any general exception to the rule of non-retroactivity. Indeed, the Court has held in a number of cases that the two paragraphs of Article 7 are interlinked and are to be interpreted in a concordant manner (see, for example, *Tess v. Latvia* (dec.), no. 34854/02, 12 December 2002, and *Kononov*, cited above, § 186).

73. The Government's reliance in this regard on *S.W. v. the United Kingdom* and *Streletz, Kessler and Krenz* (both cited above) likewise cannot be accepted. The present case does not concern an issue of progressive development of the criminal law through judicial interpretation, as in *S.W. v. the United Kingdom*. Nor does the case at hand concern a State practice that is inconsistent with the State's written or unwritten law. In *Streletz, Kessler and Krenz*, the applicants' acts had constituted offences defined with sufficient accessibility and foreseeability in the criminal law of the German Democratic Republic at the material time, but those provisions had not been enforced for a long time prior to the regime change in 1990.

74. The Court sees no need to examine in any detail the Government's further argument that a duty under international humanitarian law to punish war crimes adequately required that the rule of non-retroactivity be set aside in this case. It suffices to note that the rule of non-retroactivity of crimes and punishments also appears in the Geneva Conventions and their Additional Protocols ... Moreover, as the applicants' sentences were within the compass of both the 1976 and 2003 Criminal Codes, the Government's argument that the applicants could not have been adequately punished under the former Code is clearly unfounded.

75. Lastly, while the Court in principle agrees with the Government that States are free to decide their own penal policy (see *Achour v. France* [GC], no. 67335/01, § 44, ECHR 2006-IV, and *Ould Dah v. France* (dec.), no. 13113/03, ECHR 2009), they must comply with the requirements of Article 7 in doing so.

D. Conclusion

76. Accordingly, the Court considers that there has been a violation of Article 7 of the Convention in the particular circumstances of the present case. This conclusion should not be taken to indicate that lower sentences ought to have been imposed, but simply that the sentencing provisions of the 1976 Code should have been applied in the applicants' cases.

...

IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

85. 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. Pecuniary damage

86. Mr Maktouf claimed that he had been unable to run his company as a result of his trial and punishment and that he had suffered damage in the amount of 500,000 euros (EUR).

87. The Government considered the claim to be unsubstantiated.

88. The Court agrees with the Government and rejects this claim for lack of substantiation.

B. Non-pecuniary damage

89. Mr Maktouf claimed EUR 100,000 for non-pecuniary damage. Mr Damjanović also claimed compensation under this head, but failed to specify an amount which in his view would be equitable.

90. The Government considered Mr Maktouf's claim to be excessive.

91. Since it is not certain that the applicants would indeed have received lower sentences had the 1976 Code been applied (contrast *Ecer and Zeyrek v. Turkey*, nos. 29295/95 and 29363/95, ECHR 2001-II, and *Scoppola v. Italy (no. 2)* [GC], no. 10249/03, 17 September 2009), the Court holds in the particular circumstances of this case that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage suffered by the applicants.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Declares* inadmissible, by a majority, the complaint concerning Article 6 of the Convention;
2. *Declares* inadmissible, by a majority, the complaint concerning Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 7, and Article 1 of Protocol No. 12;
3. *Declares* admissible, unanimously, the complaint concerning Article 7 of the Convention;
4. *Holds*, unanimously, that there has been a violation of Article 7 of the Convention;
- ...
6. *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 18 July 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 Ziemele;
- (b) concurring opinion of Judge Kalaydjieva;
- (c) concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque, joined by Judge Vučinić.

D.S.
M.O'B.

CONCURRING OPINION OF JUDGE ZIEMELE

1. I agree with the outcome in this case. At the same time, I do not share some of the reasoning adopted by the Grand Chamber. The essence of the problem is whether the fundamental principle of criminal law as regards application of the more lenient sentence where courts have a lawful choice between two sentencing options applies also in the event of conviction for war crimes and whether the relevant courts in Bosnia and Herzegovina examined their sentencing options in the light of this principle.

2. In particular, I am concerned about the language used in paragraph 72 of the judgment. Admittedly, the Government submitted that since the applicants were prosecuted and convicted for war crimes, as recognised under international law, the *nulla poena sine lege* principle did not apply. The Court refutes this proposition, holding that it provides far too broad a reading of the Article 7 § 2 exception. Firstly, even if the Government submitted such an argument in their defence, the case does not really concern the retroactive application of law in the circumstances of this case. It is clear that the actions imputed to the applicants were crimes under both the 1976 and 2003 Criminal Codes. It is also clear that they were international crimes at the time they were committed (see paragraph 67 of the judgment). The principles clarified in the context of the *Kononov v. Latvia* case ([GC], no. 36376/04, ECHR 2010), which concerned crimes committed during the Second World War that were prosecuted several decades later, and where the question thus clearly arose whether the applicant could have foreseen that his actions would be prosecuted under international or national law, are really not challenged in the case at hand.

3. I would point out that the question of the scope and nature of the principle of *nulla poena sine lege* in international criminal law is particularly complex and cannot be dismissed in a few lines (see for example M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, Inc., 2003, p. 202; and A. Cassese, *International Criminal Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2008, p. 442). Suffice it to notice that the major Conventions in the field refer back to the sanctions provided for in domestic criminal law. The International Criminal Court Statute defined for the first time the penalties that the Criminal Court could determine. The authorities in the field have generally commented that “the principles of legality in international criminal law are different from their counterparts in the national legal systems ... They are necessarily *sui generis* because they must balance between the preservation of justice and fairness for the accused and the preservation of world order ...” (Bassiouni, *ibid.*,

p. 202). The Court has already had to address this complex dichotomy in several cases.

4. More recently, in view of a growing consensus as regards a general obligation to prosecute perpetrators of the most serious international crimes in accordance with States' international obligations and the relevant requirements of national law and to combat impunity (Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity, E/CN.4/2005/102/Add.1, United Nations, 8 February 2005), the Court has had to bear in mind this international-law background in applying the relevant Articles of the Convention (see, for example, *Association "21 December 1989" and Others v. Romania*, nos. 33810/07 and 18817/08, 24 May 2011). It is in this context that the Government's argument regarding the importance of the sentence imposed reflecting the gravity of the crime is pertinent. However, this case does not concern all these difficult questions and the Government's main line of reasoning does not address the crux of the matter in the applicants' case.

5. The Government acknowledge that since 2009 the State Court has applied either the 1976 or the 2003 Code in determining the sentences to be imposed (see paragraph 63 of the judgment) and claim that they do not approve of such an approach. It is here that the real problem lies. The main question for the Court is whether, in determining the applicants' cases, the State Court examined which Code provided for a more lenient sentence, given the crimes imputed to these applicants. As far as I can see the State Court was not in the habit of conducting such an assessment, at least at the time of the adjudication of these cases and prior to 2009, and it is on this limited ground that I find a violation of Article 7. I consider that the Court's speculation as to what the sentence might have been had the 1976 Code been applied goes beyond the scope of Article 7.

CONCURRING OPINION OF JUDGE KALAYDJIEVA

I agree with the majority's conclusion that there has been a violation of Article 7 of the Convention. In my opinion, the circumstances which give rise to this finding are limited to the uncertainty generated by the applicability of two parallel Criminal Codes, which were operative at the time of the applicants' trials in the absence of any rules clarifying which Code was to be applied to their cases. As I understand Article 7, that provision requires foreseeability not only as to whether a certain act was punishable at the time when it was committed, but also as concerns the impossible punishment at the time when the perpetrator is tried. The parallel existence of two Codes with different sentencing brackets failed to provide such clarity.

However, in so far as the applicants' punishment in the present cases remained within the brackets foreseen by both of the operating Criminal Codes (see paragraph 69 of the judgment), the argument that "[w]hat is crucial [for the assessment of compatibility with Article 7] is that the applicants could have received lower sentences had [the 1976] Code been applied in their cases" (see paragraph 70) appears to be as speculative as any contemplation as to whether the domestic courts could in fact have acquitted the applicants. In this regard, the majority's reasoning may be interpreted as embarking on a fourth-instance assessment as to what punishment might have been more appropriate. Moreover, the arguments as to the appropriateness of the imposed punishment seem more pertinent to the Article 6 complaints concerning the fairness of the domestic proceedings and their outcome. The Court declared these complaints manifestly ill-founded. There is nothing in these cases to indicate that the domestic courts would have not imposed the same punishments as they did in applying the 2003 Criminal Code.

CONCURRING OPINION OF JUDGE PINTO DE ALBUQUERQUE, JOINED BY JUDGE VUČINIĆ

1. The prohibition on retroactive penal law and the retroactivity of a more lenient penal law (*lex mitior*) are perennial questions of human justice. In view of the structural characteristics of the prosecutorial and judicial organisation of Bosnia and Herzegovina (BiH), and the particular nature of the War Crimes Chamber of the State Court of BiH, the *Maktouf* and *Damjanović* cases warrant a broader discussion of these issues within the context of international human rights law, taking also into account recent advances in international criminal and humanitarian law and the current status of State practice. Only then will I be in a position to reach a finding on this case.

The prohibition on retroactive application of penal law

2. The guarantee of the preventive function of penal law, the separation of State powers and the avoidance of State arbitrariness are the purposes of the principle *nullum crimen sine lege praevia*. Criminal behaviour can only be deterred if citizens are aware of the criminalising law prior to commission of the censured conduct. Since retroactive punishment cannot hinder an action or omission which has already occurred, it reflects arbitrary State intrusion in citizens' liberties and freedoms¹.

The prohibition on retroactive application of new penal offences logically implies the prohibition on retroactivity of a more stringent penal law (*lex gravior*). If a penal law cannot be applied to facts which occurred before it came into force, a criminal offence may not be punished by means of penalties which did not exist at the material time or through penalties more stringent than those applicable at the material time. In both cases, retroactive sentencing would be arbitrary in respect of the innovative or increased penalty².

1. Article 8 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (1789): "The law shall provide for such punishments only as are strictly and obviously necessary, and no one shall suffer punishment except it be legally inflicted in virtue of a law passed and promulgated before the commission of the offense." Ultimately this principle results from the principle of liberty set out in Article 4: "Liberty consists in the freedom to do everything which injures no one else; hence the exercise of the natural rights of each man has no limits except those which assure to the other members of the society the enjoyment of the same rights. These limits can only be determined by law."

2. Beccaria, *On Crimes and Punishments*, 1764, Chapter 3: "But as a punishment, increased beyond the degree fixed by the law, is the just punishment with the addition of another, it follows that no magistrate, even under a pretence of zeal, or the public good, should increase the punishment already determined by the laws."

3. The universal acceptance of the principle of non-retroactivity of penal law with regard to criminalisation and sentencing in times of peace is evidenced by Article 11 § 2 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR)³, Article 7 of the European Convention on Human Rights (ECHR)⁴, Article 15 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)⁵, Article 9 of the American Convention on Human Rights (ACHR)⁶, Article 7 § 2 of the African Charter on Human and Peoples' Rights (ACHPR)⁷, Article 40 § 2 (a) of the Convention on the Rights of the Child (CRC)⁸, Articles 11 and 24 of the Rome Statute of the International Criminal Court (Rome Statute)⁹, Article 49 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU)¹⁰ and Article 15 of the revised Arab Charter on Human Rights (ArCHR)¹¹.

4. Moreover, two other factors clearly underline the cogent nature of the principle. Firstly, the principle is not derogable in time of war or other public emergency, as stated in Article 15 § 2 of the ECHR, Article 4 § 2 of

3. The Declaration was adopted by a United Nations General Assembly Resolution on 10 December 1948, by forty-eight votes to nil, with eight abstentions. Some years before, in its ground-breaking Advisory Opinion on the Consistency of certain Danzig legislative decrees with the Constitution of the Free City, 4 December 1935, PCIJ, Series A/B, no. 65, p. 57, the Permanent Court of International Justice expressed itself as follows: "It must be possible for the individual to know, beforehand, whether his acts are lawful or liable to punishment." This was the very first declaration of the principle by an international court.

4. The ECHR was opened for signature on 4 November 1950 and now counts forty-seven States Parties. See, with regard to this principle, *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, § 52, Series A no. 260-A; *C.R. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, §§ 34 and 40-42, Series A no. 335-C; and *Cantoni v. France*, no. 17862/91, §§ 33 and 35, 15 November 1996.

5. The ICCPR was adopted by a United Nations General Assembly Resolution of 16 December 1966 and has 167 States Parties, including the respondent State. No reservation was made with regard to the principle of non-retroactivity of crimes and penalties.

6. The ACHR was adopted on 22 November 1969 and has 23 States Parties. See, with regard to this principle, *Castillo Petruzzi et al. v. Peru*, Inter-American Court of Human Rights judgment of 30 May 1999, § 121.

7. The ACHPR was adopted on 27 June 1981 and has 53 States Parties. See AComHPR, communications nos. 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96, *Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v. Nigeria* (1998), § 59: "It is expected that citizens must take the laws seriously. If laws change with retroactive effect, the rule of law is undermined since individuals cannot know at any moment if their actions are legal. For a law-abiding citizen, this is a terrible uncertainty, regardless of the likelihood of eventual punishment."

8. The CRC was adopted by a United Nations General Assembly Resolution on 20 November 1989 and has 193 States Parties, including the respondent State. Only two members of the United Nations did not ratify it and no specific reservation to the referred provision was made by the ratifying States.

9. The Rome Statute was adopted on 17 July 1998 and has 122 States Parties, including the respondent State.

10. The CFREU has become legally binding on the European Union with the entry into force of the Treaty of Lisbon, in December 2009.

11. The second, updated version of the ArCHR was adopted on 22 May 2004 and has 12 States Parties. This is a revised edition of the first Charter of 15 September 1994.

the ICCPR, Article 27 of the ACHR and Article 4 of the revised ArCHR¹². Secondly, the principle is also mandatory in international humanitarian law, as is clear from Article 99 of the Geneva Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War (“the Third Geneva Convention”)¹³, Articles 65 and 67 of the Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (“the Fourth Geneva Convention”)¹⁴, Article 75 § 4 (c) of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (“Protocol I to the Geneva Conventions”)¹⁵ and Article 6 § 2 (c) of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (“Protocol II to the Geneva Conventions”)¹⁶.

5. The emergence of international criminal law does not change the essence of the above-mentioned principles. While, on the one hand, the possible entry into play of international law in criminal adjudication represents a complex challenge in a realm that is traditionally reserved for the sovereign power of the national legislature and the domestic courts, international law, on the other hand, is a crucial instrument in filling the *lacunae* of national law and remedying the most serious shortcomings of domestic prosecutorial and judicial systems. This has been acknowledged in the provision of criminalisation based on “international law” in Article 11 § 2 of the UDHR, which has also been inserted in Article 7 § 1 of the ECHR, Article 15 § 1 of the ICCPR and Article 40 § 2 (a) of the CRC, and in some national constitutions¹⁷. In accordance with those provisions,

12. The CRC and the ACHPR do not provide for any possibilities of derogation.

13. The Third Geneva Convention was adopted on 12 August 1949 and today numbers 195 States Parties. It replaced the Prisoners of War Convention of 27 July 1929. No reservation was made with regard to non-retroactivity of criminal law.

14. The Fourth Geneva Convention was adopted on 12 August 1949 and now has 195 States Parties. It supplements the provisions of the Hague Regulations of 1907. No reservation was made with regard to non-retroactivity of criminal law.

15. Protocol I to the Geneva Conventions was adopted on 8 June 1977 and has 173 States Parties, including the respondent State. No reservation was made with regard to non-retroactivity of criminal law.

16. Protocol II to the Geneva Conventions was adopted on 8 June 1977 and has 167 States Parties, including the respondent State. No reservation was made with regard to non-retroactivity of criminal law.

17. See, for instance, Article 29 § 1 of the Albanian Constitution, Article 31 of the Croatian Constitution, Article 42 § 1 of the Polish Constitution, Article 20 of the Rwandan Constitution and Article 35 § 3 (1) of the South African Constitution. The principle of criminalisation based on international law was also set out in the first and the second Nuremberg Principles. Principle I states: “Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefore and liable to punishment”; Principle II states: “The fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from responsibility under international law” (*Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürnberg*

international criminal law may supplement national law in the following three scenarios: (1) the conduct was criminal under international customary law at the time of its commission¹⁸, but national law did not provide for such a crime at that time; (2) the conduct was criminal under treaty law applicable to the facts, but national law did not provide for such a crime; or (3) both international and national law did indeed provide for such a crime at the material time, but the national law was systematically not applied, for political or other similar reasons¹⁹. In such cases, the adjudicatory body does not exceed its subject-matter jurisdiction when it applies international criminal law to past conduct and the principle of *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* is not breached. On the contrary, impunity would amount to moral endorsement of the offences committed.

The principle of retroactive application of *lex mitior* in criminal law

6. If, subsequent to the commission of a criminal offence, the law imposes a lighter penalty, the offender is to benefit thereby. This applies to any law providing for reduction or mitigation of a penalty and *a fortiori* to an *ex post facto* decriminalising law. The difference resides in the temporal scope of *lex mitior*: while an *ex post facto* decriminalising law applies to offenders until complete service of their sentences, a new penal law reducing or mitigating the applicable penalties applies to offenders until their convictions become *res judicata*²⁰.

Logically, the principle of the retroactive application of a more lenient penal law (*lex mitior*) is the reverse side of the prohibition on retroactivity of a more stringent penal law. If a more stringent penal law cannot apply to conduct that occurred prior to that law's entry into force, then a more lenient penal law must apply to conduct that occurred prior to its entry into force but which is tried after that date. The continued applicability of a more stringent penal law after it has been replaced by a more lenient one would infringe the principle of the separation of powers, in that courts would continue to impose a more stringent penal law when the legislature had itself changed its evaluation of the degree of wrongfulness of the conduct and the

Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, with commentaries, 1950).

18. Undisputed examples of such crimes are piracy, the slave trade and attacks upon diplomats, which are subject not only to conventional, but also to customary law.

19. This includes cases where acts were punishable under international law binding the respondent State at the material time, regardless of the fact that they formed part of a repressive government policy (see *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, §§ 56-64, ECHR 2001-II, and, by the same token, the Human Rights Committee's views in *Baumgarten v. Germany*, Communication No. 960/2000, 31 July 2003, § 9.5).

20. See my separate opinion in *Hidir Durmaz v. Turkey* (no. 2), no. 26291/05, 12 July 2011.

corresponding degree of severity of the applicable penalties. Furthermore, were the legislature itself to impose the continued applicability of a more stringent penal law after it had been replaced by a more lenient one, this would give rise to a contradictory, and therefore arbitrary, double-standards assessment of the wrongfulness of the same censured conduct.

7. The principle of retroactive application of *lex mitior* in criminal law is enshrined in Article 15 § 1 of the ICCPR²¹, Article 9 of the ACHR, Article 24 § 2 of the Rome Statute²², Article 49 of the CFREU²³ and Article 15 of the ArCHR²⁴ and, in international humanitarian law, in Article 75 § 4 (c) of Protocol I to the Geneva Conventions and Article 6 § 2 (c) of Protocol II to the Geneva Conventions. State practice has endorsed the principle, both at constitutional and statutory level²⁵.

8. In spite of Article 7 of the ECHR being silent on the matter, the European Court of Human Rights (“the Court”) acknowledged this principle as one of the guarantees of the principle of legality in European human rights law in *Scoppola v. Italy (no. 2)*. The Court has adopted a clear

21. The United States reserved the right not to apply the Article; Italy and Trinidad and Tobago reserved the right to apply it only in proceedings pending at the time the law is changed, and Germany reserved the right not to apply it in extraordinary circumstances.

22. In the *Dragan Nikolic* judgment (no. IT-94-2-A) of 4 February 2005, § 85, the Appeals Chamber of the ICTY held that the principle of *lex mitior* applied to its Statute.

23. In *Berlusconi and Others*, the Court of Justice of the European Union held that the principle of the retroactive application of the more lenient penalty formed part of the constitutional traditions common to the member States (see the judgment of 3 May 2005 in joined cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02).

24. The previous version of the Arab Charter of 1994, in its Article 6, was more incisive: “The accused shall benefit from subsequent legislation if it is in his favour.”

25. State practice confirms this principle, both at the constitutional level (for example, Article 29 § 3 of the Albanian Constitution, Article 65 § 4 of the revised Angolan Constitution, Article 22 of the Armenian Constitution, Article 71 (VIII) of the Azerbaijani Constitution, Article 5 § 4 of the Brazilian Constitution, Article 11 (i) of the Canadian Constitution, Article 30 § 2 of the Cape Verde Constitution, Article 19 § 3 of the Chilean Constitution, Article 29 of the Colombian Constitution, Article 31 of the Croatian Constitution, Article 31 § 5 of the East Timor Constitution, Article 42 § 5 of the Georgian Constitution, Article 33 § 2 of the Guinea Bissau Constitution, Article 89 of the Latvian Constitution, Article 52 of the Macedonian Constitution, Article 34 of the Montenegrin Constitution, Article 99 § 2 of the Mozambique Constitution, Article 29 § 4 of the Portuguese Constitution, Article 15 § 2 of the Romanian Constitution, Article 54 of the Russian Constitution, Article 36 § 2 of the São Tomé and Príncipe Constitution, Article 197 of the Serbian Constitution, Article 50 § 6 of the Slovakian Constitution, Article 28 of the Slovenian Constitution, Article 35 § 3 of the South African Constitution, and Article 9 § 3 of the Spanish Constitution) and at the statutory level (Article 1 of the Austrian Penal Code, Article 2 of the Belgian Criminal Code, Article 4 of the Bosnian Criminal Code, Article 2 of the Bulgarian Criminal Code, Article 12 of the Chinese Criminal Code, Article 4 of the Danish Criminal Code, Article 2 of the German Criminal Code, Article 2 of the Hungarian Criminal Code, Article 2 of the Icelandic Penal Code, Articles 4 to 6 of the Israeli Penal Code, Article 6 of the Japanese Criminal Code, Article 3 of the Lithuanian Penal Code, Article 2 of the Luxembourg Penal Code, Article 1 § 2 of the Dutch Penal Code, Article 25 (g) of the New Zealand Bill of Rights and Article 2 § 2 of the Swiss Penal Code). It can be said that the vast majority of the world’s population benefits from this principle.

position on the definition of *lex mitior* for the purpose of the application of successive penal laws: *lex mitior* is the one which is more favourable to the defendant, taking into account his or her characteristics, the nature of the offence and the circumstances in which the offence was committed²⁶. This means that Article 7 § 1 of the ECHR presupposes a comparison *in concreto* of the penal laws applicable to the offender's case, including the law in force at the material time (the old law) and the law in force at the time of the judgment (the new law)²⁷. Hence, the ECHR does not take into account the maximum limit of the penalty *in abstracto*. Nor does it take into consideration *in abstracto* the minimum limit of the penalty²⁸. Equally, it does not consider the maximum or minimum limits of the penalty on the basis of the domestic court's intention to impose a sentence closer to the maximum or the minimum²⁹. Instead, in the light of *Scoppola*, the *lex mitior* must be found *in concreto*, in other words the judge must test each of the applicable penal laws (the old and new laws) against the specific facts of the case in order to identify what would be the presumed penalty in the light of the new and the old law. After establishing the presumed penalties resulting from the applicable laws, and in view of all the circumstances of the case, the judge must effectively apply the one more favourable to the defendant³⁰.

26. [GC], no. 10249/03, § 109, 17 September 2009, and already *G. v. France*, no. 15312/89, § 26, 27 September 1995; and, under the ICCPR, Communication No. 55/1979, *MacIsaac v. Canada*, 14 October 1982, §§ 11-13; Communication No. 682/1996, *Westerman v. the Netherlands*, 13 December 1999, § 9.2; Communication No. 987/2001, *Gombert v. France*, 11 April 2003, § 6 (4); Communication No. 875/1999, *Filipovitch v. Lithuania*, 19 September 2003, § 7 (2); Communication No. 981/2001, *Teofila Casafranca de Gomez v. Peru*, 19 September 2003, § 7 (4); and Communication No. 1492/2006, *van der Platt v. New Zealand*, 22 July 2008, § 6 (4).

27. Not to mention more complex cases, where there exist intermediate laws between the law in force at the material time and the law in force at the time of the judgment. In those cases, the comparison takes into account all of the laws that are or were applicable to the facts, from the commission of the facts until the judgment.

28. For this reason, I cannot agree with the crucial paragraphs 69 and 70 of the judgment, which set out an abstract comparison of the minimum limits of the applicable penal laws.

29. This is the recent position of the appeals chamber of the State Court, which has continued to apply the 2003 Code to more serious instances of war crimes and the 1976 Code to less serious instances of war crimes.

30. For instance, a penal law with a lower maximum penalty does not necessarily result in a lighter penalty compared to a law with a higher maximum penalty. The sentencing judge is bound to take into account the facts of the case and the entire applicable legal framework, including the possibilities of mitigating factors in respect of sentencing and suspension. Thus, a penal law with a lower maximum penalty, but no suspension or very strict suspension options, may be *lex gravior* when compared to a penal law with a higher maximum penalty but also more generous suspension options, where the defendant qualifies *in concreto* for suspension under the latter but not the former law. The same may occur if one compares a law which provides for a lower maximum penalty but does not include certain sentencing mitigating factors, and a law which provides for a higher maximum penalty but also includes a broader set of sentencing mitigating factors in sentencing, allowing the court to reach, in the circumstances of the case, a lower penalty under the latter law than that which it would have imposed under the former.

The finding of *lex mitior* under Article 7 § 1 of the ECHR also implies a global comparison of the punitive regime under each of the penal laws applicable to the offender's case (the global method of comparison). The judge cannot undertake a rule-by-rule comparison (differentiated method of comparison), picking the most favourable rule of each of the compared penal laws. Two reasons are traditionally given for this global method of comparison: firstly, each punitive regime has its own rationale, and the judge cannot upset that rationale by mixing different rules from different successive penal laws; secondly, the judge cannot exceed the legislature's function and create a new *ad hoc* punitive regime composed of a miscellany of rules deriving from different successive penal laws. Hence, *Article 7 § 1 of the ECHR presupposes a concrete and global finding of lex mitior*.

9. Summing up, *there is to be no retroactive penal law, except in favour of the defendant*³¹. No one may be held guilty of a criminal offence that did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed, nor may a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed (the negative version of the principle of legality). Conversely, a lighter penalty is to be imposed if, in the period since the criminal offence was committed, a new law has provided for a penalty lighter than that which was applicable at the time the offence was committed (the positive version of the principle of legality). *These principles are part of the rules of customary international law, binding on all States, and are peremptory norms with the effect that no other rule of international or national law may derogate from them*³². *In other words, the principle of legality in the field of criminal law, both in its positive and negative versions, is jus cogens*.

The “general principles of law recognised by civilised nations” in criminal law

10. General principles of law can be a source of international criminal law if and when they are sufficiently accessible and foreseeable at the material

31. As Article 15 of the revised ArCHR puts it, “[i]n all circumstances, the law most favorable to the defendant shall be applied”. Or in the words of von Liszt, *nullum crime, nulla poena sine lege* principles are “the bulwark of the citizen against the State's omnipotence, they protect the individual against the ruthless power of the majority, against the Leviathan. However paradoxical it may sound, the Criminal Code is the criminal's *magna charta*. It guarantees his right to be punished only in accordance with the requirements set out by the law and only within the limits laid down in the law” (von Liszt, “Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1893, p. 357).

32. The International Committee of the Red Cross shares the view that the non-retroactivity of crimes and penalties is a principle of customary international law, in times of both peace and war (Rule 101 of the Study on Customary International Humanitarian Law, conducted by the International Committee of the Red Cross).

time. The principle of non-retroactivity does not prejudice the punishment of a person for an act or omission that, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law as recognised by the community of civilised nations. Article 7 § 2 of the ECHR and Article 15 § 2 of the ICCPR provide for such a case³³. Although historically created to justify the Nuremberg and Tokyo judgments, this protective provision also applies to other adjudication proceedings³⁴. It has its own field of application, since it refers to crimes which have not yet been crystallised into customary international law at the material time, nor been enshrined into treaty law applicable to the facts, but already represent an intolerable affront to the principles of justice, as reflected in the practice of a relevant number of nations³⁵. In order to avoid legal uncertainty and comply with the other facet of the principle of legality, that is to say the principle of specificity (*nullum crimen sine lege certa et stricta*), close scrutiny of the relevant State practice is required: only when the general principles of law reflect the treaty and domestic practices of a relevant number of States can they be recognised as expressing the will of the community of civilised nations to criminalise a particular form of conduct³⁶. It follows that the criminalisation of conduct

33. The very first draft of this provision was presented at the second session of the Commission on Human Rights, in December 1947, on the initiative of Belgium and the Philippines for the draft UDHR. This so-called “Nuremberg/Tokyo clause” was ultimately rejected on the grounds that it did not add anything to the main rule, since general principles of law were part of international law. At the sixth session of the Commission on Human Rights, in May 1950, during the discussions on the draft ICCPR, Eleanor Roosevelt opposed it with similar arguments, because the phrase “under national or international law” already covered prosecution under international criminal law, and the expression “the general principles of law recognised by civilised nations” was used in Article 38 (c) of the Statute of the ICJ to designate one of the sources of international law. In February 1950 the same proposal was raised by the Luxembourg expert in the discussions on the draft ECHR. In spite of the opposition, the provision was adopted in both the ICCPR and the ECHR, with the specific purpose of safeguarding the post-Second World War trials (*Travaux Préparatoires de la CEDH*, vol. III, pp. 163, 193 and 263, and, subsequently, *X. v. Belgium*, no. 268/57, Commission decision of 20 July 1957, Yearbook 1, p. 241, and *Kononov v. Latvia* [GC], no. 36376/04, § 186, ECHR 2010).

34. In fact, there are four countries which have included the “Nuremberg/Tokyo clause” in their Constitutions: Canada (Article 11 (g)), Cape Verde (Article 30), Poland (Article 42 § 1) and Sri Lanka (Article 13 § 6).

35. On 30 September 1946 the principle of justice was asserted *ubi et orbi* by the International Military Tribunal in *Göring and Others*: “In the first place, it is to be observed that the maxim *nullum crimen sine lege* is not a limitation of sovereignty, but is in general a principle of justice. To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighbouring states without warning is obviously untrue, for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished.” (*Nuremberg Trial Proceedings*, vol. 22, p. 461)

36. The offence of contempt of court has been presented as an example of a crime under the general principles of law (see *Judgment on Allegations of Contempt against Prior Counsel, Milan Vujan*, case no. IT-94-1-A-R77, ICTY judgment of 31 January 2000, § 15).

based on the general principles of law is not an exception to the principle of the prohibition on retroactive penal law, in so far as the conduct already corresponded, from a substantive perspective, to criminal conduct when it occurred. Thus, the “Nuremberg/Tokyo clause” does not apply when at the material time the conduct was punishable as a crime by national law, but with a lesser penalty than that enshrined in a subsequent law or treaty³⁷.

The political and judicial context of the case

11. The State Court Act, which initiated the State Court of BiH, was promulgated on 12 November 2000 by the High Representative for Bosnia and Herzegovina. The Court of BiH was effectively established on 3 July 2002 by the Parliament of BiH with the Law on the Court of BiH. A new Criminal Code of BiH came into force on 1 March 2003. A Book of Rules on the review of war-crimes cases was issued on 28 December 2004. A special chamber for war crimes in the Court of BiH began its work on 9 March 2005. In June 2008 the BiH Justice Sector Reform Strategy 2008-2012 was adopted by the BiH Council of Ministers. This strategy was created through a joint effort between the Ministries of Justice of the State of BiH, the Entities and cantons, as well as the Brčko District Judicial Commission and the High Judicial and Prosecutorial Council. On 29 December 2008 the Council of Ministers of BiH adopted the National War Crimes Strategy, which was complementary to the transitional justice strategy.

Following the 2003 judicial reforms, four jurisdictions emerged: BiH, the Brčko District, the Federation of BiH and the Republika Srpska. The judicial organisation did not provide for a mechanism by which court practices and differing legal interpretations could be resolved and harmonised. Consequently, the State Court of BiH and the Supreme Courts of both Entities issued verdicts with very different findings on key legal questions, resulting in divergences in court practice and legal interpretation. In fact, in 2008, the Ministry of Justice of BiH concluded that “[t]his unpredictability affects the way that BiH is regarded in the international legal arena, and BiH runs the risk of breaching conventions”³⁸. The same political concern

37. Thus, the Grand Chamber should have distanced itself clearly from the unfortunate decision in *Naletilić v. Croatia* ((dec.), no. 51891/99, ECHR 2000-V), in which the Court interpreted Article 7 § 2 of the Convention as applicable to the applicant’s contention that he might receive a heavier punishment from the ICTY than he might have received from the domestic courts. The Grand Chamber should have distanced itself for two reasons: firstly, this interpretation of Article 7 § 2 is problematic; secondly, *Naletilić* concerned a case where an international prosecutor had accused the applicant before an international tribunal of a crime enshrined in international law, whereas in the present case the applicants were accused before a domestic court of a crime foreseen in national law.

38. Bosnia and Herzegovina Justice Sector Reform Strategy 2008-2012, Sarajevo, June 2008, p. 70.

was expressed by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, for example in its Resolution 1626 (2008) on Honouring of Obligations and Commitments by Bosnia and Herzegovina: “inconsistencies still exist in the application of criminal law by various courts at state and entity level with respect to war crimes, which leads to inequality of treatment of citizens, in the light of the European Convention on Human Rights”³⁹; and by the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) in its overview of five years of war-crimes processing in Bosnia, which referred to “a situation of manifest inequality before the law in war crimes cases tried before different courts in BiH. In practice, this means that persons convicted of war crimes before different courts might receive widely divergent sentences”⁴⁰.

12. The incoherent case-law was compounded by the displacement of cases from their natural jurisdictions, as the Council of Ministers of BiH itself admitted in referring to the “[i]nconsistent practice of the review, takeover and transfer of war crimes cases between the Court and the Prosecutor’s Office and other courts and prosecutor’s offices, and the lack of agreed upon criteria for the assessment of sensitivity and complexity of cases”.⁴¹ In fact, after the adoption of the Orientation Criteria of the Prosecutor’s Office in 2004, so-called “very sensitive” crimes were to be kept by the Special Department for War Crimes of the Prosecutor’s Office of BiH, and “sensitive” crimes were to be sent to the cantonal and district prosecutor’s offices in the locations in which the events occurred as stated in the case files. These guidelines were very unclear and, worse still, were not applied consistently. In simple terms, this “case-by-case prosecution” method did not work well, since it “only deepened the ongoing mess about what, who and how things should be done”⁴². The lack of a prosecutorial strategy for the prioritisation and selection of cases, and the absence of substantive reasoning for the prosecutor’s choice of the trial court and of effective judicial review of that choice, led to significant uncertainty regarding the

39. The same political opinion was shared by the Venice Commission in its Opinion No. 648/2011, paragraphs 38 and 65.

40. OSCE, *Delivering Justice in Bosnia and Herzegovina: An Overview of War Crimes Processing from 2005 to 2010*, May 2011, p. 19. See also the International Center for Transitional Justice, “Bosnia and Herzegovina: Submission to the Universal Periodic Review of the UN Human Rights Council Seventh Session”, September 2009; Human Rights Watch, “Still Waiting: Bringing Justice for War Crimes, Crimes against Humanity, and Genocide in Bosnia and Herzegovina’s Cantonal and District Courts”, July 2008; and Human Rights Watch, “Justice for Atrocity Crimes: Lessons of International Support for Trials before the State Court of Bosnia and Herzegovina”, March 2012.

41. Council of Ministers of BiH, “National War Crimes Strategy”, 28 December 2008, p. 4.

42. Zekerija Mujkanović, “The Orientation Criteria Document in Bosnia and Herzegovina”, in *Forum for International Criminal and Humanitarian Law Publication Series no. 4* (2010, second edition), at p. 88.

prosecutor’s priorities and choices, some politicians even questioning the department’s objectivity in its case-selection process, in view of the fact that 90% of cases before the war-crimes chamber involved Serb defendants⁴³.

It was not until 2008 that the authorities developed a written national strategy aimed at developing a more systematic approach to cases and allocating resources in war-crimes cases⁴⁴. In order for cases to be selected and their complexity to be assessed in a uniform and objective manner, thus informing the decision-making process with regard to the takeover or transfer of a case, the State Court and the Prosecutor’s Office of BiH, with the participation of other judicial and prosecutorial authorities, drafted the Case Complexity Criteria. Subsequently, Article 449 of the BiH Code of Criminal Procedure – Deciding on Cases Pending before Other Courts and Prosecutor’s Offices – was amended by Law no. 93/09, which introduced the following criteria for the transfer and allocation of cases: “the gravity of the criminal offence, the capacity of the perpetrator and other circumstances of importance in assessing the complexity of the case.”⁴⁵

43. Human Rights Watch, “Narrowing the Impunity Gap: Trials before Bosnia’s War Crimes Chamber”, February 2007, p. 9.

44. Human Rights Watch, “Justice for Atrocity Crimes”, cited above, p. 42.

45. As the OSCE concludes, “the case complexity criteria are a laundry list of factors to be taken into consideration in determining if the proceedings will be conducted before the BiH Court”. In short, the criteria are extremely broad and do not provide clear guidance as to what thresholds must be met to justify a marking as “most complex” or “less complex” (see OSCE, “Delivering Justice in Bosnia and Herzegovina”, cited above). The broad nature of these criteria and especially of the criterion “other circumstances of importance in assessing the complexity of the case” is particularly problematic. One cannot but remember the principle of the natural or lawful judge and the solemn prohibition of extraordinary criminal courts contained in Article 8 of the ACHR and in the constitutional provisions of a considerable number of countries, such as Article 135 § 2 of the Albanian Constitution, Article 85 § 2 of the Andorran Constitution, Article 176 § 5 of the revised Angolan Constitution, Article 18 of the Argentinian Constitution, Article 92 of the Armenian Constitution, Article 125 (VI) of the Azerbaijani Constitution, Articles 14 and 116 (II) of the Bolivian Constitution, Article 5 (XXXVII) of the Brazilian Constitution, Article 19 § 3 of the Chilean Constitution, Article 61 of the Danish Constitutional Act, Article 123 § 2 of the East Timor Constitution, Article 15 of the El Salvador Constitution, Article 78 § 4 of the Ethiopian Constitution, Article 101 of the German Basic Law (*Grundgesetz*), Articles 25 and 102 of the Italian Constitution, Article 76 of the Japanese Constitution, Article 33 § 1 of the Liechtenstein Constitution, Article 111 of the Lithuanian Constitution, Article 86 of the Luxembourg Constitution, Article XXV (1) of the Macedonian Constitution, Article 118 of the Montenegrin Constitution, Article 13 of the Mexican Constitution, Article 167 § 2 of the Mozambican Constitution, Article 4 § 8 of the Nigerian Constitution, Article 17 § 3 of the Paraguayan Constitution, Article 139 § 3 of the Peruvian Constitution, Article 172 § 2 of the Polish Constitution, Article 209 § 3 of the Portuguese Constitution, Article 126 § 5 of the Romanian Constitution, Article 118 § 3 of the Russian Constitution, Article 143 of the Rwandan Constitution, Article 39 § 7 of the São Tomé and Príncipe Constitution, Article 48 § 1 of the Slovakian Constitution, Article 117 of the Spanish Constitution, Article 11 of the Swedish Instrument of Government, Article 30 § 1 of the Swiss Constitution, Article 125 of the Ukrainian Constitution and Article 19 of the Uruguayan Constitution. Wide-ranging clauses concerning the transfer and removal of criminal cases have in the past been instrumental to the operation of such courts and are unacceptable under the principle of the natural or lawful judge.

Assessment of the facts in the present case under the European standard

13. It is against this political and judicial background, and in the light of the above-mentioned principles, that the facts in the present case must be assessed. And the conclusion is ineluctable: both applicants were subjected to an arbitrary criminal judgment which inflicted on them severe retroactive penalties. The evident proof of this arbitrariness is that the applicant Mr Damjanović was sentenced under the 2003 Code to eleven years' imprisonment by the State Court for beatings, more than double the lowest sentence admissible under the 1976 Code. This conclusion is even more forceful in the case of the applicant Mr Maktouf, who was sentenced under the 2003 Code to five years' imprisonment, that is to say five times the lowest sentence imposable under the 1976 Code.

14. Mr Maktouf received the lowest penalty provided by the 2003 Code for aiders or abettors of war crimes, and Mr Damjanović a penalty slightly above the minimum provided by the same Code for principals of war crimes, because the courts attached weight to the mitigating sentencing factors. Had the courts applied the same mitigating sentencing criteria under the 1976 Code, as they could have done, they would necessarily have imposed much lower penalties on the applicants. This comparison *in concreto* between the penalties that the applicants received, and those that they could have expected under the 1976 Code, shows clearly that the 1976 Code was the *lex mitior* and the 2003 Code was the *lex gravior*⁴⁶. By acting in this manner, the national courts breached not only Article 4 § 2 of the 2003 Criminal Code of BiH, but also Article 7 § 1 of the ECHR⁴⁷.

Conclusion

15. Since the national courts applied arbitrarily and retroactively the *lex gravior*, I find that there has been a violation of Article 7 § 1 of the ECHR. The legal effect of the finding of a violation of Article 7 is that the applicants' convictions must be declared null and void by the competent national court. Article 7 is a non-derogable right, as Article 15 of the ECHR clearly states. If the applicants' convictions remained valid in spite of a finding that they had violated Article 7, this would represent a *de facto*

46. This case is very similar to that in Communication No. 981/2001, cited above, § 7 (4). As in the present case, Mr Gómez Casafranca was sentenced to the minimum term of twenty-five years under the new law, more than double the minimum term under the previous law, and the national courts provided no explanation as to what the sentence would have been under the old law had it been still applicable.

47. The cases of Mr Damjanović and Mr Maktouf clearly illustrate the conclusion that the Government themselves reached in respect of the general situation, previously described, of the prosecutorial and judicial organisation in BiH (Council of Ministers of BiH, National War Crimes Strategy, 28 December 2008, p. 15).

derogation from Article 7. Such derogation would not only invalidate the finding of a violation in the Court's present judgment, but also Article 15. Should the respondent State still wish to adjudicate the alleged criminal acts committed by the applicants during the Bosnian war, a retrial is necessary. When Anselm von Feuerbach coined in § 24 of his *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts* of 1801 the Latin expression *nulla poena sine lege*, he also added that this principle allowed for no exceptions: it must benefit all offenders, be their crimes petty or brutal.

MAKTOUF ET DAMJANOVIĆ c. BOSNIE-HERZÉGOVINE
(Requêtes n^{os} 2312/08 et 34179/08)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 18 JUILLET 2013¹

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre après dessaisissement d'une chambre en vertu de l'article 30 de la Convention. Extraits.

SOMMAIRE¹**Application rétroactive d'une loi pénale prévoyant des peines plus lourdes pour les crimes de guerre que la loi en vigueur au moment de la commission des infractions en cause**

Lorsqu'il existe une possibilité réelle, même si cela n'est pas certain, que l'application rétroactive de dispositions pénales ait joué au détriment de l'accusé en ce qui concerne l'infliction de la peine, on ne peut pas dire que celui-ci ait bénéficié, conformément à l'article 7 de la Convention, de garanties effectives contre l'imposition d'une peine plus lourde (paragraphe 70 de l'arrêt).

Article 7

Peine plus lourde – Application rétroactive d'une loi pénale prévoyant des peines plus lourdes pour les crimes de guerre que la loi en vigueur au moment de la commission des infractions en cause – Possibilité réelle que l'application rétroactive de dispositions pénales joue au détriment de l'accusé – Pas d'exception générale à la règle de la non-rétroactivité à l'égard des actes qui sont criminels en vertu des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »

*

* *

En fait

Les deux requérants avaient été reconnus coupables par la Cour d'État de la Bosnie-Herzégovine (« la Cour d'État ») de crimes de guerre commis contre des civils pendant la guerre de 1992-1995. Au début de l'année 2005, des chambres compétentes pour connaître des crimes de guerre avaient été créées au sein de la Cour d'État dans le cadre de la stratégie de fin de mandat du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. La Cour d'État, qui était composée de juges nationaux et internationaux, pouvait décider de se saisir d'affaires de crimes de guerre lorsqu'elles revêtaient un caractère sensible ou complexe, et elle pouvait transférer les affaires moins sensibles et moins complexes à la juridiction compétente de l'une des deux entités de la Bosnie-Herzégovine (« juridiction d'entité »).

En juillet 2005, le premier requérant (M. Maktouf) avait été reconnu coupable par la Cour d'État du crime de guerre de complicité de prise d'otages pour des faits commis à l'égard de deux civils, et condamné à cinq années d'emprisonnement en vertu du code pénal de 2003 de la Bosnie-Herzégovine. En avril 2006, une

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

chambre d'appel de la Cour d'État comprenant deux juges internationaux avait confirmé le verdict et la peine après avoir réexaminé l'affaire. Le deuxième requérant (M. Damjanović) avait joué un rôle important dans le passage à tabac infligé en 1992 à des Bosniaques capturés à Sarajevo. En juin 2007, il avait été reconnu coupable du crime de guerre de torture et condamné à onze années d'emprisonnement en vertu du code pénal de 2003.

Devant la Cour, les deux hommes se plaignaient notamment que la Cour d'État leur eût appliqué rétroactivement une loi pénale (le code pénal de 2003) plus sévère que celle (le code pénal de 1976 de l'ex-République socialiste fédérative de Yougoslavie) qui était applicable lorsqu'ils avaient commis les faits qui leur étaient reprochés, et que, en conséquence, elle leur eût infligé des peines plus lourdes.

En droit

Article 7 : la Cour rappelle qu'elle n'a pas pour tâche d'examiner *in abstracto* la question de savoir si l'application rétroactive du code pénal de 2003 dans les affaires de crimes de guerre est, en soi, incompatible avec l'article 7 de la Convention. Cette question doit être examinée au cas par cas compte tenu des circonstances propres à chaque affaire et, notamment, du point de savoir si les juridictions internes ont appliqué la loi dont les dispositions étaient les plus favorables à l'accusé.

La Cour observe que la définition des crimes de guerre est la même dans le code pénal de 1976 et dans celui de 2003 et que les requérants ne nient pas que leurs actes aient été constitutifs d'infractions pénales définies avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité au moment où ils les ont commis. Ce qui est en cause n'est donc pas la régularité du verdict de culpabilité mais l'application aux faits de crimes de guerre de deux cadres répressifs différents prévus par deux codes pénaux différents. La Cour d'État a condamné le premier requérant à cinq ans d'emprisonnement, peine minimale que prévoyait le code pénal de 2003 pour les faits de complicité de crime de guerre. Si elle avait appliqué le code de 1976, elle aurait pu le condamner à un an d'emprisonnement. Le deuxième requérant a pour sa part été condamné à une peine de onze ans d'emprisonnement, légèrement supérieure à la peine minimale de dix ans. Si elle avait appliqué le code de 1976, la Cour d'État aurait pu imposer une peine de cinq ans seulement.

Dans ces conditions, il est particulièrement important que le code le plus clément quant à la peine minimale ait été celui de 1976. Le fait que le code de 2003 ait peut-être été plus clément quant à la peine maximale est sans pertinence étant donné que les infractions pour lesquelles les requérants ont été condamnés ne relevaient clairement pas de la catégorie passible des peines maximales. La Cour admet que les peines imposées aux requérants s'inscrivaient aussi bien dans la fourchette prévue par le code pénal de 1976 que dans celle prévue par le code pénal de 2003, de sorte que l'on ne peut pas dire avec certitude que l'un ou l'autre se serait vu infliger une peine plus légère si l'ancien code avait été appliqué au lieu du nouveau, mais elle estime que le point crucial est que les intéressés auraient pu se voir imposer des peines plus légères si le code de 1976 leur avait été appliqué. Partant, dès lors qu'il

existe une possibilité réelle que l'application rétroactive du code de 2003 ait joué en leur défaveur en ce qui concerne l'infliction de la peine, elle conclut qu'on ne saurait dire qu'ils aient bénéficié de garanties effectives contre l'imposition d'une peine plus lourde.

De plus, la Cour ne peut souscrire à l'argument du Gouvernement consistant à dire que si, au moment de sa commission, une action était criminelle d'après les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », au sens de l'article 7 § 2 de la Convention, la règle de la non-rétroactivité des délits et des peines ne trouve pas à s'appliquer. Elle considère que cet argument ne cadre pas avec l'intention des auteurs de la Convention, qui était que l'article 7 § 1 expose la règle générale de la non-rétroactivité et que l'article 7 § 2 ne soit qu'une précision contextuelle, ajoutée pour lever tout doute concernant la validité des poursuites engagées après la Seconde Guerre mondiale contre les auteurs d'exactions commises pendant cette guerre. De l'avis de la Cour, il est clair que les auteurs de la Convention n'avaient pas l'intention de ménager une exception générale à la règle de la non-rétroactivité. En ce qui concerne l'argument du Gouvernement selon lequel l'obligation que ferait le droit international humanitaire de sanctionner de manière adéquate les crimes de guerre aurait commandé d'écarter la règle de la non-rétroactivité des délits et des peines en l'espèce, la Cour observe que cette règle figure aussi dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels. De plus, dès lors que les peines des requérants s'inscrivaient tant dans la fourchette prévue par le code pénal de 1976 que dans celle prévue par le code de 2003, elle juge manifestement infondé l'argument consistant à dire que l'ancien code n'aurait pas permis de punir les intéressés de manière adéquate.

Partant, la Cour considère que, dans les circonstances particulières de l'espèce, il y a eu violation de l'article 7 de la Convention à l'égard des deux requérants. Elle souligne cependant que cette conclusion doit être comprise comme signifiant non pas que des peines plus légères auraient dû être imposées, mais simplement que pour ce qui est de la fixation des peines ce sont les dispositions du code de 1976 qui auraient dû être appliquées aux requérants.

Conclusion: violation (unanimité).

Article 41: la Cour estime que le constat de violation représente en soi une satisfaction équitable suffisante pour tout dommage moral pouvant avoir été subi par les requérants. Elle rejette la demande de satisfaction équitable pour dommage matériel présentée par le premier requérant.

Jurisprudence citée par la Cour

- Achour c. France* [GC], n° 67335/01, CEDH 2006-IV
Gabbari Moreno c. Espagne, n° 68066/01, 22 juillet 2003
Jamil c. France, 8 juin 1995, série A n° 317-B
Karmo c. Bulgarie (déc.), n° 76965/01, 9 février 2006
Kononov c. Lettonie [GC], n° 36376/04, CEDH 2010

Ould Dah c. France (déc.), n° 13113/03, CEDH 2009

Scoppola c. Italie (n° 2) [GC], n° 10249/03, 17 septembre 2009

Šimšić c. Bosnie-Herzégovine (déc.), n° 51552/10, 10 avril 2012

Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne [GC], n^{os} 34044/96, 35532/97 et 44801/98,
CEDH 2001-II

S.W. c. Royaume-Uni, 22 novembre 1995, série A n° 335-B

Tess c. Lettonie (déc.), n° 34854/02, 12 décembre 2002

En l'affaire Maktouf et Damjanović c. Bosnie-Herzégovine,

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

Dean Spielmann, *président*,
Josep Casadevall,
Guido Raimondi,
Ineta Ziemele,
Mark Villiger,
Isabelle Berro-Lefèvre,
David Thór Björgvinsson,
Päivi Hirvelä,
George Nicolaou,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Nona Tsotsoria,
Zdravka Kalaydjieva,
Nebojša Vučinić,
Kristina Pardalos,
Angelika Nußberger,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Johannes Silvis, *juges*,

et de Michael O'Boyle, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 12 décembre 2012 et le 19 juin 2013,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouvent deux requêtes (n^{os} 2312/08 et 34179/08) dirigées contre la Bosnie-Herzégovine et dont un ressortissant irakien, M. Abduladhim Maktouf, et un ressortissant de la Bosnie-Herzégovine, M. Goran Damjanović (« les requérants »), ont saisi la Cour, le 17 décembre 2007 et le 20 juin 2008 respectivement, en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants se plaignent de procédures pénales à l'issue desquelles la Cour d'État de la Bosnie-Herzégovine les a condamnés, en vertu des dispositions du code pénal de 2003 de la Bosnie-Herzégovine, à des peines d'emprisonnement pour des crimes de guerre commis contre des civils pendant la guerre de 1992-1995. Arguant que la loi applicable au moment de la commission des crimes de guerre dont ils ont été reconnus coupables

était le code pénal de 1976 de l'ex-République socialiste fédérative de Yougoslavie, ils allèguent que sa non-application par la Cour d'État à leur cas a emporté violation du principe de non-rétroactivité des peines énoncé à l'article 7 de la Convention. Ils invoquent également l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 7 ainsi que l'article 1 du Protocole n° 12. M. Maktouf formule en outre un grief sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention.

3. Les requêtes ont été attribuées à la quatrième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour – «le règlement»). Le 31 août 2010, le président de cette section a décidé de les communiquer au gouvernement de la Bosnie-Herzégovine («le Gouvernement»). Il a en outre été décidé que la recevabilité et le fond des requêtes seraient examinés conjointement (article 29 § 1 de la Convention). Le 10 juillet 2012, une chambre de la quatrième section composée de Lech Garlicki, Davíð Thór Björgvinsson, Päivi Hirvelä, George Nicolaou, Zdravka Kalaydjieva, Nebojša Vučinić et Ljiljana Mijović, juges, ainsi que de Lawrence Early, greffier de section, s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre, aucune des parties ne s'y étant opposée (articles 30 de la Convention et 72 du règlement).

4. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement. Faris Vehabović, juge élu au titre de la Bosnie-Herzégovine, s'étant trouvé empêché (article 28 du règlement), le Gouvernement a désigné pour siéger à sa place Angelika Nußberger, juge élue au titre de l'Allemagne (articles 26 § 4 de la Convention et 29 § 1 du règlement).

5. La Grande Chambre a décidé de joindre les requêtes (article 42 § 1 du règlement).

6. Les parties ont déposé des observations écrites sur la recevabilité et le fond des affaires. Des commentaires ont par ailleurs été reçus du Bureau du Haut-Représentant en Bosnie-Herzégovine, qui avait été autorisé à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement).

7. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 12 décembre 2012 (article 54 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M^{mes} Z. Ibrahimović,
S. Malešić,
M. H. Vučinić,
M^{me} M. Kapetanović,

agent adjoint,
agent assistant,

conseillers ;

– *pour les requérants*

MM. S. Kreho,

A. Lejlić,

A. Lozo,

I. Mehić,

A. Kreho,

H. Lozo,

M^{me} N. Kisić,

conseils,

conseillers.

La Cour a entendu en leurs déclarations M^{me} Ibrahimović et M. Lejlić.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

A. Le contexte

8. Après s'être déclarée indépendante de l'ex-République socialiste fédérative de Yougoslavie («l'ex-RSFY») en mars 1992, la Bosnie-Herzégovine fut le théâtre d'une guerre sanglante. Plus de 100 000 personnes furent tuées et plus de deux millions furent déplacées en conséquence du «nettoyage ethnique» pratiqué et de la violence s'étant généralisée dans le pays. De nombreux crimes furent commis, parmi lesquels ceux dont les requérants en l'espèce ont été reconnus coupables. Les principales parties au conflit étaient les forces locales suivantes: l'ARBH¹ (principalement constituée de Bosniaques² et soutenant le pouvoir central de Sarajevo), le HVO³ (principalement constitué de Croates) et la VRS⁴ (principalement constituée de Serbes). Le conflit prit fin en décembre 1995 avec l'entrée en vigueur de l'Accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine («l'Accord de Dayton»). Aux termes de cet accord, la Bosnie-Herzégovine se compose de deux entités: la Fédération de Bosnie-Herzégovine et la Republika Srpska.

9. Face aux atrocités qui étaient alors perpétrées sur le territoire de l'ex-RSFY, le Conseil de sécurité des Nations unies créa une institution

1. *Armija Republike Bosne i Hercegovine* (Armée de la République de Bosnie-Herzégovine).

2. Jusqu'à la guerre de 1992-1995, les Bosniaques étaient désignés par le terme «Musulmans». Le terme «Bosniaques» (*Bošnjaci*) ne doit pas être confondu avec le terme «Bosniens» (*Bosanci*), communément utilisé pour désigner les citoyens de Bosnie-Herzégovine indépendamment de leur origine ethnique.

3. *Hrvatsko vijeće obrane* (Conseil de défense croate).

4. *Vojska Republike Srpske* (Armée de la Republika Srpska).

provisoire, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (« le TPIY »)⁵. En 2002, soucieux de faire en sorte que sa mission soit menée à bien, dans les délais prévus et en coordination avec les systèmes judiciaires internes de l'ex-Yougoslavie, le TPIY entreprit d'élaborer une stratégie de fin de mandat⁶. Cette stratégie fut approuvée tant par le Conseil de sécurité des Nations unies⁷ que par les autorités de la Bosnie-Herzégovine (qui adoptèrent les modifications nécessaires à la législation nationale et conclurent des accords avec le Haut-Représentant – administrateur international nommé en vertu de l'Accord de Dayton). Une composante essentielle de cette stratégie était l'établissement au sein de la Cour d'État de chambres compétentes pour connaître des crimes de guerre, composées de juges nationaux et de juges internationaux (...)

B. Les faits concernant M. Maktouf

10. M. Maktouf est né en 1959 et réside en Malaisie.

11. Le 19 octobre 1993, il aida délibérément un tiers à enlever deux civils en vue de les échanger contre des membres de l'ARBH qui avaient été capturés par le HVO. Ces civils furent libérés quelques jours plus tard.

12. Le 11 juin 2004, le requérant fut arrêté.

13. Le 1^{er} juillet 2005, une chambre de première instance de la Cour d'État le jugea coupable du crime de guerre de complicité de prise d'otages et le condamna à cinq années d'emprisonnement en vertu de l'article 173 § 1 combiné avec l'article 31 du code pénal de 2003.

14. Le 24 novembre 2005, une chambre d'appel de la Cour d'État infirma le jugement du 1^{er} juillet 2005 et décida de tenir une nouvelle audience. Le 4 avril 2006, siégeant en une formation composée de deux juges internationaux (le juge Pietro Spera et le juge Finn Lynghjem) et d'un juge national (le juge Hilmo Vučinić), la chambre d'appel reconnut le requérant coupable des faits qui lui étaient reprochés et lui imposa la même peine en vertu du code pénal de 2003. Concernant la peine infligée, la chambre déclara ceci (traduction en français, effectuée par le greffe, de la traduction en anglais communiquée par la Cour d'État) :

« Considérant, d'une part, le degré de responsabilité pénale de l'accusé et les conséquences de l'infraction en cause, ainsi que le fait que l'accusé était complice de la commission de cette infraction pénale, et, d'autre part, les circonstances atténuantes

5. Résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité du 25 mai 1993.

6. Voir le rapport sur la situation judiciaire du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et sur les perspectives de déferer certaines affaires devant les juridictions nationales établi par le TPIY en juin 2002 (S/2002/678) et la déclaration du Président du Conseil de sécurité des Nations unies en date du 23 juillet 2002 (S/PRST/2002/21).

7. Résolution 1503 (2003) du Conseil de sécurité du 28 août 2003.

jouant en faveur de l'accusé, la chambre a appliqué les dispositions relatives à l'allègement de la peine et a réduit autant que possible la peine prononcée, conformément à l'article 50 § 1 a) du [code pénal de 2003]. Elle a ainsi imposé une peine de cinq années d'emprisonnement, estimant que cette peine répondra pleinement à l'objectif de répression et dissuadera l'intéressé de commettre de nouvelles infractions pénales.»

15. Saisie par le requérant, la Cour constitutionnelle examina l'affaire le 30 mars 2007 sous l'angle des articles 5, 6, 7 et 14 de la Convention et conclut à la non-violation de ces dispositions. Cette décision fut notifiée au requérant le 23 juin 2007. Le raisonnement de la majorité est ainsi libellé en ses parties pertinentes (traduction du greffe) :

«60. L'un des principaux arguments de l'auteur du recours concerne la relation entre la procédure pénale en cause et l'article 7 de la Convention européenne, à savoir le fait, comme il l'a souligné, qu'il a été condamné en vertu du [code pénal de 2003] et non du code qui était en vigueur au moment de l'infraction, le [code pénal de 1976], qui prévoyait une sanction plus clémente.

(...)

65. En l'espèce, l'auteur du recours admet qu'au regard des dispositions applicables au moment des faits les actes dont il a été reconnu coupable étaient constitutifs d'une infraction pénale lorsqu'il les a commis. Cependant, s'appuyant principalement sur la notion de «peine plus clément», c'est-à-dire de «loi plus clément», il dénonce l'application des dispositions du droit matériel qui a été faite dans son affaire. Il considère en effet que le [code pénal de 1976], qui était en vigueur lorsqu'il a commis l'infraction pénale dont il a été reconnu coupable et qui prévoyait notamment la peine de mort pour les formes les plus graves de cette infraction, est une loi plus clément que le [code pénal de 2003], qui prévoit un emprisonnement de longue durée pour les formes les plus graves de la même infraction.

(...)

69. Dans ce contexte, la Cour constitutionnelle considère qu'il n'est tout simplement pas possible d'«éliminer» la sanction la plus sévère applicable en vertu de l'une et l'autre loi pour n'appliquer que les autres sanctions, plus clémentes, de sorte que les crimes les plus graves seraient en pratique insuffisamment punis. Cela étant, elle ne donnera pas de motifs détaillés et ne se livrera pas à une analyse approfondie de ces dispositions, mais se concentrera ici sur les exceptions aux obligations imposées par l'article 7 § 1 de la Convention européenne, ces exceptions étant régies, comme cela est communément admis, par l'article 7 § 2.

70. À cet égard, la Cour constitutionnelle note que l'article 7 § 2 de la Convention européenne renvoie aux «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées», et que l'article III 3 b) de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine dispose que «[l]es principes généraux du droit international font partie intégrante du droit de la Bosnie-Herzégovine et des entités». Il s'ensuit que ces principes font partie intégrante de l'ordre juridique de la Bosnie-Herzégovine, sans même que les conventions et autres documents régissant leur application aient été ratifiés, et que l'ordre juridique national inclut donc aussi le Statut du Tribunal international chargé

de juger les personnes accusées de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie (1993).

71. De plus, la Cour constitutionnelle souligne que la Constitution de la Bosnie-Herzégovine s'inscrit dans le cadre d'un accord international et que, si cette circonstance n'amoindrit pas son importance, elle montre clairement la place du droit international dans l'ordre juridique national, place qui est telle que plusieurs conventions internationales, notamment la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (1948) et la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (1949), et les Protocoles additionnels I et II (1977), ont le statut de principes constitutionnels et sont d'application directe en Bosnie-Herzégovine. À cet égard, il y a lieu de mentionner que l'ex-RSFY était signataire desdites conventions et que la Bosnie-Herzégovine, en tant que sujet de droit international reconnu ayant déclaré son indépendance le 6 mars 1992, a accepté tous les instruments ratifiés par l'ex-RSFY, dont les conventions susmentionnées, lesquelles ont par la suite été incorporées à l'Annexe 4 de l'Accord de Dayton, qui contient la Constitution de la Bosnie-Herzégovine.

72. Le libellé de l'article 7 § 1 de la Convention européenne ne vise que les cas où un individu est condamné pour une infraction. Il n'interdit pas l'application rétroactive des lois et ne consacre pas le principe *non bis in idem*. Il n'est pas non plus applicable aux cas tels que ceux visés dans la loi britannique de 1965 sur les dommages de guerre, qui a modifié avec effet rétroactif la règle de *common law* en vertu de laquelle la perte de biens privés en temps de guerre devait dans certaines circonstances donner lieu à une indemnisation.

73. La Cour constitutionnelle note que l'article 7 § 1 de la Convention européenne vise les infractions « d'après le droit national ou international ». Elle note aussi, en particulier, l'interprétation donnée de l'article 7 dans plusieurs textes relatifs à cette question, qui reposent sur la position de la Cour européenne selon laquelle une condamnation résultant d'une application rétroactive du droit national n'empêche pas violation de l'article 7 de la Convention européenne lorsque l'acte pour lequel l'intéressé est condamné était une infraction au regard du « droit international » au moment où il a été commis. Cette analyse est particulièrement pertinente en l'espèce (et dans d'autres affaires semblables), étant donné que le principal moyen du recours concerne l'application de règles de droit qui sont avant tout de nature internationale, à savoir les dispositions de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (1948), de la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (1949) et des Protocoles additionnels I et II (1977), plutôt que l'application de tel ou tel texte de droit pénal, indépendamment de sa teneur et des sanctions qu'il prévoit.

74. De plus, en ce qui concerne l'application rétroactive de la loi pénale, la Cour constitutionnelle souligne que l'article 7 de la Convention européenne a été rédigé immédiatement après la Seconde Guerre mondiale, et que ses auteurs avaient pour intention d'englober les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées, notion reprise de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice (CIJ), dont la jurisprudence est généralement considérée comme la troisième source formelle du

droit international. En d'autres termes, le Statut de la CIJ est applicable aux États qui y sont parties, et les règles qu'il énonce sont considérées comme une source de droit et s'appliquent même aux autorités internes. Tant le Statut de la CIJ que l'article 7 de la Convention européenne dépassent le cadre du droit national, et visent les « nations » en général. Dès lors, la Cour constitutionnelle estime que les normes régissant leur application doivent être recherchées dans ce contexte, et non pas simplement dans un cadre national.

75. La Cour constitutionnelle note par ailleurs qu'il ressort des travaux préparatoires de la Convention européenne que le libellé du paragraphe 2 de l'article 7 a pour but de « préciser que cet article n'affecte pas les lois qui, dans les circonstances tout à fait exceptionnelles qui se sont produites à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, ont été passées pour réprimer les crimes de guerre et les faits de trahison et de collaboration avec l'ennemi et ne vise à aucune condamnation juridique ou morale de ces lois » (*X c. Belgique*, n° 268/57, Annuaire 1 (1957), comparer avec *De Becker c. Belgique*, n° 214/56, Annuaire 2, p. 214 (1958)). En réalité, le libellé de l'article 7 de la Convention européenne n'est pas limitatif et doit être interprété de manière dynamique, de façon à englober d'autres actes qui impliquent un comportement immoral généralement reconnu comme criminel dans les différents droits nationaux. C'est eu égard à ce qui précède que la loi britannique de 1991 sur les crimes de guerre confère aux juridictions britanniques une compétence rétroactive pour connaître de certains crimes (assassinat, homicide volontaire ou involontaire) commis en territoire occupé par l'Allemagne pendant la Seconde Guerre mondiale.

76. De l'avis de la Cour constitutionnelle, les considérations qui précèdent confirment que les crimes de guerre sont des « infractions d'après le droit international », eu égard au caractère universel de la compétence en matière de poursuites, de sorte que, si des condamnations étaient prononcées pour de tels actes en vertu d'une loi qui les aurait qualifiés *a posteriori* d'infractions pénales passibles de sanctions alors même qu'ils n'auraient pas été constitutifs d'infractions en vertu du droit applicable au moment de leur commission, ces condamnations ne seraient pas contraires à l'article 7 § 1 de la Convention européenne. Le 4 mai 2000, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu sa décision dans l'affaire *Naletilić c. République de Croatie* (n° 51891/99), dans laquelle le requérant, accusé par le Bureau du Procureur du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie d'avoir commis des crimes de guerre sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine, formulait des griefs identiques à ceux présentés par l'auteur du recours dans la présente affaire, c'est-à-dire qu'il demandait l'application de « la loi la plus clémente ». Arguant que le code pénal de la République de Croatie prévoyait une sanction pénale plus clémente que celle du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, il soutenait que l'application du Statut aurait emporté violation de l'article 7 de la Convention européenne. Dans sa décision, la Cour européenne des droits de l'homme, examinant la question de l'application de l'article 7, a dit ceci : « Quant à l'argument du requérant selon lequel il risquerait de se voir infliger une peine plus lourde par le TPIY que par les tribunaux internes si ces derniers menaient à terme la procédure engagée contre lui, la Cour relève que, même à supposer que l'article 7 de la Convention entre en jeu en l'espèce, c'est le paragraphe 2 et non le paragraphe 1 de cette disposition qui serait applicable. Cela

signifie que la seconde phrase de l'article 7 § 1, qu'invoque le requérant, ne trouverait pas à s'appliquer. Il s'ensuit que cette partie de la requête est (...) manifestement mal fondée (...) et doit dès lors être rejetée (...)

77. Enfin, la Cour constitutionnelle souligne que les procès tenus à Nuremberg et à Tokyo respectivement en 1945 et en 1946, après la Seconde Guerre mondiale, concernaient des actes qui n'ont été définis comme crimes de guerre, crimes contre l'humanité, crimes de génocide, etc. qu'après leur commission, à savoir dans la Convention de Genève. C'est à ce moment que la guerre d'agression a été érigée en « crime international », comme l'a confirmé la Commission du droit international dans son annuaire de 1957 (vol. II). À cette époque aussi, des discussions ont eu lieu au sujet du principe *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Il en est allé de même au moment de l'adoption du Statut du Tribunal international chargé de juger les personnes accusées d'avoir commis des violations graves du droit international humanitaire sur le territoire de l'ex-Yougoslavie (en 1993).

78. Il est tout à fait clair que la notion de responsabilité pénale individuelle pour des actes contraires à la Convention de Genève ou au droit national est très étroitement liée à celle de protection des droits de l'homme, car les conventions de protection des droits de l'homme et les autres conventions adoptées dans ce domaine concernent le droit à la vie, le droit à l'intégrité physique et psychique, l'interdiction de l'esclavage et de la torture, l'interdiction de la discrimination, etc. De l'avis de la Cour constitutionnelle, une absence de protection des victimes, autrement dit des sanctions insuffisantes pour les criminels, ne semble pas compatible avec le principe d'équité et l'état de droit consacrés à l'article 7 de la Convention européenne, dont le paragraphe 2 permet en pareil cas de déroger à la règle énoncée au paragraphe 1.

79. Au vu de ce qui précède, et eu égard à l'application de l'article 4a du [code pénal de 2003] combiné avec l'article 7 § 1 de la Convention européenne, la Cour constitutionnelle conclut qu'en l'espèce l'application du [code pénal de 2003] dans la procédure menée devant la [Cour d'État] n'a pas emporté violation de l'article 7 § 1 de la Convention européenne.»

(...)

17. Peu après avoir achevé de purger sa peine le 12 juin 2009, le requérant quitta le pays.

C. Les faits concernant M. Damjanović

18. M. Damjanović est né en 1966. Il purge toujours sa peine à la prison de Foča.

19. Le 2 juin 1992, pendant la guerre de Bosnie-Herzégovine, il joua un rôle important dans le passage à tabac pendant une à trois heures de Bosniaques capturés à Sarajevo. Les violences furent infligées au moyen de fusils, de gourdins, de bouteilles, de coups de pied et de coups de poing. Les victimes furent ensuite emmenées dans un camp d'internement.

20. Le 17 octobre 2005, s'estimant mieux à même de protéger les témoins (qui risquaient davantage de faire l'objet d'intimidations au niveau de l'entité) et consciente du caractère sensible du dossier (il s'agissait d'actes de torture pratiqués sur un grand nombre de victimes), une chambre d'instruction de la Cour d'État décida de retirer l'affaire au tribunal cantonal de Sarajevo, devant lequel elle était pendante depuis des années. Elle s'appuya sur les critères énoncés au paragraphe 40 ci-dessous [voir la version intégrale de l'arrêt, disponible sur Hudoc] et sur l'article 449 du code de procédure pénale de 2003.

21. Le 26 avril 2006, le requérant fut arrêté.

22. Le 18 juin 2007, une chambre de première instance de la Cour d'État le déclara coupable du crime de guerre de torture et le condamna à onze années d'emprisonnement en vertu de l'article 173 § 1 du code pénal de 2003. Ce jugement fut confirmé par une chambre d'appel de la Cour d'État le 19 novembre 2007. L'arrêt de la chambre d'appel fut notifié au requérant le 21 décembre 2007.

23. Le 20 février 2008, le requérant forma un recours constitutionnel, qui fut rejeté pour tardiveté le 15 avril 2009.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS ET LES DOCUMENTS INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. Le droit matériel applicable aux affaires de crimes de guerre

1. *Les principes généraux*

24. En vertu de ses pouvoirs d'urgence⁸, le Bureau du Haut-Représentant en Bosnie-Herzégovine a édicté le 24 janvier 2003 le code pénal de 2003. Entré en vigueur le 1^{er} mars 2003, ce code a ensuite été approuvé par l'Assemblée parlementaire de la Bosnie-Herzégovine⁹. En son article 3, il dispose que nul ne peut se voir imposer une peine ou une autre sanction pénale pour un acte qui, lorsqu'il a été commis, n'était pas constitutif d'une infraction pénale en droit national ou international et pour lequel aucune peine n'était prévue par la loi. De plus, en vertu de l'article 4 de ce code, la loi appliquée à l'auteur de l'infraction pénale est celle qui était en vigueur au moment de la commission des faits qui lui sont reprochés mais, si la loi a été modifiée entre-temps, c'est la loi la plus clémente pour lui qui s'applique.

8. Pour plus d'informations sur ces pouvoirs, aussi appelés «pouvoirs de Bonn», voir l'avis sur la situation constitutionnelle en Bosnie-Herzégovine et les pouvoirs du Haut-Représentant adopté par la Commission de Venise (avis n° 308/2004 du 11 mars 2005, document CDL-AD(2005)004).

9. Journal officiel de la Bosnie-Herzégovine, n°s 3/03, 37/03, 32/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 et 8/10.

En janvier 2005, le législateur a ajouté l'article 4a au code pénal de 2003. Comme l'article 7 § 2 de la Convention, cette disposition énonce que les articles 3 et 4 du code ne portent pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux du droit international.

25. Conformément à ces principes, les juridictions internes appliquent, dans les affaires de crimes de guerre, soit le code pénal de 1976¹⁰, soit, s'il est jugé plus clément pour l'auteur des faits, le code pénal de 2003. Les codes intermédiaires des entités (le code pénal de 1998¹¹, de la Fédération de Bosnie-Herzégovine et le code pénal de 2000¹² de la Republika Srpska) n'ayant que rarement, voire jamais, été appliqués dans ce type de cas, ils sont sans pertinence au regard de la présente affaire.

2. Le code pénal de 1976

26. Pendant la guerre de Bosnie-Herzégovine, le code pénal de 1976 était en vigueur dans tout le pays. Il est demeuré en vigueur en Fédération de Bosnie-Herzégovine jusqu'en 1998 et en Republika Srpska jusqu'en 2000 (année au cours de laquelle il a été abrogé et remplacé par les codes des entités mentionnés au paragraphe 25 ci-dessus). En vertu de ce code, les crimes de guerre étaient passibles d'une peine d'emprisonnement de cinq à quinze ans ou, pour les faits les plus graves, de la peine de mort; une peine de vingt ans d'emprisonnement pouvait aussi être imposée au lieu de la peine de mort (articles 37, 38 et 142 du code). Les complices de crimes de guerre (cas de M. Maktouf) devaient en principe être sanctionnés de la même manière que s'ils en avaient été les auteurs, mais il était aussi possible de réduire leur peine pour la ramener à un an d'emprisonnement (articles 24, 42 et 43 du code). Les articles pertinents en l'espèce sont ainsi libellés :

Article 24 § 1

« Quiconque aide intentionnellement un tiers à commettre un acte criminel est puni de la même manière que s'il avait lui-même commis l'acte en question; cependant la peine peut aussi être réduite. »

Article 37 § 2

« La peine de mort ne peut être prononcée que pour les actes criminels les plus graves et si elle est prévue par la loi. »

10. Journal officiel de la République socialiste fédérative de Yougoslavie, n°s 44/76, 36/77, 56/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90 et 45/90.

11. Journal officiel de la Fédération de Bosnie-Herzégovine, n°s 43/98, 2/99, 15/99, 29/00, 59/02 et 19/03.

12. Journal officiel de la Republika Srpska, n°s 22/00, 33/00 et 37/01.

Article 38 §§ 1 et 2

« La durée de la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure à quinze jours ni supérieure à quinze ans.

Le juge peut infliger une peine d'emprisonnement d'une durée de vingt ans pour les actes criminels passibles de la peine de mort. »

Article 42

« Le juge peut infliger une peine inférieure à la peine minimale prévue par la loi ou une sanction moins sévère :

- a) lorsque la loi prévoit que la peine peut être réduite [comme à l'article 24 § 1 du code] ;
- b) lorsqu'il conclut à l'existence de circonstances atténuantes indiquant que le but punitif de la sanction peut être atteint par une peine inférieure. »

Article 43 § 1

« Lorsque sont réunies les conditions permettant la réduction de peine visée à l'article 42 du présent code, le juge réduit la peine dans les limites suivantes :

- a) si la peine minimale prévue pour l'acte incriminé est d'au moins trois ans d'emprisonnement, la peine peut être ramenée à un an ;

(...) »

Article 142 § 1

« Quiconque, en violation des règles du droit international en vigueur en temps de guerre, de conflit armé ou d'occupation, ordonne ou commet (...) des actes de torture, (...) une prise d'otages, (...) est puni d'une peine d'emprisonnement de cinq ans au minimum ou de la peine de mort. »

27. Depuis l'entrée en vigueur de l'Accord de Dayton le 14 décembre 1995, il n'est plus possible de prononcer la peine de mort. En particulier, les annexes 4 et 6 de l'accord stipulent que la Bosnie-Herzégovine et ses entités doivent garantir à toutes les personnes placées sous leur juridiction les droits et libertés reconnus dans la Convention et les Protocoles y relatifs (y compris le Protocole n° 6 concernant l'abolition de la peine de mort) et dans les autres accords internationaux énumérés dans ces annexes (dont le Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort). Les autorités internes ont toujours considéré que ces dispositions signifiaient que nul ne pouvait être condamné à mort ou exécuté en temps de paix, pas même pour des infractions pénales commises pendant la guerre de 1992-1995¹³.

13. Voir la décision CH/97/69 du 12 juin 1998 rendue par la chambre des droits de l'homme dans l'affaire Herak et la décision Kž-58/99 du 16 mars 1999 rendue par la Cour suprême de la Fédération

3. *Le code pénal de 2003*

28. Le code pénal de 2003 punit les crimes de guerre de peines d'emprisonnement allant de dix à vingt ans et les crimes les plus graves de peines d'emprisonnement de longue durée allant de vingt à quarante-cinq ans (articles 42 et 173). Les complices de crimes de guerre (cas de M. Maktouf) doivent être punis de la même manière que s'ils étaient eux-mêmes les auteurs des faits, mais leur peine peut aussi être ramenée à cinq ans d'emprisonnement (articles 31, 49 et 50 du code). Les articles pertinents sont ainsi libellés :

Article 31 § 1

« Quiconque aide intentionnellement un tiers à commettre un acte criminel est puni de la même manière que s'il avait lui-même commis l'acte en question ; cependant la peine peut aussi être réduite. »

Article 42 §§ 1 et 2

« La durée de la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure à trente jours ni supérieure à vingt ans.

Pour les actes criminels les plus graves commis délibérément, une peine allant de vingt à quarante-cinq ans d'emprisonnement (emprisonnement de longue durée) peut exceptionnellement être infligée. »

Article 49

« Le juge peut infliger une peine inférieure à la peine minimale prévue par la loi ou une sanction moins sévère :

- a) lorsque la loi prévoit que la peine peut être réduite [comme à l'article 31 § 1 du code] ;
- b) lorsqu'il conclut à l'existence de circonstances atténuantes indiquant que le but punitif de la sanction peut être atteint par une peine inférieure. »

Article 50 § 1

« Lorsque sont réunies les conditions permettant la réduction de peine visée à l'article 49 du présent code, le juge réduit la peine dans les limites suivantes :

- a) si la peine minimale prévue pour l'acte incriminé est d'au moins dix ans d'emprisonnement, la peine peut être ramenée à cinq ans ;
- (...) »

de Bosnie-Herzégovine dans une affaire de génocide (où une peine de quarante ans d'emprisonnement a été ramenée à une peine de vingt ans).

Article 173 § 1

« Quiconque, en violation des règles du droit international en vigueur en temps de guerre, de conflit armé ou d'occupation, ordonne ou commet (...) des actes de torture, (...) une prise d'otages, (...) est puni d'une peine d'emprisonnement de dix ans au minimum ou d'une peine d'emprisonnement de longue durée. »

4. Les pratiques en matière d'infliction des peines

29. Dans des affaires de crimes de guerre, les juridictions des entités et la Cour d'État ont interprété de différentes manières les principes exposés au paragraphe 24 ci-dessus. À quelques exceptions près¹⁴, les juridictions des entités appliquent en principe le code de 1976. Pour sa part, la Cour d'État a dans un premier temps appliqué le code de 2003 dans toutes les affaires, estimant qu'il était toujours plus clément. En mars 2009, elle a toutefois commencé à suivre une nouvelle approche consistant à déterminer au cas par cas lequel des codes était plus clément pour l'auteur de l'infraction¹⁵. Depuis, elle applique le code de 1976 aux cas les moins graves de crimes de guerre¹⁶ et continue d'appliquer le code de 2003 aux cas les plus graves, qui concernent des faits passibles de la peine de mort en vertu du code de 1976¹⁷, et à chaque fois qu'elle juge que, pour une autre raison, le code de 2003 est plus clément pour l'auteur de l'infraction¹⁸. Il y a lieu de noter que cette nouvelle approche ne concerne que les chambres d'appel de la Cour d'État; les chambres de première instance continuent pour leur part d'appliquer le code de 2003 à toutes les affaires de crimes de guerre. Selon les chiffres communiqués par le Gouvernement (paragraphe 63 ci-dessous), les chambres d'appel ont rendu vingt et une décisions dans des affaires de crimes de guerre entre mars 2009 (début de l'application par la Cour d'État de sa nouvelle approche) et novembre 2012. Elles ont appliqué le code de 1976 dans cinq affaires et le code de 2003 dans les seize autres. Cependant, l'application par une chambre d'appel du code de 1976 n'a pas toujours abouti à une réduction de la peine (dans deux affaires¹⁹, la chambre d'appel

14. Voir, par exemple, l'arrêt Vlahovljak de septembre 2008, dans lequel la Cour suprême de la Fédération de Bosnie-Herzégovine a appliqué le code de 2003.

15. Décision X-KRŽ-06/299 du 25 mars 2009 (affaire Kurtović).

16. Décisions X-KRŽ-09/847 du 14 juin 2011 (affaire Novalić), X-KRŽ-07/330 du 16 juin 2011 (affaire Mihaljević), S1 1 K 002590 11 Krž4 du 1^{er} février 2012 (affaire S.L.), S1 1 K 005159 11 Kžk du 18 avril 2012 (affaire Aškraba) et S1 1 K 003429 12 Kžk du 27 juin 2012 (affaire Osmić).

17. Décisions X-KRŽ-06/431 du 11 septembre 2009 (affaire Kapić) et X-KRŽ-07/394 du 6 avril 2010 (affaire Đukić).

18. Décisions X-KRŽ-08/488 du 29 janvier 2009 (affaire Vrdoljak) et X-KRŽ-06/243 du 22 septembre 2010 (affaire Lazarević).

19. Affaire Kurtović, précitée, et affaire S.L., précitée.

a infligé en vertu du code de 1976 la même peine que celle prononcée par la chambre de première instance en vertu du code de 2003 ; dans une affaire²⁰, elle a même imposé en vertu du code de 1976 une peine plus lourde que celle infligée par la chambre de première instance en vertu du code de 2003).

5. *Commentaires formulés par diverses institutions internationales de défense des droits de l'homme*

30. Il semblerait que l'application décrite au paragraphe précédent de différents codes pénaux dans les affaires de crimes de guerre ait donné lieu à différentes pratiques en matière d'infliction des peines. Selon un rapport publié en 2008 par l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), intitulé « *Moving towards a Harmonized Application of the Law Applicable in War Crimes Cases before Courts in Bosnia and Herzegovina* » (Vers une application harmonisée du droit applicable aux affaires de crimes de guerre devant les juridictions compétentes en Bosnie-Herzégovine), les juridictions des entités imposeraient généralement des peines plus légères que la Cour d'État. Ce rapport se lit ainsi en sa partie pertinente en l'espèce (traduction du greffe) :

« L'application de différents codes pénaux conduit aussi à des différences marquées entre les peines infligées pour crimes de guerre par les juridictions de l'État d'une part et par celles des entités d'autre part. Cette situation découle des différences importantes existant entre les peines applicables en vertu des différents codes. Par exemple, une juridiction d'une entité a condamné un accusé reconnu coupable de traitements cruels à l'égard de prisonniers à une peine d'emprisonnement d'un an et huit mois alors que la Cour d'État a condamné un autre accusé auquel étaient reprochés des actes similaires à une peine d'emprisonnement de dix ans et demi. En moyenne, les peines imposées par la [Cour d'État] dans les affaires de crimes de guerre sont près de deux fois plus lourdes que celles infligées par les juridictions des entités. »

31. Dans un rapport de 2011 intitulé « *Delivering Justice in Bosnia and Herzegovina* » (Rendre la justice en Bosnie-Herzégovine), l'OSCE estimait que l'application de différents codes pénaux au niveau de l'État d'une part et des entités d'autre part pouvait être problématique pour certains types d'affaires de crimes de guerre. En sa partie pertinente en l'espèce, ce rapport est ainsi libellé (traduction du greffe) :

« Certes, on peut admettre que la question de savoir quel code pénal appliquer dans les affaires de crimes de guerre soit appréciée au cas par cas. Dans bien des affaires jugées par les juridictions des entités, l'application du code [de 1976] ne constitue pas un problème grave en pratique. En général, l'application de différents codes porte atteinte

20. Affaire Novalić, précitée.

au principe de l'égalité devant la loi dans les affaires dans lesquelles, en se fondant sur le code [de 2003], le juge pourrait condamner l'accusé à une peine supérieure à la peine maximale de quinze ou vingt ans prévue par le code [de 1976]. Dans ces affaires, on peut dire que l'application du code [de 1976] ne permet pas aux juges d'imposer une peine proportionnée à la gravité des crimes commis et, en outre, que les peines ne sont pas harmonisées avec celles prononcées en pratique au niveau national. Une autre catégorie d'affaires dans lesquelles l'application du code [de 1976] est problématique est celle des affaires où la conduite de l'accusé relèverait plutôt de la notion de crime contre l'humanité ou de la théorie de la responsabilité du commandement, qui ne sont expressément prévues que dans le code [de 2003].»

32. Dans ses observations finales concernant le deuxième rapport périodique de la Bosnie-Herzégovine (CCPR/C/BIH/CO/2, 13 novembre 2012), le Comité des droits de l'homme des Nations unies a exprimé des préoccupations analogues (au paragraphe 7) :

« Le Comité donne acte à l'État partie de ses initiatives visant à régler les affaires de crimes de guerre, comme la mise en œuvre de la Stratégie nationale de poursuite des faits de crimes de guerre, mais il est toujours préoccupé par la lenteur avec laquelle les dossiers progressent, en particulier les affaires de violences sexuelles, et par le fait que les victimes de tels crimes ne reçoivent aucun soutien. Le Comité note aussi avec préoccupation que rien n'est fait pour essayer d'harmoniser la jurisprudence dans les affaires de crimes de guerre entre les entités et que les tribunaux des entités appliquent le code pénal, aujourd'hui archaïque, de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie lequel, entre autres choses, ne contient pas de dispositions relatives à la définition des crimes contre l'humanité, à la responsabilité des supérieurs hiérarchiques, à l'esclavage sexuel et aux grossesses forcées. Le Comité craint que cela ne nuise à la cohérence des jugements entre les entités (articles 2 et 14).

L'État partie devrait accélérer les poursuites dans les affaires de crimes de guerre. Il devrait également continuer à assurer un soutien psychologique adéquat aux victimes de violences sexuelles, en particulier pendant le déroulement des procès. Il devrait de plus veiller à ce que les autorités judiciaires dans toutes les entités s'efforcent activement d'harmoniser la jurisprudence dans les affaires de crimes de guerre et à ce que pour les inculpations de crimes de guerre, ce ne soit pas l'ancien code pénal de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie qui s'applique étant donné que celui-ci ne reconnaît pas certaines infractions comme constitutives de crimes contre l'humanité.»

33. Dans son avis sur la sécurité juridique et l'indépendance du pouvoir judiciaire en Bosnie-Herzégovine (avis n° 648/2011 du 18 juin 2012), la Commission de Venise a estimé que l'existence de plusieurs ordres juridiques différents et la fragmentation du système judiciaire faisaient qu'il était difficile pour la Bosnie-Herzégovine de satisfaire, notamment, aux exigences de cohérence de sa législation et de sa jurisprudence.

(...)

EN DROIT

(...)

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 7 DE LA CONVENTION

54. Sur le terrain de l'article 7 de la Convention, les deux requérants se plaignent de s'être vu appliquer une loi pénale plus sévère que celle qui était applicable au moment de la commission des infractions pénales dont ils ont été reconnus coupables. L'article 7 est ainsi libellé :

« 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. »

A. Remarque liminaire

55. Les violations graves du droit international humanitaire relevant de la compétence de la Cour d'État peuvent être classées en deux catégories. Certains crimes, notamment les crimes contre l'humanité, ne sont prévus dans le droit national que depuis 2003. Pour des faits relevant de cette catégorie, la Cour d'État et les juridictions des entités n'ont donc pas d'autre choix que d'appliquer le code pénal de 2003 (voir les documents internationaux cités aux paragraphes 31 et 32 ci-dessus). À cet égard, la Cour rappelle que dans l'affaire *Šimšić c. Bosnie-Herzégovine* ((déc.), n° 51552/10, 10 avril 2012), où le requérant se plaignait d'avoir été reconnu coupable en 2007 de crimes contre l'humanité pour des actes commis en 1992, elle a examiné ce grief, notamment sous l'angle de l'article 7 de la Convention, et l'a déclaré manifestement mal fondé, estimant dépourvu de pertinence le fait que les crimes contre l'humanité ne constituaient pas des infractions d'après le droit national pendant la guerre de 1992-1995 puisqu'ils constituaient clairement des infractions au regard du droit international à cette époque. Cela étant, les crimes de guerre perpétrés par les requérants en l'espèce constituaient bien des infractions pénales au regard du droit national au moment où ils ont été commis. La présente affaire soulève donc des questions entièrement différentes de celles de l'affaire *Šimšić*.

(...)

C. Sur le fond

1. Thèses des parties

a) Les requérants

61. Les requérants affirment que la prohibition de l'application rétroactive du droit pénal au détriment de l'accusé est une règle bien établie tant en droit international qu'en droit national. Ils considèrent que, plus sévère que celui de 1976 en ce qui concerne les peines minimales applicables aux faits de crime de guerre, le code pénal de 2003 n'aurait pas dû leur être appliqué. Citant à l'appui de cette thèse quelques affaires dans lesquelles la Cour d'État aurait considéré que le code de 1976 était plus clément (paragraphe 29 ci-dessus), ils reprochent à cette juridiction de ne pas avoir appliqué ce code de manière cohérente. Ils estiment par ailleurs que leurs condamnations ont été prononcées uniquement sur la base du droit national et que dès lors la référence faite par le Gouvernement aux « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » visés à l'article 7 § 2 est trompeuse. Ils soutiennent que leur affaire se distingue de celles évoquées par le Gouvernement et par le tiers intervenant (*S.W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, série A n° 335-B, et *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98, CEDH 2001-II). L'affaire *S.W. c. Royaume-Uni*, notamment, aurait concerné un phénomène d'élaboration progressive du droit pénal par une ligne de jurisprudence qui se serait développée sur plusieurs années et qui aurait cherché à tenir compte de l'évolution de la société. Cette situation serait clairement différente de l'adoption d'une nouvelle loi prévoyant des peines plus lourdes pour certaines infractions pénales, comme ce serait le cas en l'espèce. Les requérants ajoutent que les États doivent s'abstenir de changer leurs lois à la suite de tel ou tel événement pour punir les personnes y ayant trempé, aussi critiquables que puissent être les actes commis.

b) Le Gouvernement

62. Citant la décision *Karmo c. Bulgarie* (n° 76965/01, 9 février 2006), le Gouvernement soutient que le code pénal de 2003 était plus clément pour les requérants que le code pénal de 1976, puisqu'il ne prévoyait pas la peine de mort. Il arguë à cet égard que la Cour constitutionnelle de la Bosnie-Herzégovine a exprimé le même avis en l'espèce (paragraphe 15 ci-dessus). Il ajoute que même si le code de 2003 n'avait pas été plus clément pour les requérants, il aurait néanmoins été justifié de le leur appliquer, pour les raisons suivantes. Premièrement, l'article 7 § 2 de la Convention

ménagerait une exception à la règle de la non-rétroactivité des délits et des peines énoncée à l'article 7 § 1 (le Gouvernement cite à l'appui de cette thèse la décision *Naletilić c. Croatie*, n° 51891/99, CEDH 2000-V). En d'autres termes, selon le Gouvernement, si au moment de sa commission, l'action était criminelle tant d'après les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » que d'après le droit national, une peine plus lourde que celle applicable en droit national au moment des faits pourrait être imposée. Or il serait clair que les actes commis par les requérants dans la présente affaire étaient criminels en vertu des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Dès lors, la règle de la non-rétroactivité des peines ne s'appliquerait pas à leur cas et il aurait été possible de leur imposer n'importe quelle peine. Deuxièmement, l'intérêt de la justice commanderait d'écarter le principe de non-rétroactivité dans la présente affaire (le Gouvernement renvoie sur ce point aux arrêts *S.W. c. Royaume-Uni* et *Streletz, Kessler et Krenz*, précités, et à l'obligation que ferait le droit international humanitaire de punir de manière adéquate les auteurs de crimes de guerre). Le Gouvernement considère en effet que ce principe ne doit pas être appliqué avec rigidité, certaines situations historiques exigeant selon lui qu'on lui apporte des tempéraments, de manière à ne pas porter atteinte au principe d'équité.

63. En ce qui concerne la question de savoir si la Cour d'État a modifié sa pratique en matière d'infliction des peines dans les affaires de crimes de guerre, le Gouvernement admet que le code de 1976 a été appliqué à diverses reprises depuis mars 2009 (paragraphe 29 ci-dessus). Il affirme toutefois que c'est toujours le code de 2003 qui est appliqué dans la plupart des affaires. Ainsi, la Cour d'État aurait rendu 102 décisions entre mars 2009 et novembre 2012 (59 en chambre de première instance et 43 en chambre d'appel). Dans ces décisions, les chambres de première instance auraient toujours appliqué le code de 2003, et les chambres d'appel l'auraient appliqué dans toutes les affaires de crimes contre l'humanité et de génocide. Dans les affaires de crimes de guerre, les chambres d'appel auraient appliqué le code de 1976 dans cinq affaires et le code de 2003 dans seize affaires. Le Gouvernement désapprouve l'approche adoptée dans les cinq affaires susmentionnées et estime que la Cour d'État aurait dû appliquer le code de 2003 dans toutes les affaires de crimes de guerre.

c) Le tiers intervenant

64. Les observations communiquées par le Bureau du Haut-Représentant en novembre 2012 vont dans le même sens que celles du Gouvernement. En particulier, le Bureau du Haut-Représentant estime, comme le Gouvernement, que les actes commis par les requérants dans

la présente affaire étaient criminels d'après les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » et que, par conséquent, la règle de la non-rétroactivité des peines ne s'applique pas en l'espèce. Il souligne également que, bien que le code de 2003 ait été appliqué dans cette affaire, les peines des requérants s'inscrivent tant dans la fourchette prévue par le code de 1976 que dans celle prévue par le code de 2003. Enfin, il renvoie aux observations finales concernant le deuxième rapport périodique de la Bosnie-Herzégovine du Comité des droits de l'homme des Nations unies (CCPR/C/BIH/CO/2) citées au paragraphe 32 ci-dessus.

2. *Appréciation de la Cour*

65. La Cour rappelle d'emblée qu'elle n'a pas pour tâche d'examiner *in abstracto* la question de savoir si l'application rétroactive du code de 2003 dans les affaires de crimes de guerre est, en soi, incompatible avec l'article 7 de la Convention. Cette question doit être examinée au cas par cas compte tenu des circonstances propres à chaque affaire et, notamment, du point de savoir si les juridictions internes ont appliqué la loi dont les dispositions étaient les plus favorables à l'accusé (*Scoppola [c. Italie (n° 2)]* [GC], n° 10249/03], § 109 [17 septembre 2009]).

66. Les principes généraux concernant l'article 7 ont été récemment rappelés dans l'arrêt *Kononov c. Lettonie* ([GC], n° 36376/04, § 185, CEDH 2010) :

« La garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation en cas de guerre ou d'autre danger public. Ainsi qu'il découle de son objet et de son but, on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, condamnations et sanctions arbitraires. L'article 7 ne se borne donc pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au désavantage de l'accusé : il consacre aussi, d'une manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, notamment par analogie. Il en résulte qu'une infraction doit être clairement définie par la loi. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale.

La notion de « droit » (« *law* ») utilisée à l'article 7 correspond à celle de « loi » qui figure dans d'autres articles de la Convention, celle-ci englobant le droit écrit comme non écrit et impliquant des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité. En ce qui concerne la prévisibilité, la Cour rappelle que, aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe immanquablement un élément d'interprétation

judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation. D'ailleurs, il est solidement établi dans la tradition juridique de certains États parties à la Convention que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal. On ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible (*Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n^{os} 34044/96, 35532/97 et 44801/98, § 50, CEDH 2001-II, *K.-H.W. c. Allemagne* [GC], n^o 37201/97, § 85, 22 mars 2001, *Jorgic c. Allemagne*, n^o 74613/01, §§ 101-109, CEDH 2007-III, et *Korbely c. Hongrie* [GC], n^o 9174/02, §§ 69-71, CEDH 2008).»

67. Quant au cas d'espèce, la Cour observe que la définition des crimes de guerre est la même à l'article 142 § 1 du code pénal de 1976, qui était applicable lorsque les infractions ont été commises, et à l'article 173 § 1 du code pénal de 2003, qui a été appliqué de manière rétroactive dans la présente affaire (paragraphes 26 et 28 ci-dessus). De plus, les requérants ne nient pas que leurs actes étaient constitutifs d'infractions pénales définies avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité au moment où ils les ont commis. La régularité du verdict de culpabilité n'est donc pas ici en cause.

68. Cependant, la Cour note aussi que les deux codes pénaux prévoient des éventails de peines différents pour les crimes de guerre. En vertu du code de 1976, les crimes de guerre étaient passibles d'une peine d'emprisonnement de cinq à quinze ans ou, pour les cas les plus graves, de la peine de mort (article 142 § 1 combiné avec les articles 37 § 2 et 38 § 1 du code). Une peine de vingt ans d'emprisonnement pouvait aussi être imposée au lieu de la peine de mort (article 38 § 2). Les complices de crimes de guerre, comme M. Maktouf, devaient être punis comme s'ils étaient eux-mêmes les auteurs des crimes en question, mais leur peine pouvait aussi être ramenée à un an d'emprisonnement (article 42 combiné avec les articles 24 § 1 et 43 § 1). En vertu du code de 2003, les crimes de guerre sont punis d'une peine d'emprisonnement de dix à vingt ans ou, pour les cas les plus graves, d'une peine d'emprisonnement de longue durée de vingt à quarante-cinq ans (article 173 § 1 combiné avec l'article 42 §§ 1 et 2). Les complices de crimes de guerre, comme M. Maktouf, doivent être punis comme s'ils étaient eux-mêmes les auteurs des crimes en question, mais leur peine peut être ramenée à cinq ans d'emprisonnement (article 49 combiné avec les articles 31 § 1 et 50 § 1). Tout en indiquant que la peine de l'intéressé devait être ramenée au minimum possible (paragraphe 14 ci-dessus), la Cour d'État a condamné M. Maktouf à cinq ans d'emprisonnement, peine minimale que prévoyait le code de 2003. Si elle avait appliqué le code de 1976, elle aurait pu le condamner à un an d'emprisonnement. M. Damjanović a pour sa part été condamné à une peine de onze ans d'emprisonnement, légèrement

supérieure à la peine minimale de dix ans. Si elle avait appliqué le code de 1976, la Cour d'État aurait pu imposer une peine de cinq ans seulement.

69. En ce qui concerne l'argument du Gouvernement consistant à dire que le code de 2003 était plus clément pour les requérants que le code de 1976 dès lors qu'il ne prévoyait pas la peine de mort, la Cour observe que seuls les cas les plus graves de crimes de guerre étaient passibles de la peine de mort en vertu du code de 1976 (paragraphe 26 ci-dessus). Ni l'un ni l'autre des requérants n'ayant été reconnu pénalement responsable du moindre décès, les infractions pour lesquelles ils ont été condamnés ne relevaient clairement pas de cette catégorie. De fait, ainsi que la Cour l'a observé ci-dessus, M. Maktouf s'est vu infliger la peine la plus légère possible en vertu du code de 2003 et M. Damjanović une peine tout juste supérieure à la peine minimale fixée par le même code pour les crimes de guerre. Dans ces conditions, il est particulièrement important en l'espèce de déterminer quel était le code le plus clément quant à la peine minimale, et c'est sans conteste celui de 1976. Pareille approche a d'ailleurs été adoptée au moins par certaines des chambres d'appel de la Cour d'État dans des affaires récentes (paragraphe 29 ci-dessus).

70. Il est vrai que les peines imposées aux requérants en l'espèce s'inscrivaient aussi bien dans la fourchette prévue par le code pénal de 1976 que dans celle prévue par le code pénal de 2003. On ne peut donc pas dire avec certitude que l'un ou l'autre se serait vu infliger une peine plus légère si l'ancien code avait été appliqué au lieu du nouveau (voir, *a contrario*, *Jamil c. France*, 8 juin 1995, série A n° 317-B, *Gabbarri Moreno c. Espagne*, n° 68066/01, 22 juillet 2003, et *Scoppola*, précité). Le point crucial, cependant, est que les intéressés auraient pu se voir imposer des peines plus légères si le code de 1976 leur avait été appliqué. Ainsi que la Cour l'a relevé au paragraphe 68 ci-dessus, la Cour d'État a indiqué, lorsqu'elle a prononcé la peine de M. Maktouf, que cette peine devait être ramenée au minimum fixé par le code de 2003. De même, M. Damjanović s'est vu infliger une peine proche de la peine minimale. Il y a lieu de noter en outre que, dans l'approche qu'elles ont adoptée dans certaines affaires de crimes de guerre plus récentes (paragraphe 29 ci-dessus), les chambres d'appel de la Cour d'État, considérant justement qu'il convenait d'appliquer les dispositions les plus clémentes pour la fixation des peines, ont choisi de faire usage du code de 1976 plutôt que de celui de 2003. Partant, dès lors qu'il existe une possibilité réelle que l'application rétroactive du code de 2003 ait joué au détriment des requérants en ce qui concerne l'infliction de la peine, on ne saurait dire que ceux-ci aient bénéficié, conformément à l'article 7 de la Convention, de garanties effectives contre l'imposition d'une peine plus lourde.

71. La Cour ne peut accepter la thèse du Gouvernement selon laquelle on trouve dans l'affaire *Karmo* (décision précitée) des éléments pertinents pour l'appréciation de la présente espèce. Les deux affaires sont très différentes l'une de l'autre. Alors que les requérants en l'espèce ont été condamnés à des peines d'emprisonnement relativement courtes, le requérant dans l'affaire *Karmo* avait été condamné à mort. Dans cette dernière affaire, la question était de savoir s'il était contraire à l'article 7 de commuer cette peine en une peine d'emprisonnement à vie à la suite de l'abolition de la peine de mort en 1998. La Cour a considéré que tel n'était pas le cas et elle a rejeté pour défaut manifeste de fondement le grief tiré de l'article 7.

72. La Cour ne peut pas non plus souscrire à l'argument du Gouvernement consistant à dire que si, au moment de sa commission, une action était criminelle d'après les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », au sens de l'article 7 § 2 de la Convention, la règle de la non-rétroactivité des délits et des peines ne trouve pas à s'appliquer. Cet argument ne cadre pas avec les travaux préparatoires, d'où il ressort que l'article 7 § 1 peut être considéré comme exposant la règle générale de la non-rétroactivité et que l'article 7 § 2 n'est qu'une précision contextuelle du volet de cette règle relatif à la responsabilité, ajoutée pour lever tout doute concernant la validité des poursuites engagées après la Seconde Guerre mondiale contre les auteurs d'exactions commises pendant cette guerre (*Kononov*, précité, § 186). Ainsi, il est clair que les auteurs de la Convention n'avaient pas l'intention de ménager une exception générale à la règle de la non-rétroactivité. La Cour a d'ailleurs dit dans plusieurs affaires que les deux paragraphes de l'article 7 étaient liés et devaient faire l'objet d'une interprétation concordante (voir, par exemple, *Tess c. Lettonie* (déc.), n° 34854/02, 12 décembre 2002, et *Kononov*, précité, § 186).

73. La Cour ne peut davantage admettre la référence faite à cet égard par le Gouvernement aux affaires *S.W. c. Royaume-Uni* et *Streletz, Kessler et Krenz* (précitées). La présente affaire ne concerne pas une question d'élaboration progressive du droit pénal par l'interprétation judiciaire, comme c'était le cas dans l'affaire *S.W. c. Royaume-Uni*. Elle n'a pas non plus trait à une pratique de l'État qui ne serait pas conforme à son droit écrit ou non écrit. Dans l'affaire *Streletz, Kessler et Krenz*, les actes des requérants étaient, au moment de leur commission, constitutifs d'infractions définies avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par le droit pénal de la République démocratique allemande, mais les dispositions correspondantes étaient restées inappliquées jusqu'au changement de régime en 1990.

74. La Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner en détail l'argument supplémentaire du Gouvernement selon lequel l'obligation que ferait le droit international humanitaire de sanctionner de manière adéquate les crimes de guerre commanderait d'écarter la règle de la non-rétroactivité des délits et des peines en l'espèce. Il suffit d'observer que cette règle figure aussi dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels (...) De plus, dès lors que les peines des requérants s'inscrivaient tant dans la fourchette prévue par le code de 1976 que dans celle prévue par le code pénal de 2003, la Cour juge manifestement infondé l'argument du Gouvernement consistant à dire que l'ancien code n'aurait pas permis de punir les intéressés de manière adéquate.

75. Enfin, si la Cour admet en principe que, comme le plaide le Gouvernement, les États sont libres de décider de leur propre politique pénale (*Achour c. France* [GC], n° 67335/01, § 44, CEDH 2006-IV, et *Ould Dah c. France* (déc.), n° 13113/03, CEDH 2009), il n'en reste pas moins qu'ils doivent respecter ce faisant les règles énoncées à l'article 7.

D. Conclusion

76. Partant, la Cour considère qu'il y a eu violation de l'article 7 de la Convention dans les circonstances particulières de l'espèce. Cette conclusion doit être comprise comme signifiant non pas que des peines plus légères auraient dû être imposées, mais simplement que pour ce qui est de la fixation des peines ce sont les dispositions du code de 1976 qui auraient dû être appliquées aux requérants.

(...)

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

85. 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 matériel

86. M. Maktouf se plaint que son procès et la peine qui lui a été infligée l'ont mis dans l'incapacité de gérer son entreprise. Il estime avoir ainsi subi un préjudice de 500 000 euros (EUR).

87. Le Gouvernement objecte que cette prétention n'est étayée par aucun élément.

88. Partageant l'avis du Gouvernement, la Cour rejette la demande.

B. Dommage moral

89. M. Maktouf sollicite 100 000 EUR pour dommage moral. M. Damjanović demande lui aussi une indemnité pour dommage moral, sans toutefois indiquer la somme qui lui semblerait équitable.

90. Le Gouvernement considère que la demande de M. Maktouf est excessive.

91. Étant donné qu'il n'est pas certain que les requérants auraient effectivement été condamnés à des peines inférieures si le code appliqué avait été celui de 1976 (voir, *a contrario*, *Ecer et Zeyrek c. Turquie*, n^{os} 29295/95 et 29363/95, CEDH 2001-II, et *Scoppola c. Italie (n^o 2)* [GC], n^o 10249/03, 17 septembre 2009), la Cour estime, dans les circonstances particulières de l'espèce, que le constat de violation représente en soi une satisfaction équitable suffisante pour tout dommage moral pouvant avoir été subi par les requérants.

(...)

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare irrecevable*, à la majorité, le grief tiré de l'article 6 de la Convention ;
2. *Déclare irrecevable*, à la majorité, le grief tiré des articles 14 combiné avec l'article 7 de la Convention et 1 du Protocole n^o 12 ;
3. *Déclare recevable*, à l'unanimité, le grief tiré de l'article 7 de la Convention ;
4. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 7 de la Convention ;
- (...)
6. *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 18 juillet 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 de la juge Ziemele ;

- opinion concordante de la juge Kalaydjieva;
- opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque, à laquelle se rallie le juge Vučinić.

D.S.
M.O'B.

OPINION CONCORDANTE DE LA JUGE ZIEMELE

(Traduction)

1. Je souscris au résultat auquel la Cour est parvenue en l'espèce. En même temps, il est une partie du raisonnement suivi par la Grande Chambre que je ne partage pas. En substance, le problème est de savoir si le principe fondamental de droit pénal qu'est l'application de la peine la plus douce lorsque les tribunaux peuvent légalement choisir entre deux textes de loi pour la détermination de la peine s'applique également dans le cas des condamnations pour crime de guerre et si les juridictions compétentes de Bosnie-Herzégovine ont envisagé à la lumière de ce principe les options qui s'ouvraient à elles pour la détermination de la peine à infliger aux requérants en l'espèce.

2. J'ai notamment quelque difficulté avec les termes employés au paragraphe 72 de l'arrêt. La Cour y explique que la thèse du Gouvernement consistait à dire que dès lors que les requérants avaient été poursuivis et condamnés pour des crimes de guerre, reconnus comme tels en droit international, le principe *nulla poena sine lege* ne trouvait pas à s'appliquer. La Cour rejette cette proposition, estimant qu'elle s'analyse en une lecture beaucoup trop large de l'exception prévue par l'article 7 § 2. Or, premièrement, même si le gouvernement défendeur a effectivement soumis un tel argument pour sa défense, l'affaire ne concerne pas réellement l'application rétroactive de la loi dans les circonstances de la présente espèce. Il n'est pas douteux que les actes imputés aux requérants constituaient des crimes tant en vertu du code pénal de 1976 qu'en vertu du code pénal de 2003. Il est clair par ailleurs que les actes en question constituaient des crimes internationaux à l'époque de leur commission (paragraphe 67 de l'arrêt). Les principes clarifiés dans le contexte de l'affaire *Kononov c. Lettonie* ([GC] n° 36376/04, CEDH 2010), qui concernait des crimes commis durant la Seconde Guerre mondiale qui avaient été poursuivis plusieurs décennies plus tard et dans le cadre de laquelle la question se posait ainsi clairement de savoir si le requérant aurait pu prévoir que ses actes seraient poursuivis en vertu du droit international ou national, n'étaient clairement pas en jeu dans la présente affaire.

3. Je tiens à souligner que la question de la portée et de la nature du principe *nulla poena sine lege* appliqué en droit pénal international est particulièrement complexe et impossible à épuiser en quelques lignes (voir, par exemple, Ch. Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, Inc., 2003, p. 202, et A. Cassese, *International Criminal Law*, 2^e édition, Oxford University Press,

2008, p. 442). Qu'il suffise de noter que les principales conventions en la matière renvoient aux sanctions prévues par le droit pénal interne. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale a défini pour la première fois les peines pouvant être prononcées par cette juridiction. Les auteurs faisant autorité en la matière considèrent généralement que « les principes de légalité dans le domaine du droit pénal international sont différents de leurs équivalents dans les systèmes juridiques nationaux (...) Ils sont nécessairement *sui generis* parce qu'il leur faut ménager un équilibre entre la préservation de la justice et l'équité pour l'accusé d'une part et la préservation de l'ordre du monde d'autre part (...) » (Ch. Bassiouni, précité, p. 202). La Cour a déjà eu à se pencher sur cette dichotomie complexe dans plusieurs affaires.

4. Plus récemment, eu égard à un consensus croissant relativement à l'obligation générale pour les États, d'une part, de poursuivre les auteurs des crimes internationaux les plus graves conformément à leurs obligations internationales et aux exigences correspondantes de leur droit national, et, d'autre part, de combattre l'impunité (Ensemble de principes actualisés pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité (E/CN.4/2005/102/Add.1, Nations unies, 8 février 2005), la Cour a dû tenir compte de ces données du droit international dans l'application des articles pertinents de la Convention (voir, par exemple, *Association «21 Décembre 1989» et autres c. Roumanie*, nos 33810/07 et 18817/08, 24 mai 2011). C'est dans ce contexte que l'argument du Gouvernement consistant à dire que la sévérité de la peine infligée doit refléter la gravité du crime est pertinent. Cela étant, la présente espèce ne concerne pas l'ensemble de ces questions difficiles, et l'axe principal de l'argumentation du Gouvernement n'aborde pas le cœur de la question en l'espèce.

5. Le Gouvernement reconnaît que depuis 2009 la Cour d'État applique soit le code de 1976, soit celui de 2003 pour déterminer les peines à infliger (paragraphe 63 de l'arrêt) et explique qu'il n'approuve pas cette démarche. C'est là que réside le vrai problème. La question principale qui se posait à la Cour était de savoir si, lorsqu'elle a statué sur les affaires des requérants, la Cour d'État avait recherché quel code prévoyait la peine la plus douce pour les crimes imputés aux requérants. Or il semble que la Cour d'État ne se livrait pas à pareille appréciation, en tout cas à l'époque où les présentes espèces ont été jugées et avant 2009, et c'est sur la base de cet élément limité que j'ai conclu à la violation de l'article 7. Je considère que les spéculations de la Cour sur le point de savoir ce qu'aurait pu être la peine si le code de 1976 avait été appliqué sortent du champ d'application de l'article 7.

OPINION CONCORDANTE DE LA JUGE KALAYDJIEVA

(Traduction)

Je suis d'accord avec la majorité pour dire qu'il y a eu violation de l'article 7 de la Convention. À mon avis, cette conclusion ne découle que de l'incertitude générée par le fait que, au moment du procès des requérants, deux codes pénaux différents s'appliquaient en parallèle sans qu'aucune règle ne précise lequel des deux devait être appliqué à leur affaire. Selon moi, l'article 7 commande que l'on puisse prévoir non seulement si un acte donné est passible de sanctions au moment où il est commis, mais aussi la peine qui sera imposable au moment où l'auteur de cet acte sera jugé. En raison de l'existence parallèle de deux codes prévoyant des fourchettes de peine différentes, cette prévisibilité était absente.

En revanche, étant donné que la peine infligée aux requérants en l'espèce est demeurée dans la fourchette commune aux deux codes (paragraphe 69 de l'arrêt), il paraît aussi spéculatif de dire que « [l]e point crucial [au regard de l'appréciation du respect de l'article 7] est que les intéressés auraient pu se voir imposer des peines plus légères si le code de 1976 leur avait été appliqué » (paragraphe 70 de l'arrêt) qu'il le serait de tenter de déterminer si les juridictions internes auraient pu en fait acquitter les requérants. Sur ce point, le raisonnement de la majorité peut être interprété comme une démarche de quatrième instance consistant à examiner le point de savoir quelle aurait pu être la peine la plus appropriée. De plus, un débat sur l'adéquation de la peine imposée me paraît relever plutôt d'un examen sous l'angle de l'article 6 de griefs relatifs à l'équité et à l'issue de la procédure interne. Or la Cour a déclaré ces griefs manifestement mal fondés. Rien dans ces affaires ne permet de dire que les juridictions internes n'auraient pas imposé les mêmes peines en appliquant le code pénal de 2003.

OPINION CONCORDANTE
DU JUGE PINTO DE ALBUQUERQUE,
À LAQUELLE SE RALLIE LE JUGE VUČINIĆ

(Traduction)

1. L'interdiction des lois pénales rétroactives et l'effet rétroactif de la loi pénale plus clément (*lex mitior*) sont des questions perpétuelles de la justice humaine. Au vu des caractéristiques structurelles de l'organisation du ministère public et de la justice en Bosnie-Herzégovine et de la nature particulière des chambres de la Cour d'État de la Bosnie-Herzégovine compétentes pour connaître des crimes de guerre, les affaires *Maktouf* et *Damjanović* appellent une réflexion plus large sur ces questions dans le cadre du droit international des droits de l'homme, compte tenu aussi des avancées récentes du droit pénal international et du droit humanitaire et de l'état actuel de la pratique nationale. Ce n'est qu'à l'issue d'une telle réflexion que je serai en mesure de parvenir à une conclusion sur cette affaire.

L'interdiction de l'application rétroactive de la loi pénale

2. La garantie du rôle préventif du droit pénal, la séparation des pouvoirs de l'État et la protection contre l'exercice arbitraire des pouvoirs publics sont les buts du principe *nullum crimen sine lege praevia*. La dissuasion des comportements criminels ne peut être accomplie que si les citoyens ont connaissance de l'incrimination légale de certains agissements avant de les commettre. Une peine rétroactive ne peut empêcher la commission d'une action ou d'une inaction passées : elle constitue donc une intrusion arbitraire de l'État dans les libertés des citoyens¹.

De l'interdiction d'appliquer de manière rétroactive les dispositions créant de nouvelles infractions pénales découle logiquement l'interdiction d'appliquer de manière rétroactive une loi pénale plus sévère (*lex gravior*). Si l'on ne peut appliquer la loi pénale aux faits survenus avant son entrée en vigueur, on ne peut pas non plus sanctionner la commission d'une infraction pénale par des peines qui n'existaient pas au moment où l'infraction a été

1. Article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789) : « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. » En définitive, ce principe résulte du principe de liberté énoncé à l'article 4 de la même déclaration : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. »

commise ou qui sont plus sévères que celles applicables à l'époque. Dans l'un et l'autre cas, l'infliction rétroactive d'une peine nouvelle ou plus lourde serait arbitraire².

3. L'acceptation universelle du principe de non-rétroactivité de la loi pénale en ce qui concerne l'incrimination et la sanction en temps de paix se traduit par sa présence à l'article 11 § 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme³, l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme (« la Convention »)⁴, l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁵, l'article 9 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme⁶, l'article 7 § 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples⁷, l'article 40 § 2 a) de la Convention relative aux droits de l'enfant⁸, les articles 11 et 24 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (le Statut de Rome)⁹, l'article 49 de la Charte des droits

2. Beccaria, *Des délits et des peines*, 1764, chapitre 3 (traduction de M. Chaillou de Lisy, Paris, 1773) : « [C]haque magistrat faisant lui-même partie de la société, aucun ne peut, avec justice, infliger une peine à un autre membre de la société, si elle n'est déjà fixée par la loi. Ce serait en effet ajouter un châtimeut nouveau à celui qui est déjà déterminé, et c'est ce que le zèle ou le prétexte du bien public ne doit point autoriser. »

3. Cette déclaration a été adoptée par une résolution de l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948 (48 voix à 0 et 8 abstentions). Quelques années auparavant, dans son avis consultatif – fondateur – du 4 décembre 1935 sur la compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la constitution de la Ville libre (série A/B, fascicule n° 65, p. 57), la Cour permanente de justice internationale s'était exprimée ainsi : « Les individus doivent pouvoir se rendre compte d'avance du caractère licite ou punissable de leurs actes. » C'était là la toute première affirmation de ce principe par une juridiction internationale.

4. La Convention européenne des droits de l'homme a été ouverte à la signature le 4 novembre 1950, 47 États y sont parties. Voir, sur ce principe, *Kokkinakis c. Grèce* (25 mai 1993, § 52, série A n° 260-A), *C.R. c. Royaume-Uni* (22 novembre 1995, §§ 34, 40-42, série A n° 335-C) et *Cantoni c. France* (n° 17862/91, §§ 33 et 35, 15 novembre 1996).

5. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques a été adopté par une résolution de l'Assemblée générale des Nations unies le 16 décembre 1966, 167 États (dont l'État défendeur) y sont parties. Il n'a fait l'objet d'aucune réserve quant au principe de non-rétroactivité des délits et des peines.

6. La Convention américaine relative aux droits de l'homme a été adoptée le 22 novembre 1969, 23 États y sont parties. Voir, sur ce principe, l'affaire *Castillo Petruzzi et al.*, § 121 (arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme du 30 mai 1999, sur une requête dirigée contre le Pérou).

7. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a été adoptée le 27 juin 1981, 53 États y sont parties. Voir Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communications n° 105/93, 128/94, 130/94 et 152/96, *Media Rights Agenda et Constitutional Rights Project c. Nigéria* (1998), § 59 : « Les citoyens sont censés obéir aux lois de façon très stricte. Dans la mesure où des changements interviendraient avec ces effets rétroactifs, la primauté du droit en souffrirait, car personne ne pourrait savoir, à un moment donné, si tel ou tel acte est légal ou non. Cette situation constitue une incertitude intolérable pour tout citoyen soucieux du droit, qu'il soit menacé ou non d'une punition. »

8. La Convention relative aux droits de l'enfant a été adoptée par une résolution de l'Assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1989, 193 États (dont l'État défendeur) y sont parties. Seuls deux États membres de l'Organisation des Nations unies ne l'ont pas ratifiée et il n'a été déposé aucune réserve expresse à son article 40 § 2 a).

9. Le Statut de Rome a été adopté le 17 juillet 1998, 122 États (dont l'État défendeur) y sont parties.

fondamentaux de l'Union européenne¹⁰ et l'article 15 de la Charte arabe des droits de l'homme révisée¹¹.

4. De plus, deux autres facteurs soulignent clairement la force de ce principe. Premièrement, il ne peut y être dérogé en temps de guerre ou d'autre situation d'urgence publique : cette règle est énoncée à l'article 15 § 2 de la Convention, à l'article 4 § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à l'article 27 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et à l'article 4 de la Charte arabe des droits de l'homme révisée¹². Deuxièmement, c'est aussi un principe impératif de droit international humanitaire, en vertu de l'article 99 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (troisième Convention de Genève)¹³, des articles 65 et 67 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève)¹⁴, de l'article 75 § 4 c) du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève (Protocole I)¹⁵ et de l'article 6 § 2 c) du deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève (Protocole II)¹⁶.

5. L'émergence d'un droit pénal international ne modifie pas l'essence de ces principes. Si l'entrée en jeu potentielle du droit international dans le jugement d'affaires pénales crée une problématique complexe dans un domaine traditionnellement réservé au pouvoir souverain du législateur et du juge national, le droit international est aussi un instrument crucial qui permet de combler les lacunes du droit national et de remédier aux plus graves manquements des systèmes nationaux de poursuites et de jugement. Cela a été reconnu dans la disposition sur l'incrimination en « droit international » de l'article 11 § 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui figure aussi à l'article 7 § 1 de la Convention, à l'article 15 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

10. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est devenue juridiquement contraignante pour l'Union européenne à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, en décembre 2009.

11. La deuxième version, mise à jour, de la Charte arabe des droits de l'homme a été adoptée le 22 mai 2004, 12 États y sont parties. C'est une édition révisée de la première Charte, qui avait été adoptée le 15 septembre 1994.

12. La Convention relative aux droits de l'enfant et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ne prévoient pas de possibilités de dérogation.

13. La troisième Convention de Genève a été adoptée le 12 août 1949, 195 États y sont parties. Elle a remplacé la Convention du 27 juillet 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre. Elle n'a fait l'objet d'aucune réserve relativement à la non-rétroactivité de la loi pénale.

14. La quatrième Convention de Genève a été adoptée le 12 août 1949, 195 États y sont parties. Elle complète les dispositions du Règlement de La Haye de 1907. Elle n'a fait l'objet d'aucune réserve relativement à la non-rétroactivité de la loi pénale.

15. Ce protocole a été adopté le 8 juin 1977, 173 États (dont l'État défendeur) y sont parties. Il n'a fait l'objet d'aucune réserve relativement à la non-rétroactivité de la loi pénale.

16. Ce protocole a été adopté le 8 juin 1977, 167 États (dont l'État défendeur) y sont parties. Il n'a fait l'objet d'aucune réserve relativement à la non-rétroactivité de la loi pénale.

et à l'article 40 § 2 a) de la Convention relative aux droits de l'enfant, ainsi que dans certaines constitutions nationales¹⁷. En vertu de cette disposition, le droit pénal international peut compléter le droit national dans les trois cas suivants : lorsqu'ils ont été commis, les actes en cause 1) constituaient une infraction en vertu du droit international coutumier¹⁸ mais non en droit national, 2) constituaient une infraction en vertu des traités applicables aux faits, mais non en droit national, ou 3) constituaient une infraction en droit international et en droit national mais le droit national était systématiquement inappliqué, pour des raisons politiques ou pour d'autres raisons analogues¹⁹. En pareils cas, l'organe de jugement n'outrepasse pas sa compétence matérielle et n'enfreint pas le principe *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* lorsqu'il applique le droit pénal international à une conduite passée; au contraire, l'impunité constituerait une ratification morale des infractions commises.

Le principe de l'application rétroactive de la *lex mitior* en droit pénal

6. Si, postérieurement à la commission d'une infraction pénale, une nouvelle loi prévoit l'imposition d'une peine plus légère, l'auteur de l'infraction doit en bénéficier. Cela s'applique à toute loi prévoyant la réduction ou l'atténuation de la peine et *a fortiori* à une loi dépénalisant *a posteriori* les actes en cause. La différence réside dans la portée temporelle de la *lex mitior*: alors qu'une loi dépénalisante postérieure aux faits s'applique à l'auteur des actes jusqu'à ce qu'il ait terminé de purger sa peine, une loi pénale nouvelle réduisant ou atténuant les peines applicables à l'auteur des actes lui est applicable jusqu'à ce que sa condamnation ait acquis force de chose jugée²⁰.

17. Voir par exemple l'article 29 § 1 de la Constitution albanaise, l'article 31 de la Constitution croate, l'article 42 § 1 de la Constitution polonaise, l'article 20 de la Constitution rwandaise et l'article 35 § 3-1) de la Constitution sud-africaine. Le principe de l'incrimination en droit international est aussi énoncé dans les deux premiers principes de Nuremberg : le Principe I énonce que « [t]out auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international est responsable de ce chef et passible de châtement » ; le Principe II précise que « [l]e fait que le droit interne ne punit pas un acte qui constitue un crime de droit international ne dégage pas la responsabilité en droit international de celui qui l'a commis » (Principes du droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal, version annotée, 1950).

18. Parmi les exemples incontestés de tels actes on trouve la piraterie, le trafic d'esclaves et les agressions de diplomates, qui sont soumis non seulement au droit conventionnel mais aussi au droit coutumier.

19. Par exemple les actes en cause étaient passibles de sanction en vertu de règles de droit international contraignantes pour l'État défendeur lorsqu'ils ont été commis, indépendamment du fait que ces règles aient été appliquées par les autorités dans le cadre d'une politique répressive (*Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, nos 34044/96, 35532/97 et 44801/98, §§ 56-64, CEDH 2001-II, ainsi que les constatations du Comité des droits de l'homme dans l'affaire Baumgarten c. Allemagne, communication 960/2000, 31 juillet 2003, § 9.5).

20. Voir mon opinion séparée dans l'affaire *Hıdır Durmaz c. Turquie* (n° 2), n° 26291/05, 12 juillet 2011.

Logiquement, le principe de l'application rétroactive de la loi pénale plus clémente (*lex mitior*) est le corollaire du principe de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère. Si une loi pénale plus sévère ne peut s'appliquer aux actes commis avant son entrée en vigueur, une loi pénale plus clémente doit s'appliquer aux actes commis avant mais jugés après son entrée en vigueur. Si la loi pénale plus sévère continuait à produire ses effets après avoir été remplacée par une loi pénale plus clémente, cela porterait atteinte au principe de la séparation des pouvoirs en ce que les tribunaux continueraient d'appliquer la loi pénale plus sévère alors que le législateur aurait modifié son appréciation des degrés de gravité relatifs des conduites répréhensibles et des peines applicables. De plus, si le législateur lui-même permettait à la loi plus sévère de continuer à produire ses effets après avoir été remplacée par une loi plus clémente, il permettrait une appréciation à deux vitesses et contradictoire, et donc arbitraire, du degré de gravité de la même conduite répréhensible.

7. Le principe de l'application rétroactive de la *lex mitior* en droit pénal est consacré à l'article 15 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²¹, à l'article 9 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, à l'article 24 § 2 du Statut de Rome²², à l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²³ et à l'article 15 de la Charte arabe des droits de l'homme²⁴ et, en droit international humanitaire, à l'article 75 § 4 c) du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève et à l'article 6 § 2 c) du deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève. Enfin, il est validé par la pratique des États, tant au niveau constitutionnel qu'au niveau législatif²⁵.

21. Les États-Unis se sont réservé le droit de ne pas appliquer cet article, l'Italie et Trinité-et-Tobago se sont réservé le droit de ne l'appliquer qu'aux procédures pendantes au moment du changement de loi, et l'Allemagne s'est réservé le droit de ne pas l'appliquer en cas de circonstances extraordinaires.

22. Dans l'arrêt Dragan Nikolic (n° IT-94-2-A) du 4 février 2005, la Chambre d'appel du TPIY a dit (§ 85) que le principe de la *lex mitior* s'appliquait au Statut du Tribunal international.

23. Dans l'affaire Berlusconi et autres, la Cour de justice de l'Union européenne a dit que le principe de l'application rétroactive de la peine plus légère faisait partie des traditions constitutionnelles communes aux États membres (voir l'arrêt du 3 mai 2005 rendu dans les affaires jointes C-387/02, C-391/02 et C-403/02).

24. La version précédente de la Charte arabe (version de 1994) était plus incisive en son article 6 : « Tout condamné bénéficie d'une loi postérieure qui pourrait lui être plus favorable. »

25. Ce principe est confirmé par la pratique des États, tant au niveau constitutionnel (voir par exemple l'article 29 § 3 de la Constitution albanaise, l'article 65 § 4 de la Constitution angolaise révisée, l'article 22 de la Constitution arménienne, l'article 71-VIII de la Constitution azerbaïdjanaise, l'article 5 § 4 de la Constitution brésilienne, l'article 11-i) de la Constitution canadienne, l'article 30 § 2 de la Constitution du Cap-Vert, l'article 19 § 3 de la Constitution chilienne, l'article 29 de la Constitution colombienne, l'article 31 de la Constitution croate, l'article 31 § 5 de la Constitution du Timor-Oriental, l'article 42 § 5 de la Constitution géorgienne, l'article 33 § 2 de la Constitution de la Guinée-Bissau, l'article 89 de la Constitution lettone, l'article 52 de la Constitution macédonienne, l'article 34

8. Bien que l'article 7 de la Convention n'énonce pas expressément ce principe, la Cour européenne des droits de l'homme (la Cour) a reconnu dans l'affaire *Scoppola* qu'il fait partie des garanties découlant du principe de légalité en droit européen des droits de l'homme. Elle a adopté une position claire sur la définition de la *lex mitior* au regard de l'application de lois pénales successives: la loi la plus clémente est celle qui est la plus favorable à l'accusé, compte tenu de sa situation, de la nature de l'infraction et des circonstances dans lesquelles il l'a commise²⁶. Cela signifie que l'article 7 § 1 de la Convention appelle une comparaison *in concreto* des lois pénales applicables au cas de l'accusé, dont celle en vigueur au moment de la commission de l'infraction (l'ancienne loi) et celle en vigueur au moment du jugement (la nouvelle loi)²⁷. La Cour ne considère donc pas *in abstracto* la limite supérieure de la peine. Elle ne considère pas non plus *in abstracto* la limite inférieure de la peine²⁸. Elle n'envisage pas non plus ces limites en fonction de l'intention des juridictions internes d'imposer une peine proche du maximum ou du minimum²⁹. Au contraire, l'arrêt *Scoppola* montre que la *lex mitior* doit être déterminée *in concreto*, c'est-à-dire que le juge doit confronter chacune des lois pénales applicables (l'ancienne et la nouvelle)

de la Constitution monténégrine, l'article 99 § 2 de la Constitution du Mozambique, l'article 29 § 4 de la Constitution portugaise, l'article 15 § 2 de la Constitution roumaine, l'article 54 de la Constitution russe, l'article 36 § 2 de la Constitution de Sao Tomé-et-Principe, l'article 197 de la Constitution serbe, l'article 50 § 6 de la Constitution slovaque, l'article 28 de la Constitution slovène, l'article 35 § 3 de la Constitution sud-africaine et l'article 9 § 3 de la Constitution espagnole) qu'au niveau législatif (article 1 du code pénal autrichien, article 2 du code pénal belge, article 4 du code pénal bosnien, article 2 du code pénal bulgare, article 12 du code pénal chinois, article 4 du code pénal danois, article 2 du code pénal allemand, article 2 du code pénal hongrois, article 2 du code pénal islandais, articles 4 à 6 du code pénal israélien, article 6 du code pénal japonais, article 3 du code pénal lituanien, article 2 du code pénal luxembourgeois, article 1 § 2 du code pénal des Pays-Bas, article 25 g) de la Déclaration des droits de l'homme de la Nouvelle-Zélande et article 2 § 2 du code pénal suisse). On peut dire qu'une grande majorité de la population mondiale en bénéficie.

26. *Scoppola c. Italie* (n° 2) ([GC], n° 10249/03, § 109, 17 septembre 2009) et, déjà précédemment, *G. c. France* (n° 15312/89, § 26, 27 septembre 1995), ainsi que, devant le Comité des droits de l'homme, *Maclsaac c. Canada* (communication n° 55/1979, 14 octobre 1982, §§ 11-13), *Westerman c. Pays-Bas* (communication n° 682/1996, 13 décembre 1999, § 9.2), *Gombert c. France* (communication n° 987/2001, 11 avril 2003, § 6-4), *Filipovitch c. Lituanie* (communication n° 875/1999, 19 septembre 2003, § 7-2), *Teofila Casafranca de Gomez c. Pérou* (communication n° 981/2001, 19 septembre 2003, § 7-4) et *Van der Platt c. Nouvelle-Zélande* (communication n° 1492/2006, 22 juillet 2008, § 6-4).

27. Sans parler des cas plus complexes où il y a eu des lois intermédiaires entre la loi en vigueur au moment des faits et la loi en vigueur au moment du jugement. Dans ces affaires, la comparaison doit porter sur toutes les lois qui sont ou ont été applicables aux faits depuis leur commission jusqu'au jugement.

28. Pour cette raison, je ne peux souscrire à ce qui a été dit aux paragraphes 69 et 70, qui sont des paragraphes essentiels de l'arrêt, car la majorité y a procédé à une comparaison dans l'abstrait des limites de peine inférieures des lois pénales applicables.

29. Comme l'a fait récemment la chambre d'appel de la Cour d'État de la Bosnie-Herzégovine, qui a continué à appliquer le code de 2003 aux crimes de guerre les plus graves et le code de 1976 aux crimes de guerre les moins graves.

aux faits propres à l'affaire afin de déterminer ce que devrait être la peine selon que l'on applique l'une ou l'autre loi. Après avoir déterminé les peines résultant des lois applicables au vu des faits de la cause, il doit appliquer la loi qui est effectivement la plus favorable à l'accusé³⁰.

Pour déterminer la *lex mitior* au regard de l'article 7 § 1 de la Convention, il faut aussi procéder à une comparaison globale du régime répressif de chacune des lois pénales applicables au cas de l'accusé (méthode de la comparaison globale). Le juge ne peut procéder à une comparaison règle par règle (méthode de la comparaison différenciée), en choisissant la règle la plus favorable de chacune des lois comparées. Deux raisons sont classiquement avancées à l'appui de cette méthode de la comparaison globale : premièrement, chaque régime répressif a sa propre logique, et le juge ne peut bouleverser cette logique en mélangeant différentes règles de différentes lois pénales successives, deuxièmement, le juge ne peut se substituer au législateur et créer un nouveau régime répressif sur mesure composé de différentes règles découlant de différentes lois pénales successives. Partant, *l'article 7 § 1 de la Convention commande de déterminer la lex mitior de manière concrète et globale.*

9. Pour résumer, *il ne peut y avoir de loi pénale rétroactive, sauf au bénéfice de l'accusé*³¹. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international ; de même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise (version négative du principe de légalité). À l'inverse, si, après

30. Par exemple, entre deux lois pénales, celle dont la peine maximale est inférieure n'aboutit pas nécessairement à l'imposition d'une peine plus légère que celle dont la peine maximale est supérieure. Le juge qui inflige la peine doit tenir compte des faits de la cause et de l'intégralité du cadre juridique applicable, y compris les facteurs éventuels d'atténuation de la peine et la possibilité d'une suspension de peine. Ainsi, une loi pénale qui prévoit une peine maximale inférieure mais qui ne prévoit aucune possibilité de suspension de peine ou la soumet à des conditions très strictes peut être la *lex gravior* par rapport à une loi pénale dont la peine maximale est plus élevée mais qui offre aussi de meilleures possibilités de suspension de peine, si l'accusé ne peut en pratique bénéficier d'une suspension de peine dans le cadre de la première mais le peut dans le cadre de la seconde. Il peut en être de même si l'on compare une loi qui prévoit une peine maximale inférieure mais moins de facteurs d'atténuation de la peine à une loi qui prévoit une peine maximale plus élevée mais l'assortit d'un ensemble plus large de facteurs d'atténuation, permettant au tribunal de prononcer, dans les circonstances de l'espèce, une peine inférieure avec la seconde loi à celle qu'il aurait imposée avec la première.

31. Pour le formuler comme à l'article 15 de la Charte arabe révisée, « la loi la plus favorable à l'accusé est appliquée dans tous les cas ». Ou, pour reprendre les mots de Von Liszt, le principe *nullum crimen, nulla poena sine lege* est « le rempart du citoyen contre l'omnipotence de l'État, il protège l'individu contre le pouvoir implacable de la majorité, contre le Léviathan. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, le code pénal est la *Magna Carta* du criminel. Il lui garantit le droit de n'être puni qu'à concurrence des exigences prévues par la loi et seulement dans les limites qu'elle a fixées » (Von Liszt, « *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe* », in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1893, p. 357).

la commission de l'infraction pénale, une nouvelle loi a instauré une peine plus légère que celle qui était applicable lorsque l'infraction a été commise, c'est cette peine plus légère qui doit être imposée (version positive du principe de légalité). *Ces principes font partie des règles du droit international coutumier, qui sont contraignantes pour tous les États, et constituent des normes impératives auxquelles aucune autre règle de droit national ou international ne peut déroger*³². *En d'autres termes, le principe de légalité en droit pénal relève, tant dans sa version positive que dans sa version négative, du jus cogens.*

Les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » en droit pénal

10. Les principes généraux de droit peuvent être une source de droit pénal international à condition d'être suffisamment accessibles et prévisibles au moment des faits. Le principe de la non-rétroactivité ne porte pas atteinte à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. L'article 7 § 2 de la Convention et l'article 15 § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoient ce cas³³. Bien qu'historiquement, ces clauses de sauvegarde aient été créées pour justifier les procès de Nuremberg et de Tokyo, elles s'appliquent aussi à d'autres procès³⁴. Elles ont leur propre champ d'application, puisqu'elles visent des actes qui, lorsqu'ils sont commis, ne

32. Le Comité international de la Croix-Rouge partage l'avis selon lequel la non-rétroactivité des délits et des peines est un principe de droit international coutumier en temps de paix comme en temps de guerre (voir la Règle 101 de son étude sur le droit international humanitaire coutumier).

33. Le tout premier projet de cette disposition a été présenté à la deuxième session de la Commission des droits de l'homme, en décembre 1947, à l'initiative de la Belgique et des Philippines, pour le projet de Déclaration universelle des droits de l'homme. La disposition, appelée « clause de Nuremberg/Tokyo », a finalement été rejetée au motif qu'elle n'apportait rien à la règle principale, étant donné que les principes généraux de droit faisaient partie du droit international. Pendant les débats sur le projet de Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui se sont tenus à la sixième session de la Commission des droits de l'homme, en mai 1950, Eleanor Roosevelt s'y est également opposée en avançant des arguments semblables : elle estimait que l'expression « d'après le droit national ou international » couvrirait déjà les poursuites en droit pénal international, et elle observa que l'expression « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » était déjà utilisée à l'article 38 c) du Statut de la Cour internationale de justice pour désigner l'une des sources du droit international. En février 1950 la même proposition fut faite par un expert luxembourgeois dans le cadre de l'élaboration de la Convention européenne des droits de l'homme. Malgré les oppositions rencontrées, la disposition fut finalement adoptée et dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans la Convention, aux fins expresses de permettre les procès des crimes perpétrés pendant la Seconde Guerre mondiale (voir les *Travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, volume III, pp. 163, 193 et 263, et, par la suite, les affaires *X. c. Belgique* (n° 268/57, décision de la Commission du 20 juillet 1957, Annuaire 1, p. 241) et *Kononov c. Lettonie* ([GC], n° 36376/04, § 186, CEDH 2010)).

34. Quatre pays ont même inclus dans leur Constitution la « clause de Nuremberg/Tokyo » : le Canada (article 11 g), le Cap-Vert (article 30), la Pologne (article 42 § 1) et le Sri Lanka (article 13 § 6).

sont encore reconnus comme criminels ni en droit international coutumier ni dans le droit conventionnel applicable aux faits, mais représentent déjà un affront intolérable aux principes de la justice, comme le montre la pratique d'un nombre significatif de nations³⁵. Pour éviter l'incertitude juridique et respecter l'autre facette du principe de légalité, à savoir le principe de l'interprétation stricte de la loi (*nullum crimen sine lege certa et stricta*), il est impératif de procéder à un examen strict de la pratique de l'État concerné: ce n'est que lorsqu'ils reflètent les pratiques internationales et nationales d'un nombre significatif d'États que les principes généraux de droit peuvent être reconnus comme exprimant la volonté de la communauté des nations civilisées d'incriminer un comportement donné³⁶. Il s'ensuit que la pénalisation d'un acte *a posteriori* n'est pas une exception au principe de la non-rétroactivité de la loi pénale si elle repose sur les principes généraux de droit pour autant que, d'un point de vue substantif, l'acte en question corresponde déjà à une infraction au moment de sa commission. Ainsi, la « clause de Nuremberg/Tokyo » ne s'applique pas lorsqu'au moment des faits les actes en question étaient constitutifs d'une infraction en droit national, mais passibles d'une peine plus légère que celle que prévoient une loi ou un traité ultérieurs³⁷.

Le contexte politique et judiciaire de l'affaire

11. La loi sur la Cour d'État, qui a créé la Cour d'État de la Bosnie-Herzégovine, a été promulguée le 12 novembre 2000 par le Haut-Représentant en Bosnie-Herzégovine. Le Parlement de la Bosnie-

35. Le 30 septembre 1946, le Tribunal militaire international a proclamé *ubi et orbi* le principe de la justice dans l'affaire Göring et autres: « En premier lieu, il convient d'observer que la maxime *nullum crime sine lege* n'est pas une limitation apportée à la souveraineté mais un principe de justice général. Affirmer qu'il est injuste de punir ceux qui, au mépris des traités et des assurances données, ont attaqué des États voisins sans avertissement est manifestement faux, car en pareilles circonstances l'agresseur doit savoir qu'il agit mal et, loin qu'il soit injuste de le punir, il serait injuste de laisser son forfait impuni. » (Actes du procès de Nuremberg, Vol. 22, p. 461.)

36. L'infraction d'outrage au tribunal a été présentée comme un exemple d'acte délictueux au regard des principes généraux de droit (arrêt confirmatif de la chambre d'appel du TPIY relatif aux allégations d'outrage formulées à l'encontre du précédent conseil, Milan Vujin, § 15, affaire n° IT-94-1-A-R77, 31 janvier 2000).

37. La Grande Chambre aurait donc dû se démarquer clairement de la décision malheureuse rendue en l'affaire *Naletilić c. Croatie* ((déc.), n° 51891/99, CEDH 2000-V), dans laquelle la Cour avait considéré que l'article 7 § 2 de la Convention était applicable à l'allégation du requérant consistant à dire qu'il risquait une peine plus lourde devant le TPIY que devant les juridictions internes. Elle aurait dû le faire pour deux raisons: premièrement, cette interprétation de l'article 7 § 2 est problématique; deuxièmement, la décision *Naletilić* concernait une affaire dans laquelle un procureur international avait traduit le requérant en accusation devant un tribunal international pour un acte dont le caractère délictueux était consacré par le droit international, alors que, dans la présente affaire, les requérants étaient accusés devant une juridiction interne d'un crime prévu par le droit interne.

Herzégovine a effectivement instauré la Cour de la Bosnie-Herzégovine le 3 juillet 2002 par la loi sur la Cour de la Bosnie-Herzégovine. Un nouveau code pénal de la Bosnie-Herzégovine est entré en vigueur le 1^{er} mars 2003. Un code des règles relatives à l'examen des crimes de guerre a été promulgué le 28 décembre 2004. Une chambre spéciale de la Cour d'État de la Bosnie-Herzégovine compétente pour connaître des crimes de guerre est entrée en activité le 9 mars 2005. En juin 2008, le Conseil des ministres de la Bosnie-Herzégovine a adopté la Stratégie de réforme du secteur de la justice de la Bosnie-Herzégovine pour 2008-2012. Cette stratégie est le fruit d'une démarche conjointe des ministres de la justice de l'État de Bosnie-Herzégovine, des entités et des cantons, de la Commission judiciaire du district de Brčko et du Conseil supérieur de la magistrature. Le 29 décembre 2008, le Conseil des ministres de la Bosnie-Herzégovine a adopté la Stratégie nationale sur les crimes de guerre, qui complétait la Stratégie sur la justice transitionnelle.

À l'issue des réformes judiciaires de 2003, quatre systèmes juridiques ayant chacun leurs propres juridictions ont été créés : la Bosnie-Herzégovine, le district de Brčko, la Fédération de Bosnie-Herzégovine et la Republika Srpska. Il n'a pas été prévu de mécanisme de résolution des interprétations divergentes du droit et d'harmonisation des pratiques des différentes juridictions. En conséquence, la Cour d'État de la Bosnie-Herzégovine et les Cours suprêmes des deux entités ont rendu des verdicts très différents sur des questions juridiques essentielles, ce qui a donné lieu à des divergences de pratique judiciaire et d'interprétation du droit. En 2008, le ministère de la Justice de la Bosnie-Herzégovine a même estimé que « cette imprévisibilité affect[ait] l'image de la Bosnie-Herzégovine sur la scène juridique internationale » et que le pays « risqu[ai]t de violer les conventions »³⁸. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a exprimé la même préoccupation politique, par exemple dans sa Résolution 1626 (2008) sur le respect des obligations et engagements de la Bosnie-Herzégovine : « des incohérences subsistent dans l'application du droit pénal par les différents tribunaux aux niveaux de l'État et des entités, ce qui conduit à une inégalité de traitement des citoyens, à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme »³⁹; et l'OSCE a fait de même dans son bilan sur cinq années de traitement des affaires de crime de guerre en Bosnie (*Overview of five years of war crimes processing in Bosnia*), où elle a dénoncé « une situation d'inégalité manifeste devant la loi des personnes jugées pour crimes de guerre

38. Stratégie de réforme du secteur de la justice de la Bosnie-Herzégovine pour 2008-2012, Sarajevo, juin 2008, p. 70.

39. La Commission de Venise a exprimé la même opinion politique dans son Avis n° 648/2011, aux paragraphes 38 et 65.

devant les différentes juridictions de la Bosnie-Herzégovine» et estimé que cela «signifi[ait] en pratique que les personnes reconnues coupables de crimes de guerre se vo[ya]ient infliger des peines totalement différentes en fonction de la juridiction qui trait[ait] leur affaire»⁴⁰.

12. Aux divergences de jurisprudence vient s'ajouter le dépaysement d'affaires hors de leurs juridictions naturelles. Le Conseil des ministres de Bosnie-Herzégovine l'a lui-même reconnu en évoquant «les incohérences dans la pratique en matière d'examen, d'auto-saisine et de transfert des affaires de crimes de guerre entre la Cour et son bureau du procureur et les autres juridictions et parquets et l'absence de critères communs d'appréciation du degré de sensibilité et de complexité des affaires»⁴¹. Après l'adoption en 2004 des critères d'orientation du bureau du procureur, les affaires dites «très sensibles» devaient être gardées par la direction spéciale des crimes de guerre du bureau du procureur de la Bosnie-Herzégovine et les affaires «sensibles» devaient être transférées aux bureaux du procureur de canton et de district du lieu où le dossier indiquait que les faits s'étaient déroulés. Ces directives étaient très floues et, pire encore, elles n'étaient pas appliquées de manière uniforme. Pour dire les choses simplement, cette méthode de «poursuite au cas par cas» ne fonctionnait pas bien, car elle «ne faisait qu'accroître la confusion qui régnait sur le point de savoir ce qui devait être fait, par qui et comment»⁴². L'absence de stratégie de hiérarchisation et de sélection des affaires, de raisonnement de fond sur le choix de la juridiction de jugement par le procureur et de contrôle juridictionnel effectif de ce choix ont abouti à des incertitudes importantes quant aux priorités et aux choix du procureur, certains politiciens allant jusqu'à mettre en doute l'objectivité des services de poursuite dans la sélection des affaires, au vu du fait que, dans 90 % des affaires portées devant la chambre des crimes de guerre, les accusés étaient serbes⁴³.

40. OSCE, *Delivering Justice in Bosnia and Herzegovina: An Overview of War Crimes Processing from 2005 to 2010*, mai 2011, p. 19. Voir aussi le document de septembre 2009 communiqué par le Centre international pour la justice transitionnelle (International Center for Transitional Justice) au Conseil des droits de l'homme des Nations unies à la septième session du groupe de travail sur l'examen périodique universel, où a été examinée la situation de la Bosnie-Herzégovine, et les documents de Human Rights Watch intitulés «*Still Waiting: Bringing Justice for War Crimes, Crimes against Humanity, and Genocide in Bosnia and Herzegovina's Cantonal and District Courts*» (juillet 2008) et «*Justice for Atrocity Crimes, Lessons of International Support for Trials before the State Court of Bosnia and Herzegovina*» (mars 2012).

41. Conseil des ministres de la Bosnie-Herzégovine, Stratégie nationale sur les crimes de guerre, 28 décembre 2008, p. 4.

42. Zekerija Mujkanović, *The Orientation Criteria Document in Bosnia and Herzegovina*, Forum for International Criminal and Humanitarian Law Publication Series n° 4 (2010, deuxième édition), p. 88.

43. Human Rights Watch, *Narrowing the Impunity Gap: Trials before Bosnia's War Crimes Chamber*, février 2007, p. 9.

Ce ne fut qu'en 2008 que les autorités établirent une stratégie nationale écrite visant à développer une approche plus systématique des affaires et à allouer des ressources au traitement des affaires de crimes de guerre⁴⁴. Pour assurer l'uniformité et l'objectivité de la sélection des affaires et de l'appréciation de leur complexité et permettre aux autorités compétentes de savoir quand elles devaient reprendre ou transférer une affaire, la Cour d'État et le bureau du procureur de la Bosnie-Herzégovine ont, avec la participation d'autres juridictions et parquets, élaboré des critères de complexité des affaires. Par la suite, la loi n° 93/09 a modifié l'article 449 du code de procédure pénale de la Bosnie-Herzégovine (qui porte sur le traitement des affaires pendantes devant d'autres juridictions et parquets) en introduisant les critères de transfert et d'attribution des affaires suivants : « la gravité de l'infraction pénale, la capacité de l'auteur et d'autres circonstances importantes pour apprécier la complexité de l'affaire »⁴⁵.

44. Human Rights Watch, *Justice for atrocity crimes*, précité, p. 42.

45. Comme le conclut l'OSCE, « les critères de complexité des affaires sont une longue liste de facteurs à examiner pour déterminer si la procédure sera menée devant la Cour de la Bosnie-Herzégovine. En bref, ces critères sont extrêmement larges et ne précisent pas clairement quels seuils doivent être franchis pour justifier qu'une affaire soit considérée comme « plus complexe » ou « moins complexe » (OSCE, *Delivering Justice in Bosnia and Herzegovina*, précité). L'ampleur de ces critères et en particulier de celui qui concerne « d'autres circonstances importantes pour apprécier la complexité de l'affaire » est particulièrement problématique. On ne peut s'empêcher de penser au principe du juge naturel ou légitime et à l'interdiction solennelle des tribunaux pénaux extraordinaires énoncée à l'article 8 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et dans les dispositions constitutionnelles d'un nombre considérable de pays, dont l'article 135 § 2 de la Constitution albanaise, l'article 85 § 2 de la Constitution andorrane, l'article 176 § 5 de la Constitution angolaise révisée, l'article 18 de la Constitution argentine, l'article 92 de la Constitution arménienne, l'article 125-VI de la Constitution azerbaïdjanaise, les articles 14 et 116-II de la Constitution bolivienne, l'article 5-XXXVII de la Constitution brésilienne, l'article 19 § 3 de la Constitution chilienne, l'article 61 de la loi constitutionnelle danoise, l'article 123 § 2 de la Constitution du Timor-Oriental, l'article 15 de la Constitution du Salvador, l'article 78 § 4 de la Constitution éthiopienne, l'article 101 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*) allemande, les articles 25 et 102 de la Constitution italienne, l'article 76 de la Constitution japonaise, l'article 33 § 1 de la Constitution du Liechtenstein, l'article 111 de la Constitution lituanienne, l'article 86 de la Constitution luxembourgeoise, l'article XXV-1 de la Constitution macédonienne, l'article 118 de la Constitution monténégrine, l'article 13 de la Constitution mexicaine, l'article 167 § 2 de la Constitution du Mozambique, l'article 4 § 8 de la Constitution nigériane, l'article 17 § 3 de la Constitution du Paraguay, l'article 139 § 3 de la Constitution péruvienne, l'article 172 § 2 de la Constitution polonaise, l'article 209 § 3 de la Constitution portugaise, l'article 126 § 5 de la Constitution roumaine, l'article 118 § 3 de la Constitution russe, l'article 143 de la Constitution rwandaise, l'article 39 § 7 de la Constitution de Sao Tomé-et-Principe, l'article 48 § 1 de la Constitution slovaque, l'article 117 de la Constitution espagnole, l'article 11 de l'Instrument de gouvernement suédois, l'article 30 § 1 de la Constitution suisse, l'article 125 de la Constitution ukrainienne et l'article 19 de la Constitution de l'Uruguay. De larges clauses de transfert et de retrait des affaires pénales ont été par le passé des instruments essentiels du fonctionnement de ces tribunaux et elles sont inacceptables au regard du principe du juge naturel ou légitime.

L'appréciation des faits de la présente affaire au regard des normes européennes

13. C'est dans ce contexte politique et judiciaire, et à la lumière des principes susmentionnés, qu'il y a lieu d'apprécier les faits de la présente affaire. Et la conclusion est inéluctable. Les deux requérants ont été soumis à un procès pénal arbitraire à l'issue duquel ils se sont vu infliger de lourdes peines rétroactives. La preuve évidente de cet arbitraire est que la Cour d'État a infligé au requérant Damjanović en vertu du code de 2003, pour des passages à tabac, une peine de onze ans d'emprisonnement, soit plus du double de la peine minimale prévue par le code de 1976. Le cas du requérant Maktouf est encore plus frappant : l'intéressé a été condamné en vertu du code de 2003 à cinq ans d'emprisonnement, soit cinq fois la peine minimale prévue par le code de 1976.

14. Le requérant Maktouf s'est vu infliger la peine minimale possible pour les complices de crimes de guerre en vertu du code de 2003, et le requérant Damjanović une peine légèrement supérieure au minimum prévu par le même code pour les auteurs de crimes de guerre, car les tribunaux ont attaché de l'importance aux facteurs d'atténuation de la peine. S'ils avaient appliqué les mêmes critères d'atténuation de la peine en vertu du code de 1976 – et ils auraient pu le faire – ils auraient forcément imposé aux requérants des peines bien inférieures. Cette comparaison *in concreto* entre les peines que les requérants ont reçues et celles auxquelles ils auraient pu s'attendre en vertu du code de 1976 montre clairement que le code de 1976 était la *lex mitior* et celui de 2003 la *lex gravior*⁴⁶. En agissant comme elles l'ont fait, les juridictions nationales ont violé non seulement l'article 4 § 2 du code pénal de la Bosnie-Herzégovine de 2003, mais aussi l'article 7 § 1 de la Convention⁴⁷.

Conclusion

15. Les juridictions nationales ayant appliqué arbitrairement et rétroactivement la *lex gravior*, je conclus qu'il y a eu violation de l'article 7 § 1 de la Convention. L'effet juridique du constat d'une violation de

46. La présente affaire est très semblable à celle de la communication n° 981/2001 (précitée, § 7-4). Comme les requérants en l'espèce, M. Gómez Casafraña avait été condamné à la peine minimale de la nouvelle loi, qui était de vingt-cinq ans, soit plus du double de la peine minimale prévue par l'ancienne loi, et ce sans que les juridictions nationales n'expliquent ce qu'aurait été la peine en vertu de l'ancienne loi si elle avait été encore applicable.

47. Les affaires de M. Damjanović et M. Maktouf illustrent très bien la conclusion à laquelle le gouvernement défendeur lui-même est parvenu à l'égard de la situation générale, précédemment décrite, de l'organisation du système de poursuites et de jugement en Bosnie-Herzégovine (Conseil des ministres de la Bosnie-Herzégovine, Stratégie nationale sur les crimes de guerre, 28 décembre 2008, p. 15).

l'article 7 est que les condamnations des requérants doivent être déclarées nulles et non avenues par la juridiction nationale compétente. L'article 7 ne souffre aucune dérogation, comme l'énonce clairement l'article 15 de la Convention. Or, si les condamnations des requérants demeuraient valables bien qu'il ait été conclu qu'elles ont été prononcées en violation de l'article 7, cela constituerait *de facto* une dérogation à cet article. Une telle dérogation irait à l'encontre non seulement du constat de violation fait par la Cour dans le présent arrêt mais aussi de l'article 15. Si l'État défendeur souhaite toujours juger les actes commis par les requérants pendant la guerre de Bosnie, alors un nouveau procès est nécessaire. Lorsqu'Anselm von Feuerbach a énoncé, au paragraphe 24 de son *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts* (1801), l'expression latine *nulla poena sine lege*, il a aussi ajouté que ce principe ne souffrait aucune exception : il doit bénéficier à tous les auteurs d'infractions, que leurs actes soient mineurs ou graves.

ALLEN v. THE UNITED KINGDOM
(Application no. 25424/09)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 12 JULY 2013¹

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

SUMMARY¹**Refusal of compensation following reversal of applicant’s conviction for criminal offence**

The right under Article 6 § 2 to be presumed innocent was not violated where nothing in the statutory criteria applicable to a claim for compensation for an alleged “miscarriage of justice” or in the language and reasoning of the court refusing that claim undermined the claimant’s acquittal or treated her in a manner inconsistent with her innocence (see paragraphs 128 and 134 of the judgment).

Article 6 § 2

Presumption of innocence – Refusal of compensation following reversal of applicant’s conviction for criminal offence – Applicability – Critical importance of language used by decision-maker in proceedings following conclusion of criminal proceedings – Absence of acquittal on merits in true sense – Absence of statutory criteria or judicial language in subsequent proceedings calling into question innocence of an acquitted person

*

* *

Facts

In September 2000 the applicant was convicted of the manslaughter of her baby son on the basis of medical evidence that the boy’s injuries were consistent with “shaken baby syndrome” (also known as “non-accidental head injury” – NAHI). On appeal she claimed that new medical evidence suggested that the injuries could be attributed to a cause other than NAHI. In July 2005 the Court of Appeal Criminal Division (CACD) quashed her conviction on the ground that it was unsafe after finding that the new evidence might have affected the jury’s decision to convict. The prosecution did not apply for a re-trial given that the applicant had already served her sentence and a considerable amount of time had passed.

The applicant lodged a claim with the Secretary of State under section 133 of the Criminal Justice Act 1988 (“the 1988 Act”), which provided for compensation to be paid to someone who has been convicted of a criminal offence but has subsequently had that conviction reversed on the ground that a new or newly discovered fact showed beyond reasonable doubt that there had been a miscarriage of justice. Her claim was refused. An application for judicial review of that decision was dismissed by the High Court, which concluded that the CACD had only decided that the new evidence, when taken with the evidence given at trial, “created the possibility”

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

that a jury “might properly acquit” the applicant. The Court of Appeal subsequently dismissed an appeal by the applicant after noting that the acquittal decision did “not begin to carry the implication” that there was no case for her to answer, so that the test for a “miscarriage of justice” had not been made out.

In her application to the European Court, the applicant alleged that the reasons given in the decision not to award her compensation had violated her right to be presumed innocent.

Law

Article 6 § 2:

(a) *Scope of the case* – The question before the Court was not whether the refusal of compensation *per se* violated the applicant’s right to be presumed innocent (Article 6 § 2 did not guarantee a person acquitted of a criminal offence a right to compensation for a miscarriage of justice), but whether the individual decision refusing compensation in the applicant’s case, including the reasoning and the language used, was compatible with the presumption of innocence.

(b) *Applicability* – There were two aspects to Article 6 § 2. The first imposed certain procedural requirements in the context of the criminal trial itself (for example, relating to the burden of proof, presumptions of fact and law, and the privilege against self-incrimination). The second, the one which was relevant in the applicant’s case, was aimed at protecting individuals who had been acquitted of a criminal charge, or in respect of whom criminal proceedings had been discontinued, from being treated by public officials and authorities as though they were in fact guilty. Where criminal proceedings had concluded, an applicant seeking to rely on Article 6 § 2 in subsequent proceedings would have to show that there was a link between the two sets of proceedings. Such a link was likely to be present, for example, where the subsequent proceedings required examination of the outcome of the prior criminal proceedings and, in particular, where they obliged the court to analyse the criminal judgment, to engage in a review or evaluation of the evidence in the criminal file, to assess the applicant’s participation in some or all of the events leading to the criminal charge, or to comment on the subsisting indications of the applicant’s possible guilt. The necessary link was present in the instant case because the right to commence compensation proceedings was triggered by the acquittal in the criminal proceedings, and because the Secretary of State and the courts had had to have regard to the judgment in the criminal proceedings when making and reviewing the decision on compensation. Article 6 § 2 was therefore applicable.

Conclusion: preliminary objection dismissed (unanimously).

(c) *Merits* – There was no single approach to ascertaining the circumstances in which Article 6 § 2 would be violated in the context of proceedings which followed the conclusion of criminal proceedings. Much depended on the nature and context of the proceedings in which the impugned decision was adopted. However, in all cases and no matter what the approach applied, the language used by the decision-

maker was of critical importance in assessing the compatibility of the decision and its reasoning with Article 6 § 2.

Turning to examine the nature and context of the proceedings in the applicant's case, the Court noted that the applicant's acquittal was not an acquittal "on the merits" in a true sense. Although formally an acquittal, the termination of the criminal proceedings in her case shared more of the features present in a case in which criminal proceedings had been discontinued.

The Court further noted that specific criteria had to be met under section 133 of the 1988 Act for the right to compensation to arise, namely: the claimant had to have been convicted and to have suffered punishment as a result; an appeal had to have been allowed out of time; and the ground for allowing the appeal had to have been that a new fact showed beyond reasonable doubt that there had been a miscarriage of justice. Those criteria reflected, with only minor linguistic changes, the provisions of Article 3 of Protocol No. 7 to the Convention, which had to be capable of being read in a manner which was compatible with Article 6 § 2. Nothing in those criteria called into question the innocence of an acquitted person and the legislation itself did not require criminal guilt to be assessed.

As to the language used by the domestic courts, the Court did not consider that, when viewed in the context of the exercise which they had been required to undertake under section 133 of the 1988 Act, it had undermined the applicant's acquittal or treated her in a manner inconsistent with her innocence. In assessing whether a "miscarriage of justice" had arisen, the domestic courts had not commented on whether, on the basis of the evidence as it stood at the appeal, the applicant should be, or would likely be, acquitted or convicted. Equally, they had not commented on whether the evidence was indicative of her guilt or innocence. Indeed, they had consistently repeated that it would have been for a jury to assess the new evidence, had a retrial been ordered.

Moreover, under the law of criminal procedure in England it was for a jury in a criminal trial on indictment to assess the prosecution evidence and to determine the guilt of the accused. The CACD's role in the applicant's case was to decide whether the conviction had been "unsafe", not to substitute itself for the jury in deciding whether, on the basis of the evidence now available, her guilt had been established beyond reasonable doubt. The decision not to order a retrial had spared the applicant the stress and anxiety of undergoing another criminal trial and she had not argued that there ought to have been a re-trial. Both the High Court and the Court of Appeal had referred extensively to the judgment of the CACD to determine whether a miscarriage of justice had arisen and had not sought to reach any autonomous conclusions on the outcome of the case. They had not questioned the CACD's conclusion that the conviction was unsafe and had not suggested that the CACD had erred in its assessment of the evidence before it. They had accepted at face value the findings of the CACD and drawn on them, without any

modification or re-evaluation, in order to decide whether the section 133 criteria had been satisfied.

Conclusion: no violation (unanimously).

Case-law cited by the Court

- Akay v. Turkey* (dec.), no. 34501/97, 19 February 2002
Allenet de Ribemont v. France, 10 February 1995, Series A no. 308
Al-Skeini and Others v. the United Kingdom [GC], no. 55721/07, ECHR 2011
A.L. v. Germany, no. 72758/01, 28 April 2005
Ashendon and Jones v. the United Kingdom (revision), nos. 35730/07 and 4285/08, 15 December 2011
Baars v. the Netherlands, no. 44320/98, 28 October 2003
Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain, 6 December 1988, Series A no. 146
Bok v. the Netherlands, no. 45482/06, 18 January 2011
Capeau v. Belgium (dec.), no. 42914/98, 6 April 2004
Capeau v. Belgium, no. 42914/98, ECHR 2005-I
Çelik (Bozkurt) v. Turkey, no. 34388/05, 12 April 2011
Constantin Florea v. Romania, no. 21534/05, 19 June 2012
Del Latte v. the Netherlands, no. 44760/98, 9 November 2004
Diacenco v. Romania, no. 124/04, 7 February 2012
Engel and Others v. the Netherlands, 8 June 1976, Series A no. 22
Englert v. Germany, 25 August 1987, Series A no. 123
Erkol v. Turkey, no. 50172/06, 19 April 2011
Fellner v. Austria (dec.), no. 64077/00, 10 October 2002
G.C.P. v. Romania, no. 20899/03, 20 December 2011
Grabchuk v. Ukraine, no. 8599/02, 21 September 2006
Hammern v. Norway, no. 30287/96, 11 February 2003
Heaney and McGuinness v. Ireland, no. 34720/97, ECHR 2000-XII
Konstas v. Greece, no. 53466/07, 24 May 2011
Lagardère v. France, no. 18851/07, 12 April 2012
Lamanna v. Austria, no. 28923/95, 10 July 2001
Leutscher v. the Netherlands, 26 March 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II
Lorenzetti v. Italy, no. 32075/09, 10 April 2012
Lundkvist v. Sweden (dec.), no. 48518/99, ECHR 2003-XI
Lutz v. Germany, 25 August 1987, Series A no. 123
Maaouia v. France [GC], no. 39652/98, ECHR 2000-X
McHugo v. Switzerland (dec.), no. 55705/00, 12 May 2005
Minelli v. Switzerland, 25 March 1983, Series A no. 62
Mouillet v. France (dec.), no. 27521/04, 13 September 2007
Mulaj and Sallahi v. Austria (dec.), no. 48886/99, 27 June 2002
Nešiták v. Slovakia, no. 65559/01, 27 February 2007

Nölkenbockhoff v. Germany, 25 August 1987, Series A no. 123
O. v. Norway, no. 29327/95, ECHR 2003-II
O.L. v. Finland (dec.), no. 61110/00, 5 July 2005
Orr v. Norway, no. 31283/04, 15 May 2008
Panteleyenko v. Ukraine, no. 11901/02, 29 June 2006
Phillips v. the United Kingdom, no. 41087/98, ECHR 2001-VII
Puig Panella v. Spain, no. 1483/02, 25 April 2006
Radio France and Others v. France, no. 53984/00, ECHR 2004-II
Reeves v. Norway (dec.), no. 4248/02, 8 July 2004
Ringvold v. Norway, no. 34964/97, ECHR 2003-II
Roatis v. Austria (dec.), no. 61903/00, 27 June 2002
Rushiti v. Austria, no. 28389/95, 21 March 2000
Salabiaku v. France, 7 October 1988, Series A no. 141-A
Saunders v. the United Kingdom, 17 December 1996, *Reports* 1996-VI
Sekanina v. Austria, 25 August 1993, Series A no. 266-A
Šikic v. Croatia, no. 9143/08, 15 July 2010
Soering v. the United Kingdom, 7 July 1989, Series A no. 161
Taliadorou and Stylianou v. Cyprus, nos. 39627/05 and 39631/05, 16 October 2008
Telfner v. Austria, no. 33501/96, 20 March 2001
Tendam v. Spain, no. 25720/05, 13 July 2010
Vanjak v. Croatia, no. 29889/04, 14 January 2010
Vassilios Stavropoulos v. Greece, no. 35522/04, 27 September 2007
Vulakh and Others v. Russia, no. 33468/03, 10 January 2012
Weixelbraun v. Austria, no. 33730/96, 20 December 2001
Y v. Norway, no. 56568/00, ECHR 2003-II
Yassar Hussain v. the United Kingdom, no. 8866/04, ECHR 2006-III
Zollman v. the United Kingdom (dec.), no. 62902/00, ECHR 2003-XII

In the case of Allen v. the United Kingdom,

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

Dean Spielmann, *President*,

Josep Casadevall,

Guido Raimondi,

Ineta Ziemele,

Mark Villiger,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Khanlar Hajiyev,

David Thór Björgvinsson,

Ján Šikuta,

George Nicolaou,

András Sajó,

Ledi Bianku,

Zdravka Kalaydjieva,

Vincent A. De Gaetano,

Paul Lemmens,

Paul Mahoney,

Krzysztof Wojtyczek, *judges*,

and Michael O'Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 14 November 2012 and 22 May 2013,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 25424/09) 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 a British national, Ms Lorraine Allen (“the applicant”), on 29 April 2009.

2. The applicant, who had been granted legal aid, was represented by Stephensons, a firm of solicitors based in Wigan. The United Kingdom Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms Y. Ahmed, Foreign and Commonwealth Office.

3. The applicant alleged under Article 6 § 2 of the Convention that the decision, following her acquittal, to refuse her compensation for a miscarriage of justice violated her right to be presumed innocent.

4. On 14 December 2010 the Government were given notice of the application. It was also decided to rule on the admissibility and merits of the application at the same time (Article 29 § 1).

5. On 26 June 2012 a Chamber of the Fourth Section composed of Lech Garlicki, Davíð Thór Björgvinsson, Nicolas Bratza, George Nicolaou, Ledi Bianku, Zdravka Kalaydjieva, Vincent A. De Gaetano, judges, and Lawrence Early, Section Registrar, relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, neither of the parties having objected to relinquishment (Article 30 of the Convention and Rule 72 of the Rules of Court).

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

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

8. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 14 November 2012 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms Y. Ahmed,	<i>Agent,</i>
Mr J. Strachan,	<i>Counsel,</i>
Mr C. Goulbourn,	
Mr G. Baird,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicant*

Mr H. Southey QC,	<i>Counsel.</i>
-------------------	-----------------

The Court heard addresses by Mr Strachan and Mr Southey and their answers in reply to questions put by the Court.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicant was born in 1969 and lives in Scarborough.

A. The criminal conviction

10. On 7 September 2000 the applicant was convicted by a jury at Nottingham Crown Court of the manslaughter of her four-month-old son, Patrick. She was sentenced to three years' imprisonment.

11. Evidence was given at her trial by expert medical witnesses who described how the injuries suffered by her son were consistent with shaking or an impact. The conviction was based on the accepted hypothesis concerning “shaken baby syndrome”, also known as “non-accidental head injury” (NAHI), to the effect that the finding of a triad of intracranial injuries consisting of encephalopathy, subdural haemorrhages and retinal haemorrhages were either diagnostic of, or at least very strongly suggestive of, the use of unlawful force. All three were present in the case of the death of the applicant’s son.

12. The applicant did not, immediately after her trial, appeal against her conviction.

B. The quashing of the conviction

13. Following a review by the authorities of cases in which expert medical evidence had been relied upon, the applicant applied for, and was granted, leave to appeal out of time. The appeal was founded on a challenge to the accepted hypothesis concerning NAHI on the basis that new medical evidence suggested that the triad of injuries could be attributed to a cause other than NAHI.

14. On an unknown date, the applicant was released from prison, having served sixteen months of her sentence.

15. In the context of the appeal proceedings, the Court of Appeal Criminal Division (CACD) heard evidence from a number of medical experts. On 21 July 2005 the court quashed the applicant’s conviction on the ground that it was unsafe.

16. As to its role in reviewing the evidence on appeal, the court noted:

“70. ... [O]n general issues of this nature, where there is a genuine difference between two reputable medical opinions, in our judgment, the Court of Criminal Appeal will not usually be the appropriate forum for these issues to be resolved. The focus of this Court will be (as ours has been) to decide the safety of the conviction bearing in mind the test in fresh evidence appeals which we set out below. That is not to say that such differences cannot be resolved at trial. At trial, when such issues arise, it will be for the jury (in a criminal trial) and the judge (in a civil trial) to resolve them as issues of fact on all the available evidence in the case ...”

17. Turning to consider the facts of the applicant’s case, the court again emphasised that its task was to decide whether the conviction was safe. It also noted that, the case being of some difficulty, it was important to bear in mind the test set out by Lord Bingham of Cornhill in *R v. Pendleton* (see paragraph 47 below) of asking whether the evidence, if given at the trial, might reasonably have affected the decision of the trial jury to convict. It continued:

“143. ... [T]he evidence at trial and the evidence adduced by the Crown in this appeal, provide a strong case against [the applicant]. [Counsel for the Crown’s] submission that the triad is established and that any attempt to undermine it is based on speculation is a powerful one. Nevertheless strong as is the case against [the applicant] we have concerns about the safety of the conviction.”

18. The court reviewed the medical evidence of the experts on behalf of the applicant and the Crown, noting the differences between their views, and found:

“144. First, in order to dismiss the appeal, we would have to accede to [counsel for the Crown’s] submission that we should reject [expert for the applicant] Dr Squier’s evidence in its entirety ...

145. ... We are far from saying that we accept Dr Squier’s evidence in preference to that of Dr Rorke-Adams [expert for the Crown]. Indeed, in view of the weight of evidence disputing her opinions we have reservations about whether Dr Squier can be right. But equally, in all the circumstances of this case, the differences between them are ones which the jury would have had to have assessed in the light of all the evidence in the case.

146. Secondly, although the evidence of the findings of retinal haemorrhages is powerful supporting evidence of shaking, on its own it is not diagnostic of shaking. If the subdural haemorrhages are undermined, the retinal haemorrhages findings will not fill the gap although we recognise that both can be considered together. There is also the issue of whether Dr Adams [for the applicant] may be correct in her view that fixed and dilated pupils seen by the ambulance crew was a sign of brain swelling at that time.

147. Thirdly, although as we have already stated the amount of force required to cause the triad of injuries will in most cases be more than just rough handling, the evidence suggests that there will be rare cases when injuries will not correspond to the amount of force used. It is at least possible that in such rare cases (maybe very rare cases) very little force will cause catastrophic injuries.”

19. Emphasising the importance of the clinical evidence in the case, the court continued:

“150. ... In summary, [the applicant] was described as a careful and caring mother. She called out Dr Barber late at night because of her concerns for Patrick. Dr Barber described her as being calm and controlled at that time. The prosecution’s case at trial was that in the interval between Dr Barber leaving the house and 2.30am when [the applicant] telephoned the emergency services she must have violently and unlawfully shaken Patrick. In our judgment this history combined with the absence of findings of bruises to any part of the head, face or body; and the absence of fractures or any other sign apart from the triad of injuries, does not fit easily with the Crown’s case of an unlawful assault based on the triad of injuries, itself a hypothesis.”

20. The court concluded:

“152. As we have said the Crown’s evidence and arguments are powerful. We are conscious that the witnesses called on behalf of [the applicant] have not identified to

our satisfaction a specific alternative cause of Patrick's injuries. But, in this appeal the triad stands alone and in our judgment the clinical evidence points away from NAHI. Here the triad itself may be uncertain for the reasons already expressed. In any event, on our view of the evidence in these appeals, the mere presence of the triad on its own cannot automatically or necessarily lead to a diagnosis of NAHI.

153. The central issue at trial was whether [the applicant] caused the death of her son, Patrick, by the use of unlawful force. We ask ourselves whether the fresh evidence, which we have heard as to the cause of death and the amount of force necessary to cause the triad, might reasonably have affected the jury's decision to convict. For all the reasons referred to we have concluded that it might. Accordingly the conviction is unsafe and this appeal must be allowed. The conviction will be quashed."

21. No retrial was ordered.

C. The compensation claim

1. The decision of the Secretary of State

22. Following the quashing of the conviction, the applicant applied to the Secretary of State for compensation for a miscarriage of justice pursuant to section 133 of the Criminal Justice Act 1988 ("the 1988 Act" – see paragraphs 49-53 below).

23. By a letter of 31 May 2006, the applicant's solicitors were informed that the Secretary of State did not consider that a right to compensation arose in her case. The letter noted:

"The Home Secretary is of the opinion that your client does not fulfil the statutory requirements of Section 133(1) of the Act because the medical evidence considered by the Court of Appeal did not disclose a new fact ... The Home Secretary's view is that this new medical evidence about the degree of force required to cause a triad of injuries is not a new or newly discovered fact; rather it shows the changing medical opinion about the degree of force needed to cause a triad and is properly categorised as new evidence of facts known all along rather than new facts."

2. The High Court judgment

24. The applicant subsequently brought judicial review proceedings challenging the decision to refuse to pay her compensation under section 133 of the 1988 Act. She contended that she met the criteria for compensation set out in that section.

25. The claim was dismissed by the High Court on 10 December 2007. The judge began by considering the approach of the CACD in quashing the applicant's conviction, drawing the following conclusions:

"21. ... (1) [T]he court applied the *Pendleton* test and did not decide for itself the complex medical issues raised by the evidence which it heard; (2) all that it decided was that the evidence which it had heard could, if accepted by the jury, have led a jury to

acquit the claimant; (3) notwithstanding that conclusion, the court was of the opinion that the Crown's case was a strong one. I do not understand that conclusion to be consistent with the proposition that at the conclusion of a new trial, on that evidence, a trial judge would have been obliged to direct the jury to acquit the claimant; (4) the material considered by the Court of Appeal which led to its conclusion was a complex mixture of fact and opinion."

26. He observed that the CACD did not order a retrial, but considered that this was not significant as the applicant had, by that time, served her sentence and any retrial would have been pointless and would not have been in the public interest.

27. Turning to consider the applicant's compensation claim, the judge noted that although it was accepted by both parties that the applicant had suffered punishment as a result of the conviction which had subsequently been reversed, the remaining elements of her claim under section 133 were in dispute. He continued:

"29. The interpretation of Section 133 was considered by the House of Lords in *R (on the application of Mullen) v Secretary of State for the Home Department* [[2004] UKHL 18, see paragraphs 54-62 below]. There was a well known divergence of view between Lord Bingham and Lord Steyn. The facts of the case are far removed from the present case and the *ratio decidendi* of the decision does not assist in the resolution of this claim. It was simply that because the ground upon which Mullen's conviction was quashed did not relate to the investigation or the conduct of the trial or the evidence led at it, so he was not entitled to compensation under Section 133. It was a striking feature of this case that at no stage did he maintain that he was in fact innocent of the crime of which he had been convicted."

28. The judge accepted that the ground on which compensation had been refused by the Secretary of State disclosed an excessively narrow view of what was a new or newly discovered fact. He considered that the distinction between medical opinion and fact was exceptionally hard to draw and that it would be seriously unjust to a claimant to refuse a claim for compensation merely because the claim was based upon a change in medical opinion as well as in clinical findings. However, that finding was not determinative of the applicant's claim, as there was no point in sending it back to the Secretary of State for reconsideration if he was bound to reach the same decision on the compensation application for a different reason.

29. The judge recorded the submission of counsel for the applicant that it was not necessary for her to show that she was innocent of the charge of which she had been convicted; and his concession that it was not arguable before the High Court that if all the applicant could show was that there was a doubt about guilt which could or should have led a jury to acquit, the claim for compensation should be allowed. The judge considered this concession inevitable and right in principle in the light of observations

made by the Lord Chief Justice in the case of *R (on the application of Clibery) v. Secretary of State for the Home Department* [2007] EWHC 1855 (Admin), which he cited as follows:

“41. ... Lord Bingham [in *R (Mullen)*] ... considered two different situations, each of which he considered fell within the description of ‘miscarriage of justice’ in Section 133 of the 1988 Act. The first is where new facts demonstrate that the claimant was innocent of the offence of which he was convicted. In such circumstances, it is possible to say that if the facts in question had been before the jury, he *would* not have been convicted. The second is where there are acts or omissions in the course of the trial which *should* not have occurred and which so infringed his right to a fair trial that it is possible to say that he was ‘wrongly convicted’. In such circumstances it is appropriate to say that the claimant *should* not have been convicted.”

30. The judge continued:

“42. Mr Southey [for the applicant] has not addressed me on the Strasbourg learning on the presumption of innocence. I make no decision by reference to that. He reserves his position on that for another day. Subject to that it seems to me to be outwith the statutory language to describe a case in which a jury might have reached a different conclusion as showing ‘beyond reasonable doubt that there has been a miscarriage of justice’. Lord Bingham’s observations about miscarriages of process seem to me to have no bearing on evidential miscarriage of justice cases. In evidential miscarriage of justice cases what is required is that the new or newly discovered fact must show beyond a reasonable doubt that there has been a miscarriage of justice. That is not shown where all that is established is that, if new evidence had been available, a properly directed jury might have reached a different conclusion.”

31. The judge further observed:

“44. Take a case in which a defendant gives no account at interview or at trial – and in which the only evidence against him is that of a single witness – who is convicted on the basis of that evidence together with the supporting evidence of his own silence. If the evidence of the sole witness were subsequently shown to be wholly wrong, whether due to improper motive by the witness or simply by mistake, it is at the least arguable that there would have been in that claimant’s case a miscarriage of justice even though nobody would ever have decided, and indeed might never know, whether the defendant was in fact guilty of the charge. But that proposition cannot avail this claimant. For – as the recital of the medical evidence heard by the Court of Appeal and by the trial jury demonstrates – there was powerful evidence against this claimant. At the conclusion of the prosecution case or indeed at the conclusion of all the evidence, on the view of the Court of Appeal expressly stated, it would have been for the jury to determine the issue. ...”

32. He concluded:

“45. As the passages which I have cited from the judgment of the Court of Appeal [in *Clibery*] demonstrate, all that it decided was that the new evidence created the possibility that when taken with the evidence given at the trial a jury might properly acquit the claimant. That falls well short of demonstrating beyond reasonable doubt

that there had been a miscarriage of justice in this case. Accordingly and for that simple reason, I dismiss this claim.”

3. *The Court of Appeal judgment*

33. The applicant appealed. On 15 July 2008 the Court of Appeal Civil Division dismissed the appeal. Giving judgment for the court, Lord Justice Hughes began by summarising the approach of the CACD in quashing the applicant’s conviction. He referred to the conclusions expressed in the CACD judgment, to the effect that although there remained a strong case against the applicant the court had concerns about the safety of the conviction. He continued:

“17. ... The decision as to the safety of a conviction in a fresh evidence case is for the court itself and is not what effect the fresh evidence would have on the mind of a jury, but in a difficult case the court may find it helpful to test its provisional view by asking whether the evidence now available might reasonably have affected the decision of the trial jury to convict. In the present case it is clear that the CACD adopted this latter approach and relied significantly for its decision on what might have been the impact of the medical evidence which it had heard if such evidence had been available to the jury ... [T]here can be no doubt that the court regarded the proper interpretation of the clinical findings in this case as a matter which it ought not itself to resolve, but rather as one which could and should be resolved by a jury on hearing the competing expert opinions. Adopting that approach, it decided that the evidence which was now available *might*, if it had been heard by the jury, have led to a different result.”

34. As to the decision of the CACD not to order a retrial, the judge commented:

“18. ... [B]y the time of the appeal the appellant had served her sentence and a great deal of time had passed. Understandably, in those circumstances, there was no application by the Crown for a re-trial, as there would no doubt have been had the conviction been quashed for these reasons shortly after trial.”

35. The judge considered the meaning of “miscarriage of justice” and summarised the difference of approach between Lord Bingham and Lord Steyn in *R (Mullen)* as follows:

“21. ... Lord Steyn held ... that in this context ‘miscarriage of justice’ means that the innocence of the defendant is acknowledged. Lord Bingham ... expressed no concluded opinion on this question, but made it clear that he ‘hesitated to accept’ this interpretation. For his part, he was ready to accept that ‘miscarriage of justice’ extended in this context to serious failures of the trial process, whether or not innocence was demonstrated. ...”

36. However, he explained that given the unanimous view of the House of Lords that Mr Mullen’s claim failed, the different interpretations of Lord Steyn and Lord Bingham were not strictly necessary to the decision.

37. The judge noted that counsel for the applicant accepted that the applicant's innocence had not been demonstrated beyond reasonable doubt, or conclusively, by the decision of the CACD to quash the conviction. He therefore observed that if Lord Steyn's interpretation of section 133 of the 1988 Act was correct, the applicant's claim failed. However, the applicant's submission was that Lord Bingham's approach should be adopted and that on this interpretation, her claim succeeded because something went seriously wrong with the trial process in her case. Reviewing Lord Bingham's comment in *R (Mullen)*, the judge noted:

“26. ... [I]t is plain that the critical feature of the extended interpretation of ‘miscarriage of justice’ which [Lord Bingham] was prepared to contemplate is that ‘something has gone seriously wrong in ... the conduct of the trial’ ...”

38. The judge continued:

“27. In the present case there was nothing which went wrong with the conduct of the trial, whether seriously or otherwise. In speaking of ‘flawed expert evidence’ it is clear that Lord Bingham cannot have been contemplating evidence which was conscientiously given and based upon sound expertise at the time of trial. The most that could be said against the expert evidence given at this trial is that it *might* need adjustment in the light of new medical research and/or thinking. In any event, the medical evidence given at time of trial has not been demonstrated to be flawed, even in this limited sense. As the passages from the judgment of the CACD which I have cited show, this court's decision went no further than to say that the differences of medical opinion needed to be resolved by a jury. Nor was this a case in which the jury was presented with a medical consensus that the triad was diagnostic of unlawful killing. The medical evidence called for the appellant accepted that it was consistent with unlawful killing but disputed that it necessarily led to that conclusion. The appeal was allowed because over the intervening years more possible force had emerged for the opinion voiced on the appellant's behalf and now supported by Dr Squier's evidence, which the jury had not heard and which the CACD, despite plain doubts about it, was not in a position wholly to dismiss.

28. For the same reasons, I have no doubt that the decision of the CACD does not begin to carry the implication that there was no case for the appellant to answer once the fresh evidence was available. ...”

39. The judge went on to discuss the situations in which a disagreement between distinguished experts would lead to the conclusion that it would be unwise or unsafe to proceed with the trial. He noted that there was no authority to suggest that where experts disagreed as to the conclusions which could be drawn from the injuries, the case ought to be withdrawn from the jury. On the contrary he considered that the resolution of such disagreements, bearing in mind the criminal standard of proof, was an important part of the functions of a jury. He therefore concluded:

“29. In the present case, there was no basis for saying that, on the new evidence, there was no case to go to a jury. Moreover, if the court had meant to say that there was (now) no case to answer, it would have said so in plain terms. On the contrary, its oft-repeated statements that the evaluation of the rival medical opinions would be a matter for the jury are wholly inconsistent with a finding that there was no case to answer on the new state of medical evidence. Likewise, the posing of the *Pendleton* question by way of check is inconsistent with a finding that the case should never have reached the jury if the fresh evidence had been known.

30. In those circumstances, I reach the clear conclusion that, even on the interpretation of section 133 which Lord Bingham favoured, this case cannot succeed. ...”

40. Although in the circumstances it was not necessary to resolve the difference of construction of section 133 articulated by Lord Bingham and Lord Steyn, the judge nonetheless expressed a preference for Lord Steyn’s approach, noting, *inter alia*:

“40. iii) Whilst I agree of course that the CACD does not ordinarily address the question of guilt or innocence, but only the safety of the conviction, those cases where the innocence of the convicted defendant is genuinely demonstrated beyond reasonable doubt by new or newly discovered fact will be identifiable in that court and the judgment will, in virtually every case, make plain that this is so ... [I]t seems to me [that] the operation of the section poses very real difficulties if the broader definition [of miscarriage of justice] is adopted, for then it becomes necessary to ask in every case of conviction quashed on grounds of fresh evidence whether it satisfies the section 133 criterion of miscarriage proved beyond reasonable doubt or is merely a case of doubt raised to the extent that the conviction is unsafe. If, however, miscarriage of justice means the establishment of innocence beyond reasonable doubt, there will usually be no difficulty in those cases being apparent from the judgments of the CACD.”

41. As regards the applicant’s submissions based on the presumption of innocence, the judge referred to the Court’s judgments in *Sekanina v. Austria*, 25 August 1993, Series A no. 266-A; *Rushiti v. Austria*, no. 28389/95, 21 March 2000; *Weixelbraun v. Austria*, no. 33730/96, 20 December 2001; *O. v. Norway*, no. 29327/95, ECHR 2003-II; and *Hammern v. Norway*, no. 30287/96, 11 February 2003. He found that they did not lead to the conclusion that the applicant was entitled to compensation under section 133, for the following reasons:

“35. ... i) None of these cases considered the ICCPR [International Covenant on Civil and Political Rights 1966 – see paragraph 65 below] scheme for payment of compensation for conclusively proved miscarriage of justice, which is what is in issue here.

ii) Article 14 of the ICCPR juxtaposes within it both the provision for compensation in article 14(6), now under consideration, and, in article 14(2), a provision in terms identical to article 6(2) ECHR. Yet by article 14(6) it plainly requires something more than the quashing of the conviction before the right to compensation arises,

namely that a miscarriage of justice be conclusively demonstrated by new or newly discovered facts. It does not seem to me that these provisions could co-exist in these terms if the consequence of article 14(2) was that nothing more could be required for compensation beyond the quashing of the conviction on the basis of new fact. ...

iii) Whilst the ICCPR is a treaty independent of the European Convention, provisions identical to article 14(6) are to be found in Protocol 7 to the ECHR, article 3. For the same reasons, it is inconceivable that article 3 could be in the terms it is if article 6(2) of the main Convention meant that compensation necessarily followed the quashing of a conviction on the basis of fresh evidence.

iv) As Lord Steyn pointed out in *Mullen ...*, the distinction between the Austrian domestic scheme then under consideration and the international scheme under Protocol 7 article 3 was one to which the Strasbourg Court carefully drew attention in *Sekanina ...* at paragraph 25 ...

v) It is plain from the Austrian and Norwegian cases that the line between the application and non-application of article 6(2) is frequently a fine one. In *Sekanina* the Commission ... expressly stated that article 6(2) 'naturally' does not prevent the same facts being relied upon, post acquittal on the merits, to found a civil claim against the defendant, and this must occur routinely, as also must subsequent child care cases. Yet in *Orr v. Norway* (no. 31283/04, 15 May 2008) the Court held that article 6(2) disabled the complainant in a rape case from recovering compensation post acquittal notwithstanding the different standard of proof attributable to the civil claim; the decision was grounded upon the manner in which the court expressed itself in dealing with the latter question.

vi) The basis for the decisions in the Austrian and Norwegian cases was the closeness of the link between the decision to acquit on the merits and the decision as to compensation. In the Austrian cases the compensation decision was within the jurisdiction of the criminal court, albeit it was usually made by a differently constituted criminal court some time after the acquittal, as for example a confiscation order may be in England. Moreover, the court proceeded in part by analysing the decision of the trial jury. In the Norwegian cases the acquittal was made by a court composed of judges and jury, and the same judges went on more or less immediately to consider compensation. ...

vii) By contrast, compensation in a fresh evidence case under article 14(6) and section 133 is not linked to any acquittal on the merits. Rather, it is to be paid when not only has there been a reversal of the conviction but also where the additional factor exists of a miscarriage of justice demonstrated beyond reasonable doubt, or conclusively, to have taken place.

viii) It can no doubt be said ... that just as compensation for acquittal under the Norwegian scheme was described by the Court as a procedure whose object was 'to establish whether the State had a financial obligation to compensate the burden it had created for the ... person by the proceedings it had instituted against him' (see *O v. Norway ...*), so too is the scheme for compensation for miscarriage of justice under article 14(6). But that is to beg the question when the scheme in question creates such

an obligation. If article 6(2) were to apply to claims under the scheme here under consideration, there would be no reason in logic or fairness to distinguish between those whose convictions are quashed on grounds of fresh evidence and those whose convictions are quashed on other grounds; each would be in the position of being able to rely on the presumption of innocence. Indeed, there would be no obvious reason for distinguishing between those who are convicted but whose convictions are quashed, and those who are acquitted at trial. But it is clear that article 14(6) does not provide for compensation to be paid except in the limited circumstances to which it refers.

ix) In *Mullen*, Lord Steyn held ... that article 6(2) ECHR did not apply to the special rules created by article 14(6) ICCPR. Lord Bingham's decision was that ... the Austrian and Norwegian cases ... could not assist Mullen since his 'acquittal' was unrelated to the merits of the accusation against him. ..."

42. The applicant sought leave to appeal to the House of Lords. Leave was refused on 11 December 2008.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. The quashing of a conviction

1. *The Criminal Appeal Act 1968*

43. Section 2(1) of the Criminal Appeal Act 1968 (as amended) provides that the Court of Appeal:

“(a) shall allow an appeal against conviction if they think that the conviction is unsafe; and

(b) shall dismiss such an appeal in any other case.”

44. Section 2(2) requires the court to quash the conviction in the event that it allows the appeal.

45. Section 2(3) provides:

“An order of the Court of Appeal quashing a conviction shall, except when under section 7 below the appellant is ordered to be retried, operate as a direction to the court of trial to enter, instead of the record of conviction, a judgment and verdict of acquittal.”

46. Section 7(1) of the 1968 Act provides that where the Court of Appeal allows an appeal against conviction and it appears to the court that the interests of justice so require, it may order the appellant to be retried. A retrial may be inappropriate where, for example, the defendant has already served the sentence and there would be nothing to be gained from a retrial.

2. *Judicial approach to quashing convictions in cases of new evidence*

47. In *R v. Pendleton* [2001] UKHL 66, the House of Lords considered what should be the approach of appeal courts in cases involving fresh evidence. Lord Bingham of Cornhill explained:

“19. ... [T]he House in *Stafford [v. Director of Public Prosecutions]* [1974] AC 878] were right to reject the submission of counsel that the Court of Appeal had asked the wrong question by taking as the test the effect of the fresh evidence on their minds and not the effect that that evidence would have had on the mind of the jury ... I am not persuaded that the House laid down any incorrect principle in *Stafford*, so long as the Court of Appeal bears very clearly in mind that the question for its consideration is whether the conviction is safe and not whether the accused is guilty. But the test advocated by counsel in *Stafford* ... does have a dual virtue ... First, it reminds the Court of Appeal that it is not and should never become the primary decision-maker. Secondly, it reminds the Court of Appeal that it has an imperfect and incomplete understanding of the full processes which led the jury to convict. The Court of Appeal can make its assessment of the fresh evidence it has heard, but save in a clear case it is at a disadvantage in seeking to relate that evidence to the rest of the evidence which the jury heard. For these reasons it will usually be wise for the Court of Appeal, in a case of any difficulty, to test their own provisional view by asking whether the evidence, if given at the trial, might reasonably have affected the decision of the trial jury to convict. If it might, the conviction must be thought to be unsafe.”

48. In the subsequent Privy Council case of *Dial and another v. The State (Trinidad and Tobago)* [2005] UKPC 4, Lord Brown of Eaton-Under-Heywood commented:

“31. ... [T]he law is now clearly established and can be simply stated as follows. Where fresh evidence is adduced on a criminal appeal it is for the Court of Appeal, assuming always that it accepts it, to evaluate its importance in the context of the remainder of the evidence in the case. If the court concludes that the fresh evidence raises no reasonable doubt as to the guilt of the accused it will dismiss the appeal. The primary question is for the Court itself and is not what effect the fresh evidence would have had on the mind of the jury. That said, if the Court regards the case as a difficult one, it may find it helpful to test its view ‘by asking whether the evidence, if given at the trial, might reasonably have affected the decision of the trial jury to convict’: (*R v. Pendleton* ...). The guiding principle nevertheless remains that stated ... in *Stafford* ... and affirmed by the House in *Pendleton*:

“While ... the Court of Appeal and this House may find it a convenient approach to consider what a jury might have done if they had heard the fresh evidence, the ultimate responsibility rests with them and them alone for deciding the question [whether or not the verdict is unsafe].”

B. Compensation for miscarriages of justice

1. *The Criminal Justice Act 1988*

49. Section 133(1) of the Criminal Justice Act 1988 (“the 1988 Act”) provides that:

“(1) Subject to subsection (2) below, when a person has been convicted of a criminal offence and when subsequently his conviction has been reversed or he has been pardoned on the ground that a new or newly discovered fact shows beyond reasonable doubt that there has been a miscarriage of justice, the Secretary of State shall pay compensation for the miscarriage of justice to the person who has suffered punishment as a result of such conviction ... unless the non-disclosure of the unknown fact was wholly or partly attributable to the person convicted.”

50. The question whether there is a right to compensation under section 133 is determined by the Secretary of State following an application by the person concerned.

51. Pursuant to section 133(5), the term “reversed” is to be construed as referring to a conviction having been quashed, *inter alia*, on an appeal out of time; or following a reference to the Court of Appeal by the Criminal Cases Review Commission.

52. Section 133(6) provides that a person suffers punishment as a result of a conviction when sentence is passed on him for the offence of which he was convicted.

53. Further provisions were inserted into section 133 following the enactment of the Criminal Justice and Immigration Act 2008 introducing a two-year time-limit for applications and clarifying the relationship between the conviction being “reversed” and the possibility of retrial. These provisions came into force on 1 December 2008, that is, after the decision of the Court of Appeal on the compensation claim in the present case (see paragraph 33 above).

2. *Judicial interpretation of “miscarriage of justice”*

(a) **Prior to the compensation proceedings in the applicant’s case**

54. In *R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 18, the House of Lords considered the application of section 133 of the 1988 Act. Mr Mullen’s trial in England had been possible only because the British authorities had arranged his deportation from Zimbabwe in flagrant breach of local and international law. This emerged only after conviction and his appeal to the Court of Appeal, approximately seven years later, resulted in the quashing of his conviction on the ground that

his deportation had involved abuse of process, namely a gross abuse of executive power. His claim for compensation under section 133, or the *ex gratia* scheme which existed in parallel at that time, was refused by the Secretary of State. In subsequent judicial review proceedings, the House of Lords unanimously found that section 133 did not require the payment of compensation for a miscarriage of justice in his case. However, there was a divergence of views between Lord Bingham and Lord Steyn as to the proper construction of section 133.

55. As to the term “wrongful conviction”, Lord Bingham said:

“4. ... The expression ‘wrongful convictions’ is not a legal term of art and it has no settled meaning. Plainly the expression includes the conviction of those who are innocent of the crime of which they have been convicted. But in ordinary parlance the expression would, I think, be extended to those who, whether guilty or not, should clearly not have been convicted at their trials. It is impossible and unnecessary to identify the manifold reasons why a defendant may be convicted when he should not have been. It may be because the evidence against him was fabricated or perjured. It may be because flawed expert evidence was relied on to secure conviction. It may be because evidence helpful to the defence was concealed or withheld. It may be because the jury was the subject of malicious interference. It may be because of judicial unfairness or misdirection. In cases of this kind, it may, or more often may not, be possible to say that a defendant is innocent, but it is possible to say that he has been wrongly convicted. The common factor in such cases is that something has gone seriously wrong in the investigation of the offence or the conduct of the trial, resulting in the conviction of someone who should not have been convicted.”

56. Although both the High Court and the Court of Appeal in the applicant’s case appeared to consider this statement relevant to Lord Bingham’s interpretation of “miscarriage of justice” in section 133, it should be noted, as was explained by Lord Hope in the subsequent judgment of the Supreme Court in *R (Adams)* (see paragraph 63 below), that the comments made by Lord Bingham were not directed at that expression but at the phrase “wrongful conviction”, in the context of the *ex gratia* scheme in place at the time.

57. Lord Bingham noted that section 133 was enacted in order to give effect to the obligation under Article 14 § 6 of the ICCPR, and observed that this Article was directed at ensuring that defendants were fairly tried; it had no bearing on abuses of executive power which did not result in an unfair trial. He continued:

“8. ... In quashing Mr Mullen’s conviction the Court of Appeal (Criminal Division) condemned the abuse of executive power which had led to his apprehension and abduction in the only way it effectively could. But it identified no failure in the trial process. It is for failures of the trial process that the Secretary of State is bound, by section 133 and article 14(6), to pay compensation. On that limited ground I would hold that he is not bound to pay compensation under section 133.”

58. He hesitated to accept the submission of the Secretary of State to the effect that section 133, reflecting Article 14 § 6 of the ICCPR, obliged him to pay compensation only when a defendant, finally acquitted in circumstances satisfying the statutory conditions, was shown beyond reasonable doubt to be innocent of the crime of which he had been convicted. In light of his conclusion that no compensation was payable, it was, however, not necessary to decide this point.

59. Lord Steyn observed that section 133 was modelled on Article 14 § 6 of the ICCPR, as was Article 3 of Protocol No. 7 to the Convention. He reviewed several judgments of this Court in which a violation of Article 6 § 2 had been found in respect of compensation proceedings where the applicants had been acquitted at trial, concluding:

“41. ... The decisions are not relevant to the issue presently under consideration. The interaction between article 6(2) and article 3 of Protocol No. 7 was not under consideration. The reason was that in Austrian legislation there was a wider right to compensation than provided by article 3 of Protocol No. 7.”

60. Having concluded that the jurisprudence of this Court was of no assistance in the interpretation of section 133, Lord Steyn turned to examine the interpretation of Article 14 § 6 on its own terms. He noted that a case where a defendant was wrongly convicted and had his conviction quashed on an appeal lodged within ordinary time limits did not qualify for compensation. He further noted that if there was no new or newly discovered fact, but simply a recognition that an earlier dismissal of an appeal was wrong, the case fell outside the scope of Article 14 § 6. He therefore concluded that there was no overarching purpose of compensating all who were wrongly convicted; and that the fundamental right under Article 14 § 6 was unquestionably narrowly circumscribed. He continued:

“46. The requirement that the new or newly discovered fact must show conclusively (or beyond reasonable doubt in the language of section 133) ‘that there has been a miscarriage of justice’ is important. It filters out cases where it is only established that there may have been a wrongful conviction. Similarly excluded are cases where it is only probable that there has been a wrongful conviction. These two categories would include the vast majority of cases where an appeal is allowed out of time ... I regard these considerations as militating against the expansive interpretation of ‘miscarriage of justice’ put forward on behalf of Mr Mullen. They also demonstrate the implausibility of the extensive interpretation ...: it entirely erodes the effect of evidence showing ‘conclusively that there has been a miscarriage of justice’. While accepting that in other contexts ‘a miscarriage of justice’ is capable of bearing a narrower or wider meanings, the only relevant context points to a narrow interpretation, viz the case where innocence is demonstrated.”

61. Thus he concluded:

“56. ... the autonomous meaning of the words ‘a miscarriage of justice’ extends only to ‘clear cases of miscarriage of justice, in the sense that there would be acknowledgement that the person concerned was clearly innocent’ as it is put in the Explanatory Report [to Protocol No. 7]. This is the international meaning which Parliament adopted when it enacted section 133 of the 1988 Act.”

62. As Mr Mullen was not innocent of the charge, he was not entitled to compensation under section 133.

(b) Following the compensation proceedings in the applicant’s case

63. In *R (Adams) v. Secretary of State for Justice* [2011] UKSC 18, the Supreme Court, sitting as a panel of nine judges, was asked to look again at the meaning of “miscarriage of justice” in section 133 of the 1988 Act. The justices expressed varying views as to the correct interpretation of the term.

III. RELEVANT INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS AND PRACTICE

A. International Covenant on Civil and Political Rights 1966

64. Article 14 § 2 of the ICCPR provides that:

“Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law.”

65. Article 14 § 6 provides:

“When a person has by a final decision been convicted of a criminal offence and when subsequently his conviction has been reversed or he has been pardoned on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated according to law, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to him.”

66. The United Nations Human Rights Committee has considered the operation of the relevant ICCPR Articles. In *W.J.H. v. the Netherlands*, Communication No. 408/1990, UN Doc. CCPR/C/45/D/408/1990(1992), where a violation of Article 14 §§ 2 and 6 was alleged following the refusal of compensation after acquittal, the Committee observed that Article 14 § 2 applied only to criminal proceedings and not to proceedings for compensation. It also found that the conditions set out in Article 14 § 6 were not satisfied.

67. In its General Comment No. 32 on Article 14, published on 23 August 2007, the United Nations Human Rights Committee said, in respect of the presumption of innocence:

“30. According to article 14, paragraph 2 everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proven guilty according to law. The presumption of innocence, which is fundamental to the protection of human

rights, imposes on the prosecution the burden of proving the charge, guarantees that no guilt can be presumed until the charge has been proved beyond reasonable doubt, ensures that the accused has the benefit of doubt, and requires that persons accused of a criminal act must be treated in accordance with this principle. It is a duty for all public authorities to refrain from prejudging the outcome of a trial, e.g. by abstaining from making public statements affirming the guilt of the accused. Defendants should normally not be shackled or kept in cages during trials or otherwise presented to the court in a manner indicating that they may be dangerous criminals. The media should avoid news coverage undermining the presumption of innocence. Furthermore, the length of pre-trial detention should never be taken as an indication of guilt and its degree. The denial of bail or findings of liability in civil proceedings do not affect the presumption of innocence.” (footnotes omitted)

68. In respect of the right to compensation for a miscarriage of justice, the Committee said, in so far as relevant:

“53. This guarantee does not apply if it is proved that the non-disclosure of such a material fact in good time is wholly or partly attributable to the accused; in such cases, the burden of proof rests on the State. Furthermore, no compensation is due if the conviction is set aside upon appeal, i.e. before the judgment becomes final, or by a pardon that is humanitarian or discretionary in nature, or motivated by considerations of equity, not implying that there has been a miscarriage of justice.” (footnotes omitted)

B. Article 3 of Protocol No. 7 to the Convention

69. Article 3 of Protocol No. 7 reads:

“When a person has by a final decision been convicted of a criminal offence and when subsequently his conviction has been reversed, or he has been pardoned, on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated according to the law or the practice of the State concerned, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to him.”

70. The United Kingdom has neither signed nor acceded to Protocol No. 7.

71. The Explanatory Report to Protocol No. 7 was prepared by the Steering Committee for Human Rights and submitted to the Committee of Ministers of the Council of Europe. It explains at the outset that the report itself

“... does not constitute an instrument providing an authoritative interpretation of the text of the Protocol, although it might be of such a nature as to facilitate the understanding of the provisions contained therein”.

72. As regards Article 3 of Protocol No. 7, the report notes, *inter alia*, as follows.

“23. Secondly, the article applies only where the person’s conviction has been reversed or he has been pardoned, in either case on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice – that is, some serious failure in the judicial process involving grave prejudice to the convicted person. Therefore, there is no requirement under the article to pay compensation if the conviction has been reversed or a pardon has been granted on some other ground. ...

25. In all cases in which these preconditions are satisfied, compensation is payable ‘according to the law or the practice of the State concerned’. This does not mean that no compensation is payable if the law or practice makes no provision for such compensation. It means that the law or practice of the State should provide for the payment of compensation in all cases to which the article applies. The intention is that States would be obliged to compensate persons only in clear cases of miscarriage of justice, in the sense that there would be acknowledgement that the person concerned was clearly innocent. The article is not intended to give a right of compensation where all the preconditions are not satisfied, for example, where an appellate court had quashed a conviction because it had discovered some fact which introduced a reasonable doubt as to the guilt of the accused and which had been overlooked by the trial judge.”

C. Law and practice on compensation proceedings following discontinuation or acquittal in the member States

73. According to the information before the Court, there is no uniform approach in respect of the law and practice on compensation proceedings following discontinuation or acquittal in thirty-six member States surveyed. Some States have more than one scheme in place, covering different types of compensation.

74. The procedures for claiming compensation vary significantly across the surveyed States. In ten States, available compensation proceedings appear to be linked directly to the criminal proceedings, with the tribunal which disposed of the criminal complaint having jurisdiction to assess a compensation claim where there has been an acquittal in the original trial proceedings (Germany, Russia and Ukraine) or the quashing of a conviction following the reopening of proceedings (Belgium, France, Germany, Greece, Italy, Luxembourg, Monaco and Switzerland).

75. In thirty States, available compensation proceedings are independent of the criminal proceedings (Albania, Austria, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, the Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Hungary, Ireland, Lithuania, Luxembourg, Malta, the Republic of Moldova, Monaco, Montenegro, Norway, Poland, Romania, Russia, Serbia, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, the former Yugoslav Republic of Macedonia, Turkey and Ukraine). In these States, a compensation claim may be brought administratively to ministers or officials (in Austria,

Bosnia and Herzegovina, Croatia, the Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, Ireland, Luxembourg, Monaco, Montenegro, Serbia, Slovakia, Slovenia and Spain and the former Yugoslav Republic of Macedonia); to the civil or administrative courts (in Albania, Bulgaria, France, Hungary, Lithuania, Moldova, Norway, Romania, Russia, Sweden and Ukraine); or to the criminal courts, before judges different to those who sat in the original criminal case (in Poland and Turkey). Time-limits are in place in almost all States surveyed, linking the making of a compensation claim to the conclusion of the criminal proceedings. The exceptions are Ireland and Malta.

76. The vast majority of surveyed States operate compensation schemes which are far more generous than the one in place in the United Kingdom. In many of the surveyed States, compensation is essentially automatic following a finding of not guilty, the quashing of a conviction or the discontinuation of proceedings (for example, in Bulgaria, Croatia, the Czech Republic, Denmark, Finland, Germany, Montenegro, Romania, the former Yugoslav Republic of Macedonia, Turkey and Ukraine).

77. There is very little evidence from the practice of Contracting States regarding compensation which is relevant to the interpretation of “miscarriage of justice”.

THE LAW

ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 2 OF THE CONVENTION

78. The applicant complained that the reasons given for the refusal to award her compensation following her acquittal violated the presumption of innocence. She relied on Article 6 § 2 of the Convention, which reads as follows:

“Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.”

79. The Government contested that argument.

A. Scope of the complaint

80. The applicant accepted that the refusal of compensation in itself did not raise any issue under Article 6 § 2 because it did not imply anything about the State’s views as to her guilt or innocence. Her complaint was that the refusal by the High Court and the Court of Appeal in her case was based on reasons which gave rise to doubts about her innocence.

81. The Government emphasised that there was no general right under Article 6 § 2 to compensation after acquittal merely because the individuals were, as a result of the acquittal, presumed innocent of the charges previously brought against them. The words in section 133 of the 1988 Act should not be given an expansive interpretation based on the premise that it would be beneficial for compensation to be paid to as wide a group of acquitted persons as possible.

82. The Court reiterates that Article 6 § 2 does not guarantee a person charged with a criminal offence a right to compensation for lawful detention on remand or for costs where proceedings are subsequently discontinued or end in an acquittal (see, among many other authorities, *Englert v. Germany*, 25 August 1987, § 36, Series A no. 123; *Sekanina v. Austria*, 25 August 1993, § 25, Series A no. 266-A; *Capeau v. Belgium*, no. 42914/98, § 23, ECHR 2005-I; *Yassar Hussain v. the United Kingdom*, no. 8866/04, § 20, ECHR 2006-III; and *Tendam v. Spain*, no. 25720/05, § 36, 13 July 2010). Equally, that Article does not guarantee a person acquitted of a criminal offence a right to compensation for a miscarriage of justice of whatever kind.

83. The question before the Court is not whether the refusal of compensation *per se* violated the applicant's right to be presumed innocent. The Court's examination of the complaint is directed at whether the individual decision refusing compensation in the applicant's case, including the reasoning and the language used, was compatible with the presumption of innocence enshrined in Article 6 § 2.

B. Admissibility

1. The parties' submissions

(a) The Government

84. According to the Government, Article 6 § 2 applied only to those charged with a criminal offence. Even under the broad interpretation of "criminal proceedings" adopted by the Court, they argued that the compensation proceedings in issue in the present case fell outside that interpretation.

85. Firstly, the Government observed that there was no case-law of the Court which stated that Article 6 § 2 applied to an assessment of eligibility for compensation against the criteria contained in Article 3 of Protocol No. 7. Indeed, they argued that in *Sekanina* (cited above, § 25) the Court had found that Article 6 § 2 did not apply to such proceedings.

They claimed that such an approach was consistent with the approach of the United Nations Human Rights Committee in *W.J.H. v. the Netherlands* (see paragraph 66 above). The refusal of compensation based on lack of eligibility could not be incompatible with Article 6 § 2; to hold otherwise would render meaningless the criteria and restrictions in Article 14 § 6 of the ICCPR and Article 3 of Protocol No. 7 to the Convention.

86. Secondly, although the Government accepted that Article 6 § 2 had been found to apply to certain types of compensation proceedings, this was only where there was a close link with the prior criminal proceedings which had given rise to the claim. Here, by contrast, the decision on compensation was distinct and separate from the decision to quash the criminal conviction because it was generally taken by the executive and not the judiciary; it was taken pursuant to an administrative process and not in criminal proceedings; it could be based on different evidence, not considered at the trial itself; it was from a temporal aspect remote, as an application for compensation could be made up to two years after the reversal of the conviction; and it was made and provided on a confidential basis to the applicant. Although assessment of whether a miscarriage of justice had been conclusively demonstrated, as required by section 133 of the 1988 Act, involved some evaluation of the evidence that had led to the conviction in the first place, that process did not involve any infringement of the presumption of innocence and did not undermine the acquittal.

87. The Government therefore invited the Court to conclude that the presumption of innocence was not engaged at all in the context of decisions taken under section 133 of the 1988 Act and, in consequence, to declare the application inadmissible.

(b) The applicant

88. The applicant emphasised that there had been a significant number of judgments by this Court holding that Article 6 § 2 of the Convention applied when eligibility for compensation following a person's acquittal was being assessed (citing, *inter alia*, *Rushiti v. Norway*, no. 30287/96, 11 February 2003; *Hammern v. Austria*, no. 28389/95, 21 March 2000; and *Puig Panella v. Spain*, no. 1483/02, 25 April 2006). Although in some cases concerning civil compensation proceedings the Court had found that Article 6 § 2 did not apply, the applicant stressed that in those cases courts were required to assess civil liability; whereas section 133 of the 1988 Act required an assessment of the basis of a person's acquittal and what that acquittal said about criminal liability. Further, whereas in civil proceedings a balance had to be struck with the rights of third parties, no such balance was relevant here, as it was the State that was responsible for payment of

compensation. In any event, the Court had found Article 6 § 2 applicable even in cases concerning civil proceedings where those proceedings resulted in the innocence of the applicant being questioned (citing *Orr v. Norway*, no. 31283/04, 15 May 2008).

89. The applicant disputed the argument that Article 6 § 2 only applied where there was a close link to the criminal proceedings. She pointed to the Court's finding in *Šikić v. Croatia* (no. 9143/08, § 47, 15 July 2010) and *Vanjak v. Croatia* (no. 29889/04, § 41, 14 January 2010) to the effect that when criminal proceedings were discontinued, the presumption of innocence had to be preserved in "any other proceedings of whatever nature". She submitted that this must be all the more true in cases of acquittal, where the protection afforded by Article 6 § 2 was even stronger.

90. In any case, the applicant contended that the award of compensation under section 133 of the 1988 Act was clearly closely linked to the criminal proceedings that had resulted in the conviction being quashed. It was evident from section 133 and the Supreme Court's judgment in *R (Adams)* (see paragraph 63 above) that the key issue in compensation proceedings was the specific reason why the conviction was quashed, and that a decision on compensation required the decision-maker to examine the Court of Appeal judgment quashing the conviction. A refusal to compensate on the grounds identified in *R (Adams)* raised questions as to whether the State accepted that the person claiming compensation was genuinely innocent. This in itself was sufficient to find Article 6 § 2 applicable.

91. Finally, the applicant argued that it could not be correct that Article 6 § 2 did not apply to compensation schemes established under Article 14 § 6 of the ICCPR and Article 3 of Protocol No. 7 to the Convention but applied to all other forms of compensation following acquittal. There was no logical reason for such a distinction to be drawn.

2. *The Court's assessment*

(a) **General principles**

(i) *Introduction*

92. The object and purpose of the Convention, as an instrument for the protection of human beings, requires that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective (see, *inter alia*, *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 87, Series A no. 161, and *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 55721/07, § 162, ECHR 2011). The Court has expressly stated that this applies to the right

enshrined in Article 6 § 2 (see, for example, *Allenet de Ribemont v. France*, 10 February 1995, § 35, Series A no. 308, and *Capeau*, cited above, § 21).

93. Article 6 § 2 safeguards the right to be “presumed innocent until proved guilty according to law”. Viewed as a procedural guarantee in the context of a criminal trial itself, the presumption of innocence imposes requirements in respect of, *inter alia*, the burden of proof (see *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, 6 December 1988, § 77, Series A no. 146, and *Telfner v. Austria*, no. 33501/96, § 15, 20 March 2001); legal presumptions of fact and law (see *Salabiaku v. France*, 7 October 1988, § 28, Series A no. 141-A, and *Radio France and Others v. France*, no. 53984/00, § 24, ECHR 2004-II); the privilege against self-incrimination (see *Saunders v. the United Kingdom*, 17 December 1996, § 68, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI, and *Heaney and McGuinness v. Ireland*, no. 34720/97, § 40, ECHR 2000-XII); pre-trial publicity (see *Akay v. Turkey* (dec.), no. 34501/97, 19 February 2002, and *G.C.P. v. Romania*, no. 20899/03, § 46, 20 December 2011); and premature expressions, by the trial court or by other public officials, of a defendant’s guilt (see *Allenet de Ribemont*, cited above, §§ 35-36, and *Nešťák v. Slovakia*, no. 65559/01, § 88, 27 February 2007).

94. However, in keeping with the need to ensure that the right guaranteed by Article 6 § 2 is practical and effective, the presumption of innocence also has another aspect. Its general aim, in this second aspect, is to protect individuals who have been acquitted of a criminal charge, or in respect of whom criminal proceedings have been discontinued, from being treated by public officials and authorities as though they are in fact guilty of the offence charged. In these cases, the presumption of innocence has already operated, through the application at trial of the various requirements inherent in the procedural guarantee it affords, to prevent an unfair criminal conviction being imposed. Without protection to ensure respect for the acquittal or the discontinuation decision in any other proceedings, the fair-trial guarantees of Article 6 § 2 could risk becoming theoretical and illusory. What is also at stake once the criminal proceedings have concluded is the person’s reputation and the way in which that person is perceived by the public. To a certain extent, the protection afforded under Article 6 § 2 in this respect may overlap with the protection afforded by Article 8 (see, for example, *Zollman v. the United Kingdom* (dec.), no. 62902/00, ECHR 2003-XII, and *Taliadorou and Stylianou v. Cyprus*, nos. 39627/05 and 39631/05, §§ 27 and 56-59, 16 October 2008).

(ii) *Applicability of Article 6 § 2*

95. As expressly stated in the terms of the Article itself, Article 6 § 2 applies where a person is “charged with a criminal offence”. The Court has repeatedly emphasised that this is an autonomous concept and must be interpreted according to the three criteria set out in its case-law, namely the classification of the proceedings in domestic law, their essential nature, and the degree of severity of the potential penalty (see, among many other authorities on the concept of a “criminal charge”, *Engel and Others v. the Netherlands*, 8 June 1976, § 82, Series A no. 22, and *Phillips v. the United Kingdom*, no. 41087/98, § 31, ECHR 2001-VII). To evaluate any complaint under Article 6 § 2 arising in the context of judicial proceedings, it is first of all necessary to ascertain whether the impugned proceedings involved the determination of a criminal charge, within the meaning of the Court’s case-law.

96. However, in cases involving the second aspect of the protection afforded by Article 6 § 2, which arises when criminal proceedings have terminated, it is clear that the application of the foregoing test is inappropriate. In these cases, the criminal proceedings have, by necessity, been concluded and unless the subsequent judicial proceedings give rise to a new criminal charge within the Convention’s autonomous meaning, if Article 6 § 2 is engaged, it must be engaged on different grounds.

97. The parties did not suggest that the compensation proceedings brought by the applicant gave rise to a “criminal charge”, within the autonomous meaning of the Convention. It is therefore the second aspect of the protection afforded by Article 6 § 2 which is in play in the present case; and the Court will accordingly examine how it has approached the applicability of Article 6 § 2 to subsequent judicial proceedings in such cases.

98. The Court has in the past been called upon to consider the application of Article 6 § 2 to judicial decisions taken following the conclusion of criminal proceedings, either by way of discontinuation or after an acquittal, in proceedings concerning, *inter alia*:

(a) a former accused’s obligation to bear court costs and prosecution costs (see *Minelli v. Switzerland*, 25 March 1983, §§ 30-32, Series A no. 62, and *McHugo v. Switzerland* (dec.), no. 55705/00, 12 May 2005);

(b) a former accused’s request for compensation for detention on remand or other inconvenience caused by the criminal proceedings (see *Englert*, cited above, § 35; *Nölkenbockhoff v. Germany*, 25 August 1987, § 35, Series A no. 123; *Sekanina*, cited above, § 22; *Rushiti*, cited above, § 27; *Mulaj and Sallahi v. Austria* (dec.), no. 48886/99, 27 June 2002;

O. v. Norway, no. 29327/95, §§ 33-38, ECHR 2003-II; *Hammern*, cited above, §§ 41-46; *Baars v. the Netherlands*, no. 44320/98, § 21, 28 October 2003; *Capeau v. Belgium* (dec.), no. 42914/98, 6 April 2004; *Del Latte v. the Netherlands*, no. 44760/98, § 30, 9 November 2004; *A.L. v. Germany*, no. 72758/01, §§ 31-33, 28 April 2005; *Puig Panella*, cited above, § 50; *Tendam*, cited above, §§ 31 and 36; *Bok v. the Netherlands*, no. 45482/06, §§ 37-48, 18 January 2011; and *Lorenzetti v. Italy*, no. 32075/09, § 43, 10 April 2012);

(c) a former accused's request for defence costs (see *Lutz v. Germany*, 25 August 1987, §§ 56-57, Series A no. 123; *Leutscher v. the Netherlands*, 26 March 1996, § 29, Reports 1996-II; *Yassar Hussain*, cited above, § 19; and *Ashendon and Jones v. the United Kingdom* (revision), nos. 35730/07 and 4285/08, §§ 42 and 49, 15 December 2011);

(d) a former accused's request for compensation for damage caused by an unlawful or wrongful investigation or prosecution (see *Panteleyenko v. Ukraine*, no. 11901/02, § 67, 29 June 2006, and *Grabchuk v. Ukraine*, no. 8599/02, § 42, 21 September 2006);

(e) the imposition of civil liability to pay compensation to the victim (see *Ringvold v. Norway*, no. 34964/97, § 36, ECHR 2003-II; *Y v. Norway*, no. 56568/00, § 39, ECHR 2003-II; *Orr*, cited above, §§ 47-49; *Erkol v. Turkey*, no. 50172/06, §§ 33 and 37, 19 April 2011; *Vulakh and Others v. Russia*, no. 33468/03, § 32, 10 January 2012; *Diacenco v. Romania*, no. 124/04, § 55, 7 February 2012; *Lagardère v. France*, no. 18851/07, §§ 73 and 76, 12 April 2012; and *Constantin Florea v. Romania*, no. 21534/05, §§ 50 and 52, 19 June 2012);

(f) the refusal of civil claims lodged by the applicant against insurers (see *Lundkvist v. Sweden* (dec.), no. 48518/99, ECHR 2003-XI, and *Reeves v. Norway* (dec.), no. 4248/02, 8 July 2004);

(g) the maintenance in force of a child care order, after the prosecution decided not to bring charges against the parent for child abuse (see *O.L. v. Finland* (dec.), no. 61110/00, 5 July 2005);

(h) disciplinary or dismissal issues (see *Moulet v. France* (dec.), no. 27521/04, 13 September 2007; *Taliadorou and Stylianou*, cited above, § 25; *Šikić*, cited above, §§ 42-47; and *Çelik (Bozkurt) v. Turkey*, no. 34388/05, § 34, 12 April 2011); and

(i) the revocation of the applicant's right to social housing (see *Vassilios Stavropoulos v. Greece*, no. 35522/04, §§ 28-32, 27 September 2007).

99. In a number of these cases, the Court found in favour of the applicability of Article 6 § 2. Explaining why Article 6 § 2 applied despite the absence of a pending criminal charge in a trio of early cases, the Court said that the rulings on the applicants' entitlement to costs and compensation

were “consequences and necessary concomitants of”, or “a direct sequel to”, the conclusion of the criminal proceedings (see *Englert*, cited above, § 35; *Nölkenbockhoff*, cited above, § 35; and *Lutz*, cited above, § 56). Similarly, in a later series of cases, the Court concluded that Austrian legislation and practice “link[ed] the two questions – the criminal responsibility of the accused and the right to compensation – to such a degree that the decision on the latter issue could be regarded as a consequence and, to some extent, the concomitant of the decision on the former”, resulting in the applicability of Article 6 § 2 to the compensation proceedings (see *Sekanina*, cited above, § 22; *Rushiti*, cited above, § 27; and *Weixelbraun v. Austria*, no. 33730/96, § 24, 20 December 2001).

100. Developing this idea in subsequent cases, the Court found that the applicants’ compensation claim “not only followed the criminal proceedings in time, but was also tied to those proceedings in legislation and practice, with regard to both jurisdiction and subject matter”, creating a link between the two sets of proceedings with the result that Article 6 § 2 was applicable (see *O. v. Norway*, cited above, § 38, and *Hammern*, cited above, § 46).

101. In cases concerning the victim’s right to compensation from the applicant, who had previously been found not guilty of the criminal charge, the Court held that where the decision on civil compensation contained a statement imputing criminal liability, this would create a link between the two proceedings such as to engage Article 6 § 2 in respect of the judgment on the compensation claim (see *Ringvold*, cited above, § 38; *Y v. Norway*, cited above, § 42; and *Orr*, cited above, § 49).

102. More recently, the Court has expressed the view that following discontinuation of criminal proceedings the presumption of innocence requires that the lack of a person’s criminal conviction be preserved in any other proceedings of whatever nature (see *Vanjak*, cited above, § 41, and *Šikić*, cited above, § 47). It has also indicated that the operative part of an acquittal judgment must be respected by any authority referring directly or indirectly to the criminal responsibility of the interested party (see *Vassilios Stavropoulos*, cited above, § 39; *Tendam*, cited above, § 37; and *Lorenzetti*, cited above, § 46).

(iii) *Conclusion*

103. The present case concerns the application of the presumption of innocence in judicial proceedings following the quashing by the CACD of the applicant’s conviction, giving rise to an acquittal. Having regard to the aims of Article 6 § 2 discussed above (see paragraphs 92-94) and the approach which emerges from its case-law review, the Court would formulate the principle of the presumption of innocence in this context

as follows: the presumption of innocence means that where there has been a criminal charge and criminal proceedings have ended in an acquittal, the person who was the subject of the criminal proceedings is innocent in the eyes of the law and must be treated in a manner consistent with that innocence. To this extent, therefore, the presumption of innocence will remain after the conclusion of criminal proceedings in order to ensure that, as regards any charge which was not proven, the innocence of the person in question is respected. This overriding concern lies at the root of the Court's approach to the applicability of Article 6 § 2 in these cases.

104. Whenever the question of the applicability of Article 6 § 2 arises in the context of subsequent proceedings, the applicant must demonstrate the existence of a link, as referred to above, between the concluded criminal proceedings and the subsequent proceedings. Such a link is likely to be present, for example, where the subsequent proceedings require examination of the outcome of the prior criminal proceedings and, in particular, where they oblige the court to analyse the criminal judgment, to engage in a review or evaluation of the evidence in the criminal file, to assess the applicant's participation in some or all of the events leading to the criminal charge, or to comment on the subsisting indications of the applicant's possible guilt.

105. Having regard to the nature of the Article 6 § 2 guarantee outlined above, the fact that section 133 of the 1988 Act was enacted to comply with the respondent State's obligations under Article 14 § 6 of the ICCPR, and that it is expressed in terms almost identical to that Article and to Article 3 of Protocol No. 7 to the Convention, does not have the consequence of taking the impugned compensation proceedings outside the scope of applicability of Article 6 § 2, as argued by the Government. The two Articles are concerned with entirely different aspects of the criminal process; there is no suggestion that Article 3 of Protocol No. 7 was intended to extend to a specific situation general guarantees similar to those contained in Article 6 § 2 (compare and contrast *Maaouia v. France* [GC], no. 39652/98, §§ 36-37, ECHR 2000-X). Indeed, Article 7 of Protocol No. 7 clarifies that the provisions of the substantive Articles of the Protocol are to be regarded as additional Articles to the Convention, and that "all the provisions of the Convention shall apply accordingly". Article 3 of Protocol No. 7 cannot therefore be said to constitute a form of *lex specialis* excluding the application of Article 6 § 2.

(b) Application of the general principles to the facts of the case

106. As the applicant was formerly charged with the criminal offence of manslaughter, the presumption of innocence applied to that offence from the time of the charge. Although the protection afforded by the presumption ceased with her conviction, which she did not then appeal, it was restored

following her later acquittal by reason of the judgment of the CACD (see paragraph 45 above).

107. The Court's task at this stage of its analysis is therefore to examine whether there was a link between the concluded criminal proceedings and the compensation proceedings, having regard to the relevant considerations set out above (see paragraph 104 above). In this respect, the Court observes that proceedings under section 133 of the 1988 Act require that there has been a reversal of a prior conviction. It is the subsequent reversal of the conviction which triggers the right to apply for compensation for a miscarriage of justice. Further, in order to examine whether the cumulative criteria in section 133 are met, the Secretary of State and the courts in judicial review proceedings are required to have regard to the judgment handed down by the CACD. It is only by examining this judgment that they can identify whether the reversal of the conviction, which resulted in an acquittal in the present applicant's case, was based on new evidence and whether it gave rise to a miscarriage of justice.

108. The Court is therefore satisfied that the applicant has demonstrated the existence of the necessary link between the criminal proceedings and the subsequent compensation proceedings. As a result, Article 6 § 2 applied in the context of the proceedings under section 133 of the 1988 Act to ensure that the applicant was treated in the latter proceedings in a manner consistent with her innocence. The application cannot therefore be rejected under Article 35 § 3 (a) of the Convention as incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention.

109. Neither does the Court find the complaint manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) or inadmissible on any other ground. The Court accordingly dismisses the Government's objection of inadmissibility and declares the complaint admissible.

C. Merits

1. *The parties' submissions*

(a) **The applicant**

110. The applicant contended that the refusal by the High Court and the Court of Appeal in her case was based on reasons which gave rise to doubts about her innocence. She highlighted, in particular, the High Court's finding that there was still "powerful evidence against" her (see paragraph 31 above); the reference by the Court of Appeal to the fact that the new evidence "*might*, if it had been heard by the jury, have led to a

different result” (see paragraph 33 above); the comment that the Court of Appeal had “no doubt that the [judgment] of the CACD does not begin to carry the implication that there was no case ... to answer” (see paragraph 38 above); and the finding of the Court of Appeal that “there was no basis for saying that, on the new evidence, there was no case to go to a jury” (see paragraph 39 above). These comments had to be viewed in the light of the general position as regards eligibility for compensation. The Court of Appeal’s judgment clearly implied that she could potentially have been convicted had she been retried.

111. The applicant pointed out that the requirement that a person prove her innocence had been found to be a violation of Article 6 § 2 in a number of cases (relying on the judgments in *Capeau*, *Puig Panella* and *Tendam*, all cited above). She argued that if a State imposed a requirement that innocence be established before compensation was payable, it was inevitable that a finding that compensation was not payable implied that the State was questioning the person’s innocence.

112. Finally, the applicant referred to the Court’s case-law which indicated that even the mere voicing of doubts regarding innocence was incompatible with Article 6 § 2 where there had been an acquittal (relying on *Sekanina*, *Rushiti* and *Diacenco*, all cited above). The applicant insisted that hers was plainly an acquittal based on the merits as the CACD, when quashing her conviction, had found that the factual and evidential basis of the conviction had been undermined.

113. She concluded that in the compensation proceedings in her case, the courts had questioned her innocence and she invited the Court to find a violation of Article 6 § 2.

(b) The Government

114. The Government disputed that there had been a violation of Article 6 § 2 in the present case. Section 133 of the 1988 Act did not offend the presumption of innocence, as it did not call into question the correctness of the acquittal or the applicant’s entitlement to be presumed innocent. The cases to which the applicant referred, such as *Rushiti*, cited above, could not be interpreted as justifying an extreme interpretation of Article 6 § 2 to the effect that once a person had been acquitted she must be treated always as positively innocent for all purposes. That, the Government submitted, would not be compatible with Article 3 of Protocol No. 7 or with the Court’s case-law on the compatibility with Article 6 § 2 of civil proceedings arising out of the same facts (referring to *Y v. Norway*, cited above).

115. The Government contended that in previous cases involving compensation proceedings, including those cited by the applicant, the Court's concern had been with the way in which the decision to refuse compensation had left no doubt that it was based on presumed guilt; the words used had gone beyond mere suspicions or suppositions. By contrast, there was no similar problem with the refusal of compensation under section 133 of the 1988 Act generally or with the specific refusal in the applicant's case. Refusal of compensation would be compatible with Article 6 § 2 provided that it was clear from the language used that no guilt could be imputed to the applicant (referring to *A.L. v. Germany*, cited above).

116. Finally, the Government referred to the Court's case-law on the operation of the presumption of innocence in the context of civil and disciplinary proceedings (citing *Šikić, Vanjak* and *Bok*, all cited above). This confirmed that the Court adopted a flexible approach to the scope of the presumption of innocence outside criminal proceedings, and was alive to the need to ensure that civil and disciplinary proceedings could function effectively.

117. The Government concluded that nothing in the domestic judgments undermined or cast doubt on the applicant's acquittal. There had therefore been no violation of Article 6 § 2 in the present case.

2. *The Court's assessment*

118. The Court observes that the present case does not concern the compliance of the compensation scheme established under section 133 of the 1988 Act with Article 3 of Protocol No. 7, a Protocol which the respondent State has not ratified (see paragraph 70 above). It is therefore not for this Court to assess whether that Article has been complied with; nor is it its task to evaluate the respondent State's interpretation of the phrase "miscarriage of justice" which appears in that Article, except in so far as its interpretation can be said to be incompatible with the presumption of innocence enshrined in Article 6 § 2.

119. As explained above, once it has been established that there is a link between the two sets of proceedings, the Court must determine whether, in all the circumstances of the case, the presumption of innocence has been respected. It is convenient, therefore, to begin by reviewing the Court's approach to its examination of the merits in previous comparable cases.

(a) **The Court's approach in previous comparable cases**

120. In the early case of *Minelli*, cited above, which concerned an order requiring the applicant to pay prosecution costs following discontinuation

of the criminal proceedings, the Court set out the applicable principle as follows:

“37. In the Court’s judgment, the presumption of innocence will be violated if, without the accused’s having previously been proved guilty according to law and, notably, without his having had the opportunity of exercising his rights of defence, a judicial decision concerning him reflects an opinion that he is guilty. This may be so even in the absence of any formal finding; it suffices that there is some reasoning suggesting that the court regards the accused as guilty. ...”

121. In the first cases with which it was confronted concerning applications by a former accused for compensation or for defence costs, the Court drew on the principle set out in *Minelli*, explaining that a decision whereby compensation for detention on remand and reimbursement of an accused’s necessary costs and expenses were refused following termination of proceedings might raise an issue under Article 6 § 2 if supporting reasoning which could not be dissociated from the operative provisions amounted in substance to a determination of the accused’s guilt without his having previously been proved guilty according to law and, in particular, without his having had an opportunity to exercise the rights of the defence (see *Englert*, cited above, § 37; *Nölkenbockhoff*, cited above, § 37; and *Lutz*, cited above, § 60). All three cases concerned prior criminal proceedings which had ended in discontinuation, rather than acquittal. In finding no violation of Article 6 § 2, the Court explained that the domestic courts had described a “state of suspicion” and that their decisions did not contain any finding of guilt.

122. In the subsequent *Sekanina* judgment, the Court drew a distinction between cases where the criminal proceedings had been discontinued and those where a final acquittal judgment had been handed down, clarifying that the voicing of suspicions regarding an accused’s innocence was conceivable as long as the conclusion of criminal proceedings had not resulted in a decision on the merits of the accusation, but that it was no longer admissible to rely on such suspicions once an acquittal had become final (*Sekanina*, cited above, § 30). Thus the *Sekanina* principle appears to seek to limit the principle established in *Minelli* to cases where criminal proceedings have been discontinued. The case-law shows that in the latter cases, the *Minelli* principle has been consistently cited as the applicable general principle (see *Leutscher*, § 29; *Mulaj and Sallahi*; *Baars*, §§ 26-27; the judgment in *Capeau*, § 22; *A.L. v. Germany*, § 31; *Panteleyenka*, § 67; and *Grabchuk*, § 42, all cited above). The distinction made in *Sekanina* between discontinuation and acquittal cases has been applied in most of the cases concerning acquittal judgments which followed *Sekanina* (see, for example, *Rushiti*, cited above, § 31; *Lamanna v. Austria*, no. 28923/95,

§ 38, 10 July 2001; *Weixelbraun*, cited above, § 25; *O. v. Norway*, cited above, § 39; *Hammern*, cited above, § 47; *Yassar Hussain*, cited above, §§ 19 and 23; *Tendam*, cited above, §§ 36-41; *Ashendon and Jones*, cited above, §§ 42 and 49; and *Lorenzetti*, cited above, §§ 44-47; but compare and contrast *Del Latte* and *Bok*, both cited above).

123. In cases involving civil compensation claims lodged by victims, regardless of whether the criminal proceedings ended in discontinuation or acquittal, the Court has emphasised that while exoneration from criminal liability ought to be respected in the civil compensation proceedings, it should not preclude the establishment of civil liability to pay compensation arising out of the same facts on the basis of a less strict burden of proof. However, if the national decision on compensation were to contain a statement imputing criminal liability to the respondent party, this would raise an issue falling within the ambit of Article 6 § 2 of the Convention (see *Ringvold*, cited above, § 38; *Y v. Norway*, cited above §§ 41-42; *Orr*, cited above, §§ 49 and 51; and *Diacenco*, cited above, §§ 59-60). This approach has also been followed in cases concerning civil claims lodged by acquitted applicants against insurers (see *Lundkvist* and *Reeves*, both cited above).

124. In cases concerning disciplinary proceedings, the Court accepted that there was no automatic infringement of Article 6 § 2 where an applicant was found guilty of a disciplinary offence arising out of the same facts as a previous criminal charge which had not resulted in a conviction. It emphasised that the disciplinary bodies were empowered to, and capable of, establishing independently the facts of the cases before them and that the constitutive elements of the criminal and disciplinary offences were not identical (see *Vanjak*, cited above, §§ 69-72, and *Šikić*, cited above, §§ 54-56).

125. It emerges from the above examination of the Court's case-law under Article 6 § 2 that there is no single approach to ascertaining the circumstances in which that Article will be violated in the context of proceedings which follow the conclusion of criminal proceedings. As illustrated by the Court's existing case-law, much will depend on the nature and context of the proceedings in which the impugned decision was adopted.

126. In all cases and no matter what the approach applied, the language used by the decision-maker will be of critical importance in assessing the compatibility of the decision and its reasoning with Article 6 § 2 (see, for example, *Y v. Norway*, cited above, §§ 43-46; *O. v. Norway*, cited above, §§ 39-40; *Hammern*, cited above, §§ 47-48; *Baars*, cited above, §§ 29-31; *Reeves*, cited above; *Panteleyenko*, cited above, § 70; *Grabchuk*, cited above, § 45; and *Konstas v. Greece*, no. 53466/07, § 34, 24 May 2011). Thus, in

a case where the domestic court held that it was “clearly probable” that the applicant had “committed the offences ... with which he was charged”, the Court found that it had overstepped the bounds of the civil forum and had thereby cast doubt on the correctness of the acquittal (see *Y v. Norway*, cited above, § 46; see also *Orr*, cited above, § 51; and *Diacenco*, cited above, § 64). Similarly, where the domestic court indicated that the criminal file contained enough evidence to establish that a criminal offence had been committed, the language used was found to have violated the presumption of innocence (see *Panteleyenko*, cited above, § 70). In cases where the Court’s judgment expressly referred to the failure to dispel the suspicion of criminal guilt, a violation of Article 6 § 2 was established (see, for example, *Sekanina*, cited above, §§ 29-30, and *Rushiti*, cited above, §§ 30-31). However, when regard is had to the nature and context of the particular proceedings, even the use of some unfortunate language may not be decisive (see paragraph 125 above). The Court’s case-law provides some examples of instances where no violation of Article 6 § 2 has been found even though the language used by domestic authorities and courts was criticised (see *Reeves*, cited above, and *A.L. v. Germany*, cited above, §§ 38-39).

(b) Whether the applicant’s right to be presumed innocent was respected in this case

127. It is relevant to the overall context of the present case that the applicant’s conviction was quashed by the CACD on the ground that it was “unsafe” because new evidence might have affected the jury’s decision had it been available at trial (see paragraph 20 above). The CACD did not itself assess all the evidence, in the light of the new evidence, in order to decide whether guilt had been established beyond reasonable doubt. No retrial was ordered as the applicant had already served her sentence of imprisonment by the time her conviction was quashed (see paragraphs 21, 26 and 34 above). Pursuant to section 2(3) of the Criminal Appeal Act 1968, the quashing of the applicant’s conviction resulted in a verdict of acquittal being entered (see paragraph 45 above). However, the applicant’s acquittal was not, in the Court’s view, an acquittal “on the merits” in a true sense (compare and contrast *Sekanina* and *Rushiti*, both cited above, where the acquittal was based on the principle that any reasonable doubt should be considered in favour of the accused). In this sense, although formally an acquittal, the termination of the criminal proceedings against the applicant might be considered to share more of the features present in cases where criminal proceedings have been discontinued (see, for example, *Englert*, *Nölkenbockhoff*, *Lutz*, and *Mulaj and Sallahi*, all cited above; *Roatis*

v. Austria (dec.), no. 61903/00, 27 June 2002; and *Fellner v. Austria* (dec.), no. 64077/00, 10 October 2002).

128. It is also important to draw attention to the fact that section 133 of the 1988 Act required that specified criteria be met before any right to compensation arose. These criteria were, put concisely, that the claimant had previously been convicted; that she had suffered punishment as a result; that an appeal had been allowed out of time; and that the ground for allowing the appeal was that a new fact showed beyond reasonable doubt that there had been a miscarriage of justice. The criteria reflect, with only minor linguistic changes, the provisions of Article 3 of Protocol No. 7 to the Convention, which must be capable of being read in a manner which is compatible with Article 6 § 2. The Court is accordingly satisfied that there is nothing in these criteria themselves which calls into question the innocence of an acquitted person, and that the legislation itself did not require any assessment of the applicant's criminal guilt.

129. The Court further observes that the possibility for compensation following acquittal in the respondent State is significantly limited by the section 133 criteria. It is clear that an acquittal in the course of an appeal within time would not give rise to any right to compensation under section 133 of the 1998 Act. Similarly, an acquittal on appeal based on inadequate jury directions or the admission of unfair evidence would not satisfy the criteria set out in section 133. It was for the domestic courts to interpret the legislation in order to give effect to the will of the legislature and in doing so they were entitled to conclude that more than an acquittal was required in order for a "miscarriage of justice" to be established, provided always that they did not call into question the applicant's innocence. The Court is not therefore concerned with the differing interpretations given to that term by the judges in the House of Lords in *R (Mullen)* and, after the judgment of the Court of Appeal in the present case, by the judges in the Supreme Court in *R (Adams)*. What the Court has to assess is whether, having regard to the nature of the task that the domestic courts were required to carry out, and in the context of the judgment quashing the applicant's conviction (see paragraph 127 above), the language they employed was compatible with the presumption of innocence guaranteed by Article 6 § 2.

130. As to the nature of the courts' task, it is clear that the examination of whether the section 133 criteria were satisfied required the domestic courts to refer to the judgment of the CACD quashing the conviction, in order to identify the reasons for the acquittal and the extent to which it could be said that a new fact had shown beyond reasonable doubt that there was a miscarriage of justice. To this extent, the context of the proceedings

obliged the High Court and, subsequently, the Court of Appeal to evaluate the judgment of the CACD in the light of the section 133 criteria.

131. Turning to the judgment of the High Court, the Court observes that the judge analysed the findings of the CACD and was of the view that they were not “consistent with the proposition that at the conclusion of a new trial ... a trial judge would have been obliged to direct the jury to acquit the claimant” (see paragraph 25 above). Having examined the previous cases which had come before the courts on the question of section 133 compensation, he considered that it was outwith the language of section 133 to describe a case in which a jury might have reached a different conclusion as showing beyond reasonable doubt that there had been a miscarriage of justice (see paragraph 30 above). In the applicant’s case, the medical evidence heard by the CACD and the trial jury demonstrated that there was “powerful evidence” against the applicant, and it would have been for a jury to determine the issue (see paragraph 31 above). He concluded that the CACD had only decided that the new evidence, when taken with the evidence given at trial, “created the possibility” that a jury “might properly acquit” the applicant. This fell well short of demonstrating beyond reasonable doubt that there had been a miscarriage of justice in the case (see paragraph 32 above).

132. The Court of Appeal, for its part, also began by referring to the terms of the judgment quashing the conviction. It explained that the CACD had decided that the evidence which was now available “*might*, if it had been heard by the jury, have led to a different result” (see paragraph 33 above). It later said that the decision of the CACD did “not begin to carry the implication” that there was no case for the applicant to answer, and that there was “no basis for saying” on the new evidence that there was no case to go to a jury (see paragraph 38-39 above).

133. It is true that in discussing whether the facts of the applicant’s case fell within the meaning of “miscarriage of justice”, both the High Court and the Court of Appeal referred to the contrasting interpretations given to that phrase by Lord Bingham and Lord Steyn in the House of Lords in *R (Mullen)*. As Lord Steyn had expressed the view that a miscarriage of justice would only arise where innocence had been established beyond reasonable doubt, there was necessarily some discussion of the matter of innocence and the extent to which a judgment of the CACD quashing a conviction generally demonstrates innocence. Reference was made in this regard to the Explanatory Report to Protocol 7 to the Convention, which explains that the intention of Article 3 of that Protocol was to oblige States to provide compensation only where there was an acknowledgment that the person concerned was “clearly innocent” (see paragraph 72 above). It

is wholly understandable that when seeking to identify the meaning of an ambiguous legislative notion such as “miscarriage of justice” that has its origins in provisions figuring in international instruments – in the event, Article 14 § 6 of the ICCPR and Article 3 of Protocol No. 7 to the Convention – national judges should refer to the international case-law on those provisions and to their drafting history setting out the understanding of their drafters. However, the Explanatory Report itself provides that, although intended to facilitate the understanding of the provisions contained in the Protocol, it does not constitute an authoritative interpretation of the text (see paragraph 71 above). Its references to the need to demonstrate innocence must now be considered to have been overtaken by the Court’s intervening case-law on Article 6 § 2. But what is important above all is that the judgments of the High Court and the Court of Appeal did not require the applicant to satisfy Lord Steyn’s test of demonstrating her innocence. The High Court in particular emphasised that the facts of *R (Mullen)* were far removed from those of the applicant’s case and that the *ratio decidendi* of the decision in *R (Mullen)* did not assist in the resolution of her case (see paragraph 27 above).

134. The Court does not consider that the language used by the domestic courts, when considered in the context of the exercise which they were required to undertake, can be said to have undermined the applicant’s acquittal or to have treated her in a manner inconsistent with her innocence. The courts directed themselves, as they were required to do under section 133 of the 1988 Act, to the need to establish whether there was a “miscarriage of justice”. In assessing whether a “miscarriage of justice” had arisen, the courts did not comment on whether, on the basis of the evidence as it stood at the appeal, the applicant should be, or would likely be, acquitted or convicted. Equally, they did not comment on whether the evidence was indicative of the applicant’s guilt or innocence. They merely acknowledged the conclusions of the CACD, which itself was addressing the historical question whether, had the new evidence been available prior to or during the trial, there would nonetheless have been a case for the applicant to answer. They consistently repeated that it would have been for a jury to assess the new evidence had a retrial been ordered (see paragraphs 31, 33 and 38-39 above).

135. In this respect, the Court emphasises that pursuant to the law of criminal procedure in England, it is for a jury in a criminal trial on indictment to assess the prosecution evidence and to determine the guilt of the accused. The CACD’s role in the applicant’s case was to decide whether the conviction was “unsafe”, within the meaning of section 2(1)(a) of the Criminal Appeal Act 1968 (see paragraph 43 above); and not to substitute

itself for the jury in deciding whether, on the basis of the evidence now available, the applicant's guilt had been established beyond reasonable doubt. The decision not to order a retrial in the applicant's case spared her the stress and anxiety of undergoing another criminal trial. She did not argue that there ought to have been a retrial. Both the High Court and the Court of Appeal referred extensively to the judgment of the CACD to determine whether a miscarriage of justice had arisen and did not seek to reach any autonomous conclusions on the outcome of the case. They did not question the CACD's conclusion that the conviction was unsafe; nor did they suggest that the CACD had erred in its assessment of the evidence before it. They accepted at face value the findings of the CACD and drew on them, without any modification or re-evaluation, in order to decide whether the section 133 criteria were satisfied.

136. The Court is therefore satisfied that the judgments of the High Court and the Court of Appeal in the applicant's case did not demonstrate a lack of respect for the presumption of innocence which she enjoys in respect of the criminal charge of manslaughter of which she has been acquitted. There has accordingly been no violation of Article 6 § 2 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

1. *Declares* the application admissible;
2. *Holds* that there has been no violation of Article 6 § 2 of the Convention.

Done in English and in French, and notified at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 12 July 2013, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

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 opinion of Judge De Gaetano is annexed to this judgment.

D.S.
M.O'B.

SEPARATE OPINION OF JUDGE DE GAETANO

1. I agree that in this case there has been no violation of Article 6 § 2 of the Convention. However the judgment leaves unresolved the question – perhaps the most important question from a domestic court’s point of view – of what may or may not be said in civil compensation proceedings arising from the same facts which had given rise to the criminal prosecution or investigation.

2. In *Ashendon and Jones v. the United Kingdom* (revision) (nos. 35730/07 and 4285/08, 15 December 2011) I had expressed the hope that the Court would one day reassess Article 6 § 2, particularly in the light of the difficulties our case-law has created for national courts in dealing with post-acquittal proceedings. In the instant case, however, the majority have opted for a mere compilation of cases (see paragraph 98(e) of the judgment) and the generic statements contained in paragraphs 101, 102 and 123.

3. To state that it all depends on whether “the national decision on compensation [contains] a statement imputing criminal liability to the respondent party” (see paragraph 123) – which in effect means “it all depends on what you say and how you say it” – is just playing with words and most unhelpful. It is as much as saying that the question “whether the reasons [given in the civil judgment] gave rise to an issue under Article 6 § 2 must be viewed in the context of the proceedings as a whole and their special features” (see *Reeves v. Norway* (dec.), no. 4248/02, 8 July 2004).

4. The reality is that in most proceedings for civil compensation following an acquittal in criminal proceedings (or, indeed, when there has been no criminal prosecution at all), for the national court to find for the plaintiff and against the defendant it must find not only that the material element (*actus reus*) of the offence was committed by the defendant, but that the intentional or moral element (*mens rea*) of that offence was also present. It is true that in the civil proceedings the standard of proof will be less strict than in criminal proceedings – on a balance of probabilities, and not beyond reasonable doubt – but that is not really saying much as far as popular perception of guilt or innocence, and therefore of the existence or otherwise of criminal liability, is concerned. This issue was very clearly highlighted in Judge Costa’s dissenting opinion in *Ringvold v. Norway* (no. 34964/97, ECHR 2003-II). Indeed in that case two judges took a diametrically opposed view on the same passages of the Norwegian Supreme Court’s judgment. The concurring opinion of Judge Tulkens reflects the theoretical – dare I say, academic – approach to the question of Article 6 § 2 in collateral civil proceedings, whereas the dissenting opinion of Judge Costa

is a stark reminder of pragmatic reality: “[The applicant] was told that he had been acquitted of the offence with which he had been charged, but he was subsequently told (on the basis of the same facts) *that it was clear that he had committed the offence*, and ordered to pay compensation to the victim.”

5. I still have difficulty in reconciling the judgment in *Ringvold* with the later judgment in *Orr v. Norway* (no. 31283/04, 15 May 2008). The present judgment in no way alleviates that difficulty. I still believe that Article 6 § 2 has no place whatsoever in civil compensation proceedings, whether following upon acquittal in criminal proceedings or where no criminal proceedings have ever been initiated.

ALLEN c. ROYAUME-UNI
(Requête n° 25424/09)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 12 JUILLET 2013¹

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

SOMMAIRE¹**Refus d'indemnisation à la suite de l'annulation de la condamnation pénale de la requérante**

Il n'y a pas eu violation du droit à la présomption d'innocence découlant de l'article 6 § 2 si rien, dans les critères légaux applicables à une action en indemnisation pour une « erreur judiciaire » alléguée ou dans les termes employés et le raisonnement suivi par la juridiction ayant rejeté cette action, n'a remis en question l'acquittement de la requérante ou constitué un traitement incompatible avec l'innocence de l'intéressée (paragraphe 128 et 134 de l'arrêt).

Article 6 § 2

Présomption d'innocence – Refus d'indemnisation à la suite de l'annulation de la condamnation pénale de la requérante – Applicabilité – Importance cruciale des termes employés par l'autorité qui statue dans une procédure postérieure à la clôture d'une procédure pénale – Absence d'acquittement sur le fond à proprement parler – Absence de critères légaux ou de termes employés par la juridiction lors d'une procédure ultérieure propres à remettre en question l'innocence d'une personne acquittée

*

* *

En fait

En septembre 2000, la requérante fut déclarée coupable d'homicide involontaire sur la personne de son bébé. La condamnation reposait sur des témoignages d'experts médicaux, qui avaient estimé que les lésions subies par le petit garçon étaient compatibles avec le « syndrome du bébé secoué », aussi appelé « traumatisme crânien non accidentel » (TCNA). Dans le cadre de l'appel interjeté par elle, la requérante argua que de nouveaux éléments médicaux semblaient indiquer que les lésions pouvaient être attribuées à une autre cause qu'un TCNA. En juillet 2005, la Cour d'appel (chambre criminelle) (« la CA-CC ») annula la condamnation au motif qu'elle ne reposait pas sur des bases solides, après avoir conclu que les éléments nouveaux auraient pu influencer sur la décision du jury de prononcer une condamnation. Le parquet ne demanda pas le réexamen de l'affaire, compte tenu du fait que la requérante avait déjà purgé sa peine et qu'un laps de temps considérable s'était écoulé.

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

La requérante saisit le ministre de l'Intérieur sur le fondement de l'article 133 de la loi de 1988 sur la justice pénale (« la loi de 1988 »), qui dispose qu'une indemnité est versée à la personne qui, après avoir fait l'objet d'une condamnation pénale, a ultérieurement vu annuler cette condamnation parce qu'un fait nouveau ou nouvellement révélé montre au-delà de tout doute raisonnable qu'il s'est produit une erreur judiciaire. Cette demande fut rejetée. Une demande de contrôle juridictionnel de cette décision fut écartée par la *High Court*, laquelle conclut que la CA-CC s'était bornée à dire que les éléments nouveaux, combinés avec les éléments soumis lors du procès, « [avaient] fait surgir la possibilité » qu'un jury « [aurait] peut-être [été] fondé à prononcer un acquittement ». La requérante interjeta appel mais fut déboutée par la Cour d'appel, qui estima que l'acquittement « ne [signifiait] en rien » qu'il ne subsistait plus de charges contre l'intéressée, de sorte que le critère de l'« erreur judiciaire » n'était pas rempli.

Dans sa requête auprès de la Cour européenne, la requérante alléguait que les motifs exposés dans la décision de ne pas l'indemniser avaient porté atteinte à son droit à la présomption d'innocence.

En droit

Article 6 § 2 :

a) *Étendue de l'affaire* – La question qui se pose à la Cour n'est pas de savoir si le refus d'indemnisation a en soi emporté violation du droit de la requérante à être présumée innocente (l'article 6 § 2 ne garantit pas à une personne acquittée un droit à réparation pour une erreur judiciaire), mais si la décision négative litigieuse, notamment sa motivation et les termes employés, était compatible avec la présomption d'innocence.

b) *Applicabilité* – L'article 6 § 2 comporte deux aspects. Le premier impose certaines exigences procédurales dans le cadre du procès pénal lui-même (concernant notamment la charge de la preuve, les présomptions de fait et de droit, et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination). Le second aspect, celui qui est pertinent dans la cause de la requérante, a pour but d'empêcher que des individus qui ont bénéficié d'un acquittement ou d'un abandon des poursuites soient traités par des agents ou autorités publics comme s'ils étaient en fait coupables. Lorsqu'une procédure pénale est close, une personne qui souhaite invoquer l'article 6 § 2 dans une procédure ultérieure doit montrer l'existence d'un lien entre les deux procédures. Pareil lien peut être présent, par exemple, lorsque l'action ultérieure nécessite l'examen de l'issue de la procédure pénale et, en particulier, lorsqu'elle oblige la juridiction concernée à analyser le jugement pénal, à se livrer à une étude ou à une évaluation des éléments de preuve versés au dossier pénal, à porter une appréciation sur la participation du requérant à l'un ou à l'ensemble des événements

ayant conduit à l'inculpation, ou à formuler des commentaires sur les indications qui continuent de suggérer une éventuelle culpabilité de l'intéressé.

Le lien requis était présent dans cette affaire, dès lors que le droit d'engager une action en indemnisation découlait de l'acquiescement de la requérante à l'issue de la procédure pénale; de plus, le ministre et les juridictions concernées, lorsqu'ils ont adopté et contrôlé la décision relative à l'indemnisation, ont dû tenir compte de l'arrêt rendu à l'issue de l'appel en matière pénale. L'article 6 § 2 trouve donc à s'appliquer.

Conclusion: exception préliminaire rejetée (unanimité).

c) *Fond* – Il n'existe pas une manière unique de déterminer les circonstances dans lesquelles il y a violation de l'article 6 § 2 dans le contexte d'une procédure postérieure à la clôture d'une procédure pénale. Les choses dépendent largement de la nature et du contexte de la procédure dans le cadre de laquelle la décision litigieuse a été adoptée. Dans tous les cas cependant, et indépendamment de l'approche adoptée, les termes employés par l'autorité qui statue revêtent une importance cruciale lorsqu'il s'agit d'apprécier la compatibilité avec l'article 6 § 2 de la décision et du raisonnement suivi.

Concernant la nature et le contexte de la procédure conduite dans la cause de la requérante, la Cour observe que l'acquiescement de celle-ci n'était pas à proprement parler un acquiescement «sur le fond». Bien qu'il s'agisse formellement d'un acquiescement, l'issue qu'a connue la procédure pénale dirigée contre la requérante rapproche celle-ci des affaires où il y a eu abandon des poursuites.

La Cour relève par ailleurs que des critères spécifiques doivent être remplis en vertu de l'article 133 de la loi de 1988 pour qu'il y ait un droit à indemnisation: il faut que le demandeur ait été condamné, qu'il ait subi une peine à raison de cette condamnation et qu'un appel tardif ait été accueilli au motif qu'un fait nouveau montre au-delà de tout doute raisonnable qu'il s'est produit une erreur judiciaire. Ces critères, en dehors de quelques différences linguistiques mineures, correspondent à ceux de l'article 3 du Protocole n° 7 à la Convention, lequel doit pouvoir s'interpréter de manière compatible avec l'article 6 § 2. Rien dans ces critères ne remet en question l'innocence d'une personne acquittée, et la législation elle-même n'exige aucune appréciation de la culpabilité pénale de l'intéressée.

En ce qui concerne les termes employés par les juridictions nationales, la Cour estime que, considérés dans le cadre de l'exercice auquel celles-ci avaient été appelées à se livrer en vertu de l'article 133 de la loi de 1988, ils n'ont pas remis en cause l'acquiescement de la requérante ou constitué un traitement incompatible avec l'innocence de l'intéressée. En recherchant s'il s'était ou non produit une «erreur judiciaire», les juridictions nationales n'ont pas formulé de commentaires sur la question de savoir, sur la base des éléments connus lors de la procédure d'appel, si la requérante devait être acquittée ou condamnée, ou s'il était probable qu'elle le fût. De même, elles n'ont pas émis de remarques sur le point de savoir si les éléments de preuve allaient dans le sens de la culpabilité de la requérante ou plutôt dans celui

de son innocence. En fait, elles ont invariablement répété que, si un réexamen de l'affaire avait été ordonné, la tâche d'apprécier les éléments nouveaux serait revenue à un jury.

De plus, d'après le droit anglais de la procédure pénale, c'est au jury qu'il incombe, dans un procès sur acte d'accusation, d'évaluer les éléments à charge et de statuer sur la culpabilité de l'accusé. Le rôle de la CA-CC dans la cause de la requérante a consisté à rechercher si la condamnation reposait ou non sur des « bases solides », et non à se substituer au jury pour déterminer, au vu des éléments désormais disponibles, si la culpabilité de l'intéressée avait été établie au-delà de tout doute raisonnable. La décision de ne pas ordonner un réexamen de l'affaire a épargné à la requérante le stress et l'anxiété que lui aurait causés un autre procès.

L'intéressée n'a du reste pas plaidé que l'affaire aurait dû être réexaminée. La *High Court* et la Cour d'appel se sont l'une et l'autre amplement référées à l'arrêt de la CA-CC pour rechercher s'il s'était produit une erreur judiciaire, et aucune des deux n'a cherché à formuler de conclusions autonomes sur le dénouement de l'affaire. Ces juridictions n'ont pas remis en question la conclusion de la CA-CC selon laquelle la condamnation ne reposait pas sur des bases solides ; elles n'ont pas non plus laissé entendre que la CA-CC avait mal apprécié les éléments portés à sa connaissance. Elles ont accepté tels quels les constats de la CA-CC et se sont appuyées sur ceux-ci, sans les modifier ni les réévaluer, pour déterminer si les critères posés à l'article 133 étaient remplis.

Conclusion : non-violation (unanimité).

Jurisprudence citée par la Cour

- Akay c. Turquie* (déc.), n° 34501/97, 19 février 2002
Allenet de Ribemont c. France, 10 février 1995, série A n° 308
Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni [GC], n° 55721/07, CEDH 2011
A.L. c. Allemagne, n° 72758/01, 28 avril 2005
Ashendon et Jones c. Royaume-Uni (révision), nos 35730/07 et 4285/08, 15 décembre 2011
Baars c. Pays-Bas, n° 44320/98, 28 octobre 2003
Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne, 6 décembre 1988, série A n° 146
Bok c. Pays-Bas, n° 45482/06, 18 janvier 2011
Capeau c. Belgique (déc.), n° 42914/98, 6 avril 2004
Capeau c. Belgique, n° 42914/98, CEDH 2005-I
Çelik (Bozkurt) c. Turquie, n° 34388/05, 12 avril 2011
Constantin Florea c. Roumanie, n° 21534/05, 19 juin 2012
Del Latte c. Pays-Bas, n° 44760/98, 9 novembre 2004
Diacenco c. Roumanie, n° 124/04, 7 février 2012
Engel et autres c. Pays-Bas, 8 juin 1976, série A n° 22
Englert c. Allemagne, 25 août 1987, série A n° 123
Erkol c. Turquie, n° 50172/06, 19 avril 2011

Fellner c. Autriche (déc.), n° 64077/00, 10 octobre 2002
G.C.P. c. Roumanie, n° 20899/03, 20 décembre 2011
Grabtchouk c. Ukraine, n° 8599/02, 21 septembre 2006
Hammern c. Norvège, n° 30287/96, 11 février 2003
Heaney et McGuinness c. Irlande, n° 34720/97, CEDH 2000-XII
Konstas c. Grèce, n° 53466/07, 24 mai 2011
Lagardère c. France, n° 18851/07, 12 avril 2012
Lamanna c. Autriche, n° 28923/95, 10 juillet 2001
Leutscher c. Pays-Bas, 26 mars 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II
Lorenzetti c. Italie, n° 32075/09, 10 avril 2012
Lundkvist c. Suède (déc.), n° 48518/99, CEDH 2003-XI
Lutz c. Allemagne, 25 août 1987, série A n° 123
Maaouia c. France [GC], n° 39652/98, CEDH 2000-X
McHugo c. Suisse (déc.), n° 55705/00, 12 mai 2005
Minelli c. Suisse, 25 mars 1983, série A n° 62
Moulet c. France (déc.), n° 27521/04, 13 septembre 2007
Mulaj et Sallahi c. Autriche (déc.), n° 48886/99, 27 juin 2002
Nesták c. Slovaquie, n° 65559/01, 27 février 2007
Nölkenbockhoff c. Allemagne, 25 août 1987, série A n° 123
O. c. Norvège, n° 29327/95, CEDH 2003-II
O.L. c. Finlande (déc.), n° 61110/00, 5 juillet 2005
Orr c. Norvège, n° 31283/04, 15 mai 2008
Panteleyenko c. Ukraine, n° 11901/02, 29 juin 2006
Phillips c. Royaume-Uni, n° 41087/98, CEDH 2001-VII
Puig Panella c. Espagne, n° 1483/02, 25 avril 2006
Radio France et autres c. France, n° 53984/00, CEDH 2004-II
Reeves c. Norvège (déc.), n° 4248/02, 8 juillet 2004
Ringvold c. Norvège, n° 34964/97, CEDH 2003-II
Roatis c. Autriche (déc.), n° 61903/00, 27 juin 2002
Rushiti c. Autriche, n° 28389/95, 21 mars 2000
Salabiaku c. France, 7 octobre 1988, série A n° 141-A
Saunders c. Royaume-Uni, 17 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI
Sekanina c. Autriche, 25 août 1993, série A n° 266-A
Šikic c. Croatie, n° 9143/08, 15 juillet 2010
Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, série A n° 161
Taliadorou et Stylianou c. Chypre, n° 39627/05 et 39631/05, 16 octobre 2008
Telfner c. Autriche, n° 33501/96, 20 mars 2001
Tendam c. Espagne, n° 25720/05, 13 juillet 2010
Vanjak c. Croatie, n° 29889/04, 14 janvier 2010
Vassilios Stavropoulos c. Grèce, n° 35522/04, 27 septembre 2007
Vulakh et autres c. Russie, n° 33468/03, 10 janvier 2012
Weixelbraun c. Autriche, n° 33730/96, 20 décembre 2001

Y c. Norvège, n° 56568/00, CEDH 2003-II

Yassar Hussain c. Royaume-Uni, n° 8866/04, CEDH 2006-III

Zollman c. Royaume-Uni (déc.), n° 62902/00, CEDH 2003-XII

En l'affaire Allen c. Royaume-Uni,

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

Dean Spielmann, *président*,

Josep Casadevall,

Guido Raimondi,

Ineta Ziemele,

Mark Villiger,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Khanlar Hajiyev,

David Thór Björgvinsson,

Ján Šikuta,

George Nicolaou,

András Sajó,

Ledi Bianku,

Zdravka Kalaydjieva,

Vincent A. De Gaetano,

Paul Lemmens,

Paul Mahoney,

Krzysztof Wojtyczek, *juges*,

et de Michael O'Boyle, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 14 novembre 2012 et le 22 mai 2013,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 25424/09) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont une ressortissante de cet État, M^{me} Lorraine Allen (« la requérante »), a saisi la Cour le 29 avril 2009 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 le cabinet de *solicitors* Stephensons, établi à Wigan. Le gouvernement britannique (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M^{me} Y. Ahmed, du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth.

3. Invoquant l'article 6 § 2 de la Convention, la requérante alléguait que la décision, rendue à la suite de son acquittement, de ne pas lui octroyer une indemnité pour erreur judiciaire avait violé son droit à la présomption d'innocence.

4. Le 14 décembre 2010, la Cour a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Elle a en outre résolu de se prononcer en même temps sur la recevabilité et le fond (article 29 § 1 de la Convention).

5. Le 26 juin 2012, une chambre de la quatrième section composée de Lech Garlicki, Davíð Thór Björgvinsson, Nicolas Bratza, George Nicolaou, Ledi Bianku, Zdravka Kalaydjieva et Vincent A. De Gaetano, juges, et de Lawrence Early, greffier de section, s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre, aucune des parties ne s'y étant opposée (articles 30 de la Convention et 72 du règlement de la Cour (« le règlement »)).

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

7. Tant la requérante que le Gouvernement ont déposé un mémoire sur la recevabilité et le fond de l'affaire.

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 14 novembre 2012 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M ^{me} Y. Ahmed,	<i>agent,</i>
MM. J. Strachan,	<i>conseil,</i>
C. Goulbourn,	
G. Baird,	<i>conseillers;</i>

– *pour la requérante*

M. H. Southey QC,	<i>conseil.</i>
-------------------	-----------------

La Cour a entendu M. Strachan et M. Southey en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses aux questions posées par elle.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. La requérante est née en 1969 et réside à Scarborough.

A. La condamnation pénale

10. Le 7 septembre 2000, la requérante fut déclarée coupable d'homicide involontaire sur la personne de son fils Patrick, qui était âgé de quatre mois, par un jury à la *Crown Court* de Nottingham. Elle fut condamnée à une peine de trois ans d'emprisonnement.

11. Des experts médicaux témoignèrent à son procès. Ils expliquèrent en quoi les lésions subies par l'enfant étaient compatibles avec un secouement ou un choc. La condamnation reposait sur l'admission de l'hypothèse du « syndrome du bébé secoué » (aussi appelé « traumatisme crânien non accidentel » (TCNA)), selon laquelle la constatation d'une triade de lésions intracrâniennes combinant encéphalopathie, hémorragie sous-durale et hémorragie rétinienne était indicatrice, ou du moins fortement évocatrice, d'un recours illégal à la force. Au moment de son décès, le fils de la requérante présentait ces trois lésions.

12. La requérante ne fit pas appel de ce jugement immédiatement après sa condamnation.

B. L'annulation de la condamnation

13. À la suite du réexamen par les autorités d'affaires dans lesquelles la justice s'était appuyée sur les éléments émanant d'experts médicaux, la requérante sollicita et obtint l'autorisation d'interjeter appel hors délai. Son recours se fondait sur la remise en question de l'hypothèse précédemment admise concernant le TCNA, de nouveaux éléments médicaux semblant indiquer que la triade de lésions pouvait être attribuée à une autre cause qu'un TCNA.

14. À une date non précisée, la requérante, qui avait purgé seize mois de sa peine, fut remise en liberté.

15. Dans le cadre de la procédure d'appel, la Cour d'appel (chambre criminelle) (« la CA-CC ») entendit un certain nombre d'experts médicaux. Le 21 juillet 2005, elle annula la condamnation de la requérante au motif qu'elle ne reposait pas sur des bases solides.

16. Au sujet de son rôle dans le réexamen des éléments de preuve en appel, la Cour d'appel s'exprima comme suit :

« 70. (...) [À] notre avis, la chambre criminelle de la Cour d'appel ne constitue pas d'ordinaire le cadre approprié pour la résolution de questions générales de ce type, où il y a une véritable divergence entre deux avis médicaux dignes de crédit. L'objectif de cette Cour (qui a aussi été le nôtre) est de déterminer si la condamnation repose sur des bases solides, en gardant à l'esprit le critère, que nous exposerons ci-après, applicable aux appels fondés sur des éléments nouveaux. Cela ne veut pas dire que de telles divergences ne peuvent être réglées lors du procès. Lorsque de telles questions se posent au moment du procès, c'est au jury (en matière pénale) ou au juge (en matière civile) qu'il appartient de les résoudre en tant que questions de fait, sur la base de l'ensemble des éléments du dossier (...) »

17. Concernant les circonstances de la cause de la requérante, la CA-CC souligna derechef qu'il lui incombait de déterminer si la condamnation reposait sur des bases solides (*whether the conviction was safe*). Elle observa

également que, l'affaire revêtant une certaine difficulté, il importait de garder à l'esprit le critère exposé par Lord Bingham of Cornhill dans l'affaire *R. v. Pendleton* [2001] UKHL 66 (paragraphe 47 ci-dessous), qui consistait à se demander si les éléments, à supposer qu'ils eussent été présentés lors du procès, auraient raisonnablement pu influencer sur la décision du jury de prononcer une condamnation. Elle poursuivit ainsi :

« 143. (...) [L]es éléments soumis au procès et ceux présentés par la Couronne dans le cadre du présent appel pèsent lourdement sur [la requérante]. Nous jugeons convaincante la thèse [de l'avocat de la Couronne] consistant à dire que la triade de lésions est établie et que toute tentative visant à remettre ce point en question repose sur des spéculations. Cependant, aussi valables que puissent être les éléments défavorables à [la requérante], nous nous préoccupons de la solidité de la condamnation. »

18. La CA-CC se pencha sur les éléments médicaux fournis par les experts désignés par la requérante et par la Couronne. Ayant relevé les divergences entre les points de vue, elle déclara :

« 144. Premièrement, pour écarter l'appel, il nous faudrait admettre le point de vue de [l'avocat de la Couronne] nous invitant à rejeter dans son intégralité le témoignage du docteur Squier [expert désigné par la requérante] (...) »

145. (...) Nous sommes loin de dire que nous privilégions le témoignage du docteur Squier par rapport à celui du docteur Rorke-Adams [expert désigné par la Couronne]. De fait, eu égard au poids des éléments qui viennent contredire l'avis du docteur Squier, nous sommes réservés quant à la justesse de celui-ci. Mais il faut dire également, eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire, que les divergences observées sont de celles que le jury aurait eu à apprécier à la lumière de l'ensemble des éléments versés au dossier.

146. Deuxièmement, bien que le constat d'une hémorragie rétinienne soit un point qui corrobore solidement la thèse du secouement, il n'indique pas en soi que l'enfant ait été secoué. Si l'hémorragie sous-durale est remise en question, les constatations relatives à l'hémorragie rétinienne ne suffisent pas à combler le vide, même si nous admettons que les deux lésions peuvent être considérées ensemble. Subsiste également la question de savoir si le docteur Adams [pour la requérante] a raison d'estimer que les pupilles fixes et dilatées observées par l'équipe d'ambulanciers étaient le signe que l'enfant souffrait alors d'un œdème cérébral.

147. Troisièmement, même si, comme nous l'avons dit, l'intensité de la force requise pour causer la triade de lésions en question implique la plupart du temps davantage qu'une simple manipulation brutale, il apparaît que dans de rares cas les lésions ne correspondent pas à l'intensité de la force employée. Il est tout au moins possible, dans ces cas rares (voire très rares), qu'un usage très restreint de la force cause des lésions catastrophiques. »

19. Soulignant l'importance des éléments cliniques versés au dossier, la CA-CC poursuivit ainsi :

« 150. (...) En bref, [la requérante] a été décrite comme étant une mère attentive et soucieuse du bien-être de son enfant. Tard dans la soirée, elle a appelé le docteur Barber parce qu'elle s'inquiétait pour Patrick. Selon le docteur Barber, elle était à ce moment-là calme et contrôlait ses émotions. Lors du procès, le ministère public a défendu la thèse selon laquelle, dans le laps de temps compris entre le moment où le docteur Barber avait quitté la maison et 2 h 30 du matin – heure à laquelle [la requérante] avait appelé les secours –, [la requérante] avait dû secouer Patrick de façon violente et illicite. À nos yeux, cette version, combinée avec l'absence d'ecchymoses sur la tête, le visage ou le corps de l'enfant, et de fractures ou de tout autre signe hormis les trois lésions en question, ne cadre guère avec la thèse de la Couronne relative à une violence illégale, thèse reposant sur la triade de lésions, qui elle-même est une hypothèse. »

20. La CA-CC conclut ainsi :

« 152. Comme nous l'avons dit, les éléments et arguments sur lesquels s'appuie la Couronne sont convaincants. Nous sommes conscients que les témoins cités pour [la requérante] ne sont pas parvenus de manière satisfaisante à identifier une autre cause spécifique à laquelle attribuer les lésions de Patrick. Cependant, dans cette procédure en appel, la triade de lésions est le seul point en cause, et à notre avis les données cliniques écartent l'hypothèse d'un TCNA. Aujourd'hui, la présence même sur l'enfant d'une triade de lésions est peut-être incertaine, pour les raisons déjà exposées. Quoi qu'il en soit, d'après notre appréciation des éléments disponibles dans le cadre de cet appel, la simple présence de la triade de lésions ne saurait en elle-même automatiquement ou forcément indiquer qu'il y a eu un TCNA.

153. La principale question qui s'est posée lors du procès était de savoir si [la requérante] avait causé la mort de son fils Patrick par un recours illégal à la force. Nous nous demandons si les nouveaux témoignages entendus par nous, concernant la cause du décès et l'intensité de la force nécessaire pour causer la triade de lésions, auraient raisonnablement pu influencer sur la décision du jury de prononcer une condamnation. Pour toutes les raisons évoquées, nous avons conclu que tel aurait pu être le cas. Il s'ensuit que la condamnation ne repose pas sur des bases solides et qu'il y a lieu d'accueillir l'appel. La condamnation sera annulée. »

21. La CA-CC n'ordonna pas le réexamen de l'affaire.

C. La demande d'indemnisation

1. La décision du ministre

22. À la suite de l'annulation de sa condamnation, la requérante saisit le ministre d'une demande d'indemnisation pour erreur judiciaire sur le fondement de l'article 133 de la loi de 1988 sur la justice pénale (« la loi de 1988 » – paragraphes 49-53 ci-dessous).

23. Par une lettre datée du 31 mai 2006, les *solicitors* de l'intéressée furent informés que le ministre considérait qu'il n'y avait pas de droit à indemnisation dans cette affaire. La lettre se lisait ainsi :

«Le ministre de l'Intérieur estime que votre cliente ne remplit pas les conditions prévues à l'article 133 § 1 de la loi, les éléments médicaux examinés par la Cour d'appel ne révélant pas un fait nouveau (...) Il considère que ces nouveaux éléments médicaux, relatifs à l'intensité de la force nécessaire pour provoquer une triade de lésions, ne constituent pas un fait nouveau ou nouvellement révélé; il s'agit plutôt d'éléments montrant une évolution dans les avis médicaux quant à l'intensité de la force nécessaire pour causer une triade de lésions, et il convient de les qualifier non pas de faits nouveaux mais d'éléments nouveaux concernant des faits qui étaient connus depuis le début.»

2. L'arrêt de la High Court

24. Par la suite, la requérante, estimant remplir les critères d'obtention d'une indemnité posés par l'article 133 de la loi de 1988, engagea une procédure de contrôle juridictionnel pour contester le refus de l'indemniser.

25. Elle fut déboutée par la *High Court* le 10 décembre 2007. Le juge commença par examiner l'approche qui avait conduit la CA-CC à annuler la condamnation de la requérante. Il en tira les conclusions suivantes :

«21. (...) 1) La Cour d'appel a appliqué le critère de *Pendleton* et n'a pas elle-même tranché les questions médicales complexes soulevées par les éléments examinés par elle; 2) elle s'est bornée à dire que ceux-ci auraient pu, s'ils avaient été admis par le jury, conduire à un acquittement de l'intéressée; 3) malgré cette conclusion, la Cour d'appel a jugé que la thèse de la Couronne était solide. À mon sens, cette conclusion n'est pas compatible avec l'affirmation selon laquelle à l'issue d'un nouveau procès, sur la base de ces éléments, le juge du fond aurait été contraint d'inviter le jury à acquitter l'intéressée; 4) les éléments que la Cour d'appel a examinés et qui l'ont amenée à conclure ainsi qu'elle l'a fait étaient constitués d'un mélange complexe de faits et d'opinions.»

26. Le juge observa que la CA-CC n'avait pas ordonné le réexamen de l'affaire mais estima que cela importait peu, dès lors que la requérante avait dans l'intervalle purgé sa peine et qu'un réexamen de l'affaire aurait été inutile et n'aurait pas répondu à l'intérêt public. 27. Examinant ensuite la demande d'indemnisation formée par la requérante, le juge releva que les deux parties admettaient que l'intéressée avait subi une peine en conséquence d'une condamnation ultérieurement annulée mais que les autres aspects de sa demande fondée sur l'article 133 étaient en litige. Il poursuivit ainsi :

«29. La Chambre des lords s'est penchée sur l'interprétation de l'article 133 dans l'affaire *R. (on the application of Mullen) v. Secretary of State for the Home Department* [[2004] UKHL 18, paragraphes 54–62 ci-dessous]. Cette affaire révéla une divergence de vues notoire entre Lord Bingham et Lord Steyn. Les faits à son origine étaient toutefois fort éloignés de ceux de l'espèce, et la *ratio decidendi* retenue par la Chambre des lords à l'époque ne nous aide guère à statuer sur le présent recours. Il en est ainsi tout simplement parce que le motif pour lequel la condamnation de M. Mullen avait été annulée ne concernait pas l'enquête, la conduite du procès ou les éléments

de preuve soumis lors de celui-ci, de sorte que l'intéressé n'avait pas eu droit à une indemnité en vertu de l'article 133. Ce qui est frappant dans cette affaire, c'est qu'à aucun moment M. Mullen n'avait affirmé être innocent de l'infraction pour laquelle il avait été condamné.»

28. Le juge admit que le motif pour lequel l'indemnisation avait été refusée par le ministre dénotait une vision excessivement restrictive de ce qu'était un fait nouveau ou nouvellement révélé. Il observa qu'il était extrêmement difficile d'établir une distinction entre un fait et une opinion médicale et qu'il serait gravement injuste envers un demandeur de rejeter une action en indemnisation pour la simple raison qu'elle reposerait sur une évolution survenue dans les avis médicaux et les constatations cliniques. Il ajouta cependant que cette conclusion n'était pas déterminante pour la demande d'indemnisation de la requérante, estimant qu'il était inutile de la renvoyer au ministre pour réexamen s'il était inévitable que celui-ci statuât de manière identique, fût-ce pour un motif différent.

29. Le juge constata que l'avocat de la requérante plaidait que sa cliente n'avait pas à prouver qu'elle était innocente de l'acte pour lequel elle avait été condamnée et que par ailleurs il admettait qu'il n'était pas possible de soutenir devant la *High Court* qu'il suffisait, pour que la demande d'indemnisation fût accueillie, que la requérante établît l'existence, relativement à sa culpabilité, d'un doute qui aurait pu ou dû conduire un jury à l'acquitter. Le juge estima cette concession inévitable et juste en principe à la lumière des observations formulées par le *Lord Chief Justice* dans *R. (on the application of Clibery) v. Secretary of State for the Home Department* [2007] EWHC 1855 (Admin), qu'il cita :

«41. (...) [Dans *R. (Mullen)*] (...), Lord Bingham a envisagé deux situations distinctes, chacune correspondant à ses yeux à la description de l'« erreur judiciaire » au sens de l'article 133 de la loi de 1988. La première est celle où des faits nouveaux démontrent que le demandeur n'est pas coupable de l'infraction pour laquelle il a été condamné. En pareil cas, on peut affirmer que si les faits en question avaient été connus du jury, l'intéressé n'aurait pas été condamné. La deuxième situation est celle où le procès est le théâtre d'actes ou d'omissions qui n'auraient pas *dû* se produire et qui ont porté atteinte au droit de l'intéressé à un procès équitable à un point tel que l'on peut dire qu'il a été « condamné à tort ». En pareilles circonstances, il y a lieu de déclarer que le demandeur n'aurait pas *dû* être condamné.»

30. Le juge poursuivit ainsi :

«42. M. Southey [avocat de la requérante] ne m'a pas parlé de la doctrine de Strasbourg sur la présomption d'innocence. Je ne statuerai pas sur cet aspect. M. Southey indiquera ultérieurement sa position en la matière. Sous réserve de ce point, il me semble que c'est s'éloigner des textes législatifs que de dire d'une affaire dans laquelle un jury aurait pu parvenir à une conclusion différente qu'elle montre « au-delà de tout doute raisonnable qu'il s'est produit une erreur judiciaire ». Les

observations de Lord Bingham à propos de l'erreur de procédure me semblent dénuées de rapport avec les affaires où il s'est produit une erreur en matière de preuve. Dans ces affaires-là, il faut que le fait nouveau ou nouvellement révélé montre au-delà de tout doute raisonnable qu'il s'est produit une erreur judiciaire. Or cette démonstration n'est pas faite lorsqu'il est uniquement établi que, si de nouveaux éléments avaient été soumis, un jury ayant reçu des instructions adéquates serait peut-être parvenu à une conclusion différente.»

31. Le juge observa également :

«44. Imaginons une affaire dans laquelle l'accusé ne fournit pas d'explications lors de son interrogatoire ni lors de son procès. Les seules preuves à charge sont celles fournies par un seul et unique témoin, et l'accusé est condamné sur le fondement de ces éléments, étayés par son propre silence. S'il est prouvé par la suite que ce témoignage unique était totalement faux, que ce soit en raison d'un mobile répréhensible ou simplement d'une erreur du témoin, on peut à tout le moins soutenir qu'il se serait produit dans le cas de l'intéressé une erreur judiciaire alors que nul n'aurait jamais décidé, voire jamais su, si l'accusé était en fait coupable ou non. Ce postulat n'apporte toutefois rien à la demanderesse en l'espèce. En effet – ainsi que le démontre l'exposé des témoignages des médecins entendus par la Cour d'appel et par le jury, (...) il existait en l'occurrence des éléments à charge convaincants. Après la présentation de la thèse du ministère public et d'ailleurs de l'ensemble des éléments, ainsi que la Cour d'appel l'a expressément déclaré, c'était au jury qu'il serait revenu de trancher la question (...)»

32. Il conclut ainsi :

«45. Comme le démontrent les passages de l'arrêt de la Cour d'appel [dans l'affaire *Clibery*] que j'ai cités, la juridiction d'appel s'est bornée à dire que les éléments nouveaux ont fait surgir la possibilité que, si on les combinait avec les éléments soumis lors du procès, un jury serait peut-être fondé à prononcer un acquittement. Nous sommes là bien loin de la démonstration au-delà de tout doute raisonnable qu'il se serait produit une erreur judiciaire dans cette affaire. Dès lors, et pour cette simple raison, je rejette cette demande.»

3. L'arrêt de la Cour d'appel

33. La requérante interjeta appel mais fut déboutée par la Cour d'appel (chambre civile) le 15 juillet 2008. En rendant l'arrêt de cette juridiction, le *Lord Justice Hughes* commença par résumer l'approche suivie par la CA-CC pour annuler la condamnation de la requérante. Il renvoya aux conclusions formulées dans l'arrêt de la CA-CC, à savoir qu'il continuait de peser sur la requérante des éléments sérieux mais que la Cour d'appel n'était pas certaine de la solidité des bases sur lesquelles la condamnation reposait. Il ajouta :

«17. (...) La décision sur la solidité d'une condamnation dans une affaire où il y a des éléments nouveaux appartient à la Cour d'appel elle-même; il ne s'agit pas de déterminer quel serait l'effet de ces éléments nouveaux sur les jurés, mais dans une affaire difficile la Cour peut juger utile de vérifier la validité de son avis provisoire en se demandant si les éléments désormais disponibles auraient raisonnablement pu

influer sur la décision du jury de prononcer une condamnation. Il est clair en l'espèce que la CA-CC a suivi cette dernière approche et s'est largement appuyée, pour statuer, sur l'impact qu'auraient pu avoir les témoignages des médecins entendus par elle s'ils avaient été connus du jury (...) [N]ul doute que la Cour a considéré qu'il ne lui appartenait pas de résoudre la question de savoir si les constatations cliniques avaient été correctement interprétées ou non mais qu'il s'agissait d'une question qui pouvait et devait être résolue par un jury après examen des expertises concurrentes. Suivant cette approche, elle a décidé que les éléments désormais disponibles auraient *peut-être* conduit, s'ils avaient été examinés par le jury, à une conclusion différente. »

34. Concernant le fait que la CA-CC n'avait pas ordonné le réexamen de l'affaire, le juge s'exprima comme suit :

« 18. (...) [L]orsqu'elle a interjeté appel, l'intéressée avait déjà purgé sa peine et un long laps de temps s'était écoulé. Il est compréhensible, dans ces circonstances, que la Couronne n'ait pas demandé le réexamen de l'affaire, ce qu'elle aurait sans doute fait si la condamnation avait été annulée pour les mêmes raisons peu après le procès. »

35. Le juge se pencha sur le sens de l'expression « erreur judiciaire » et résuma comme suit la divergence entre les approches défendues respectivement par Lord Bingham et Lord Steyn dans *R. (Mullen)* :

« 21. (...) Lord Steyn a dit (...) que, dans ce contexte, l'expression « erreur judiciaire » signifiait que l'innocence de l'intéressé était reconnue. Lord Bingham (...) ne s'est pas forgé d'opinion sur la question mais a bien précisé qu'il « hésitait à accepter » cette interprétation. Il était disposé pour sa part à admettre que l'« erreur judiciaire » couvrait dans ce cadre les défaillances graves du procès, que l'innocence fût démontrée ou non. »

36. Il expliqua toutefois qu'eu égard à l'avis unanime de la Chambre des lords selon lequel l'action de M. Mullen était vaine, les interprétations divergentes de Lord Steyn et Lord Bingham n'étaient pas strictement nécessaires à la décision.

37. Le juge releva que l'avocat de la requérante admettait que l'innocence de l'intéressée n'avait pas été établie au-delà de tout doute raisonnable, ou de manière concluante, par la décision de la CA-CC d'annuler la condamnation. Il estima donc que si l'interprétation donnée de l'article 133 par Lord Steyn était correcte, alors l'action de la requérante était vaine. L'intéressée plaidait toutefois qu'il convenait d'adopter l'approche de Lord Bingham et que suivant l'interprétation de celui-ci elle devait obtenir gain de cause au motif qu'il y avait eu une défaillance grave dans son procès. Analysant les commentaires de Lord Bingham dans *R. (Mullen)*, le juge observa :

« 26. (...) [I]l est clair que l'élément crucial de l'interprétation large de l'« erreur judiciaire » que [Lord Bingham] était disposé à envisager est « la constatation d'une défaillance grave dans (...) le déroulement du procès » (...) »

38. Il poursuivit ainsi :

« 27. Dans la présente affaire, il n'y a eu aucune défaillance, grave ou non, dans le déroulement du procès. En parlant de « témoignage d'expert discutable », il est

clair que Lord Bingham ne pouvait pas songer aux éléments fondés sur une expertise sérieuse fournis en toute conscience lors du procès. On peut dire tout au plus, au sujet du témoignage d'expert soumis lors du procès, qu'il aurait *peut-être* besoin d'être révisé à la lumière de nouvelles recherches ou considérations médicales. Quoi qu'il en soit, il n'a pas été démontré que les éléments médicaux fournis au moment du procès fussent discutables, même dans ce sens restreint. Comme le montrent les passages de l'arrêt de la CA-CC que j'ai cités, cette juridiction s'est bornée à affirmer dans sa décision que les divergences entre les opinions médicales devaient être tranchées par un jury. Il ne s'agissait pas non plus en l'espèce d'une affaire dans laquelle on aurait présenté au jury un consensus médical selon lequel la triade de lésions était indicatrice d'un homicide illégal. Les experts médicaux cités pour l'appelante ont admis que la triade de lésions était compatible avec un homicide illégal mais ne conduisait pas nécessairement à cette conclusion. Si l'appel a été accueilli, c'est parce qu'au fil des ans on a accordé davantage de crédit potentiel à l'opinion avancée en faveur de l'appelante et aujourd'hui soutenue par le témoignage du docteur Squier, opinion que le jury n'avait pas examinée et que la CA-CC, malgré des doutes certains à ce sujet, ne pouvait rejeter totalement.

28. Pour les mêmes raisons, il ne fait aucun doute à mes yeux que la décision de la CA-CC ne signifie en rien qu'il ne subsistait plus de charges contre l'appelante une fois les éléments nouveaux mis à jour (...)

39. Le juge poursuivait en examinant les situations dans lesquelles un désaccord entre d'éminents experts était propre à faire conclure qu'il serait malavisé ou risqué de tenir un procès. Il observa qu'aucun précédent n'indiquait que, face à un conflit d'experts sur les conclusions à tirer de l'existence de lésions, il fallait renoncer à soumettre l'affaire à un jury. Il estima au contraire que le règlement de tels différends, compte tenu du critère de la preuve en matière pénale, constituait un aspect important des fonctions du jury. Le juge conclut donc ainsi :

« 29. En l'espèce, rien ne permettait de dire, eu égard aux éléments nouveaux, qu'il n'y avait pas lieu de soumettre l'affaire à un jury. De plus, si la Cour avait voulu dire qu'il n'y avait pas (ou plus) de charges, elle l'aurait dit clairement. Au contraire, le fait qu'elle ait maintes fois répété que l'appréciation des expertises médicales concurrentes relèverait d'un jury est totalement incompatible avec la conclusion qu'il n'y aurait plus de charges en l'état actuel des preuves médicales. De même, poser la question de *Pendleton* en guise de contrôle est incompatible avec la conclusion que l'affaire n'aurait jamais dû être soumise à un jury si les éléments nouveaux avaient été connus.

30. Dans ces conditions, je conclus clairement que, même suivant l'interprétation de l'article 133 privilégiée par Lord Bingham, cette action ne saurait aboutir (...)

40. Même si, vu les circonstances, il n'y avait pas lieu de se prononcer sur la divergence entre les interprétations de l'article 133 exposées par Lord Bingham et Lord Steyn, le juge exprima néanmoins sa préférence pour l'approche défendue par Lord Steyn. Il s'exprima notamment comme suit :

« 40. iii. Je conviens certes que la CA-CC ne se penche pas d'ordinaire sur la question de la culpabilité ou de l'innocence, mais qu'elle vérifie uniquement si une

condamnation repose sur des bases solides ; cependant, cette juridiction sait reconnaître les affaires dans lesquelles l'innocence de la personne condamnée est réellement prouvée au-delà de tout doute raisonnable par un fait nouveau ou nouvellement révélé, et la décision rendue l'indique clairement dans pratiquement tous les cas (...) Il me semble que l'application de [l'article 133] pose des difficultés bien réelles si l'on adopte la définition plus large [de l'erreur judiciaire], car il faut alors se demander, chaque fois qu'une condamnation est annulée en raison d'éléments nouveaux, s'il est satisfait au critère, posé à l'article 133, de l'erreur judiciaire établie au-delà de tout doute raisonnable ou bien s'il s'agit simplement d'un cas où il existe un doute tel que la condamnation ne repose pas sur des bases solides. Si en revanche l'erreur judiciaire exige d'établir l'innocence au-delà de tout doute raisonnable, il n'y a généralement aucune difficulté à distinguer clairement ces cas dans les arrêts de la CA-CC.»

41. Concernant les arguments de la requérante fondés sur la présomption d'innocence, le juge évoqua les arrêts rendus par la Cour européenne dans les affaires *Sekanina c. Autriche*, 25 août 1993, série A n° 266-A, *Rushiti c. Autriche*, n° 28389/95, 21 mars 2000, *Weixelbraun c. Autriche*, n° 33730/96, 20 décembre 2001, *O. c. Norvège*, n° 29327/95, CEDH 2003-II, et *Hammern c. Norvège*, n° 30287/96, 11 février 2003. Il déclara que ces arrêts ne permettaient pas de conclure que la requérante eût un droit à indemnisation en vertu de l'article 133, et ce pour les raisons suivantes :

«35. i. Dans aucune de ces affaires on n'a examiné les dispositions régissant la question, ici en cause, de l'indemnisation pour erreur judiciaire prouvée qui figurent dans le PIDCP [Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966 – paragraphe 65 ci-dessous].

ii. L'article 14 du PIDCP juxtapose en son sein la disposition relative à l'indemnisation (l'article 14 § 6, ici examiné) et une disposition (l'article 14 § 2) dont les termes sont identiques à ceux de l'article 6 § 2 de la CEDH. Très clairement, l'article 14 § 6 exige davantage que l'annulation d'une condamnation pour qu'il y ait un droit à indemnisation : il faut qu'un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire. Il me semble que ces dispositions ne pourraient pas coexister en ces termes s'il découlait de l'article 14 § 2 qu'il suffit que la condamnation soit annulée en raison d'un fait nouveau pour qu'il y ait indemnisation (...)

iii. Le PIDCP est un traité indépendant de la Convention européenne, mais son article 14 § 6 trouve son pendant dans l'article 3 du Protocole n° 7 à la CEDH. Pour les mêmes raisons, il est clair que l'article 3 ne pourrait être libellé comme il l'est si l'article 6 § 2 de la CEDH signifiait qu'une indemnisation doit automatiquement être accordée après l'annulation d'une condamnation en raison d'éléments nouveaux.

iv. Comme Lord Steyn l'a souligné dans *Mullen* (...), la Cour de Strasbourg a pris soin, dans l'affaire *Sekanina* (...) (paragraphe 25 de l'arrêt), d'attirer l'attention sur la différence entre le système national autrichien alors mis en cause et le système international fondé sur l'article 3 du Protocole n° 7 (...)

v. Il ressort clairement des affaires autrichiennes et norvégiennes que la ligne de partage entre l'application et la non-application de l'article 6 § 2 est souvent bien subtile. Dans l'affaire *Sekanina*, la Commission (...) avait expressément déclaré que l'article 6 § 2 n'empêchait pas, « bien entendu », de s'appuyer sur les mêmes faits, après un acquittement au fond, pour engager une action civile contre le défendeur. Cela doit du reste se produire fréquemment, notamment en matière de garde d'enfants. Dans *Orr c. Norvège* [n° 31283/04, 15 mai 2008] (...), qui concernait une affaire de viol, la Cour a dit en revanche que l'article 6 § 2 empêchait la plaignante d'obtenir réparation après l'acquittement de l'accusé, bien que le critère de la preuve appliqué à l'action civile fût différent; la décision reposait sur la manière dont le tribunal s'était exprimé en traitant cette dernière question.

vi. Le fondement des décisions dans les affaires autrichiennes et norvégiennes tenait à l'étroitesse du lien entre la décision d'acquittement prise au fond et la décision concernant l'indemnisation. Dans les affaires autrichiennes, la décision relative à l'indemnisation relevait de la compétence de la juridiction pénale, même si elle fut le plus souvent rendue quelque temps après l'acquittement par une juridiction pénale différemment composée, comme cela peut être le cas en Angleterre pour une ordonnance de confiscation. De plus, les tribunaux procédèrent en partie en analysant la décision du jury. Dans les affaires norvégiennes, l'acquittement fut prononcé par une juridiction composée de juges et de jurés, et ce furent les mêmes juges qui, plus ou moins immédiatement après, se penchèrent sur la question de l'indemnisation (...)

vii. En revanche, une indemnisation fondée sur des éléments nouveaux, au titre de l'article 14 § 6 du PIDCP et de l'article 133 de la loi sur la justice pénale, n'est pas liée à un acquittement prononcé sur le fond. Une indemnité doit être versée lorsqu'il y a eu annulation de la condamnation et qu'existe le facteur supplémentaire de l'erreur judiciaire établie au-delà de tout doute raisonnable, ou de manière concluante.

viii. On peut sans aucun doute affirmer (...) que le système d'indemnisation pour erreur judiciaire fondé sur l'article 14 § 6 s'apparente au système norvégien de l'indemnisation après acquittement, décrit par la Cour européenne comme une procédure visant « à établir s'il pèse sur l'État une obligation de réparer financièrement le préjudice causé par lui, du fait des poursuites, à la personne (...) » (voir *O. c. Norvège* (...)). Mais cela revient à poser la question de savoir à quel moment le système en question crée une telle obligation. Si l'article 6 § 2 devait s'appliquer aux actions engagées dans le cadre du système ici examiné, il n'y aurait aucune raison, au regard de la logique ou de l'équité, de faire la distinction entre les personnes dont la condamnation est annulée en raison d'éléments nouveaux et celles dont la condamnation est annulée pour d'autres motifs; toutes ces personnes seraient fondées à invoquer la présomption d'innocence. En effet, il n'y aurait aucune raison évidente d'établir une distinction entre les individus qui ont été déclarés coupables mais dont la condamnation a été annulée, et ceux qui ont été acquittés à l'issue du procès. Il est clair cependant que l'article 14 § 6 du PIDCP ne prévoit pas d'indemnisation en dehors des circonstances limitées visées par cette disposition.

ix. Dans *Mullen*, Lord Steyn a déclaré (...) que l'article 6 § 2 de la CEDH ne s'appliquait pas aux règles particulières créées par l'article 14 § 6 du PIDCP.

Lord Bingham a estimé que (...) les affaires autrichiennes et norvégiennes (...) n'étaient pas d'un grand secours pour M. Mullen, dont l'«acquittement» était sans rapport avec le fond de l'accusation portée contre lui.»

42. Le 11 décembre 2008, la requérante se vit refuser l'autorisation de saisir la Chambre des lords.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. L'annulation d'une condamnation

1. *La loi de 1968 sur les appels en matière pénale*

43. L'article 2 § 1 de la loi de 1968 sur les appels en matière pénale (telle que modifiée) dispose que la Cour d'appel

«a) accueille un appel contre une condamnation si elle estime que celle-ci ne repose pas sur des bases solides; et

b) rejette l'appel dans tout autre cas.»

44. En vertu de l'article 2 § 2, la Cour d'appel doit annuler la condamnation si elle a accueilli l'appel.

45. L'article 2 § 3 énonce:

«Sauf si elle ordonne en application de l'article 7 ci-dessous que l'auteur de l'appel soit rejugé, la décision de la Cour d'appel annulant une condamnation vaut injonction, pour le tribunal de jugement, de substituer à la condamnation une sentence d'acquittement.»

46. D'après l'article 7 § 1 de la loi de 1968, lorsque la Cour d'appel accueille un appel interjeté contre une condamnation et qu'il lui paraît que l'intérêt de la justice l'exige, elle peut ordonner que l'auteur de l'appel soit rejugé. Un nouveau procès peut toutefois être inopportun lorsque, par exemple, l'intéressé a déjà purgé sa peine et qu'une nouvelle procédure n'apporterait rien.

2. *L'approche judiciaire en matière d'annulation d'une condamnation sur la base d'éléments nouveaux*

47. Dans l'affaire *R. v. Pendleton*, la Chambre des lords s'interrogea sur l'approche à adopter par les juridictions d'appel dans les affaires où viennent au jour des éléments nouveaux. Lord Bingham of Cornhill expliqua:

«19. (...) [D]ans l'affaire *Stafford [v. Director of Public Prosecutions]* [1974] AC 878], la Chambre des lords a rejeté, à juste titre, l'argument de l'avocat selon lequel la Cour d'appel avait posé la mauvaise question en prenant pour critère l'effet des éléments nouveaux sur l'opinion des juges de la Cour d'appel et non l'effet que ces éléments auraient eu sur celle des jurés (...) Je ne suis pas convaincu que la Chambre des lords

ait énoncé dans *Stafford* un principe incorrect, tant qu'il reste bien clair pour la Cour d'appel que ce qu'il lui faut trancher c'est la question de savoir si la condamnation repose sur des bases solides et non celle de savoir si l'accusé est coupable. Le critère préconisé par l'avocat dans l'affaire *Stafford* (...) présente cependant une double vertu (...). Il rappelle tout d'abord à la Cour d'appel qu'elle n'est pas et ne doit jamais devenir le principal décideur. Il lui rappelle ensuite qu'elle n'a qu'une idée imparfaite et incomplète de tout le processus ayant conduit le jury à prononcer une condamnation. La Cour d'appel peut certes apprécier les éléments nouveaux qui lui sont soumis mais, excepté dans les affaires limpidées, elle est désavantagée lorsqu'il s'agit de rattacher ces éléments au reste des éléments de preuve examinés par le jury. Pour ces raisons, il est en règle générale sage, si l'affaire revêt une difficulté quelconque, que la Cour d'appel mette à l'épreuve son propre avis provisoire en se demandant si les éléments de preuve – dans l'hypothèse où ils auraient été présentés au procès – auraient raisonnablement pu influencer sur la décision du jury de prononcer une condamnation. Si la réponse est positive, il faut considérer que la condamnation ne repose pas sur des bases solides.»

48. Par la suite, Lord Brown of Eaton-Under-Heywood, dans le cadre de l'affaire *Dial and another v. The State (Trinidad and Tobago)* [2005] UKPC 4, examinée par le Conseil privé (*Privy Council*), fit les commentaires suivants :

«31. (...) En termes simples, la loi, qui est à présent clairement établie, peut être exposée comme suit. Lorsque des éléments nouveaux sont produits lors d'un appel en matière pénale, c'est à la Cour d'appel, à supposer bien sûr qu'elle admette ces éléments, qu'il revient d'en apprécier l'importance dans le contexte des autres éléments versés au dossier. Si la Cour d'appel conclut que les éléments nouveaux ne font naître aucun doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé, elle rejette l'appel. La principale question s'adresse à la Cour d'appel elle-même; elle ne consiste pas à se demander quel effet les éléments nouveaux auraient eu sur l'opinion des jurés. Cela étant, si la Cour d'appel considère que l'affaire est difficile, elle peut juger utile de mettre à l'épreuve son avis «en se demandant si les éléments de preuve – dans l'hypothèse où ils auraient été présentés au procès – auraient raisonnablement pu influencer sur la décision du jury de prononcer une condamnation» (*R. v. Pendleton* (...)). Le principe directeur demeure toutefois celui qui a été posé (...) dans l'affaire *Stafford* (...) et qui a été énoncé par la Chambre des lords dans l'affaire *Pendleton* :

«(...) [L]a Cour d'appel et la Chambre des lords peuvent certes juger commode l'approche consistant à se demander ce qu'un jury aurait fait s'il avait eu connaissance des éléments nouveaux, mais c'est à elles et à elles seules qu'incombe la responsabilité ultime de trancher la question [de savoir si le verdict repose sur des bases solides ou non].»

B. L'indemnisation pour erreur judiciaire

1. La loi de 1988 sur la justice pénale (« la loi de 1988 »)

49. L'article 133 § 1 de la loi de 1988 dispose :

«1. Sous réserve du paragraphe 2 ci-dessous, lorsqu'une condamnation pénale est ultérieurement annulée ou lorsque la grâce est accordée parce qu'un fait nouveau ou

nouvellement révélé montre au-delà de tout doute raisonnable qu'il s'est produit une erreur judiciaire, le ministre verse une indemnité pour erreur judiciaire à la personne qui a subi une peine en raison de cette condamnation (...), à moins que la non-révélation du fait inconnu soit imputable en tout ou en partie à ladite personne.»

50. La question de savoir si l'article 133 ouvre un droit à indemnisation est tranchée par le ministre, après le dépôt d'une demande à cet effet par la personne concernée.

51. Selon l'article 133 § 5, le terme « annulée » doit s'entendre comme renvoyant à une condamnation qui a été mise à néant, notamment à la suite d'un appel tardif, ou d'un renvoi à la Cour d'appel par la Commission de contrôle des procédures pénales.

52. L'article 133 § 6 dispose qu'une personne a subi une peine à raison d'une condamnation lorsqu'une sanction a été prononcée contre elle pour l'infraction dont elle a été reconnue coupable.

53. Après l'adoption de la loi de 2008 sur la justice pénale et l'immigration, l'article 133 a été complété par d'autres dispositions instaurant un délai de deux ans pour le dépôt d'une demande d'indemnisation et clarifiant le lien entre l'« annulation » d'une condamnation et la tenue éventuelle d'un nouveau procès. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} décembre 2008, c'est-à-dire après le prononcé par la Cour d'appel de l'arrêt sur la demande d'indemnisation formée en l'espèce (paragraphe 33 ci-dessus).

2. *L'interprétation par les tribunaux du terme « erreur judiciaire »*

a) **Avant la procédure relative à la demande d'indemnisation formée par la requérante**

54. Dans l'affaire *R. (on the application of Mullen) v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 18, la Chambre des lords se pencha sur l'application de l'article 133 de la loi de 1988. Le procès de M. Mullen en Angleterre n'avait été possible que parce que les autorités britanniques avaient organisé son expulsion du Zimbabwe, en violation flagrante du droit de ce pays et du droit international. Ce point n'apparut que postérieurement à la condamnation, et le recours de M. Mullen devant la Cour d'appel, quelque sept ans plus tard, aboutit à l'annulation de la sentence au motif que l'expulsion avait entraîné un abus de procédure, plus précisément un grave abus du pouvoir exécutif. La demande d'indemnisation de l'intéressé fondée sur l'article 133, ou sur le système d'indemnisation *ex gratia* qui existait en parallèle à l'époque, fut écartée par le ministre. Au cours d'une procédure ultérieure de contrôle juridictionnel, la Chambre des lords estima à l'unanimité que l'article 133 n'exigeait pas que l'on versât à M. Mullen une indemnité pour erreur judiciaire. Il y eut cependant des divergences de

vues entre Lord Bingham et Lord Steyn quant à l'interprétation à donner à l'article 133.

55. Sur l'expression «condamnations injustifiées», Lord Bingham déclara :

«4. (...) L'expression «condamnations injustifiées» n'est pas une notion juridique et n'a pas un sens bien établi. Il est clair qu'elle englobe les condamnations de personnes innocentes des infractions pour lesquelles elles ont été condamnées. Cependant, dans le langage courant l'expression doit, je pense, s'étendre aux personnes qui, coupables ou non, n'auraient manifestement pas dû être condamnées à l'issue de leur procès. Il est impossible et inutile de recenser les multiples raisons pour lesquelles une personne peut avoir été condamnée alors qu'elle n'aurait pas dû l'être. Il se peut que les éléments à charge aient été fabriqués de toutes pièces ou aient été entachés de parjure, que la justice ait fondé la condamnation sur un témoignage d'expert qui était discutable, que des éléments de preuve qui auraient été utiles à la défense aient été dissimulés ou n'aient pas été divulgués, que le travail du jury ait fait l'objet d'une ingérence malveillante, ou encore qu'il y ait eu un manque d'équité ou formulation de mauvaises indications de la part des juges. Dans ce type d'affaires, il est parfois possible, mais plus souvent impossible, de dire que l'intéressé est innocent; ce qui est possible en tout cas, c'est de dire qu'il a été condamné à tort. Le point commun à ces affaires est l'existence dans l'instruction relative à l'infraction ou dans le déroulement du procès d'une défaillance grave qui a abouti à la situation où une personne a été condamnée alors qu'elle n'aurait pas dû l'être.»

56. Même si, dans la cause de la requérante, tant la *High Court* que la Cour d'appel ont considéré, semble-t-il, que cette déclaration se rapportait à l'interprétation donnée par Lord Bingham du terme «erreur judiciaire» figurant à l'article 133, il convient de noter – comme l'a expliqué Lord Hope dans l'arrêt *R. (Adams) v. Secretary of State for Justice* [2011] UKSC 18 (paragraphe 63 ci-dessous) rendu ultérieurement par la Cour suprême – que les commentaires de Lord Bingham ne visaient pas ce terme mais l'expression «condamnations injustifiées», dans le cadre du système d'indemnisation *ex gratia* alors en place.

57. Lord Bingham observa que l'adoption de l'article 133 avait pour but de donner effet à l'obligation découlant de l'article 14 § 6 du PIDCP, que cette dernière disposition visait à garantir un procès équitable aux personnes poursuivies et qu'elle était sans pertinence pour les abus du pouvoir exécutif ne débouchant pas sur un procès inéquitable. Il poursuivit ainsi :

«8. (...) En annulant la condamnation de M. Mullen, la Cour d'appel (chambre criminelle) a sanctionné de la seule façon possible l'abus du pouvoir exécutif ayant conduit à l'arrestation et à l'enlèvement de l'intéressé. La Cour d'appel n'a cependant décelé aucune défaillance dans le procès. C'est en cas de défaillance dans le procès que le ministre est tenu, en vertu de l'article 133 [de la loi de 1988] et de l'article 14 § 6 [du PIDCP], de verser une indemnité. Dans ces conditions, j'estime qu'il n'est pas tenu d'allouer une indemnité sur le fondement de l'article 133.»

58. Lord Bingham précisa qu'il hésitait à admettre l'argument du ministre selon lequel l'article 133 de la loi de 1988, inspiré de l'article 14 § 6 du PIDCP, n'impliquait une obligation d'indemnisation qu'à l'égard d'une personne ayant finalement été acquittée dans des circonstances remplissant les conditions légales et dont il était établi au-delà de tout doute raisonnable qu'elle était innocente de l'infraction retenue contre elle. À la lumière de sa conclusion selon laquelle il n'y avait pas lieu de verser une indemnité, il estima cependant qu'il ne s'imposait pas de trancher ce point.

59. Lord Steyn fit observer que l'article 133 de la loi de 1988, à l'instar de l'article 3 du Protocole n° 7 à la Convention, était calqué sur l'article 14 § 6 du PIDCP. Il passa en revue plusieurs arrêts de la Cour européenne ayant constaté une violation de l'article 6 § 2 de la Convention relativement à des demandes d'indemnisation formées par des personnes qui avaient été acquittées, et conclut ainsi :

«41. (...) Les décisions concernées ne présentent pas d'intérêt pour la question ici examinée. L'interaction entre l'article 6 § 2 et l'article 3 du Protocole n° 7 n'était pas à l'étude. En droit autrichien, en effet, il existait un droit à indemnisation plus large que celui prévu par l'article 3 du Protocole n° 7.»

60. Ayant conclu que la jurisprudence de la Cour européenne n'était pas d'un grand secours pour l'interprétation de l'article 133 de la loi de 1988, Lord Steyn examina ensuite l'interprétation de l'article 14 § 6 du PIDCP en tant que tel. Il considéra qu'une affaire dans laquelle une personne aurait été condamnée à tort puis aurait vu sa condamnation annulée à la suite d'un appel interjeté dans le délai normal ne remplissait pas les conditions d'une indemnisation. Il déclara par ailleurs que s'il n'y avait pas de fait nouveau ou nouvellement révélé mais qu'il était simplement reconnu qu'un appel antérieur avait été rejeté à tort, alors l'affaire ne relevait pas de l'article 14 § 6. Il en déduisit que l'objectif primordial n'était pas d'indemniser toutes les personnes condamnées à tort et qu'il était incontestable que le droit fondamental découlant de l'article 14 § 6 était strictement délimité. Il poursuivit ainsi :

«46. L'exigence selon laquelle le fait nouveau ou nouvellement révélé doit montrer de manière concluante (ou au-delà de tout doute raisonnable, pour reprendre les termes de l'article 133) «qu'il s'est produit une erreur judiciaire» est importante. Elle permet d'éliminer les affaires où il est seulement établi qu'il y a peut-être eu une condamnation injustifiée. Sont de même exclus les cas où il est seulement probable qu'il y a eu une condamnation injustifiée. Ces deux catégories couvriraient la grande majorité des affaires où un appel est accueilli malgré sa tardiveté (...) Ces considérations militent à mes yeux contre l'interprétation large de l'«erreur judiciaire» avancée en faveur de M. Mullen. Elles démontrent par ailleurs le caractère discutable de l'interprétation large (...), qui sape entièrement l'effet des éléments montrant «de manière concluante qu'il s'est produit une erreur judiciaire». Même si l'on admet que dans d'autres

contextes l'« erreur judiciaire » peut revêtir une signification soit plus étroite soit plus large, le seul contexte pertinent, à savoir le cas où l'innocence est démontrée, va dans le sens d'une interprétation étroite.»

61. Lord Steyn conclut donc ainsi :

« 56. (...) [L]a portée autonome du terme « erreur judiciaire » vise uniquement les « cas manifestes d'erreur judiciaire, c'est-à-dire ceux où il est reconnu que l'intéressé était manifestement innocent », comme l'indique le Rapport explicatif [du Protocole n° 7]. Cela correspond au sens international que le Parlement a retenu en adoptant l'article 133 de la loi de 1988.»

62. Faute d'avoir été déclaré innocent, M. Mullen ne pouvait prétendre à une indemnisation sur le fondement de l'article 133 de la loi de 1988.

b) Après la procédure relative à la demande d'indemnisation formée par la requérante

63. Dans *R. (Adams)*, la Cour suprême, siégeant en une formation de neuf juges, a été appelée à réexaminer la signification du terme « erreur judiciaire » figurant à l'article 133 de la loi de 1988. Les juges ont formulé des avis divers quant à sa bonne interprétation.

III. LA PRATIQUE ET LES TEXTES JURIDIQUES INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966)

64. L'article 14 § 2 du PIDCP énonce :

« Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. »

65. L'article 14 § 6 dispose :

« Lorsqu'une condamnation pénale définitive est ultérieurement annulée ou lorsque la grâce est accordée parce qu'un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire, la personne qui a subi une peine en raison de cette condamnation sera indemnisée, conformément à la loi, à moins qu'il ne soit prouvé que la non-révélation en temps utile du fait inconnu lui est imputable en tout ou partie. »

66. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies s'est penché sur l'application des articles pertinents du PIDCP. Dans l'affaire *W.J.H. c. Pays-Bas* (Communication n° 408/1990 UN doc. CCPR/c/45/D/408/1990 (1992)), où était alléguée la violation de l'article 14 §§ 2 et 6 à raison du refus d'accorder une indemnité après un acquittement, le Comité a fait observer que l'article 14 § 2 s'appliquait uniquement aux procédures pénales, et non aux procédures d'indemnisation. Il a également estimé que les conditions posées à l'article 14 § 6 n'étaient pas remplies.

67. Dans son Observation générale n° 32 sur l'article 14, publiée le 23 août 2007, le Comité des droits de l'homme des Nations unies a déclaré ce qui suit au sujet de la présomption d'innocence :

« 30. En vertu du paragraphe 2 de l'article 14, toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. Du fait de la présomption d'innocence, qui est indispensable à la protection des droits de l'homme, la charge de la preuve incombe à l'accusation, nul ne peut être présumé coupable tant que l'accusation n'a pas été établie au-delà de tout doute raisonnable, l'accusé a le bénéfice du doute et les personnes accusées d'avoir commis une infraction pénale ont le droit d'être traitées selon ce principe. Toutes les autorités publiques ont le devoir de s'abstenir de préjuger de l'issue d'un procès, par exemple de s'abstenir de faire des déclarations publiques affirmant la culpabilité de l'accusé. Les défenseurs ne devraient pas normalement être entravés ou enfermés dans des cages pendant les audiences, ni présentés au tribunal d'une manière laissant penser qu'ils peuvent être des criminels dangereux. Les médias devraient éviter de rendre compte des procès d'une façon qui porte atteinte à la présomption d'innocence. En outre, la longueur de la détention provisoire ne doit jamais être interprétée comme une indication de la culpabilité ou de son degré. Le rejet d'une demande de libération sous caution ou la mise en cause de la responsabilité civile ne portent pas atteinte à la présomption d'innocence. » (Notes de bas de page omises)

68. Concernant le droit à une indemnisation pour erreur judiciaire, le Comité a dit notamment :

« 53. Cette garantie ne s'applique pas lorsqu'il est prouvé que la non-révélation en temps utile du fait inconnu est entièrement ou partiellement imputable à l'accusé. En pareil cas, la charge de la preuve incombe à l'État. En outre, aucune indemnisation n'est due lorsque la condamnation est annulée en appel, c'est-à-dire avant que le jugement ne devienne définitif, ou à la suite d'une grâce accordée pour des motifs humanitaires ou dans le cadre de l'exercice de pouvoirs discrétionnaires ou pour des raisons d'équité, qui ne donnent pas à entendre qu'il s'est produit une erreur judiciaire. » (Notes de bas de page omises)

B. L'article 3 du Protocole n° 7 à la Convention

69. L'article 3 du Protocole n° 7 se lit ainsi :

« Lorsqu'une condamnation pénale définitive est ultérieurement annulée, ou lorsque la grâce est accordée, parce qu'un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire, la personne qui a subi une peine en raison de cette condamnation est indemnisée, conformément à la loi ou à l'usage en vigueur dans l'État concerné, à moins qu'il ne soit prouvé que la non-révélation en temps utile du fait inconnu lui est imputable en tout ou en partie. »

70. Le Royaume-Uni n'a pas signé le Protocole n° 7 et n'y a pas adhéré.

71. Le Rapport explicatif du Protocole n° 7 a été rédigé par le Comité directeur pour les droits de l'homme et soumis au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Il y est expliqué d'emblée que le rapport lui-même

« (...) ne constitue pas un instrument d'interprétation authentique du texte du Protocole, bien qu'il puisse faciliter la compréhension des dispositions qui y sont contenues ».

72. Concernant l'article 3 du Protocole n° 7, le rapport indique notamment :

« 23. En second lieu, l'article s'applique uniquement au cas où la condamnation d'une personne est annulée, ou la grâce accordée, parce que, dans les deux hypothèses, un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire – c'est-à-dire un défaut grave dans un procès entraînant un préjudice important pour la personne qui a été condamnée. Par conséquent, il n'est pas nécessaire, en vertu de cet article, de verser une indemnité si la condamnation a été annulée ou la grâce accordée pour d'autres motifs (...) »

(...)

25. Dans les cas où ces conditions préalables sont remplies, l'indemnité est versée « conformément à la loi ou à l'usage en vigueur dans l'État concerné ». Ces mots ne peuvent pas être interprétés comme signifiant qu'aucune indemnité ne doit être versée lorsque la loi ou l'usage en vigueur ne le prévoit pas. La loi ou cet usage doit prévoir le versement d'une indemnité dans tous les cas auxquels cet article s'applique. Dans l'esprit des auteurs de cette disposition, les États sont obligés d'indemniser des personnes uniquement dans les cas évidents d'erreur judiciaire, c'est-à-dire lorsqu'il aura été reconnu que la personne concernée était clairement innocente. Cet article n'a pas pour but de donner un droit à compensation lorsque toutes les conditions préalables ne sont pas remplies ; par exemple, lorsqu'une cour d'appel a annulé une condamnation parce qu'elle a découvert un fait qui a jeté un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé et dont le juge de première instance n'aurait pas tenu compte. »

C. Le droit et la pratique des États membres concernant la procédure d'indemnisation après abandon des poursuites ou acquittement

73. La Cour s'est penchée sur le droit et la pratique de trente-six États membres relativement aux procédures d'indemnisation faisant suite à l'abandon de poursuites ou à un acquittement. L'étude menée a montré que les États n'ont pas une approche uniforme en la matière. Certains États ont plus d'un système, donc différents types d'indemnisation.

74. Les procédures de demande d'indemnisation varient sensiblement d'un État à l'autre. Dans dix États, la procédure d'indemnisation existante semble directement liée à la procédure pénale, le tribunal qui a statué sur l'action pénale étant compétent aussi pour apprécier la demande d'indemnisation lorsqu'il y a eu acquittement à l'issue du procès initial (Allemagne, Russie et Ukraine) ou annulation d'une condamnation à la suite de la réouverture de la procédure (Allemagne, Belgique, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Monaco et Suisse).

75. Dans trente États (Albanie, Autriche, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Hongrie, Irlande, l'ex-République yougoslave de Macédoine, Lituanie, Luxembourg, Malte, République de Moldova, Monaco, Monténégro, Norvège, Pologne, République tchèque, Roumanie, Russie, Serbie, Slovaquie, Slovénie, Suède, Turquie et Ukraine), la procédure d'indemnisation est indépendante de la procédure pénale. Dans ces États, la demande d'indemnisation peut être formée au niveau administratif auprès d'un ministre ou d'une autre autorité (Autriche, Bosnie-Herzégovine, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, Irlande, l'ex-République yougoslave de Macédoine, Luxembourg, Monaco, Monténégro, République tchèque, Serbie, Slovaquie et Slovénie), auprès des juridictions civiles ou administratives (Albanie, Bulgarie, France, Hongrie, Lituanie, République de Moldova, Norvège, Roumanie, Russie, Suède et Ukraine) ou auprès des juridictions pénales, devant des juges autres que ceux qui ont connu de l'affaire pénale initiale (Pologne et Turquie). Dans pratiquement tous les États étudiés, à l'exception de l'Irlande et de Malte, la demande d'indemnisation doit être déposée dans un certain délai qui court à compter de la date de clôture de la procédure pénale.

76. La grande majorité des États étudiés possèdent des systèmes d'indemnisation bien plus généreux que celui du Royaume-Uni. Dans un grand nombre des États examinés, l'indemnisation est pour l'essentiel automatique après un verdict de non-culpabilité, l'annulation d'une condamnation ou l'abandon de poursuites (Allemagne, Bulgarie, Croatie, Danemark, Finlande, l'ex-République yougoslave de Macédoine, Monténégro, République tchèque, Roumanie, Turquie et Ukraine, notamment).

77. La pratique des États contractants en matière d'indemnisation fournit très peu d'informations utiles pour l'interprétation du terme « erreur judiciaire ».

EN DROIT

SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 2 DE LA CONVENTION

78. La requérante plaide que les motifs sur lesquels était fondé le refus de lui allouer une indemnité après son acquittement ont emporté violation de la présomption d'innocence. Elle invoque l'article 6 § 2 de la Convention, ainsi libellé :

« Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. »

79. Le Gouvernement conteste cet argument.

A. L'étendue du grief

80. La requérante admet que le refus de lui accorder une indemnité ne soulève pas en soi de problème au regard de l'article 6 § 2, cette décision ne signifiant rien quant à l'opinion de l'État sur sa culpabilité ou son innocence. Elle se plaint en réalité que, dans son cas, le refus de la *High Court* et de la Cour d'appel reposait sur des motifs propres à faire naître des doutes relativement à son innocence.

81. Pour le Gouvernement, le simple fait qu'une fois acquittée une personne est présumée innocente des actes qui lui étaient reprochés n'ouvre pas à l'intéressée un quelconque droit général à une indemnisation au titre de l'article 6 § 2. Les termes de l'article 133 de la loi de 1988 ne doivent pas, selon lui, être interprétés dans un sens large au motif qu'il conviendrait d'indemniser le plus grand nombre possible de personnes acquittées.

82. La Cour rappelle que l'article 6 § 2 ne garantit pas à l'accusé un droit à réparation pour une détention provisoire régulière ou un droit au remboursement de ses frais lorsque les poursuites sont par la suite abandonnées ou aboutissent à un acquittement (voir, parmi de nombreux précédents, *Englert c. Allemagne*, 25 août 1987, § 36, série A n° 123, *Sekanina c. Autriche*, 25 août 1993, § 25, série A n° 266-A, *Capeau c. Belgique*, n° 42914/98, § 23, CEDH 2005-I, *Yassar Hussain c. Royaume-Uni*, n° 8866/04, § 20, CEDH 2006-III, et *Tendam c. Espagne*, n° 25720/05, § 36, 13 juillet 2010). De même, cette disposition ne garantit pas à une personne acquittée d'une infraction pénale un droit à réparation pour une erreur judiciaire, quelle qu'elle soit.

83. La question qui se pose à la Cour n'est pas de savoir si le refus d'indemnisation a en soi emporté violation du droit de la requérante à être présumée innocente. Dans son examen du grief, la Cour s'attachera à déterminer si la décision négative litigieuse, notamment sa motivation et les termes employés, était compatible avec la présomption d'innocence consacrée par l'article 6 § 2.

B. Sur la recevabilité

1. Thèses des parties

a) Le Gouvernement

84. Selon le Gouvernement, l'article 6 § 2 s'applique uniquement aux personnes accusées d'une infraction. Même dans le cadre de l'interprétation

large donnée à la notion de «procédure pénale» par la Cour, l'action en indemnisation ici en cause sortirait du champ de cette interprétation.

85. Premièrement, rien dans la jurisprudence de la Cour n'indiquerait que l'article 6 § 2 s'applique à l'appréciation d'un droit à bénéficier d'une réparation suivant les critères énoncés par l'article 3 du Protocole n° 7. Dans l'arrêt *Sekanina* (précité, § 25), la Cour aurait du reste considéré que l'article 6 § 2 ne s'appliquait pas à une telle procédure, position qui serait en phase avec celle adoptée par le Comité des droits de l'homme des Nations unies dans l'affaire *W.J.H. c. Pays-Bas* (paragraphe 66 ci-dessus). Le refus d'indemniser une personne au motif qu'elle ne remplit pas les conditions requises ne pourrait pas être incompatible avec l'article 6 § 2; en juger autrement priverait de sens les critères et les restrictions posés par l'article 14 § 6 du PIDCP et l'article 3 du Protocole n° 7 à la Convention.

86. Deuxièmement, tout en admettant que l'article 6 § 2 a été jugé applicable à certains types d'actions en réparation, le Gouvernement indique que tel a été le cas uniquement dans des situations où il existait un lien étroit avec la procédure pénale antérieure ayant donné lieu à l'action en question. En l'espèce, la décision relative à l'indemnisation aurait au contraire été distincte et séparée de la décision d'annulation de la condamnation pénale, pour les raisons suivantes: la décision sur l'indemnisation relèverait en général du pouvoir exécutif et non du pouvoir judiciaire; elle serait prise dans le cadre d'une procédure administrative et non pénale; elle pourrait reposer sur des éléments de preuve différents, ignorés lors du procès pénal; elle serait éloignée dans le temps, étant donné qu'il serait possible de former une demande d'indemnisation jusqu'à deux ans après l'annulation de la condamnation, et elle serait adoptée et communiquée au demandeur de manière confidentielle. Pour le Gouvernement, même s'il a fallu évaluer les éléments de preuve ayant dans un premier temps conduit à la condamnation pour déterminer si l'existence d'une erreur judiciaire était établie de manière concluante au sens de l'article 133 de la loi de 1988, ce processus n'a pas porté atteinte à la présomption d'innocence ni remis en cause l'acquiescement de la requérante.

87. En conséquence, le Gouvernement invite la Cour à conclure que la présomption d'innocence n'est nullement en jeu dans le cadre des décisions prises sur le fondement de l'article 133 de la loi de 1988 et, partant, à déclarer la requête irrecevable.

b) La requérante

88. La requérante soutient que dans un nombre important d'arrêts la Cour européenne des droits de l'homme a jugé l'article 6 § 2 de la Convention applicable dans le cadre de l'examen du droit d'une personne à

être indemnisée après un acquittement (l'intéressée mentionne notamment les arrêts *Rushiti c. Autriche*, n° 28389/95, 21 mars 2000, *Hammern c. Norvège*, n° 30287/96, 11 février 2003, et *Puig Panella c. Espagne*, n° 1483/02, 25 avril 2006). D'après elle, si la Cour a par ailleurs conclu à la non-applicabilité de l'article 6 § 2 dans certaines affaires concernant des actions civiles en réparation, il s'agissait dans ces affaires pour les tribunaux de se prononcer sur la responsabilité civile des personnes mises en cause, tandis que l'article 133 de la loi de 1988 appellerait une appréciation du fondement de l'acquittement de la personne concernée et de ce que cet acquittement dit de la responsabilité pénale de l'intéressée. De plus, alors que dans une procédure civile il faudrait ménager un équilibre avec les droits des tiers, pareil équilibre ne serait pas pertinent en l'occurrence, l'État étant responsable de l'indemnisation. La Cour aurait de toute façon jugé l'article 6 § 2 de la Convention applicable dans certaines affaires relatives à une procédure civile, après avoir estimé que la procédure avait conduit à une remise en question de l'innocence du requérant (l'intéressée mentionne *Orr c. Norvège*, n° 31283/04, 15 mai 2008).

89. La requérante conteste par ailleurs l'argument consistant à dire que l'article 6 § 2 s'applique uniquement lorsqu'il existe un lien étroit avec la procédure pénale. Elle évoque les affaires *Šikić c. Croatie* (n° 9143/08, § 47, 15 juillet 2010) et *Vanjak c. Croatie* (n° 29889/04, § 41, 14 janvier 2010), dans lesquelles la Cour aurait conclu que lorsque des poursuites sont abandonnées, la présomption d'innocence doit être garantie « dans toute autre procédure, de quelque nature qu'elle soit ». Elle considère que cela vaut *a fortiori* en cas d'acquittement, où la protection offerte par l'article 6 § 2 serait encore plus forte.

90. La requérante estime qu'en tout état de cause l'octroi d'une indemnité sur le fondement de l'article 133 de la loi de 1988 est clairement et étroitement lié à la procédure pénale ayant abouti à l'annulation de la condamnation. Il ressortirait à l'évidence de l'article 133 et de l'arrêt rendu par la Cour suprême dans *Adams* (paragraphe 63 ci-dessus) que la question clé dans une action en indemnisation est le motif précis pour lequel la condamnation a été annulée, et qu'une décision sur la question de l'indemnisation exige que l'organe décisionnel examine l'arrêt de la Cour d'appel ayant annulé la condamnation. Un refus d'indemnisation fondé sur les motifs indiqués dans *Adams* soulèverait des doutes quant au point de savoir si l'État admet que le demandeur était réellement innocent. Cela suffirait en soi à établir l'applicabilité de l'article 6 § 2 de la Convention.

91. Enfin, la requérante estime qu'il serait incohérent que l'article 6 § 2 ne s'applique pas aux systèmes d'indemnisation prévus par l'article 14 § 6 du PIDCP et par l'article 3 du Protocole n° 7 à la Convention mais

qu'il s'applique à toute autre forme d'indemnisation consécutive à un acquittement. Il n'y aurait aucune raison logique à une telle distinction.

2. L'appréciation de la Cour

a) Principes généraux

i. Introduction

92. L'objet et le but de la Convention, instrument de protection des êtres humains, appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives (voir, notamment, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 87, série A n° 161, et *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 162, CEDH 2011). La Cour a déclaré expressément que cela valait aussi pour le droit consacré par l'article 6 § 2 (voir, par exemple, *Allenet de Ribemont c. France*, 10 février 1995, § 35, série A n° 308, et *Capeau*, précité, § 21).

93. L'article 6 § 2 protège le droit de toute personne à être « présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ». Considérée comme une garantie procédurale dans le cadre du procès pénal lui-même, la présomption d'innocence impose des conditions concernant notamment la charge de la preuve (*Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, 6 décembre 1988, § 77, série A n° 146, et *Telfner c. Autriche*, n° 33501/96, § 15, 20 mars 2001); les présomptions de fait et de droit (*Salabiaku c. France*, 7 octobre 1988, § 28, série A n° 141-A, et *Radio France et autres c. France*, n° 53984/00, § 24, CEDH 2004-II); le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (*Saunders c. Royaume-Uni*, 17 décembre 1996, § 68, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, et *Heaney et McGuinness c. Irlande*, n° 34720/97, § 40, CEDH 2000-XII); la publicité pouvant être donnée à l'affaire avant la tenue du procès (*Akay c. Turquie* (déc.), n° 34501/97, 19 février 2002, et *G.C.P. c. Roumanie*, n° 20899/03, § 46, 20 décembre 2011); la formulation par le juge du fond ou toute autre autorité publique de déclarations prématurées quant à la culpabilité d'un prévenu (*Allenet de Ribemont*, précité, §§ 35-36, et *Nešćák c. Slovaquie*, n° 65559/01, § 88, 27 février 2007).

94. Compte tenu toutefois de la nécessité de veiller à ce que le droit garanti par l'article 6 § 2 soit concret et effectif, la présomption d'innocence revêt aussi un autre aspect. Son but général, dans le cadre de ce second volet, est d'empêcher que des individus qui ont bénéficié d'un acquittement ou d'un abandon des poursuites soient traités par des agents ou autorités publics comme s'ils étaient en fait coupables de l'infraction qui leur avait été imputée. Dans de telles situations, la présomption d'innocence a déjà

permis – par l’application lors du procès des diverses exigences inhérentes à la garantie procédurale qu’elle offre – d’empêcher que soit prononcée une condamnation pénale injuste. Sans protection destinée à faire respecter dans toute procédure ultérieure un acquittement ou une décision d’abandon des poursuites, les garanties d’un procès équitable énoncées à l’article 6 § 2 risqueraient de devenir théoriques et illusoires. Ce qui est également en jeu une fois la procédure pénale achevée, c’est la réputation de l’intéressé et la manière dont celui-ci est perçu par le public. Dans une certaine mesure, la protection offerte par l’article 6 § 2 à cet égard peut recouvrir celle qu’apporte l’article 8 (voir, par exemple, *Zollmann c. Royaume-Uni* (déc.), n° 62902/00, CEDH 2003-XII, et *Taliadorou et Stylianou c. Chypre*, nos 39627/05 et 39631/05, §§ 27 et 56-59, 16 octobre 2008).

ii. Applicabilité de l’article 6 § 2

95. Comme l’indique expressément son libellé même, l’article 6 § 2 s’applique lorsqu’une personne est « accusée d’une infraction ». La Cour a maintes fois souligné qu’il s’agit là d’une notion autonome, qu’il convient d’interpréter selon les trois critères énoncés dans sa jurisprudence, à savoir la qualification de la procédure en droit national, sa nature substantielle et le degré de la gravité de la peine encourue (voir, parmi de nombreux précédents sur la notion d’« accusation en matière pénale », *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, § 82, série A n° 22, et *Phillips c. Royaume-Uni*, n° 41087/98, § 31, CEDH 2001-VII). Pour apprécier un grief tiré de l’article 6 § 2 et né dans le contexte d’une procédure judiciaire, il faut avant tout déterminer si la procédure litigieuse portait sur le bien-fondé d’une accusation en matière pénale, au sens de la jurisprudence de la Cour.

96. Cependant, dans les affaires qui mettent en jeu le second aspect de la protection offerte par l’article 6 § 2, qui surgit lors de la clôture d’une procédure pénale, l’application du critère précédent est clairement inappropriée. Dans ces affaires, la procédure pénale est nécessairement close et, à moins que la procédure judiciaire subséquente donne lieu à une nouvelle accusation en matière pénale, au sens autonome de la Convention, si l’article 6 § 2 trouve à s’appliquer ce doit être pour d’autres motifs.

97. Aucune des parties n’a défendu l’idée que l’action en indemnisation engagée par la requérante aurait engendré une « accusation en matière pénale », au sens autonome de la Convention. C’est donc le second aspect de la protection offerte par l’article 6 § 2 qui est ici en jeu. Aussi la Cour recherchera-t-elle comment elle a abordé l’applicabilité de l’article 6 § 2 à une procédure judiciaire ultérieure dans ce type d’affaires.

98. La Cour a déjà eu à se pencher sur l’application de l’article 6 § 2 à des décisions judiciaires rendues consécutivement à une procédure pénale

close par l'abandon des poursuites ou par une décision d'acquiescement, notamment dans des procédures qui concernaient :

a) l'obligation faite à un ancien accusé d'assumer les frais judiciaires et les frais d'enquête (*Minelli c. Suisse*, 25 mars 1983, §§ 30-32, série A n° 62, et *McHugo c. Suisse* (déc.), n° 55705/00, 12 mai 2005) ;

b) une demande d'indemnisation formée par un ancien accusé au titre d'une détention provisoire ou d'un autre préjudice causé par une procédure pénale (*Englert*, précité, § 35, *Nölkenbockhoff c. Allemagne*, 25 août 1987, § 35, série A n° 123, *Sekanina*, précité, § 22, *Rushiti*, précité, § 27, *Mulaj et Sallahi c. Autriche* (déc.), n° 48886/99, 27 juin 2002, *O. c. Norvège*, n° 29327/95, §§ 33-38, CEDH 2003-II, *Hammern*, précité, §§ 41-46, *Baars c. Pays-Bas*, n° 44320/98, § 21, 28 octobre 2003, *Capeau c. Belgique* (déc.), n° 42914/98, 6 avril 2004, *Del Latte c. Pays-Bas*, n° 44760/98, § 30, 9 novembre 2004, *A.L. c. Allemagne*, n° 72758/01, §§ 31-33, 28 avril 2005, *Puig Panella*, précité, § 50, *Tendam*, précité, §§ 31 et 36, *Bok c. Pays-Bas*, n° 45482/06, §§ 37-48, 18 janvier 2011, et *Lorenzetti c. Italie*, n° 32075/09, § 43, 10 avril 2012) ;

c) une demande formée par un ancien accusé en vue du remboursement des frais de sa défense (*Lutz c. Allemagne*, 25 août 1987, §§ 56-57, série A n° 123, *Leutscher c. Pays-Bas*, 26 mars 1996, § 29, *Recueil* 1996-II, *Yassar Hussain*, précité, § 19, et *Ashendon et Jones c. Royaume-Uni* (révision), nos 35730/07 et 4285/08, §§ 42 et 49, 15 décembre 2011) ;

d) une demande d'indemnisation formée par un ancien accusé au titre du préjudice causé par une enquête ou une procédure irrégulières ou abusives (*Panteleyenko c. Ukraine*, n° 11901/02, § 67, 29 juin 2006, et *Grabtchouk c. Ukraine*, n° 8599/02, § 42, 21 septembre 2006) ;

e) l'obligation civile d'indemniser la victime (*Ringvold c. Norvège*, n° 34964/97, § 36, CEDH 2003-II, *Y c. Norvège*, n° 56568/00, § 39, CEDH 2003-II, *Orr*, précité, §§ 47-49, *Erkol c. Turquie*, n° 50172/06, §§ 33 et 37, 19 avril 2011, *Vulakh et autres c. Russie*, n° 33468/03, § 32, 10 janvier 2012, *Diacenco c. Roumanie*, n° 124/04, § 55, 7 février 2012, *Lagardère c. France*, n° 18851/07, §§ 73 et 76, 12 avril 2012, et *Constantin Florea c. Roumanie*, n° 21534/05, §§ 50 et 52, 19 juin 2012) ;

f) le rejet d'une action civile engagée par le requérant contre une compagnie d'assurances (*Lundkvist c. Suède* (déc.), n° 48518/99, CEDH 2003-XI, et *Reeves c. Norvège* (déc.), n° 4248/02, 8 juillet 2004) ;

g) le maintien en vigueur d'une ordonnance de placement d'un enfant, après la décision du parquet de ne pas inculper le parent pour sévices sur enfant (*O.L. c. Finlande* (déc.), n° 61110/00, 5 juillet 2005) ;

h) des questions disciplinaires ou de licenciement (*Moulet c. France* (déc.), n° 27521/04, 13 septembre 2007, *Taliadorou et Stylianou*, précité,

§ 25, *Šikić*, précité, §§ 42-47, et *Çelik (Bozkurt) c. Turquie*, n° 34388/05, § 34, 12 avril 2011); et

i) la révocation du droit du requérant à un logement social (*Vassilios Stavropoulos c. Grèce*, n° 35522/04, §§ 28-32, 27 septembre 2007).

99. Dans certaines de ces affaires, la Cour a conclu à l'applicabilité de l'article 6 § 2. Dans trois affaires anciennes, la Cour, expliquant pourquoi cette disposition s'appliquait malgré l'absence d'accusation pendante en matière pénale, a dit que les décisions sur le point de savoir si les intéressés avaient droit au remboursement de leurs frais et à une indemnité constituaient « le corollaire et le complément obligé » ou « le prolongement immédiat » de l'arrêt de la procédure pénale (*Englert*, précité, § 35, *Nölkenbockhoff*, précité, § 35, et *Lutz*, précité, § 56). De même, dans une série d'affaires postérieures, la Cour a conclu que la législation et la pratique autrichiennes « li[ai]ent (...) à tel point les deux questions – responsabilité pénale de l'accusé et droit à indemnité – que l'on [pouvait] considérer la décision sur la seconde comme un corollaire et, dans une certaine mesure, un complément de celle qui [avait] tranché la première », de sorte que l'article 6 § 2 était applicable à l'action en indemnisation (*Sekanina*, précité, § 22, *Rushiti*, précité, § 27, et *Weixelbraun c. Autriche*, n° 33730/96, § 24, 20 décembre 2001).

100. Affinant cette idée dans des affaires ultérieures, la Cour a estimé que « non seulement l'action en réparation sui[vait] la procédure pénale dans le temps, mais [qu']elle [était] également liée à celle-ci en droit comme en pratique, du point de vue tant de la compétence juridictionnelle que des questions à trancher », ce qui avait créé un lien entre les deux procédures, de sorte que l'article 6 § 2 trouvait à s'appliquer (*O. c. Norvège*, précité, § 38, et *Hammern*, précité, § 46).

101. Dans des affaires concernant le droit de la victime à être indemnisée par le requérant – qui avait préalablement été déclaré non coupable de l'accusation pénale en cause –, la Cour a dit que si la décision sur l'action civile devait renfermer une déclaration imputant une responsabilité pénale, cela aurait pour effet de créer entre les deux procédures un lien propre à faire entrer en jeu l'article 6 § 2 relativement à la décision sur la demande d'indemnisation (*Ringvold*, précité, § 38, *Y c. Norvège*, précité, § 42, et *Orr*, précité, § 49).

102. Plus récemment, la Cour a considéré qu'après l'abandon de poursuites pénales la présomption d'innocence exige de tenir compte, dans toute procédure ultérieure, de quelque nature qu'elle soit, du fait que l'intéressé n'a pas été condamné (*Vanjak*, précité, § 41, et *Šikić*, précité, § 47). Elle a également indiqué que le dispositif d'un jugement d'acquiescement doit être respecté par toute autorité qui se prononce, de manière directe ou

incidente, sur la responsabilité pénale de l'intéressé (*Vassilios Stavropoulos*, précité, § 39, *Tendam*, précité, § 37, et *Lorenzetti*, précité, § 46).

iii. Conclusion

103. La présente affaire porte sur l'application de la présomption d'innocence dans le cadre d'une procédure judiciaire consécutive à l'annulation par la Cour d'appel (chambre criminelle) («la CA-CC») de la condamnation de la requérante, annulation qui a donné lieu à un acquittement. Eu égard aux buts de l'article 6 § 2 examinés ci-dessus (paragraphes 92-94) et à l'approche qui se dégage de l'étude de sa jurisprudence, la Cour formule comme suit le principe de la présomption d'innocence dans ce contexte: la présomption d'innocence signifie que si une accusation en matière pénale a été portée et que les poursuites ont abouti à un acquittement, la personne ayant fait l'objet de ces poursuites est considérée comme innocente au regard de la loi et doit être traitée comme telle. Dans cette mesure, dès lors, la présomption d'innocence subsiste après la clôture de la procédure pénale, ce qui permet de faire respecter l'innocence de l'intéressé relativement à toute accusation dont le bien-fondé n'a pas été prouvé. Ce souci prépondérant se trouve à la base même de la façon dont la Cour conçoit l'applicabilité de l'article 6 § 2 dans ce type d'affaires.

104. Chaque fois que la question de l'applicabilité de l'article 6 § 2 se pose dans le cadre d'une procédure ultérieure, le requérant doit démontrer l'existence d'un lien – tel que celui évoqué plus haut – entre la procédure pénale achevée et l'action subséquente. Pareil lien peut être présent, par exemple, lorsque l'action ultérieure nécessite l'examen de l'issue de la procédure pénale et, en particulier, lorsqu'elle oblige la juridiction concernée à analyser le jugement pénal, à se livrer à une étude ou à une évaluation des éléments de preuve versés au dossier pénal, à porter une appréciation sur la participation du requérant à l'un ou à l'ensemble des événements ayant conduit à l'inculpation, ou à formuler des commentaires sur les indications qui continuent de suggérer une éventuelle culpabilité de l'intéressé.

105. Eu égard à la nature de la garantie – exposée ci-dessus – qu'offre l'article 6 § 2, le fait que l'article 133 de la loi de 1988 ait été adopté pour permettre à l'État défendeur de remplir ses obligations découlant de l'article 14 § 6 du PIDCP et qu'il soit libellé de façon quasi identique à ce dernier ainsi qu'à l'article 3 du Protocole n° 7 à la Convention n'a pas pour conséquence, contrairement à ce que plaide le Gouvernement, de faire sortir l'action en indemnisation litigieuse du champ d'applicabilité de l'article 6 § 2. Ces deux derniers articles portent sur des aspects totalement distincts de la procédure pénale, et rien ne donne à penser que l'article 3 du Protocole n° 7 ait été conçu pour étendre à une situation particulière des

garanties générales telles que celles contenues à l'article 6 § 2 (voir, cependant, *Maaouia c. France* [GC], n° 39652/98, §§ 36-37, CEDH 2000-X). L'article 7 du Protocole n° 7 précise en effet que les dispositions normatives du Protocole doivent être considérées comme des articles additionnels à la Convention, et que «toutes les dispositions de la Convention s'appliquent en conséquence». Dès lors, on ne saurait affirmer que l'article 3 du Protocole n° 7 constitue une sorte de *lex specialis* excluant l'application de l'article 6 § 2.

b) Application des principes généraux aux faits de la cause

106. La requérante ayant été inculpée d'homicide involontaire, la présomption d'innocence s'appliquait à cette infraction dès le moment de son inculpation. Si la protection offerte par la présomption d'innocence a cessé avec la condamnation de l'intéressée, non frappée d'appel à l'époque, elle a été rétablie lors de l'acquiescement étant résulté ultérieurement de l'arrêt de la CA-CC (paragraphe 45 ci-dessus).

107. À ce stade de son analyse, la Cour a donc pour tâche de rechercher si, eu égard aux considérations formulées ci-dessus (paragraphe 104), il existait un lien entre la procédure pénale achevée et l'action en indemnisation. Sur ce point, elle fait observer qu'une procédure relevant de l'article 133 de la loi de 1988 implique qu'une condamnation préalable ait été annulée. C'est de ce renversement ultérieur de la condamnation que découle le droit de demander une indemnisation pour erreur judiciaire. De plus, pour déterminer si les critères cumulatifs posés par l'article 133 sont remplis, le ministre et les juridictions appelés à statuer dans le cadre de la procédure de contrôle juridictionnel doivent tenir compte de l'arrêt rendu par la CA-CC. Seul l'examen de cette décision permet à ces autorités de déterminer si le renversement de la condamnation – qui dans le cas de la requérante en l'espèce a abouti à un acquiescement – reposait sur des éléments nouveaux et si elle était révélatrice d'une erreur judiciaire.

108. La Cour constate donc que la requérante a démontré l'existence du lien requis entre la procédure pénale et l'action en indemnisation engagée par elle ultérieurement. En conséquence, l'article 6 § 2 trouvait à s'appliquer dans le cadre de la procédure relevant de l'article 133 de la loi de 1988, et il devait y assurer à la requérante un traitement compatible avec son innocence. Dès lors, la requête ne peut être rejetée en application de l'article 35 § 3 a) de la Convention pour incompatibilité *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention.

109. Par ailleurs, la Cour estime que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'il ne se heurte

à aucun autre motif d'irrecevabilité. En conséquence, elle rejette l'exception d'irrecevabilité soulevée par le Gouvernement et déclare le grief recevable.

C. Sur le fond

1. Thèses des parties

a) La requérante

110. La requérante soutient que le refus d'une indemnisation lui ayant été opposé par la *High Court* et par la Cour d'appel reposait sur des motifs propres à faire naître des doutes quant à son innocence. Elle souligne notamment que la *High Court* a conclu qu'il subsistait « des éléments à charge convaincants » (paragraphe 31 ci-dessus) et que la Cour d'appel a déclaré que les éléments nouveaux « auraient *peut-être* conduit, s'ils avaient été examinés par le jury, à une conclusion différente » (paragraphe 33 ci-dessus), qu'« il ne [faisait] aucun doute (...) que [l'arrêt] de la CA-CC ne signifi[ait] en rien qu'il ne subsistait plus de charges » (paragraphe 38 ci-dessus) et que « rien ne permettait de dire, eu égard aux éléments nouveaux, qu'il n'y avait pas lieu de soumettre l'affaire à un jury » (paragraphe 39 ci-dessus). L'intéressée estime qu'il convient d'examiner ces commentaires à la lumière de la position générale concernant le droit à bénéficier d'une indemnité. Selon elle, il se dégage clairement de l'arrêt de la Cour d'appel qu'elle aurait pu être condamnée si elle avait été rejugée.

111. La requérante indique que la Cour a conclu dans un certain nombre d'arrêts que l'obligation faite à une personne de prouver son innocence emportait violation de l'article 6 § 2 (elle renvoie aux arrêts *Capeau*, *Puig Panella* et *Tendam*, tous précités). À ses yeux, si un État subordonne le versement d'une indemnité à l'établissement par l'intéressé de son innocence, la décision selon laquelle aucune indemnité n'est due implique forcément que l'État met en doute l'innocence de la personne concernée.

112. Enfin, la requérante estime qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que même la simple expression de doutes quant à l'innocence d'une personne est incompatible avec l'article 6 § 2 après un acquittement (elle renvoie aux arrêts *Sekanina*, *Rushiti* et *Diacenco*, tous précités). Or son acquittement à elle reposerait clairement sur les éléments de fond de la cause, la CA-CC ayant indiqué en annulant sa condamnation que la base de celle-ci avait été affaiblie au regard des faits et des éléments de preuve.

113. La requérante estime en conséquence que, dans le cadre de l'action en indemnisation engagée par elle, les juridictions ont remis en question son innocence. Elle invite la Cour à conclure à la violation de l'article 6 § 2.

b) Le Gouvernement

114. Selon le Gouvernement, il n'y a pas eu en l'espèce violation de l'article 6 § 2. L'article 133 de la loi de 1988 ne toucherait pas à la justesse de l'acquiescement ou au droit du demandeur à être présumé innocent, et il ne méconnaîtrait donc pas la présomption d'innocence. On ne pourrait pousser l'interprétation des arrêts évoqués par la requérante, par exemple l'arrêt *Rushiti* (précité), jusqu'à faire dire à l'article 6 § 2 qu'une fois acquittée, une personne devrait toujours et à tous égards être traitée comme étant réellement innocente. Pareille interprétation ne se concilierait pas avec l'article 3 du Protocole n° 7 ni avec la jurisprudence de la Cour sur la compatibilité avec l'article 6 § 2 d'une procédure civile engagée à raison des mêmes faits (le Gouvernement renvoie à l'arrêt *Y c. Norvège*, précité).

115. Dans de précédentes affaires concernant des actions en indemnisation, notamment celles mentionnées par la requérante, ce qui aurait posé problème à la Cour c'est que le refus d'indemniser n'avait laissé aucun doute sur le fait que cette décision reposait sur une présomption de culpabilité; les termes employés seraient allés au-delà de simples soupçons ou suppositions. Or semblable problème ne se poserait pas pour les refus d'indemniser en vertu de l'article 133 de la loi de 1988 en général ou pour le refus spécifique opposé à la requérante. Le refus d'indemniser serait compatible avec l'article 6 § 2, sous réserve qu'il ressorte clairement des termes employés qu'aucune culpabilité ne peut être imputée à l'intéressé (le Gouvernement renvoie à l'arrêt *A.L. c. Allemagne*, précité).

116. Enfin, le Gouvernement évoque la jurisprudence de la Cour sur le fonctionnement de la présomption d'innocence dans le cadre de procédures civiles ou disciplinaires (il mentionne les arrêts *Šikić*, *Vanjak* et *Bok*, tous précités). Cette jurisprudence confirmerait que la Cour adopte une approche souple quant à la portée de la présomption d'innocence en dehors du cadre pénal et qu'elle se montre sensible à la nécessité de veiller à l'effectivité des procédures civiles et disciplinaires.

117. Le Gouvernement estime en conséquence que rien dans les décisions rendues par les juridictions internes n'a affaibli ou remis en question l'acquiescement de la requérante. Il invite donc la Cour à conclure à l'absence de violation de l'article 6 § 2 en l'espèce.

2. L'appréciation de la Cour

118. La Cour observe que la présente affaire ne porte pas sur la conformité du système d'indemnisation instauré par l'article 133 de la loi de 1988 avec l'article 3 du Protocole n° 7, instrument que l'État défendeur n'a pas ratifié (paragraphe 70 ci-dessus). Dès lors, la Cour n'a pas à rechercher si l'article 3 du Protocole n° 7 a été respecté; elle n'a pas non plus à apprécier l'interprétation donnée par l'État défendeur à l'expression « erreur judiciaire » figurant dans cet article, sauf si ladite interprétation peut passer pour incompatible avec la présomption d'innocence consacrée par l'article 6 § 2.

119. Comme indiqué ci-dessus, une fois établie l'existence d'un lien entre les deux procédures, la Cour doit déterminer si, eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause, la présomption d'innocence a été respectée. Il convient donc d'analyser d'abord l'approche adoptée par la Cour dans l'examen au fond de précédentes affaires du même type.

a) L'approche de la Cour dans des précédents comparables

120. Dans *Minelli* (arrêt précité), une affaire ancienne qui portait sur une décision de justice par laquelle le requérant s'était vu ordonner de rembourser une partie des frais de procédure après la clôture des poursuites, la Cour a énoncé comme suit le principe applicable :

« 37. Aux yeux de la Cour, la présomption d'innocence se trouve méconnue si, sans établissement légal préalable de la culpabilité d'un prévenu et, notamment, sans que ce dernier ait eu l'occasion d'exercer les droits de la défense, une décision judiciaire le concernant reflète le sentiment qu'il est coupable. Il peut en aller ainsi même en l'absence de constat formel; il suffit d'une motivation donnant à penser que le juge considère l'intéressé comme coupable. (...) »

121. Dans les premières affaires qu'elle a eu à traiter concernant des demandes formées par d'anciens accusés en vue d'obtenir une indemnité ou le remboursement des frais de leur défense, la Cour s'est appuyée sur le principe posé dans *Minelli*, expliquant qu'une décision refusant à un « accusé », après l'arrêt des poursuites, le remboursement de ses frais et dépens nécessaires ou une réparation pour détention provisoire pouvait soulever un problème sous l'angle de l'article 6 § 2 si des motifs indissociables du dispositif équivalaient en substance à un constat de culpabilité sans établissement légal préalable de celle-ci et, notamment, sans que l'intéressé ait eu l'occasion d'exercer les droits de la défense (*Englert*, précité, § 37, *Nölkenbockhoff*, précité, § 37, et *Lutz*, précité, § 60). Dans ces trois affaires, des poursuites antérieures avaient abouti à une décision de clôture mais non d'acquiescement. En concluant à la non-violation de l'article 6 § 2, la Cour a

expliqué que les juridictions nationales avaient décrit un « état de suspicion » et que leurs décisions ne contenaient aucun constat de culpabilité.

122. Dans l'affaire *Sekanina*, examinée ultérieurement, la Cour a établi une distinction entre les cas où il y a eu abandon des poursuites et ceux où un jugement d'acquiescement définitif a été rendu, précisant que l'expression de soupçons sur l'innocence d'un accusé se concevait tant que la clôture des poursuites pénales n'emportait pas décision sur le bien-fondé de l'accusation, mais que l'on ne pouvait s'appuyer à bon droit sur de tels soupçons après un acquiescement devenu définitif (*Sekanina*, précité, § 30). Il apparaît ainsi que le principe qui se dégage de *Sekanina* tend à limiter le principe établi dans *Minelli* aux affaires où il y a eu abandon des poursuites. La jurisprudence montre que dans les affaires de ce type le principe issu de *Minelli* est invariablement cité comme étant le principe général applicable (*Leutscher*, précité, § 29, *Mulaj et Sallahi*, décision précitée, *Baars*, précité, §§ 26-27, *Capeau*, précité, § 22, *A.L. c. Allemagne*, précité, § 31, *Panteleyenko*, précité, § 67, et *Grabtchouk*, précité, § 42). La distinction, établie dans *Sekanina*, entre les cas de clôture des poursuites et les cas d'acquiescement a été appliquée à la plupart des affaires postérieures concernant des jugements d'acquiescement (voir, par exemple, *Rushiti*, précité, § 31, *Lamanna c. Autriche*, n° 28923/95, § 38, 10 juillet 2001, *Weixelbraun*, précité, § 25, *O. c. Norvège*, précité, § 39, *Hammern*, précité, § 47, *Yassar Hussain*, précité, §§ 19 et 23, *Tendam*, précité, §§ 36-41, *Ashendon et Jones*, précité, §§ 42 et 49, et *Lorenzetti*, précité, §§ 44-47 ; voir, cependant, les arrêts *Del Latte* et *Bok*, précités).

123. Dans des affaires relatives à des actions civiles en réparation engagées par des victimes, indépendamment du point de savoir si les poursuites avaient débouché sur une décision de clôture ou une décision d'acquiescement, la Cour a souligné que si l'acquiescement prononcé au pénal devait être respecté dans le cadre de la procédure en réparation, cela ne mettait pas obstacle à l'établissement, sur la base de critères de preuve moins stricts, d'une responsabilité civile emportant obligation de verser une indemnité à raison des mêmes faits. Elle a ajouté toutefois que si la décision interne sur l'action civile devait renfermer une déclaration imputant une responsabilité pénale à la partie défenderesse, cela poserait une question sur le terrain de l'article 6 § 2 de la Convention (*Ringvold*, précité, § 38, *Y c. Norvège*, précité, §§ 41-42, *Orr*, précité, §§ 49 et 51, et *Diacenco*, précité, §§ 59-60). Cette approche a également été suivie dans des affaires concernant des actions civiles engagées par des personnes acquittées contre des compagnies d'assurances (décisions *Lundkvist* et *Reeves*, précitées).

124. Dans des affaires portant sur des procédures disciplinaires, la Cour a admis qu'il n'y avait pas automatiquement violation de l'article 6 § 2 lorsqu'un requérant était déclaré coupable d'une infraction disciplinaire

à raison de faits identiques à ceux visés dans une accusation pénale antérieure n'ayant pas abouti à une condamnation. Elle a souligné que les organes disciplinaires avaient le pouvoir et la capacité d'établir de manière indépendante les faits des causes portées devant eux et que les éléments constitutifs des infractions pénales et ceux des infractions disciplinaires n'étaient pas identiques (*Vanjak*, précité, §§ 69-72, et *Šikić*, précité, §§ 54-56).

125. L'examen ci-dessus de la jurisprudence de la Cour concernant l'article 6 § 2 fait apparaître qu'il n'existe pas une manière unique de déterminer les circonstances dans lesquelles il y a violation de cette disposition dans le contexte d'une procédure postérieure à la clôture d'une procédure pénale. Comme le montre la jurisprudence de la Cour, les choses dépendent largement de la nature et du contexte de la procédure dans le cadre de laquelle la décision litigieuse a été adoptée.

126. Dans tous les cas, et indépendamment de l'approche adoptée, les termes employés par l'autorité qui statue revêtent une importance cruciale lorsqu'il s'agit d'apprécier la compatibilité avec l'article 6 § 2 de la décision et du raisonnement suivi (voir, par exemple, *Y c. Norvège*, précité, §§ 43-46, *O. c. Norvège*, précité, §§ 39-40, *Hammern*, précité, §§ 47-48, *Baars*, précité, §§ 29-31, *Reeves*, décision précitée, *Panteleyencko*, précité, § 70, *Grabtchouk*, précité, § 45, et *Konstas c. Grèce*, n° 53466/07, § 34, 24 mai 2011). Ainsi, dans une affaire où la juridiction nationale avait déclaré qu'il était « clairement probable » que le requérant avait « commis les infractions (...) dont il [avait] été accusé », la Cour a considéré que la juridiction en question avait outrepassé le cadre civil et ainsi jeté un doute sur le bien-fondé de l'acquittement (*Y c. Norvège*, précité, § 46; voir aussi *Orr*, précité, § 51, et *Diacenco*, précité, § 64). De même, dans une affaire où la juridiction nationale avait estimé que le dossier pénal contenait suffisamment d'éléments de preuve pour établir qu'une infraction pénale avait été commise, la Cour a jugé que les termes utilisés avaient méconnu la présomption d'innocence (*Panteleyencko*, précité, § 70). Il est également des affaires où la Cour a expressément indiqué dans son arrêt que les soupçons de culpabilité n'avaient pas été dissipés et conclu à la violation de l'article 6 § 2 (voir, par exemple, *Sekanina*, précité, §§ 29-30, et *Rushiti*, précité, §§ 30-31). Cela étant, lorsque l'on tient compte de la nature et du contexte de la procédure en question, même l'usage de termes malencontreux peut ne pas être déterminant (paragraphe 125 ci-dessus). La jurisprudence de la Cour fournit quelques exemples d'affaires où il a été conclu à la non-violation de l'article 6 § 2 alors même que les formules employées par les autorités et les juridictions nationales étaient critiquées par la Cour (*Reeves*, décision précitée, et *A.L. c. Allemagne*, précité, §§ 38-39).

b) Sur le point de savoir si le droit de la requérante à être présumée innocente a été respecté en l'espèce

127. Pour bien cerner le contexte général de la présente affaire, il faut tenir compte du fait que la condamnation de la requérante a été annulée par la CA-CC au motif qu'elle « ne repos[ait] pas sur des bases solides », la haute juridiction ayant estimé que les éléments nouveaux, s'ils avaient été connus lors du procès, auraient pu influencer sur la décision du jury (paragraphe 20 ci-dessus). La CA-CC n'a pas apprécié elle-même l'ensemble des preuves, à la lumière des éléments nouveaux, aux fins de déterminer si la culpabilité était établie au-delà de tout doute raisonnable. Elle a résolu de ne pas ordonner le réexamen de l'affaire, car la requérante avait déjà purgé sa peine d'emprisonnement au moment de l'annulation de sa condamnation (paragraphe 21, 26 et 34 ci-dessus). En application de l'article 2 § 3 de la loi de 1968 sur les appels en matière pénale, l'annulation en question a débouché sur l'enregistrement d'une sentence d'acquiescement (paragraphe 45 ci-dessus). Cependant, aux yeux de la Cour, l'acquiescement de la requérante n'était pas à proprement parler un acquiescement « sur le fond » (voir également, à titre de comparaison, les affaires *Sekanina* et *Rushiti* (arrêts précités), dans lesquelles l'acquiescement reposait sur le principe voulant que tout doute raisonnable doit profiter à l'accusé). En ce sens, bien qu'il s'agisse formellement d'un acquiescement, on peut considérer que l'issue qu'a connue la procédure pénale dirigée contre la requérante en l'espèce rapproche celle-ci des affaires où il y a eu abandon des poursuites (voir, par exemple, *Englert*, *Nölkenbockhoff* et *Lutz*, tous précités, *Mulaj et Sallahi*, décision précitée, *Roatis c. Autriche* (déc.), n° 61903/00, 27 juin 2002, et *Fellner c. Autriche* (déc.), n° 64077/00, 10 octobre 2002).

128. Il importe également de souligner que l'article 133 de la loi de 1988 exige, pour qu'il y ait un droit à indemnisation, que certains critères bien définis soient remplis. Il faut, en résumé, que le demandeur ait été condamné, qu'il ait subi une peine à raison de cette condamnation et qu'un appel tardif ait été accueilli au motif qu'un fait nouveau montre au-delà de tout doute raisonnable qu'il s'est produit une erreur judiciaire. Ces critères, en dehors de quelques différences linguistiques mineures, correspondent à ceux de l'article 3 du Protocole n° 7 à la Convention, lequel doit pouvoir s'interpréter de manière compatible avec l'article 6 § 2. La Cour constate dès lors que rien dans les critères eux-mêmes ne remet en question l'innocence d'une personne acquittée et que la législation elle-même n'exige aucune appréciation de la culpabilité pénale de l'intéressée.

129. La Cour observe par ailleurs que dans l'État défendeur la possibilité d'être indemnisé après un acquiescement est considérablement limitée

par les critères posés à l'article 133 de la loi de 1988. Il est clair qu'un acquittement prononcé dans le cadre d'un appel interjeté dans les délais ne ferait naître aucun droit à indemnisation au titre de l'article 133. De même, un acquittement prononcé en appel au motif que le jury a reçu des instructions inadéquates ou qu'ont été pris en compte des éléments de preuve inéquitables ne répondrait pas aux critères énoncés à l'article 133. C'est aux juridictions nationales qu'il revient d'interpréter la loi afin de traduire dans les faits la volonté du législateur et, pourvu qu'elles ne remettent pas en question l'innocence de la personne concernée, elles sont fondées dans cet exercice à conclure qu'il faut plus qu'un acquittement pour établir l'existence d'une « erreur judiciaire ». Dès lors, la Cour n'a pas à se pencher sur les interprétations divergentes données de cette expression par les juges de la Chambre des lords dans l'affaire *R. (Mullen)* et, après le prononcé de l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce, par les juges de la Cour suprême dans l'affaire *Adams*. Ce que la Cour doit examiner, c'est le point de savoir si, eu égard à la nature de la tâche qui était celle des juridictions nationales, et dans le contexte lié à la décision d'annulation de la condamnation litigieuse (paragraphe 127 ci-dessus), les termes employés par ces juridictions étaient compatibles avec la présomption d'innocence garantie par l'article 6 § 2.

130. Concernant la nature de la tâche des tribunaux, il est clair que pour déterminer si les critères posés par l'article 133 étaient satisfaits les juridictions nationales devaient se référer à l'arrêt de la CA-CC ayant annulé la condamnation, afin d'établir les motifs de l'acquittement et de définir dans quelle mesure il était possible d'affirmer qu'un fait nouveau avait montré au-delà de tout doute raisonnable qu'il s'était produit une erreur judiciaire. En ce sens, le contexte de la procédure a obligé la *High Court*, et plus tard la Cour d'appel, à apprécier l'arrêt de la CA-CC à la lumière des critères posés par l'article 133.

131. Pour ce qui est de l'arrêt de la *High Court*, la Cour observe que le juge a analysé la conclusion de la CA-CC et estimé qu'elle n'était pas « compatible avec l'affirmation selon laquelle à l'issue d'un nouveau procès (...) le juge du fond aurait été contraint d'inviter le jury à acquitter l'intéressée » (paragraphe 25 ci-dessus). Après avoir examiné les affaires concernant des demandes d'indemnisation au titre de l'article 133 précédemment portées devant les tribunaux, le juge a considéré que l'on s'éloignait des termes de l'article 133 si l'on disait d'une affaire dans laquelle un jury aurait pu parvenir à une conclusion différente qu'elle montre au-delà de tout doute raisonnable qu'il s'est produit une erreur judiciaire (paragraphe 30 ci-dessus). Dans le cas de la requérante, il a jugé que les témoignages des médecins entendus par la CA-CC et par le jury démontraient qu'il existait en l'occurrence des « éléments à charge convaincants » et que c'était au jury

qu'il serait revenu de trancher la question (paragraphe 31 ci-dessus). Le juge a conclu que la CA-CC s'était bornée à dire que les éléments nouveaux « [avaient] fait surgir la possibilité » que, si on les avait combinés avec les éléments soumis lors du procès, un jury « [aurait] peut-être [été] fondé à prononcer un acquittement ». Pour le juge, on était là bien loin de la démonstration au-delà de tout doute raisonnable qu'il se serait produit une erreur judiciaire dans cette affaire (paragraphe 32 ci-dessus).

132. La Cour d'appel a commencé elle aussi par se référer aux termes de la décision d'annulation de la condamnation. Elle a expliqué que la CA-CC avait décidé que les éléments désormais disponibles « auraient *peut-être* conduit, s'ils avaient été examinés par le jury, à une conclusion différente » (paragraphe 33 ci-dessus). Elle a déclaré ensuite que la décision de la CA-CC « ne signifi[ait] en rien » qu'il ne subsistait plus de charges contre l'appelante, et que « rien ne permettait de dire », eu égard aux éléments nouveaux, qu'il n'y avait pas lieu de soumettre l'affaire à un jury (paragraphe 38-39 ci-dessus).

133. Il est vrai qu'en recherchant si les faits de la présente cause relevaient de la notion d'« erreur judiciaire », tant la *High Court* que la Cour d'appel ont évoqué les interprétations divergentes que Lord Bingham et Lord Steyn avaient données de cette expression lors de l'examen de l'affaire *Mullen* par la Chambre des lords. Lord Steyn ayant estimé qu'il ne pouvait y avoir erreur judiciaire que dans le cas où l'innocence aurait été établie au-delà de tout doute raisonnable, un débat devait nécessairement avoir lieu sur la question de l'innocence et sur le point de savoir dans quelle mesure un arrêt de la CA-CC annulant une condamnation pouvait passer pour démontrer de façon générale l'innocence de l'intéressé. À cet égard, la Chambre des lords a fait référence au Rapport explicatif du Protocole n° 7 à la Convention, qui explique que pour les auteurs de l'article 3 de cet instrument le but était d'obliger les États à verser une indemnité uniquement dans les cas où il était reconnu que la personne concernée était « clairement innocente » (paragraphe 72 ci-dessus). Il est parfaitement compréhensible qu'en cherchant à établir le sens d'un concept législatif aussi ambigu que celui d'« erreur judiciaire », qui trouve ses origines dans des dispositions d'instruments internationaux – l'article 14 § 6 du PIDCP et l'article 3 du Protocole n° 7 à la Convention –, les juges nationaux renvoient à la jurisprudence internationale relative à ces dispositions et aux travaux préparatoires qui exposent la conception de leurs rédacteurs. Cependant, le Rapport explicatif du Protocole n° 7 lui-même indique que, s'il vise à faciliter la compréhension des dispositions contenues dans le Protocole, il ne constitue pas pour autant un instrument d'interprétation authentique du texte (paragraphe 71 ci-dessus). Les références du rapport à la nécessité

de démontrer l'innocence doivent désormais être considérées comme étant dépassées par la jurisprudence de la Cour relative à l'article 6 § 2. Par ailleurs, et ce point revêt une importance capitale, ni la *High Court* ni la Cour d'appel n'ont estimé dans leurs décisions que la requérante devait satisfaire au critère énoncé par Lord Steyn, c'est-à-dire démontrer son innocence. La *High Court*, en particulier, a souligné que les faits à l'origine de l'affaire *Mullen* étaient fort éloignés de ceux de la cause de la requérante et que la *ratio decidendi* retenue dans la première affaire n'aidait guère à statuer dans celle de l'intéressée (paragraphe 27 ci-dessus).

134. La Cour estime que, considérés dans le cadre de l'exercice auquel les juridictions nationales avaient été appelées à se livrer, les termes employés par celles-ci ne peuvent passer pour avoir remis en cause l'acquiescement de la requérante ou constitué un traitement incompatible avec l'innocence de l'intéressée. Les juridictions se sont concentrées – comme il leur incombait en vertu de l'article 133 de la loi de 1988 – sur la nécessité de déterminer s'il s'était ou non produit une « erreur judiciaire ». Dans le cadre de cette appréciation, elles n'ont pas formulé de commentaires sur la question de savoir, sur la base des éléments connus lors de la procédure d'appel, si l'intéressée devait être acquittée ou condamnée, ou s'il était probable qu'elle le fût. De même, elles n'ont pas émis de remarques sur le point de savoir si les éléments de preuve allaient dans le sens de la culpabilité de la requérante ou plutôt dans celui de son innocence. Elles se sont bornées à admettre les conclusions de la CA-CC, qui elle-même s'était penchée sur la question de savoir si à l'époque, à supposer que les éléments nouveaux eussent été présentés avant ou pendant le procès, il y aurait encore eu des charges contre l'intéressée. Elles ont invariablement répété que, si un réexamen de l'affaire avait été ordonné, la tâche d'apprécier les éléments nouveaux serait revenue à un jury (paragraphe 31, 33 et 38-39 ci-dessus).

135. À cet égard, la Cour souligne que, d'après le droit anglais de la procédure pénale, c'est au jury qu'il incombe, dans un procès sur acte d'accusation, d'évaluer les éléments à charge et de statuer sur la culpabilité de l'accusé. Le rôle de la CA-CC dans la cause de la requérante a consisté à rechercher si la condamnation reposait ou non sur des « bases solides », au sens de l'article 2 § 1 a) de la loi de 1968 (paragraphe 43 ci-dessus), et non à se substituer au jury pour déterminer, au vu des éléments désormais disponibles, si la culpabilité de l'intéressée avait été établie au-delà de tout doute raisonnable. La décision de ne pas ordonner un réexamen de l'affaire a épargné à la requérante le stress et l'anxiété que lui aurait causés un autre procès. L'intéressée n'a du reste pas plaidé que l'affaire aurait dû être réexaminée. La *High Court* et la Cour d'appel se sont l'une et l'autre amplement référées à l'arrêt de la CA-CC pour rechercher s'il s'était

produit une erreur judiciaire, et aucune des deux n'a cherché à formuler de conclusions autonomes sur le dénouement de l'affaire. Ces juridictions n'ont pas remis en question la conclusion de la CA-CC selon laquelle la condamnation ne reposait pas sur des bases solides ; elles n'ont pas non plus laissé entendre que la CA-CC avait mal apprécié les éléments portés à sa connaissance. Elles ont accepté tels quels les constats de la CA-CC et se sont appuyées sur ceux-ci, sans les modifier ni les réévaluer, pour déterminer si les critères posés à l'article 133 de la loi de 1988 étaient remplis.

136. Dans ces conditions, la Cour considère que les arrêts rendus par la *High Court* et la Cour d'appel dans la cause de la requérante ne révèlent aucun manquement à la présomption d'innocence dont l'intéressée bénéficie relativement à l'accusation d'homicide involontaire dont elle a été acquittée. Elle conclut dès lors à l'absence de violation de l'article 6 § 2 de la Convention.

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

1. *Déclare* la requête recevable ;
2. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 2 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 12 juillet 2013, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement de la Cour.

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 de l'opinion séparée du juge De Gaetano.

D.S.
M.O'B.

OPINION SÉPARÉE DU JUGE DE GAETANO

(Traduction)

1. Je souscris dans cette affaire au constat de non-violation de l'article 6 § 2 de la Convention. L'arrêt n'a toutefois pas résolu la question – peut-être la plus importante du point de vue d'une juridiction nationale – de savoir ce qui peut et ce qui ne peut pas être dit dans le cadre d'une action civile en réparation fondée sur les faits mêmes qui ont donné lieu à la procédure pénale ou à l'instruction.

2. Dans l'affaire *Ashendon et Jones c. Royaume-Uni* (révision) (n^{os} 35730/07 et 4285/08, 15 décembre 2011), j'avais exprimé l'espoir que la Cour réévaluerait un jour l'article 6 § 2, eu égard notamment aux difficultés que notre jurisprudence a fait naître pour les juridictions nationales dans le traitement des procédures ultérieures à un acquittement. Or en l'espèce la majorité a opté pour une simple compilation des affaires (paragraphe 98 e) de l'arrêt) et pour les déclarations générales contenues aux paragraphes 101, 102 et 123 de l'arrêt.

3. Déclarer que tout dépend du point de savoir si « la décision interne sur l'action civile [renferme] une déclaration imputant une responsabilité pénale à la partie défenderesse » (paragraphe 123 de l'arrêt) – ce qui en fait signifie « tout dépend de ce que vous dites et de la manière dont vous le dites » – revient tout simplement à jouer avec les mots et n'apporte absolument aucune aide. Cela équivaut à dire que « [l]a question de savoir si les motifs [exposés dans le jugement civil] soulèvent un problème sous l'angle de l'article 6 § 2 doit être examinée dans le contexte de l'ensemble de la procédure et de ses particularités » (*Reeves c. Norvège* (déc.), n^o 4248/02, 8 juillet 2004).

4. En réalité, dans la plupart des actions civiles en réparation qui suivent un acquittement prononcé au terme d'une procédure pénale (ou, en fait, lorsqu'il n'y a pas eu de poursuites du tout), pour statuer en faveur du demandeur et contre le défendeur la juridiction nationale doit constater non seulement que l'élément matériel (*actus reus*) de l'infraction a été commis par le défendeur, mais aussi que l'élément intentionnel ou moral (*mens rea*) de cette infraction était présent. Il est vrai que dans le cadre d'une procédure civile le critère de la preuve sera moins strict que dans le cadre d'une procédure pénale – critère de la plus forte probabilité, et non de la preuve au-delà de tout doute raisonnable –, mais cela ne veut pas vraiment dire grand-chose en ce qui concerne la perception du public quant à la culpabilité ou à l'innocence, et donc quant à l'existence d'une responsabilité pénale ou à l'absence de celle-ci. Cette question a été très clairement mise

en évidence dans l'opinion dissidente du juge Costa jointe à l'arrêt *Ringvold c. Norvège* (n° 34964/97, CEDH 2003-II). Dans cette affaire, en fait, deux juges avaient adopté des positions diamétralement opposées sur les mêmes passages d'un arrêt de la Cour suprême norvégienne. L'opinion concordante de la juge Tulkens reflète l'approche théorique – oserais-je dire académique – de la question de l'article 6 § 2 dans une procédure civile consécutive, tandis que l'opinion dissidente du juge Costa est un rappel vigoureux de la réalité pragmatique : « Le juge pénal (...) dit [au requérant] qu'il est acquitté du chef de l'infraction qui lui était imputée, mais le juge civil vient ensuite lui dire (sur la base des mêmes faits) *qu'il est clair qu'il l'a commise*, et le condamne à payer une indemnité à la victime. »

5. Je continue à avoir du mal à concilier l'arrêt *Ringvold* avec l'arrêt rendu ultérieurement dans l'affaire *Orr c. Norvège* (n° 31283/04, 15 mai 2008). Le présent arrêt n'allège en rien cette difficulté. Je continue de penser que l'article 6 § 2 n'a pas sa place dans le contexte des actions civiles en réparation, que ce soit à la suite d'un acquittement prononcé au terme d'une procédure pénale ou lorsqu'aucune procédure pénale n'a jamais été engagée.

M.A. v. CYPRUS
(Application no. 41872/10)

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 23 JULY 2013¹

1. English original. Extracts.

SUMMARY¹**Transfer and stay at police headquarters of a group of immigrant protesters with a view to identifying and deporting unlawful residents**

When not in the context of a volatile or dangerous situation giving rise to a real and immediate risk of violent disorder or serious injury to persons or property, the transfer of mere protesters to police premises where they are required to remain may amount to a *de facto* deprivation of liberty for the purposes of Article 5 § 1, especially when the protesters have no real choice. The nature, scale and aim of the operation, the manner in which it is carried out and the overall measures taken by the authorities are relevant criteria to be taken into account (see paragraphs 192, 193 and 195 of the judgment).

Article 5 § 1

Deprivation of liberty – Applicability – Transfer and stay at police headquarters of a group of immigrant protesters with a view to identifying and deporting unlawful residents – Criteria for determining whether there has been a deprivation of liberty – Element of coercion – Scale, aim and early hour of police operation – Deprivation of liberty without any clear legal basis

*

* *

Facts

The applicant, a Syrian national of Kurdish origin, fled Syria in 2005 and made an unsuccessful claim for asylum in Cyprus. His file was reopened by the asylum service in 2008 because new information had been received. In 2010, while the reopened asylum proceedings were still pending, the applicant joined a round-the-clock protest that was being staged against the government's asylum policy. The authorities decided to remove the protesters, citing unsanitary conditions, the illegal use of electricity and complaints from members of the public. Early one morning in June 2010, 250 police officers descended on the encampment, escorted the protesters to waiting buses and took them to the police headquarters with a view to determining their immigration status.

Law

Article 5 § 1: Regarding the applicant's transfer to the police headquarters, there was no evidence that the police had been faced, at the place of protest, with a volatile or dangerous situation that gave rise to a real and immediate risk of violent

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

disorder or serious injury to persons or property. Further, although it appeared that there had been no resistance on the part of the protesters, it could not be said that they had had any real choice in the circumstances or that they had boarded the buses and remained on the police premises voluntarily. Given the coercive nature, scale and aim of the police operation, including the fact that it had been carried out so early in the morning, there had been a *de facto* deprivation of liberty.

As to the legal basis for that deprivation of liberty, the Government had relied on the statutory powers of the police, their duty of arrest and their duty to preserve order on the public highway and regulate movement. However, they had not claimed that any of those powers had actually been used to effect the applicant's arrest. It was clear that the aim of the operation had also been to identify those protesters who were unlawfully on the territory with a view to deporting them. The authorities had considered that it would have been impossible to carry out an effective on-the-spot inquiry without provoking a violent reaction and so had taken the protesters to police headquarters. While the Court was conscious of the difficult situation in which the Cypriot authorities had found themselves, that could not justify measures giving rise to a deprivation of liberty without any clear legal basis. The applicant's deprivation of liberty during that period had, therefore, been contrary to Article 5 § 1.

Conclusion: violation (unanimously).

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

Case-law cited by the Court

Austin and Others v. the United Kingdom [GC], nos. 39692/09, 40713/09 and 41008/09, ECHR 2012

Baranowski v. Poland, no. 28358/95, ECHR 2000-III

Benham v. the United Kingdom, 10 June 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III

Brega and Others v. Moldova, no. 61485/08, 24 January 2012

Creangă v. Romania [GC], no. 29226/03, 23 February 2012

E.G. v. Austria, no. 22715/93, Commission decision of 15 May 1996, unreported

Foka v. Turkey, no. 28940/95, 24 June 2008

Guenat v. Switzerland, no. 24722/94, Commission decision of 10 April 1995, *Decisions and Reports* 81-B

Guzzardi v. Italy, 6 November 1980, Series A no. 39

I.I. v. Bulgaria, no. 44082/98, 9 June 2005

Iliya Stefanov v. Bulgaria, no. 65755/01, 22 May 2008

Iskandarov v. Russia, no. 17185/05, 23 September 2010

Medvedyev and Others v. France [GC], no. 3394/03, ECHR 2010

Osyenko v. Ukraine, no. 4634/04, 9 November 2010

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

Salayev v. Azerbaijan, no. 40900/05, 9 November 2010

- Shimovolos v. Russia*, no. 30194/09, 21 June 2011
Soare and Others v. Romania, no. 24329/02, 22 February 2011
Stanev v. Bulgaria [GC], no. 36760/06, ECHR 2012
Van Droogenbroeck v. Belgium, 24 June 1982, Series A no. 50
X. v. Germany, no. 8819/79, Commission decision of 19 March 1981, Decisions
and Reports 24
Zervudacki v. France, no. 73947/01, 27 July 2006

In the case of M.A. v. Cyprus,

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

Ineta Ziemele, *President*,

Päivi Hirvelä,

George Nicolaou,

Ledi Bianku,

Zdravka Kalaydjieva,

Krzysztof Wojtyczek,

Faris Vehabović, *judges*,

and Fatoş Aracı, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 2 July 2013,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 41872/10) against the Republic of Cyprus lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Syrian national of Kurdish origin, Mr M.A. (“the applicant”), on 14 June 2010.

2. The applicant, who had been granted legal aid, was represented by Ms N. Charalambidou, a lawyer practising in Nicosia. The Cypriot Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr P. Clerides, Attorney General of the Republic of Cyprus.

3. The applicant alleged that his deportation to Syria would entail the risk of his being killed, in breach of Article 2 of the Convention, or of being subjected to treatment in breach of Article 3. In this respect he also complained of the lack of a remedy satisfying the requirements of Article 13. Further, the applicant complained under Article 5 §§ 1 (f), 2 and 4 about his detention by the Cypriot authorities. Lastly, he claimed that his deportation would be in breach of Article 4 of Protocol No. 4.

4. On 14 June 2010 the President of the First Section decided to apply Rule 39 of the Rules of Court, indicating to the Government that the applicant should not be deported to Syria. The application was granted priority on the same date (Rule 41). On 21 September 2010 the President of

the First Section, following an examination of all the information received from the parties, decided to maintain the interim measure ...

5. On 19 January 2011 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).

6. The measure indicated under Rule 39 was lifted in the course of the proceedings before the Court ...

7. On 25 August 2011 the Court changed the composition of its Sections (Rule 25 § 1) and the present application was assigned to the newly composed Fourth Section.

8. On 30 November 2012 the President of the Section decided on her own motion to grant the applicant anonymity (Rule 47 § 3).

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicant, who is of Kurdish origin, was born in 1969 in north-west Syria and lives in Nicosia.

A. The applicant's asylum claim and all relevant proceedings

10. The applicant left Syria on 21 May 2005 and, after travelling to Turkey and then to the "Turkish Republic of Northern Cyprus" ("TRNC"), he entered Cyprus unlawfully.

11. He applied for asylum on 12 September 2005 and an interview was held on 21 June 2006 with the Asylum Service.

12. His application was dismissed by the Asylum Service on 21 July 2006 on the ground that the applicant did not fulfil the requirements of the Refugee Law of 2000-05¹, namely, he had not shown a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular group or political opinion or a well-founded fear of serious and unjustified harm for other reasons. The Asylum Service noted that there had been discrepancies in his account of the facts which undermined his credibility. In particular, there had been significant contradictions regarding his origins. It was also observed that the applicant had not been able to reply satisfactorily and with precision to certain questions or to give the information required in a persuasive manner. In conclusion, the Asylum Service found that the asylum application had not been substantiated.

1. Refugee Law (Law no. 6(I)/2000 as amended up to 2005) ...

13. On 1 August 2006 the applicant lodged an appeal with the Reviewing Authority for Refugees (hereinafter “the Reviewing Authority”) against the Asylum Service’s decision. The appeal was dismissed on 1 February 2008.

14. The Reviewing Authority upheld the decision of the Asylum Service. In its decision it observed that the applicant’s claims had not been credible and had been vague and unsubstantiated. The Reviewing Authority noted, *inter alia*, that although the applicant had stated in his interview with the Asylum Service that he had been arrested and detained for three days by the Syrian military security forces, that had been in 1992, thirteen years before he decided to leave the country. With the exception of this incident, he had confirmed that he had never been harassed by the Syrian authorities and had never been persecuted. Moreover, although the applicant claimed that he had stated in his interview with the Asylum Service that he had been subjected to electric-shock treatment and the “wheel treatment” whilst in detention in Syria, it transpired from the minutes of that interview that he had in fact stated that the electric cables had not functioned and had not mentioned that the wheel had been used to torture him. The Asylum Service had therefore not considered it necessary to refer him for a medical examination. The Reviewing Authority also observed that the applicant had merely claimed that he had left Syria on account of the increased pressure on the Kurdish population in that country following the events in Qamishli in 2004 and his fear of being arrested in the future, and because of his political activities as a member of the Yekiti Party. His allegations, however, had been general and vague. Further, his written asylum application had been based on other grounds. In particular, the applicant had stated in his application that he had come to Cyprus in search of work and better living conditions.

15. Lastly, the Reviewing Authority pointed out that the applicant had been able to obtain a passport lawfully and to leave Syria. As regards the applicant’s claims concerning his involvement with the Yekiti Party in Syria, it pointed out that the applicant’s replies to questions put to him about the party were too general and vague.

16. In conclusion, the Reviewing Authority held that the applicant had not established that he was at risk of persecution and that if he returned to Syria his life would be in danger or he would be imprisoned.

17. On 1 September 2008, following a request by the Cyprus-Kurdish Friendship Association to the Minister of the Interior on 22 July 2008, the applicant’s file was reopened by the Asylum Service in order to examine new information put forward by the applicant, mainly concerning his

activities as the head of the Yekiti Party in Cyprus. The applicant was again interviewed by the Asylum Service on 16 February 2009.

18. According to the Government, on 8 June 2010 an officer of the Asylum Service expressed the opinion that the information submitted by the applicant could not be considered as new evidence forming the basis of a new claim. The Government submitted an internal note to this effect.

19. The applicant was arrested on 11 June 2010 and deportation and detention orders were issued against him on the same day ...

B. The applicant's arrest and detention with a view to deportation

29. On 17 May 2010 the Yekiti Party and other Kurds from Syria organised a demonstration in Nicosia, near the Representation of the European Commission, the Ministry of Labour and Social Insurance and the Government Printing Office. They were protesting against the restrictive policies of the Cypriot Asylum Service in granting international protection. About 150 Kurds from Syria, including the applicant, remained in the area around the clock, having set up about eighty tents on the pavement. According to the Government, the encampment conditions were unsanitary and protesters were obstructing road and pedestrian traffic. The encampment had become a hazard to public health and created a public nuisance. The protesters performed their daily chores on the pavement, including cooking and washing in unsanitary conditions. The sewage pits had overflowed, causing a nuisance and offensive odours. The public lavatories were dirty and the rubbish bins of the government buildings were being used and, as a result, were continuously overflowing. Furthermore, the protesters were unlawfully obtaining electricity from the Printing Office. Members of the public who lived or worked in the area had complained to the authorities. The Government submitted that efforts had been made by the authorities to persuade the protesters to leave, but to no avail. As a result, the authorities had decided to take action to remove the protesters from the area.

30. On 28 May 2010 instructions were given by the Minister of the Interior to proceed with the deportation of Syrian-Kurdish failed asylum-seekers in the normal way.

31. On 31 May 2010 the Minister requested the Chief of Police, among others, to take action in order to implement his instructions. Further, he endorsed suggestions made by the competent authorities that deportation and detention orders be issued against Syrian-Kurdish failed asylum-seekers who had passports and did not have Ajanib or Maktoumeen status and that the police execute the orders starting with the ones issued against the

leaders of the protesters. The police were also directed to take into account the policy guidelines and to use discreet methods of arrest.

32. According to the Government, letters were sent by the Civil Registry and Migration Department to a number of failed Syrian-Kurdish asylum-seekers informing them that they had to make arrangements to leave Cyprus in view of their asylum applications being turned down. The Government submitted copies of thirty such letters. In thirteen cases the letters were dated 1 June 2010 (in some the asylum decisions having been taken as far back as 2007) and in one case 9 June 2010 (the asylum decision procedure having been completed at the end of 2009). Two other letters were dated 16 June 2010 (the asylum procedures having been completed in early 2008) and 28 June 2010 (the asylum procedures having been completed in March 2010). Further, one letter was dated 5 February 2011 in a case where the asylum procedure had been completed on 22 April 2010 and the person in question had voluntarily agreed and did return to Syria on 24 September 2010.

33. From documents submitted by the Government it appears that from 31 May until 7 June 2010 the authorities kept the area under surveillance and kept a record of the protesters' daily activities and of all comings and goings. In the relevant records it is noted that invariably, between 1.30 a.m. and 5.30 a.m., things were, in general, quiet, and everyone was sleeping apart from those keeping guard. During the above-mentioned period a large-scale operation was organised by the Police Emergency Response Unit, (ΜΜΑΔ – “the ERU”), and a number of other authorities, including the Police Aliens and Immigration Unit, for the removal of the protesters and their transfer to the ERU headquarters for the purpose of ascertaining their status on a case-by-case basis.

34. In the meantime, between 28 May 2010 and 2 June 2010 orders for the detention and deportation of forty-five failed asylum-seekers were issued following background checks. Letters were sent by the District Aliens and Immigration Branch of the Nicosia Police to the Director of the Aliens and Immigration Service and the Ministry of Justice and Public Order, containing a short paragraph with information as to the immigration status of each person. This information included the date of rejection of the asylum application or the closure of the asylum file by the Asylum Service, the date of dismissal of the appeal by the Reviewing Authority, where lodged, and the date some of those concerned had been included on the authorities' “stop list” (a register of individuals whose entry into and exit from Cyprus is banned or subject to monitoring). The letters recommended the issuance of deportation and detention orders. The Government submitted copies of two such letters with information concerning thirteen people.

35. On 2 June 2010 letters were also prepared in English by the Civil Registry and Migration Department informing those concerned of the decision to detain and deport them. The Government submitted that, at the time, the authorities did not know whether those individuals were among the protesters.

36. The removal operation was carried out on 11 June 2010, between approximately 3 a.m. and 5 a.m. with the participation of about 250 officers from the Police Aliens and Immigration Unit, the ERU, the Nicosia District Police Division, the Traffic Division, the Fire Service and the Office for Combating Discrimination of the Cyprus Police Headquarters. The protesters, including the applicant, were led to buses, apparently without any reaction or resistance on their part. At 3.22 a.m. the minibuses carrying the male protesters left. The women, children and babies followed at 3.35 a.m. A total of 149 people were located at the place of protest and were transferred to the ERU headquarters: eighty-seven men, twenty-two women and forty children. Upon arrival, registration took place and the status of each person was examined using computers which had been specially installed the day before. The Government submitted that during this period the protesters had not been handcuffed or put in cells but had been assembled in rooms and given food and drink. It appears from the documents submitted by the Government that by 6.40 a.m. the identification of approximately half of the group had been completed and that the whole operation had ended by 4.30 p.m.

37. It was ascertained that seventy-six of the adults, along with their thirty children, were in the Republic unlawfully. Their asylum applications had either been dismissed or their files closed for failure to attend interviews. Those who had appealed to the Reviewing Authority had had their appeals dismissed. Some final decisions dated back to 2006. A number of people had also been included on the authorities' "stop list". Deportation orders had already been issued for twenty-three of them (see paragraph 34 above).

...

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

...

E. Relevant Constitutional provisions

88. Part II of the Constitution contains provisions safeguarding fundamental human rights and liberties. Article 11 protects the right to liberty and security. It reads as follows, in so far as relevant:

Article 11

“1. Every person has the right to liberty and security of person.

2. No person shall be deprived of his liberty save in the following cases when and as provided by law:

...

(f) the arrest or detention of a person to prevent him effecting an unauthorised entry into the territory of the Republic or of an alien against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.

3. Save when and as provided by law in case of a flagrant offence punishable with death or imprisonment, no person shall be arrested save under the authority of a reasoned judicial warrant issued according to the formalities prescribed by the law.

4. Every person arrested shall be informed at the time of his arrest in a language which he understands of the reasons for his arrest and shall be allowed to have the services of a lawyer of his own choosing.

...

7. Every person who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.

8. Every person who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this Article shall have an enforceable right to compensation.”

F. Other relevant domestic law

1. *The Police Law*

89. Section 24(2) of the Police Law 2004 (Law no. 73(I)/2004) concerns the general powers and duties of members of the police. It reads as follows:

“It is the duty of every member of the police readily to obey and execute all the orders and warrants which are lawfully issued to him by any competent authority, to collect and transmit information which affects public peace and the security of the Republic of Cyprus, to prevent the commission of offences and public nuisance, to discover and bring transgressors to justice and to arrest all persons whom he is lawfully authorised to arrest, for whose arrest there is a satisfactory ground.”

90. Section 29(1)(c) and (d) of the Police Law concerns the duty of the police to keep order on public roads. Its reads as follows:

“(1) It is the duty of every member of the police:

...

(c) to maintain order on public roads, streets, crossings, in airports and places of disembarkation and in other places of public recreation or places to which the public has access; and

(d) to regulate movement and the maintenance of order where there are obstructions on public roads and streets or in other places of public recreation or places to which the public has access.”

2. *The Public Roads Law and the Prevention of Pollution of Public Roads and Places Law*

91. Section 3 of the Public Roads Law (Cap. 83, as amended) provides, *inter alia*, that it is a criminal offence punishable by imprisonment to place any rubbish or any other matter or thing whatsoever on any public road, or allow any filth, refuse, offensive matter or thing whatsoever to flow or run into or onto it, or intentionally obstruct the free passage of the road (section 3).

92. Section 3(1) of the Prevention of Pollution of Public Roads and Places Law of 1992 (Law no. 19(I)/92, as amended) provides, *inter alia*, that it is a criminal offence punishable by imprisonment to put, throw, leave, or tolerate or allow the throwing or leaving of, any refuse, waste or filth on a public road or in another public place.

3. *The Law on the Rights of Persons who are Arrested and Detained*

93. The Law on the Rights of Persons who are Arrested and Detained (Law no. 163(I)/2005) introduced a number of provisions regulating the rights and treatment of persons arrested and held in custody. It provides, *inter alia*, for the right of a person who is arrested by the police to a private telephone call to a lawyer of his or her choice immediately after his or her arrest (section 3(1)(a)).

...

THE LAW

...

IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 § 1 OF THE CONVENTION

172. The applicant further complained that his detention had been unlawful and therefore in breach of Article 5 § 1 of the Convention, which, in its relevant parts, reads as follows:

“1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

...

(f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.”

A. The parties' submissions

1. The applicant

173. The applicant submitted that his detention ... had been arbitrary and contrary to Article 5 § 1 (f) of the Convention. First of all, he had been arrested ... without a warrant even though he had not been arrested for committing a flagrant offence. Although the authorities claimed that the protesters, including the applicant, had committed a number of offences under, for example, the Public Roads Law, they had not arrested them on such grounds. Further, the authorities did not know at the time the names and particulars of the protesters and could not therefore have known whether they had been staying in Cyprus unlawfully. Consequently, until the deportation and detention orders were issued against him, his arrest and detention had not been in conformity with the procedural requirements of domestic law and Article 11 (3) of the Constitution (see paragraph 88 above). The applicant noted in this respect that in the light of the Government's observations it was not at all clear on what grounds he had actually been arrested and detained during this period.

...

2. The Government

177. The Government submitted that an unacceptable situation had been created by the protesters on one of the busiest streets of Nicosia, on which office blocks and public buildings were situated. It posed a risk to the health of both the public and the protesters themselves, it obstructed the free passage of traffic and pedestrians, it caused a public nuisance and it created a risk of spreading disease to members of the public who worked and lived in the area and who had complained to the authorities. The protesters had refused to cooperate with the authorities and efforts to persuade them to leave had been to no avail.

178. There had been two avenues open to the authorities: either to arrest the protesters for a number of flagrant criminal offences committed

at the place of protest and punishable by imprisonment, for example, under the Public Roads Law (Cap. 83, as amended) and the Prevention of Pollution of Public Roads and Places Law (Law no. 19(I)/92, as amended) (see paragraphs 91-92 above), or to take measures to remove the protesters peacefully. They had opted for the latter course of action in order to avoid a risk of a violent reaction or clashes and to enable a careful examination of the immigration status of each protester. It would have been impossible for the police to do an on-the-spot check. In taking their decision the police had also considered that there were women and children among the protesters.

179. The Government noted that on 11 June 2010 the police, in removing the protesters, including the applicant, had acted in the exercise of their duties under the Police Law (Law no. 73(I)/2004, as amended) in order to, among other things, prevent the commission of criminal offences and public nuisance, maintain order on public roads, streets, passages and places to which the public had access and regulate the maintenance of order in cases of obstruction of public roads and streets and other places to which the public had access (sections 24(2) and 29(1)(c) and (d) of the Law, see paragraphs 89-90 above). The aim of the police had been to remove the protesters peacefully and transfer them to the ERU headquarters in order to question them for the purpose of ascertaining their names and status and, in particular, to identify those whose asylum applications had been rejected and who were residing unlawfully in the Republic. The Government considered that it had been completely legitimate, in the course of an operation for the removal of the protesters from the street, to try also to identify any Kurds from Syria who had been staying in the Republic unlawfully following the rejection of their asylum applications.

180. The Government emphasised in this regard that neither the applicant nor the other protesters had been deprived of their liberty when they had been removed from the street and taken to the ERU headquarters along with the other protesters. Nor had they been deprived of their liberty at the headquarters during the examination of their papers for the purpose of determining their immigration status. The authorities had transferred the protesters, including the applicant, to the ERU headquarters for identification purposes and not to arrest or detain them (relying on *X. v. Germany*, no. 8819/79, Commission decision of 19 March 1981, Decisions and Reports (DR) 24, p. 158). They had not been kept in cells, they had not been handcuffed and they had been given food and drink. Those who had been identified as being lawfully resident in the Republic had gone home. The rest had been arrested. The applicant's detention had commenced once

he had been charged with the flagrant criminal offence of unlawful stay in the Republic and arrested on this ground.

...

B. The Court's assessment

...

1. The applicant's transfer to and stay at the ERU headquarters on 11 June 2010

(a) Admissibility

185. The Court notes that the parties disagree on whether or not the applicant's situation during this period amounted in practice to a deprivation of liberty. The Government dispute the applicant's arguments and, hence, the applicability of Article 5 § 1 of the Convention to this period.

186. Article 5 § 1, which proclaims the "right to liberty", is concerned with a person's physical liberty. Its aim is to ensure that no one should be dispossessed of his liberty in an arbitrary fashion. In determining whether someone has been "deprived of his liberty" within the meaning of Article 5 § 1, the starting-point must be his concrete situation and account must be taken of a whole range of criteria such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question. The difference between deprivation of and restriction upon liberty is merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance (see, amongst many authorities, *Austin and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 39692/09, 40713/09 and 41008/09, § 57, ECHR 2012; *Stanev [v. Bulgaria]* [GC], no. 36760/06, § 115[, ECHR 2012]; *Medvedyev and Others v. France* [GC], no. 3394/03, § 73, ECHR 2010; and *Guzzardi v. Italy*, 6 November 1980, §§ 92-93, Series A no. 39). It is clear that the question whether there has been a deprivation of liberty is very much based on the particular facts of a case (see, for example, *Austin and Others*, § 61, cited above).

187. In determining whether or not there has been a violation of Convention rights it is often necessary to look beyond the appearances and the language used and to concentrate on the realities of the situation (see, for example, in relation to Article 5 § 1, *Creangă v. Romania* [GC], no. 29226/03, § 91, 23 February 2012, and *Van Droogenbroeck v. Belgium*, 24 June 1982, § 38, Series A no. 50). The characterisation or lack of characterisation given by a State to a factual situation cannot decisively affect the Court's conclusion as to the existence of a deprivation of liberty.

188. The Court notes that in cases examined by the Commission, the purpose of the presence of individuals at police stations, or the fact that the parties concerned had not asked to be allowed to leave, were considered to be decisive factors. Thus, children who had spent two hours at a police station in order to be questioned without being locked up were not found to have been deprived of their liberty (see *X. v. Germany*, cited above) nor was an applicant who had been taken to a police station for humanitarian reasons, but who was free to walk about on the premises and did not ask to leave (see *Guenat v. Switzerland* (dec.), no. 24722/94, Commission decision of 10 April 1995, DR 81-B, p. 130). Likewise, the Commission attached decisive weight to the fact that an applicant had never intended to leave the courtroom where he was taking part in a hearing (see *E.G. v. Austria*, no. 22715/93, Commission decision of 15 May 1996, unreported).

189. The case-law has evolved since then; the purpose of measures taken by the authorities depriving applicants of their liberty no longer appears decisive for the Court's assessment of whether there has in fact been a deprivation of liberty. To date, the Court has taken this into account only at a later stage of its analysis, when examining the compatibility of the measure with Article 5 § 1 of the Convention (see *Creangă*, cited above, § 93; *Osypenko v. Ukraine*, no. 4634/04, §§ 51-65, 9 November 2010; *Salayev v. Azerbaijan*, no. 40900/05, §§ 41-42, 9 November 2010; *Iliya Stefanov v. Bulgaria*, no. 65755/01, § 71, 22 May 2008; and *Soare and Others v. Romania*, no. 24329/02, § 234, 22 February 2011).

190. Furthermore, the Court reiterates its established case-law to the effect that Article 5 § 1 may also apply to deprivations of liberty of a very short length (see, among many authorities, *Brega and Others v. Moldova*, no. 61485/08, § 43, 24 January 2012; *Shimovolos v. Russia*, no. 30194/09, §§ 48-50, 21 June 2011; *Iskandarov v. Russia*, no. 17185/05, § 140, 23 September 2010; *Rantsev v. Cyprus and Russia*, no. 25965/04, § 317, ECHR 2010; and *Foka v. Turkey*, no. 28940/95, § 75, 24 June 2008).

191. Turning to the facts of the present case, the Court observes that, according to the available information, a large-scale operation was carried out on 11 June 2010 at 3 a.m. involving about 250 police officers in order to remove the protesters from the place of protest (see paragraph 36 above). The applicant and another 148 protesters were required to board buses and were then taken to the ERU headquarters where they remained for a number of hours pending ascertainment of their identification and their immigration status.

192. The Court first notes in this respect that in contrast to the exceptional circumstances examined by the Court in *Austin and Others* (cited above, §§ 66 and 68), there is no evidence in the instant case that

the police were faced, at the place of protest, with a volatile or dangerous situation that gave rise to a real and immediate risk of violent disorder or serious injury to persons or property.

193. Secondly, although it appears that there was no resistance on the part of the protesters, it cannot be said that they had in the circumstances a real choice or that they boarded the buses and remained on the police premises voluntarily. The Court notes in this respect that the operation took place at 3 a.m., at a time when the majority of the protesters were sleeping (see paragraph 36 above). Bearing in mind the nature, scale and aim of the operation, the manner in which it was carried out and the overall measures taken by the authorities, it would be unrealistic to assume that the protesters were free to refuse to board the buses or to leave the police headquarters. Nor have the Government indicated that they were. It is clear that the aim of the operation was also to identify the protesters who were staying in the country unlawfully with a view to deporting them. Only those who were found to be lawfully residing in Cyprus were able to leave the premises. There was undoubtedly an element of coercion, which in the Court's view is indicative of a deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1. The fact that nobody had been handcuffed, put in cells or otherwise physically restrained during the period in question does not constitute a decisive factor in establishing the existence of a deprivation of liberty (see *I.I. v. Bulgaria*, no. 44082/98, § 87, 9 June 2005, and *Osyenko*, cited above, § 32).

194. The Court also refers, in this respect, to the instructions received by the police to use "discreet methods of arrest" (see paragraph 31 above).

195. In these circumstances the Court considers that the applicant's transfer to and stay in the ERU headquarters during this period amounted to a *de facto* deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1 and that this provision applies to his case *ratione materiae*.

196. The Court further notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. Nor is it inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

(b) Merits

197. The Court must now determine whether the applicant's detention was compatible with Article 5 § 1. It reiterates that in order to comply with this provision, the detention in issue must first of all be "lawful". This must include the observance of a procedure prescribed by law. In this respect the Convention refers back essentially to national law and lays down the obligation to conform to the substantive and procedural rules thereof (see *Benham v. the United Kingdom*, 10 June 1996, § 40, *Reports of*

Judgments and Decisions 1996-III). However, the “lawfulness” of detention under domestic law is not always the decisive element. The Court must in addition be satisfied that detention during the period under consideration was compatible with the purpose of Article 5 § 1 of the Convention, which is to prevent persons from being deprived of their liberty in an arbitrary fashion.

198. The Court must, moreover, ascertain whether domestic law itself is in conformity with the Convention, including the general principles expressed or implied therein. On this last point, the Court stresses that, where deprivation of liberty is concerned, it is particularly important that the general principle of legal certainty be satisfied. It is therefore essential that the conditions for deprivation of liberty under domestic law be clearly defined and that the law itself be foreseeable in its application (see *Zervudacki v. France*, no. 73947/01, § 43, 27 July 2006, and *Baranowski v. Poland*, [no. 28358/95] §§ 50-52 [and 68, ECHR 2000-III])

199. In the present case, the Government have submitted that the applicant, along with the other protesters, was not deprived of his liberty during this period (see paragraph 180 above). It appears that for this reason, although they have given explanations for the actions of the authorities, they have not relied on any particular provision as a legal basis for the deprivation of liberty.

200. In this particular regard, the Government have submitted that the authorities opted for the peaceful removal of the protesters and that the police acted in the exercise of their duties under the Police Law in order to, *inter alia*, prevent the commission of certain criminal offences and public nuisance and to maintain order on public roads and in public areas (see paragraphs 89-90 above). The specific provisions referred to by the Government concern the powers and duties of police officers to arrest people they are lawfully authorised to arrest and their duty to preserve order on public roads and to regulate movement, but it has not been claimed that any of these powers were actually used to effect the arrest of the applicant and the other protesters.

201. At the same time, the Government submitted that the operation also aimed to identify the protesters and ascertain their legal status. The authorities suspected that a number of the protesters were failed asylum-seekers and, therefore, “prohibited immigrants”, but considered that it would have been impossible to carry out an effective on-the-spot inquiry without provoking a violent reaction. Consequently, all the protesters were taken to the ERU headquarters for identification purposes and to determine whether or not they were unlawful immigrants. The Government have

not, however, acknowledged that there was a deprivation of liberty on this ground.

202. The Court is conscious of the difficult situation that the Cypriot authorities found themselves in and that an operational decision had to be taken. This, however, cannot justify the adoption of measures giving rise to a deprivation of liberty without any clear legal basis.

203. It follows that the applicant's deprivation of liberty during this period was contrary to Article 5 § 1 of the Convention. There has, therefore, been a violation of this provision.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

1. *Declares* the complaints concerning ... Article 5 § ... 1 ... of the Convention ... admissible ...

Done in English, and notified in writing on 23 July 2013, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Fatoş Aracı
Deputy Registrar

Ineta Ziemele
President

M.A. c. CHYPRE
(*Requête n° 41872/10*)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 23 JUILLET 2013¹

1. Traduction; original anglais. Extraits.

SOMMAIRE¹**Transfert et rétention dans un commissariat d'un groupe de manifestants immigrés en vue de l'identification et de l'expulsion des personnes en situation irrégulière**

Le transfert et la rétention dans un commissariat de personnes qui se contentaient de manifester, dans une situation où il n'existait pas de risque réel et imminent de violences ou de dommages corporels ou matériel graves, peuvent s'analyser en une privation de liberté de fait aux fins de l'article 5 § 1, surtout si ces personnes n'avaient pas réellement d'autre choix que d'obtempérer. La nature et l'ampleur de l'opération, le but poursuivi par celle-ci, la manière dont elle a été menée et l'ensemble des mesures prises par les autorités entrent en ligne de compte à cet égard (paragraphe 192, 193 et 195 de l'arrêt).

Article 5 § 1

Privation de liberté – Applicabilité – Transfert et rétention dans un commissariat d'un groupe de manifestants immigrés en vue de l'identification et de l'expulsion des personnes en situation irrégulière – Critères d'appréciation de l'existence d'une privation de liberté – Élément de coercition – Ampleur, visées et caractère matinal de l'opération de police – Privation de liberté dépourvue de base légale précise

*

* *

En fait

Le requérant, un ressortissant syrien d'origine kurde, s'enfuit de la Syrie en 2005 pour se réfugier à Chypre, où il demanda en vain l'asile. En 2008, le service de l'asile rouvrit le dossier de l'intéressé après avoir reçu de nouvelles informations le concernant. En 2010, alors que la procédure de réexamen de la demande d'asile était toujours pendante, le requérant participa à une manifestation permanente dirigée contre la politique d'asile du gouvernement chypriote. Les autorités décidèrent d'évacuer les manifestants, invoquant l'insalubrité de leur campement, des détournements de lignes électriques et les plaintes de riverains. En juin 2010, deux cent cinquante agents de police investirent à l'aube le campement des manifestants, les escortèrent vers des bus qui les attendaient et les conduisirent dans un commissariat en vue de vérifier leur situation au regard du droit des étrangers.

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

En droit

Article 5 § 1 : en ce qui concerne le transfert du requérant au commissariat de police, il n'a pas été établi que les policiers avaient dû faire face sur les lieux de la manifestation à une situation instable ou dangereuse comportant un risque réel et imminent de violences ou de dommages corporels et matériels graves. En outre, s'il semble que les manifestants n'aient pas opposé de résistance, on ne saurait dire qu'ils avaient d'autre choix que d'obtempérer et qu'ils sont montés dans les bus et restés dans les locaux de la police de leur plein gré. Eu égard au caractère coercitif de l'opération de police litigieuse, à son ampleur, au but qu'elle poursuivait et au fait qu'elle a été menée à l'aube, force est de conclure à l'existence d'une privation de liberté de fait.

Pour ce qui est de la base légale de la privation de liberté subie par le requérant, le Gouvernement s'est appuyé sur les pouvoirs et les devoirs des policiers en matière d'arrestation tels que définis par la loi et sur la mission qui leur est confiée de maintenir l'ordre sur la voie publique et de régler la circulation. Toutefois, le Gouvernement n'a pas soutenu que le requérant avait été arrêté dans l'exercice des pouvoirs en question. L'opération de police visait manifestement à identifier les manifestants en situation irrégulière dans le but de procéder à leur expulsion. Les autorités ayant considéré qu'il leur était impossible de procéder à une enquête sur les lieux efficace sans provoquer une réaction violente, elles ont conduit les manifestants au commissariat. Si la Cour est consciente de la situation difficile à laquelle étaient confrontées les autorités chypriotes, pareille considération ne saurait justifier l'adoption de mesures débouchant sur une privation de liberté dépourvue de base légale précise. Partant, la privation de liberté subie par le requérant pendant la période sous examen était contraire à l'article 5 § 1.

Conclusion : violation (unanimité).

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

Jurisprudence citée par la Cour

Austin et autres c. Royaume-Uni [GC], n^{os} 39692/09, 40713/09 et 41008/09, CEDH 2012

Baranowski c. Pologne, n^o 28358/95, CEDH 2000-III

Benham c. Royaume-Uni, 10 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III

Brega et autres c. Moldova, n^o 61485/08, 24 janvier 2012

Creangă c. Roumanie [GC], n^o 29226/03, 23 février 2012

E.G. c. Autriche, n^o 22715/93, décision de la Commission du 15 mai 1996, non publiée

Foka c. Turquie, n^o 28940/95, 24 juin 2008

Guenat c. Suisse, n^o 24722/94, décision de la Commission du 10 avril 1995, Décisions et rapports 81-A

Guzzardi c. Italie, 6 novembre 1980, série A n^o 39

I.I. c. Bulgarie, n^o 44082/98, 9 juin 2005

Iliya Stefanov c. Bulgarie, n° 65755/01, 22 mai 2008
Iskandarov c. Russie, n° 17185/05, 23 septembre 2010
Medvedyev et autres c. France [GC], n° 3394/03, CEDH 2010
Osypenko c. Ukraine, n° 4634/04, 9 novembre 2010
Rantsev c. Chypre et Russie, n° 25965/04, CEDH 2010
Salayev c. Azerbaïdjan, n° 40900/05, 9 novembre 2010
Shimovolos c. Russie, n° 30194/09, 21 juin 2011
Soare et autres c. Roumanie, n° 24329/02, 22 février 2011
Stanev c. Bulgarie [GC], n° 36760/06, CEDH 2012
Van Droogenbroeck c. Belgique, 24 juin 1982, série A n° 50
X. c. Allemagne, n° 8819/79, décision de la Commission du 19 mars 1981, Décisions
et rapports 24
Zervudacki c. France, n° 73947/01, 27 juillet 2006

En l'affaire M.A. c. Chypre,

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

Ineta Ziemele, *présidente*,
Päivi Hirvelä,
George Nicolaou,
Ledi Bianku,
Zdravka Kalaydjieva,
Krzysztof Wojtyczek,
Faris Vehabović, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 2 juillet 2013,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 41872/10) dirigée contre la République de Chypre et dont un ressortissant syrien d'origine kurde, M. M.A. («le requérant»), a saisi la Cour le 14 juin 2010 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention »).

2. Devant la Cour, le requérant, qui a été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, a été représenté par M^e N. Charalambidou, avocate à Nicosie. Le gouvernement chypriote («le Gouvernement») a été représenté par son agent, M. P. Clerides, procureur général de la République de Chypre.

3. Dans sa requête, le requérant alléguait que son expulsion vers la Syrie l'aurait exposé au risque d'être tué ou soumis à un traitement inhumain ou dégradant, en violation des articles 2 et 3 de la Convention. En outre, il disait ne pas avoir bénéficié d'un recours conforme aux exigences de l'article 13 pour faire valoir ses griefs. Sous l'angle de l'article 5 §§ 1 f), 2 et 4, il se plaignait de sa détention par les autorités chypriotes. Enfin, il avançait que son expulsion aurait été attentatoire à l'article 4 du Protocole n° 4.

4. Le 14 juin 2010, la présidente de la première section a résolu de faire application de l'article 39 du règlement de la Cour («le règlement») et a invité le Gouvernement à ne pas expulser l'intéressé vers la Syrie. Le même jour, il a été décidé d'accorder un traitement prioritaire à la requête (article 41 du règlement). Le 21 septembre 2010, au vu de l'ensemble des informations fournies par les parties, la présidente de la première section a décidé de maintenir la mesure provisoire indiquée au titre de l'article 39 du règlement (...)

5. Le 19 janvier 2011, la requête a été communiquée au Gouvernement. Il a en outre été décidé d'examiner conjointement la recevabilité et le fond de la requête (article 29 § 1 de la Convention).

6. La mesure indiquée en vertu de l'article 39 du règlement a été levée au cours de la procédure suivie devant la Cour (...)

7. Le 25 août 2011, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). La requête a été attribuée à la quatrième section ainsi remaniée.

8. Le 30 novembre 2012, la présidente de la section a décidé d'accorder d'office l'anonymat au requérant (article 47 § 3 du règlement).

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Le requérant, d'origine kurde, est né en 1969 dans le nord-ouest de la Syrie et il réside à Nicosie.

A. La demande d'asile introduite par le requérant et la procédure qui s'ensuivit

10. Le requérant quitta la Syrie le 21 mai 2005. Après avoir traversé la Turquie, puis la « République turque de Chypre du Nord » (la « RTCN »), il entra illégalement à Chypre.

11. Il y introduisit une demande d'asile le 12 septembre 2005 et eut un entretien avec le service de l'asile le 21 juin 2006.

12. Le 21 juillet 2006, cette demande fut rejetée au motif qu'elle ne satisfaisait pas aux critères fixés par la loi sur les réfugiés de 2000-2005¹, l'intéressé ayant notamment échoué à démontrer qu'il était fondé à craindre d'être persécuté en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, et n'ayant pas davantage prouvé qu'il risquait de subir des atteintes graves et injustifiées pour d'autres raisons. Le service de l'asile estima que la version des faits exposée par le requérant présentait des incohérences qui en sapaient la crédibilité, relevant en particulier que celui-ci n'avait pu répondre de manière satisfaisante et précise à certaines questions et que les renseignements qu'il avait fournis n'étaient pas convaincants. En conséquence, la demande d'asile du requérant fut jugée infondée.

1. Loi n° 6 I)/2000 dans sa version en vigueur en 2005 (...)

13. Le 1^{er} août 2006, le requérant contesta cette décision devant l'autorité de contrôle des réfugiés («l'autorité de contrôle»). Il fut débouté de son recours le 1^{er} février 2008.

14. L'autorité de contrôle confirma la décision entreprise. Elle estima que les allégations du requérant n'étaient pas crédibles et qu'elles étaient tout aussi vagues qu'infondées. Elle releva notamment que, au cours de son entretien avec le service de l'asile, l'intéressé avait indiqué avoir été arrêté et détenu pendant trois jours par les forces de la sécurité militaire syrienne, mais que ces événements avaient eu lieu en 1992, soit treize ans avant le départ du requérant de la Syrie. Elle observa que ce dernier avait reconnu qu'il n'avait jamais été harcelé ou persécuté par les autorités syriennes en d'autres occasions. Elle constata en outre que, au cours de cet entretien, l'intéressé s'était plaint d'avoir été soumis à des décharges électriques et au «supplice de la roue» pendant sa détention en Syrie, mais que le procès-verbal de l'entretien révélait que le requérant avait en réalité admis que les électrodes n'avaient pas fonctionné et qu'il n'avait pas subi ce supplice, raison pour laquelle le service de l'asile n'avait pas jugé utile de lui faire passer un examen médical. L'autorité de contrôle releva également que le requérant s'était contenté d'indiquer que son départ de la Syrie s'expliquait par la pression accrue que les autorités de ce pays exerçaient sur sa population d'origine kurde depuis les événements survenus à Qamishli en 2004, par sa crainte d'être arrêté et par les activités politiques qu'il menait en tant que membre du parti Yeketi. Toutefois, l'autorité de contrôle estima que ces allégations étaient générales et imprécises, et elle observa que la demande d'asile rédigée par le requérant était fondée sur d'autres motifs, l'intéressé y ayant notamment indiqué qu'il était entré sur le territoire chypriote pour y trouver un emploi et de meilleures conditions de vie.

15. Enfin, l'autorité de contrôle souligna que le requérant avait pu obtenir un passeport en toute légalité et quitter la Syrie. Examinant les allégations de l'intéressé en rapport avec son appartenance au parti Yeketi, elle estima qu'il avait répondu de manière évasive et trop générale aux questions qui lui avaient été posées.

16. Elle en conclut que le requérant avait échoué à démontrer l'existence d'un risque de persécution, de mort ou d'emprisonnement en cas d'expulsion vers la Syrie.

17. Le 1^{er} septembre 2008, faisant suite à une demande adressée le 22 juillet 2008 au ministre de l'Intérieur par l'Association pour l'amitié kurdo-chypriote, le service de l'asile rouvrit le dossier du requérant en vue d'examiner de nouvelles informations que ce dernier lui avait communiquées et qui concernaient principalement ses activités à la tête du parti Yeketi

de Chypre. L'intéressé eut un nouvel entretien avec le service de l'asile le 16 février 2009.

18. Selon le Gouvernement, un agent de ce service estima, le 18 juin 2010, que les informations en question ne constituaient pas de nouveaux éléments de preuve susceptibles de servir de fondement à une nouvelle demande d'asile. Le Gouvernement a communiqué à la Cour une note de service en ce sens.

19. Le requérant fut appréhendé le 11 juin 2010. Le même jour, il fit l'objet d'un arrêté d'expulsion et d'une ordonnance de placement en détention (...)

(...)

B. L'arrestation du requérant et sa détention dans l'attente de son expulsion

29. Le 17 mai 2010, les membres du parti Yeketi et d'autres Kurdes de Syrie organisèrent à Nicosie une manifestation à proximité de la représentation de la Commission européenne, du ministère du Travail et de la Sécurité sociale et de l'Imprimerie nationale. Quelque cent cinquante Kurdes de Syrie, au nombre desquels figurait le requérant, installèrent un campement permanent de près de quatre-vingts tentes sur le trottoir. Le Gouvernement soutient que ce campement était insalubre, que les manifestants entravaient la circulation des piétons et des véhicules, et que leur présence menaçait la santé publique et provoquait des nuisances. Il précise que les manifestants accomplissaient les tâches du quotidien sur le trottoir, y faisant la cuisine et la lessive dans des conditions sanitaires déplorable, que les bouches d'égoût débordaient et causaient des nuisances, notamment olfactives. Il ajoute que les toilettes publiques étaient sales et que les manifestants utilisaient les poubelles des services gouvernementaux, remplies en permanence, qu'ils détournaient de l'électricité destinée à l'Imprimerie nationale, et que des riverains s'étaient plaints de cette situation aux autorités. Selon le Gouvernement, les autorités s'étaient efforcées de convaincre les intéressés de quitter les lieux, en vain, et elles avaient dû agir pour les déloger.

30. Le 28 mai 2010, le ministre de l'Intérieur ordonna l'ouverture d'une procédure ordinaire d'expulsion à l'encontre des Kurdes de Syrie déboutés du droit d'asile.

31. Le 31 mai 2010, le ministre enjoignit à diverses autorités, notamment au chef de la police, de prendre des mesures en vue d'exécuter ses ordres. En outre, il approuva la proposition des autorités compétentes consistant à délivrer des arrêtés d'expulsion et des ordonnances de placement en détention à l'encontre des Kurdes de Syrie titulaires de passeports qui s'étaient vu refuser l'asile et qui n'avaient pas le statut d'Ajanib ou de Maktoumeen,

à commencer par les meneurs de la manifestation. En outre, la police fut invitée à agir dans le respect des directives applicables et à employer des méthodes d'arrestation discrètes.

32. Selon le Gouvernement, le service des migrations et de l'état civil écrivit à certains Kurdes de Syrie déboutés du droit d'asile pour les informer qu'ils devaient se préparer à quitter Chypre en raison du rejet de leur demande d'asile. Le Gouvernement a produit copie de trente lettres de ce type. Treize d'entre elles étaient datées du 1^{er} juin 2010 (et concernaient pour certaines des décisions prises dès 2007), une autre du 9 juin 2010 (portant sur une procédure close fin 2009). Deux autres lettres, datées des 16 et 28 juin 2010, concernaient des procédures terminées début 2008 et en mars 2010 respectivement. Les pièces fournies par le Gouvernement comprennent également une lettre en date du 5 février 2011 portant sur une procédure qui s'était achevée le 22 avril 2010 par le départ volontaire de la personne concernée, qui était retournée en Syrie le 24 septembre 2010.

33. Il ressort des pièces communiquées par le Gouvernement que les autorités ont surveillé les lieux de la manifestation du 31 mai au 7 juin 2010 et consigné les faits et gestes des intéressés ainsi que leurs allées et venues. Les procès-verbaux pertinents indiquent tous que le campement était calme de 1 h 30 à 5 h 30, et que les manifestants dormaient, sauf ceux qui montaient la garde. Au cours de cette période, le groupe d'intervention d'urgence de la police (*MMAΔ* – «le GIUP») et d'autres autorités telles que le service de la police des étrangers et des immigrés organisèrent une opération de grande ampleur pour déloger les manifestants et les conduire au siège de ce service en vue de procéder à une vérification de leur situation individuelle.

34. Entre-temps, du 28 mai 2010 au 2 juin 2010, quarante-cinq demandeurs d'asile avaient fait l'objet d'arrêtés d'expulsion et d'ordonnances de placement en détention après vérification de leur situation. Le service régional des étrangers et de l'immigration de la police de Nicosie adressa à la direction des étrangers et de l'immigration ainsi qu'au ministre de l'Intérieur et de la Sûreté publique des lettres comportant un bref paragraphe renfermant des informations sur la situation de chacun des intéressés au regard du droit des étrangers, notamment la date du rejet de leur demande ou celle de la clôture de leur dossier par le service de l'asile, la date du rejet de leur recours par l'autorité de contrôle, le lieu où celui-ci avait été introduit, et la date à laquelle le nom de certains d'entre eux avait été porté sur la liste des «personnes à interpeller» (le fichier des individus dont l'entrée à Chypre et la sortie de ce pays étaient interdites ou contrôlées). Ces lettres préconisaient la délivrance d'arrêtés d'expulsion et d'ordonnances de placement en détention à l'encontre des personnes concernées. Le Gouvernement a fourni à la Cour deux de ces lettres comportant des renseignements sur treize personnes.

35. Le 2 juin 2010, la direction des étrangers et de l'immigration fit traduire en anglais les lettres informant les intéressés qu'ils seraient arrêtés et expulsés. Le Gouvernement soutient que les autorités ignoraient à cette date si les personnes en question figuraient ou non au nombre des manifestants.

36. L'opération d'évacuation menée le 11 juin 2010 de 3 heures à 5 heures environ mobilisa quelque deux cent cinquante agents du service de la police des étrangers et des immigrés, du GIUP, des services de police du district de Nicosie, du service de la circulation, des sapeurs-pompiers et de l'Office de lutte contre la discrimination de la direction de la police de Chypre. Le requérant et les autres manifestants furent escortés vers des bus, mesure à laquelle ils ne semblent pas avoir opposé de résistance. À 3 h 22, le bus réservé aux manifestants de sexe masculin quitta les lieux de la manifestation. Les femmes, les enfants et les nourrissons les suivirent à 3 h 35. Cent quarante-neuf personnes – quatre-vingt-sept hommes, vingt-deux femmes et quarante enfants – installées dans le campement furent conduites au siège du GIUP. À leur arrivée, elles y furent enregistrées et la situation de chacune d'entre elles fut vérifiée au moyen d'ordinateurs qui y avaient été installés la veille à cet effet. Le Gouvernement soutient que, au cours de cette période, les autorités n'avaient pas menotté les manifestants et ne les avaient pas placés dans des cellules, et qu'elles les avaient rassemblés dans des salles et leur avaient offert de la nourriture et des boissons. Il ressort des documents fournis par le Gouvernement que, dès 6 h 40, près de la moitié des personnes appréhendées avaient été identifiées et que l'opération s'était terminée vers 16 h 30.

37. Il fut établi que soixante-seize adultes et leurs trente enfants étaient en situation irrégulière. Leur demande d'asile avait été rejetée ou leur dossier clôturé faute pour eux de s'être présentés aux entretiens obligatoires. Ceux qui avaient introduit un recours auprès de l'autorité de contrôle en avaient été déboutés. Certaines décisions définitives remontaient à 2006. Un certain nombre des intéressés figuraient également sur la «liste des personnes à interpeller». Vingt-trois se trouvaient déjà sous le coup d'un arrêté d'expulsion (paragraphe 34 ci-dessus).

(...)

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

(...)

E. Les dispositions constitutionnelles pertinentes

88. La deuxième partie de la Constitution renferme des dispositions garantissant les droits de l'homme et les libertés fondamentales. L'article 11

reconnait le droit à la liberté et à la sûreté. Ses passages pertinents se lisent ainsi :

Article 11

« 1. Chacun a droit à la liberté et à la sûreté personnelles.

2. Nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est dans les cas suivants et selon les formes prévues par la loi :

(...)

f) si l'arrestation ou l'incarcération de l'intéressé vise à l'empêcher d'entrer illégalement sur le territoire de la République ou s'il s'agit d'un étranger contre lequel a été entamée une procédure d'expulsion ou d'extradition.

3. Nul ne peut être arrêté si ce n'est en vertu d'un mandat judiciaire motivé et délivré dans les formes prévues par la loi, sauf pour une infraction flagrante passible de la peine capitale ou d'une peine d'emprisonnement lorsque la loi en dispose ainsi.

4. Toute personne arrêtée est informée au moment de son arrestation des motifs de celle-ci dans une langue qu'elle comprend et peut obtenir l'assistance d'un avocat de son choix.

(...)

7. Toute personne privée de liberté du fait de son arrestation ou de sa détention peut faire examiner à bref délai la légalité de sa détention par un tribunal et obtenir sa remise en liberté si son incarcération est illégale.

8. Quiconque a subi une arrestation ou une incarcération contraire aux dispositions du présent article a un droit exécutoire à réparation.»

F. Autres éléments pertinents de droit interne

1. *La loi sur la police*

89. L'article 24 § 2 de la loi de 2004 sur la police (loi n° 73 I)/2004) porte sur les pouvoirs et devoirs généraux de la police. Il est ainsi libellé :

« Les membres de la police doivent obéir sans délai aux ordres et mandats qui leur sont légalement donnés par toute autorité compétente et en assurer l'exécution, recueillir les informations intéressant l'ordre public et la sécurité de la République de Chypre, prévenir la commission des infractions et troubles à l'ordre public, identifier les contrevenants et les déférer à la justice, et appréhender les personnes qu'ils sont habilités à arrêter dès lors que leur arrestation est fondée sur des motifs raisonnables.»

90. L'article 29 § 1 c) et d) de la loi porte sur le devoir de la police de maintenir l'ordre sur la voie publique. Ses passages pertinents se lisent ainsi :

« 1. Il incombe à tous les agents de police :

(...)

c) de maintenir l'ordre sur la voie publique, les routes, les rues, les croisements, les aéroports, les lieux de débarquement, les lieux récréatifs et autres lieux accessibles au public, et

d) de régler la circulation et de maintenir l'ordre en cas d'encombrement des routes ou des rues publiques ou d'autres lieux publics récréatifs ou accessibles au public.»

2. La loi sur les voies publiques et la loi sur la prévention de la pollution des voies et places publiques

91. L'une des clauses de l'article 3 de la loi sur les voies publiques (chapitre 83 modifié) érige en infraction passible d'une peine d'emprisonnement le fait d'abandonner sur les voies publiques des détritrus, substances ou objets quelconques ou de laisser s'y répandre des déchets, des ordures ou des substances incommodes ou d'entraver délibérément la libre circulation sur les voies en question.

92. L'article 3 § 1 de la loi de 1992 sur la prévention de la pollution des voies et places publiques (loi n° 19 I)/92 modifiée) érige en infraction passible d'une peine d'emprisonnement le fait, entre autres, de déposer, de jeter ou d'abandonner des déchets, des détritrus ou des ordures sur les voies publiques ou dans un lieu public quelconque ou de tolérer ou de laisser se produire de tels actes.

3. La loi sur les droits des personnes arrêtées et détenues

93. La loi sur les droits des personnes arrêtées et détenues (loi n° 163 I)/2005) énonce un certain nombre de dispositions régissant les droits des personnes placées en garde à vue et la manière dont elles doivent être traitées. Elle reconnaît notamment aux personnes arrêtées par la police le droit de s'entretenir confidentiellement au téléphone avec un avocat de leur choix aussitôt après leur arrestation (article 3 § 1 a)).

(...)

EN DROIT

(...)

IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 § 1 DE LA CONVENTION

172. Le requérant allègue que sa détention était illégale et de ce fait contraire à l'article 5 § 1 f) de la Convention. Les passages pertinents de cette disposition sont ainsi libellés:

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

(...)

f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. »

A. Thèses des parties

1. *Thèse du requérant*

173. Le requérant soutient que sa détention (...) était arbitraire et attentatoire à l'article 5 § 1 f) de la Convention. À cet égard, il avance en premier lieu qu'il a été arrêté (...) sans mandat alors que son arrestation n'était pas motivée par un délit flagrant. Il fait observer que les autorités soutiennent que lui-même et les autres manifestants avaient commis diverses infractions, au regard notamment de la loi sur les voies publiques, mais que leur arrestation n'était pas fondée sur les infractions en question. En second lieu, il soutient que les autorités ignoraient le nom et les coordonnées des manifestants au moment où elles les ont arrêtés, et qu'elles ne pouvaient donc pas savoir s'ils étaient ou non en situation régulière sur le territoire chypriote. L'intéressé en conclut que, pendant la période ayant précédé la notification de l'arrêté d'expulsion et de l'ordonnance de placement en détention qui le visaient, son arrestation et sa détention ne satisfaisaient pas aux exigences procédurales posées par le droit interne et l'article 11 § 3 de la Constitution (paragraphe 88 ci-dessus). À cet égard, il avance que les observations du Gouvernement ne comportent aucune précision sur les véritables motifs de son arrestation et de sa détention au cours de cette période.

(...)

2. *Thèse du Gouvernement*

177. Le Gouvernement soutient que la situation créée par les manifestants sur l'une des artères principales de Nicosie, siège d'immeubles de bureaux et d'édifices publics, était inacceptable. Selon lui, cette situation menaçait la santé du public et celle des intéressés eux-mêmes, entravait la circulation des véhicules et des piétons, était source de nuisances publiques et exposait les riverains à un risque de propagation de maladies dont ils s'étaient plaints aux autorités. Selon lui, les manifestants avaient refusé de coopérer avec les autorités et les efforts déployés par celles-ci pour tenter de les convaincre de quitter les lieux avaient été vains.

178. Confrontées à une telle situation, les autorités auraient eu le choix entre deux possibilités. La première aurait consisté à arrêter les manifestants pour des infractions flagrantes passibles d'emprisonnement commises sur le lieu de la manifestation, notamment pour contravention à la loi sur les voies publiques (chapitre 83 modifié) ou à la loi sur la prévention de la pollution des voies et places publiques (loi n° 19 I)/92 modifiée) (paragraphe 91-92 ci-dessus), et la seconde à prendre des mesures visant à évacuer pacifiquement les intéressés. Elles auraient opté pour la seconde solution afin d'éviter tout risque de réaction violente ou d'affrontement et de permettre un examen précis de la situation de chacun des manifestants au regard du droit des étrangers. La police aurait été dans l'impossibilité de procéder sur place aux vérifications requises et aurait tenu compte de la présence de femmes et d'enfants pour se déterminer.

179. En évacuant les manifestants le 11 juin 2010, les policiers auraient agi dans le cadre des pouvoirs dont ils étaient investis par la loi sur la police (loi n° 73 I)/2004 modifiée), en vue notamment de prévenir la commission d'infractions et la survenance de nuisances publiques, de maintenir l'ordre sur les routes, rues et passages publics ainsi que sur les lieux accessibles au public et d'assurer le maintien de l'ordre en cas d'obstruction de routes et rues publiques ou d'autres lieux ouverts au public (articles 24 § 2 et 29 § 1 c) et d) de la loi, paragraphes 89-90 ci-dessus). L'action des policiers aurait été inspirée par le souci d'évacuer pacifiquement les manifestants du lieu où ils se trouvaient et de les conduire au siège du GIUP en vue de les interroger et de vérifier leur nom et leur situation, dans le but notamment d'identifier ceux d'entre eux dont la demande d'asile avait été rejetée et qui étaient en situation irrégulière à Chypre. Il aurait été parfaitement légitime que la police tente aussi d'identifier les Kurdes de Syrie déboutés du droit d'asile séjournant irrégulièrement sur le sol chypriote dans le cadre de l'opération d'évacuation de manifestants de la voie publique qu'elle avait menée.

180. À cet égard, force serait de conclure que le requérant et les autres manifestants n'ont pas été privés de leur liberté au moment de leur évacuation et de leur conduite sous escorte dans les locaux du GIUP. Ils n'auraient pas davantage été privés de leur liberté au cours de l'examen de leurs documents d'identité en vue de la vérification de leur situation au regard du droit des étrangers. Les autorités auraient conduit le requérant et les autres manifestants au siège du GIUP à des fins d'identification, non pour les arrêter et les placer en détention (voir, à cet égard, *X. c. Allemagne*, n° 8819/79, décision de la Commission du 19 mars 1981, Décisions et rapports (DR) 24, p. 158). Les intéressés n'auraient pas été placés en cellule, ils n'auraient pas été menottés et se seraient vu offrir de la nourriture et des boissons. Ceux d'entre eux qui étaient titulaires d'un titre de séjour valable

auraient été autorisés à rentrer chez eux, les autres auraient été arrêtés. Le requérant aurait été placé en détention au moment de son inculpation pour flagrant délit de séjour irrégulier sur le territoire chypriote et arrêté pour ce motif.

(...)

B. Appréciation de la Cour

(...)

1. Le transfert et la rétention du requérant dans les locaux du GIUP le 11 juin 2010

a) Sur la recevabilité

185. La Cour relève que la question de savoir si la situation du requérant au cours de cette période équivalait concrètement à une privation de liberté prête à controverse entre les parties. Le Gouvernement combat la thèse du requérant, estimant pour sa part que l'article 5 § 1 de la Convention ne trouve pas à s'appliquer à la période en question.

186. Cette disposition, qui proclame le « droit à la liberté », vise la liberté physique de la personne. Elle a pour but d'assurer que nul n'en soit dépouillé de manière arbitraire. Pour déterminer si un individu se trouve « privé de sa liberté » au sens de l'article 5 § 1, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée. Entre privation et restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence (voir, parmi beaucoup d'autres, *Austin et autres c. Royaume-Uni* [GC], n^{os} 39692/09, 40713/09 et 41008/09, § 57, CEDH 2012, *Stanev c. Bulgarie* [GC], n^o 36760/06, § 115, CEDH 2012, *Medvedyev et autres c. France* [GC], n^o 3394/03, § 73, CEDH 2010, et *Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, §§ 92-93, série A n^o 39). La question de savoir dans un cas donné s'il y a eu privation de liberté est clairement fonction des faits particuliers de l'espèce (voir, par exemple, *Austin et autres*, précité, § 61).

187. Sans doute faut-il fréquemment, pour se prononcer sur l'existence d'une atteinte aux droits protégés par la Convention, s'attacher à cerner la réalité par-delà les apparences et le vocabulaire employé (voir, par exemple, à propos de l'article 5 § 1, *Creangă c. Roumanie* [GC], n^o 29226/03, § 91, 23 février 2012, et *Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, § 38, série A n^o 50). La qualification ou l'absence de qualification donnée par un État à une situation de fait ne saurait avoir une incidence décisive sur la conclusion de la Cour quant à l'existence d'une privation de liberté.

188. La Cour note que, dans les affaires traitées par la Commission, le but même de la présence des personnes dans les locaux de police, ou le fait que les intéressés n'aient pas exprimé le désir de sortir, avaient été jugés déterminants. Ainsi n'avaient pas été considérés comme privés de leur liberté des enfants qui avaient passé deux heures dans un commissariat pour être interrogés sans être enfermés (*X. c. Allemagne*, décision précitée) ni un requérant amené au poste de police sur la base de considérations humanitaires, mais qui était libre de déambuler dans les locaux et n'avait pas sollicité l'autorisation d'en sortir (*Guenat c. Suisse*, n° 24722/94, décision de la Commission du 10 avril 1995, DR 81-A, p.130). De même, le fait que le requérant n'ait jamais eu l'intention de quitter le palais de justice où il assistait à une audience avait été déterminant pour la Commission (*E.G. c. Autriche*, n° 22715/93, décision de la Commission du 15 mai 1996, non publiée).

189. La jurisprudence a par la suite évolué puisque le but d'une mesure privative de liberté prise par les autorités à l'encontre d'un requérant n'apparaît plus comme décisif quand il s'agit pour la Cour de se prononcer sur l'existence même d'une privation de liberté. Jusqu'à présent, ce but a été pris en compte seulement à un stade ultérieur de l'analyse, en vue de l'examen de la compatibilité de la privation de liberté avec l'article 5 § 1 de la Convention (*Creangă*, précité, § 93, *Osyenko c. Ukraine*, n° 4634/04, §§ 51-65, 9 novembre 2010, *Salayev c. Azerbaïdjan*, n° 40900/05, §§ 41-42, 9 novembre 2010, *Iliya Stefanov c. Bulgarie*, n° 65755/01, § 71, 22 mai 2008, et *Soare et autres c. Roumanie*, n° 24329/02, § 234, 22 février 2011).

190. Par ailleurs, la Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle l'article 5 § 1 s'applique également à une privation de liberté de très courte durée (voir, parmi beaucoup d'autres, *Brega et autres c. Moldova*, n° 61485/08, § 43, 24 janvier 2012, *Shimovolos c. Russie*, n° 30194/09, §§ 48-50, 21 juin 2011, *Iskandarov c. Russie*, n° 17185/05, § 140, 23 septembre 2010, *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, § 317, CEDH 2010, et *Foka c. Turquie*, n° 28940/95, § 75, 24 juin 2008).

191. En l'espèce, et au vu des informations dont elle dispose, la Cour relève que la police a lancé le 11 juin 2010 à 3 heures une opération de grande ampleur qui a mobilisé quelque deux cent cinquante policiers et qui visait à déloger les manifestants des lieux qu'ils occupaient (paragraphe 36 ci-dessus). Le requérant et cent quarante-huit autres manifestants ont été escortés vers des bus et conduits au siège du GIUP, où ils ont été retenus quelques heures pendant que l'on vérifiait leur identité et leur situation au regard du droit des étrangers.

192. À cet égard, la Cour observe en premier lieu que les faits de la présente affaire se distinguent des circonstances exceptionnelles dont elle a

eu à connaître dans l'affaire *Austin et autres* (précitée, §§ 66 et 68) en ce qu'il n'a pas été établi en l'espèce que la police était confrontée sur les lieux de la manifestation à une situation dangereuse ou instable comportant un risque réel et imminent de violences ou de dommages corporels et matériels graves.

193. Elle relève en second lieu que, bien que les manifestants semblent ne pas avoir opposé de résistance à la police, on ne saurait dire qu'ils avaient d'autre choix que d'obtempérer et qu'ils sont montés dans les bus et restés dans les locaux de la police de leur plein gré. À cet égard, il convient de noter que l'opération a débuté à 3 heures, moment où la plupart d'entre eux dormaient (paragraphe 36 ci-dessus). Eu égard à la nature et à l'ampleur de l'opération, au but poursuivi par celle-ci, à la manière dont elle a été menée et à l'ensemble des mesures prises par les autorités, il serait peu réaliste de supposer que les intéressés pouvaient refuser de monter dans les bus ou quitter les locaux de la police, et le Gouvernement ne l'a pas suggéré. Il est manifeste que l'opération visait notamment à identifier les manifestants qui se trouvaient en situation irrégulière à Chypre en vue de leur expulsion. Seuls ceux d'entre eux qui disposaient d'un titre de séjour régulier ont été autorisés à quitter les locaux de la police. L'opération litigieuse avait indubitablement un caractère coercitif révélateur d'une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1. Le fait que personne n'ait été menotté ou placé en cellule ou n'ait subi d'autres mesures de contention physique n'est pas déterminant aux yeux de la Cour pour statuer sur l'existence ou non d'une privation de liberté (*I.I. c. Bulgarie*, n° 44082/98, § 87, 9 juin 2005, et *Osyenko*, précité, § 32).

194. À cet égard, la Cour rappelle également que la police avait reçu ordre d'employer des « méthodes d'arrestation discrètes » (paragraphe 31 ci-dessus).

195. Dans ces conditions, la Cour considère que le transfert du requérant au siège du GIUP et le temps qu'il y a passé s'analysent en une privation de liberté de fait au sens de l'article 5 § 1, et que cette disposition est applicable *ratione materiae* à la présente affaire.

196. Par ailleurs, la Cour constate que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Partant, il convient de le déclarer recevable.

b) Sur le fond

197. Il appartient à la Cour de se prononcer sur la compatibilité de la détention litigieuse avec l'article 5 § 1. La Cour rappelle que cette disposition requiert d'abord la « régularité » de la détention litigieuse, y compris l'observation des voies légales. En la matière, la Convention renvoie pour

l'essentiel à la législation nationale et consacre l'obligation d'en respecter les normes de fond comme de procédure (*Benham c. Royaume-Uni*, 10 juin 1996, § 40, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III). Toutefois, la « régularité » de la détention au regard du droit interne n'est pas toujours l'élément décisif. La Cour doit en outre être convaincue que la détention pendant la période en jeu est conforme au but de l'article 5 § 1, à savoir protéger l'individu de toute privation de liberté arbitraire.

198. La Cour doit de surcroît vérifier si le droit interne lui-même est conforme à la Convention, y compris aux principes généraux qui s'y trouvent contenus, de manière explicite ou implicite. À ce dernier égard, elle souligne que, en matière de privation de liberté, il est particulièrement important que le principe général de sécurité juridique soit respecté. Il est donc essentiel que le droit interne définisse clairement les conditions de détention et que la loi soit prévisible dans son application (*Zervudacki c. France*, n° 73947/01, § 43, 27 juillet 2006, et *Baranowski c. Pologne*, [n° 28358/95,] §§ 50-52 [et 68, CEDH 2000-III] (...)).

199. En l'espèce, le Gouvernement soutient que le requérant et les autres manifestants n'ont pas été privés de liberté pendant la période sous examen (paragraphe 180 ci-dessus), raison pour laquelle il n'a pas cru devoir se fonder sur telle ou telle disposition juridique pour donner une base légale à la rétention des intéressés, rétention à laquelle il a cependant apporté des explications.

200. À ce dernier égard, le Gouvernement soutient que les autorités ont décidé d'évacuer pacifiquement les manifestants et que les policiers ont agi dans le cadre des pouvoirs que leur conférait la loi sur la police dans le but notamment d'empêcher la commission d'infractions, de prévenir des nuisances publiques et de maintenir l'ordre sur les voies et lieux publics (paragraphe 89-90 ci-dessus). Les dispositions invoquées par le Gouvernement portent sur les pouvoirs et les obligations des agents de police en matière d'arrestation des personnes qu'ils sont légalement habilités à appréhender ainsi que sur leur devoir de maintenir l'ordre sur les voies publiques et de régler la circulation. Toutefois, il n'a pas été allégué que les policiers aient réellement fait usage de l'un quelconque de ces pouvoirs pour procéder à l'arrestation du requérant et des autres manifestants.

201. Par ailleurs, le Gouvernement avance que l'opération litigieuse visait aussi à vérifier l'identité des manifestants et leur situation au regard du droit des étrangers. Il précise que les autorités soupçonnaient certains d'entre eux d'avoir été déboutés du droit d'asile et d'être des « immigrés en situation irrégulière », mais considéraient qu'il leur était impossible de procéder à une enquête effective sur les lieux sans provoquer une réaction violente, raison pour laquelle elles ont conduit tous les manifestants au siège du GIUP afin

de vérifier leur identité et d'identifier les éventuels immigrés en situation irrégulière. Toutefois, le Gouvernement n'a pas reconnu l'existence d'une privation de liberté fondée sur ce motif.

202. La Cour est consciente de la situation difficile à laquelle étaient confrontées les autorités chypriotes et de la nécessité où elles se trouvaient de prendre une décision opérationnelle. Cela étant, pareilles considérations ne sauraient justifier l'adoption de mesures débouchant sur une privation de liberté dépourvue de base légale précise.

203. Il s'ensuit que la privation de liberté subie par le requérant pendant la période sous examen était contraire à l'article 5 § 1 de la Convention. Partant, il y a eu violation de cette disposition.

(...)

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

1. *Déclare* recevables les griefs tirés de (...) l'article 5 § (...) 1 de la Convention
(...)

(...)

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 23 juillet 2013, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Fatoş Aracı
Greffière adjointe

Ineta Ziemele
Présidente

VONA v. HUNGARY
(Application no. 35943/10)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 9 JULY 2013¹

1. English original.

SUMMARY¹**Dissolution of association involved in anti-Roma rallies and paramilitary parading**

The right of States to take preventive measures to protect democracy where the fundamental values upon which a democratic society rests and functions are at risk applies not only *vis-à-vis* political parties, but also *vis-à-vis* other movements that play an important role in the shaping of politics and policies. In such cases, the State is not required to wait, before intervening, until the movement takes action to undermine democracy or has recourse to violence, but may act preventively if the movement has started to take concrete steps in public life to implement a policy incompatible with the standards of the Convention and democracy. Accordingly, the dissolution of an association providing organisational backup to a movement involved in anti-Roma rallies and paramilitary parading was not disproportionate and did not violate Article 11 (see paragraphs 56, 57 and 71 of the judgment).

Article 11

Freedom of association – Dissolution of association involved in anti-Roma rallies and paramilitary parading – Prevention of disorder – Protection of the rights and freedoms of others – Public safety – Right of States to take preventive measures to protect democracy – Relevant and sufficient reasons – Series of coordinated and planned actions liable to have an intimidating effect on members of a racial minority – Proportionality

Article 17

Prohibition of abuse of rights – Destruction of rights and freedoms – Dissolution of association on account of demonstration that was not declared unlawful and did not lead to violence

*

* *

Facts

The applicant was the chair of the Hungarian Guard Association (“the Association”), which was founded in May 2007 by ten members of a political party called Movement for a Better Hungary (*Jobbik Magyarországért Mozgalom*) with the stated aim of preserving Hungarian traditions and culture. In July 2007 the Association

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

founded the Hungarian Guard Movement (“the Movement”), whose objective was defined as “defending a physically, spiritually and intellectually defenceless Hungary”.

Shortly after its foundation, the Movement started to carry out activities which were not in accordance with its charter, and which included organising the swearing-in of fifty-six guardsmen in Buda Castle in August 2007. The authorities requested the Association to put an end to its unlawful activities. In November 2007 the applicant notified the authorities that the unlawful activities had ceased and that the Association’s charter would be modified accordingly. However, members of the Movement dressed in uniforms subsequently held rallies and demonstrations throughout Hungary, including in villages with large Roma populations, calling for the defence of ethnic Hungarians against so-called “Gypsy criminality”. Following an incident in December 2007 when the police refused to allow a march to pass through a street inhabited by Roma families, the authorities sought a court order for the dissolution of the Association. This was granted in December 2008, and in July 2009 following two further demonstrations organised by the Movement, the scope of that order was extended to the Movement in a judgment that was upheld by the Supreme Court.

Law

(1) Admissibility – *Article 17*: The Government had argued that the application should be declared inadmissible as being incompatible *ratione materiae* with the Convention in the light of Article 17, because the Association provided an institutional framework for expressing racial hatred against Jewish and Roma citizens. The Court noted, however, that the applicant’s complaint concerned the dissolution of an association essentially on account of a demonstration which had not been declared unlawful at the domestic level and had not led to any act of violence. Those activities did not *prima facie* reveal any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth in the Convention or any intention on the part of the applicant to provide an apology or propaganda for totalitarian views. Accordingly, the application did not constitute an abuse of the right of petition for the purposes of Article 17.

Conclusion: preliminary objection dismissed (unanimously).

(2) Merits – *Article 11*: The dissolution of the Association chaired by the applicant and the subsequent dissolution of the Movement constituted an interference with the applicant’s right to freedom of association. The interference was prescribed by law and pursued the aims of ensuring public safety, preventing disorder and protecting the rights of others.

Although the case concerned the dissolution of an association and a movement, rather than the dissolution of a political party, the Court acknowledged that social organisations such as the applicant’s could play an important role in the shaping of politics and policies. It reiterated that a State did not have to wait until a political movement had recourse to violence before intervening. Even if the political

movement had not made an attempt to seize power and the danger of its policy was not sufficiently imminent, a State was entitled to take preventive measures to protect democracy as long as it was established that such a movement had started to take concrete steps in public life to implement a policy incompatible with the standards of the Convention.

Although no violence had actually occurred during the rallies, the activists had marched in villages wearing military-style uniforms in a military-like formation giving salutes and commands. Such rallies were capable of conveying the message that its organisers were willing and able to have recourse to a paramilitary organisation in order to achieve their aims. In addition, the paramilitary formation was reminiscent of the Hungarian Nazi movement (Arrow Cross), the backbone of the regime responsible for the mass extermination of Roma in Hungary. In view of historical experience – such as that of Hungary in the wake of Arrow Cross power – the reliance of an association on paramilitary demonstrations expressing racial division and implicitly calling for race-based action had to have had an intimidating effect on members of a racial minority, therefore exceeding the scope of protection under the Convention for freedom of expression or of assemblies. Indeed, such a paramilitary march had gone beyond the mere expression of a disturbing or offensive idea, given the physical presence of a threatening group of organised activists.

As regards the dissolution of the Association, it was irrelevant that the demonstrations, in isolation, had not been illegal since it was only in the light of the actual conduct of such demonstrations that the real nature and goals of the Association became apparent. Indeed, a series of rallies organised allegedly to keep so-called “Gypsy criminality” at bay by paramilitary parading could have led to a policy of racial segregation being implemented. While the advocacy of anti-democratic ideas was not enough in itself for banning a political party, still less an association, the entirety of the circumstances – in particular the Movement’s coordinated and planned actions – constituted sufficient and relevant reasons for such a measure. Therefore, the arguments of the Hungarian authorities had been relevant and sufficient to demonstrate that the dissolution had corresponded to a pressing social need.

The threat posed by the Movement could only be effectively eliminated by removing the organisational backup of the Movement provided by the Association. The general public could even have perceived the State as legitimising such a menace, had the authorities continued to acquiesce in the activities of the Movement and the Association by upholding their legal existence. This would have meant that the Association, benefiting from the prerogatives of a legally registered entity, could have continued to support the Movement, and that the State would have indirectly facilitated the orchestration of its campaign of rallies. Finally, since no additional sanction had been imposed on the Association or the Movement or their members, who had not been prevented from continuing political activities in other forms, the Court concluded that the dissolution had not been disproportionate.

Conclusion: no violation (unanimously).

Case-law cited by the Court

Féret v. Belgium, no. 15615/07, 16 July 2009

Garaudy v. France (dec.), no. 65831/01, ECHR 2003-IX

Güneri and Others v. Turkey, nos. 42853/98, 43609/98 and 44291/98, 12 July 2005

Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, nos. 25803/04 and 25817/04, ECHR 2009

Horváth and Kiss v. Hungary, no. 11146/11, 29 January 2013

Incal v. Turkey, 9 June 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV

Lehideux and Isorni v. France, 23 September 1998, *Reports* 1998-VII

Lingens v. Austria, 8 July 1986, Series A no. 103

Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, ECHR 2003-II

S.H. and Others v. Austria [GC], no. 57813/00, ECHR 2011

Sidiropoulos and Others v. Greece, 10 July 1998, *Reports* 1998-IV

Tammer v. Estonia, no. 41205/98, ECHR 2001-I

United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, 30 January 1998, *Reports* 1998-I

Vajnai v. Hungary, no. 33629/06, § 25, ECHR 2008

Witzsch v. Germany (dec.), no. 7485/03, 13 December 2005

In the case of Vona v. Hungary,

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

Guido Raimondi, *President*,

Peer Lorenzen,

Dragoljub Popović,

András Sajó,

Nebojša Vučinić,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Helen Keller, *judges*,

and Stanley Naismith, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 11 June 2013,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 35943/10) against the Republic of Hungary lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Hungarian national, Mr Gábor Vona (“the applicant”), on 24 June 2010.

2. The applicant was represented by Mr T. Gaudi-Nagy, a lawyer practising in Budapest. The Hungarian Government (“the Government”) were represented by Mr Z. Tallódi, Agent, Ministry of Public Administration and Justice.

3. The applicant alleged under Article 11 of the Convention that the dissolution of the Hungarian Guard Association, which he chaired, had violated his freedom of association.

4. On 14 March 2012 the Government were given notice of the application. It was also decided to rule on the admissibility and merits of the application at the same time (Article 29 § 1 of the Convention).

5. On 12 June 2012 the President of the Section granted the European Roma Rights Centre leave, under Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3 of the Rules of Court, to intervene as a third party in the proceedings.

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

6. The applicant was born in 1978 and lives in Budapest.

7. On 8 May 2007 the Hungarian Guard Association (*Magyar Gárda Egyesület* – “the Association”) was founded by ten members of the political party Movement for a Better Hungary (*Jobbik Magyarországért Mozgalom*) with the stated aim of, *inter alia*, preserving Hungarian traditions and culture.

8. In its turn, on 18 July 2007 the Association founded the Hungarian Guard Movement (*Magyar Gárda Mozgalom* – “the Movement”). The Bureau of the Association stated that it had decided to “create the Hungarian Guard, first operating it as a movement but later attempting to integrate it into the Association as a section”. It was also decided that “in order to integrate the Hungarian Guard into the Association, [the latter’s current] charter need[ed] to be amended ... by 10 October 2007”.

The Movement’s objective was defined as “defending a physically, spiritually and intellectually defenceless Hungary”. The tasks undertaken by the Movement, as listed in its deed of foundation, included the physical and psychological training of its members, participation in disaster management and in ensuring public safety, as well as the initiation of a social dialogue regarding these issues through public events.

9. On 4 October 2007 the Budapest public prosecutor’s office addressed a notice to the Association calling on it to terminate its unlawful activities. It was noted that the Association had carried out activities that were not in accordance with its aims as defined in its charter. In particular, it was observed that on 25 August 2007 it had organised the swearing-in of fifty-six “guardsmen” in Buda Castle. Subsequently, the Association had conducted a national campaign aimed at popularising tasks defined for the Movement which were not in accordance with the aims of the Association. It was noted that certain aims of the Movement were not amongst those defined for the Association, nor were they in conformity with the Association’s cultural and tradition-preserving nature.

On 9 November 2007 the applicant, as chairman of the Association, notified the public prosecutor’s office that the unlawful activities had been terminated by deleting the impugned part from the Movement’s deed of foundation, and that he had initiated the amendment of the Association’s charter. Accordingly, on 7 December 2007 the General Assembly of the Association had decided to add the following provision to paragraph 2 of its charter: “(f) In accordance with its name, the Hungarian Guard Association has the aim of engaging in dialogue with society and of holding public events and gatherings for citizens on issues affecting their security, such as disaster management, national defence and life-saving techniques.”

10. Purportedly in pursuit of these goals, members of the Movement dressed in uniform subsequently held rallies and demonstrations throughout

Hungary, including in villages with large Roma populations, and called for the defence of “ethnic Hungarians” against so-called “Gypsy criminality”. These demonstrations and rallies were not prohibited by the authorities.

One of these demonstrations, involving some 200 activists, was organised in Tatárszentgyörgy, a village of around 1,800 inhabitants, on 9 December 2007. The police were present and did not allow the march to pass through a street inhabited by Roma families.

11. In reaction to this event, on 17 December 2007 the Budapest Chief Prosecutor’s Office lodged a court action seeking the dissolution of the Association. The action was based on the Association’s alleged abuse of the right to freedom of assembly and the fact that it had conducted activities which infringed the rights of the Roma by generating fear among them through speeches and appearance, that is to say, by the activists wearing uniforms, marching in formation and issuing military-style commands.

The Chief Prosecutor’s Office was of the view that the Movement constituted a division of the Association, and that its activity in fact represented a significant part of the latter’s activities. It argued that the Movement was not a “spontaneous community”, in that its members were all registered, and stressed that it had been created by the presidency of the Association, that applications for membership were assessed by the Association and that its uniform could be bought from the Association.

12. In the ensuing proceedings the Association claimed, however, that there were no organisational ties between itself and the Movement of a kind amounting to a unity of the two; accordingly, it argued that it bore no responsibility for the Movement. It also stated that, in any event, the Movement’s activities did not present any objective danger to anyone. According to the Association, a subjective feeling of fear could not give rise to any limitation on fundamental rights, including freedom of assembly; the Movement’s conduct had not been intimidating if regarded objectively.

13. After holding four hearings the Budapest Regional Court ruled in favour of the Chief Prosecutor’s Office on 16 December 2008 and disbanded the Association under section 16(2)(d) of Act no. II of 1989 on the right to freedom of association (see paragraph 18 below).

The court did not accept the arguments concerning the distinction between the two entities and held that a “symbiotic relationship” existed between them. It held that the principal activity of the Association had been the founding, operation, guidance and financing of the Movement, observing, *inter alia*, that the Movement received donations through the Association’s bank account. The legal effect of the judgment was nevertheless limited to the dissolution of the Association; since, in the court’s view, the

Movement did not have any legal personality, the judgment did not directly extend to it.

As regards the assembly in Tatárszentgyörgy, the Regional Court held as follows:

“The essential purpose of the event was indeed to place the spotlight on ‘Gypsy criminality’. The use of this generalisation, clearly based on racial and ethnic grounds, violated the principle of equal human dignity ... Moreover, this was not a one-off occasion ... [The Movement] based its programme on discrimination between people and expressed it by way of marches in several cases; this amounted to a demonstration of power and to threatening others through the appearance [of the participants in the marches]. ... The court is of the opinion that, from a constitutional point of view, to raise fear, virtually as a mission, is unacceptable as an aim or role.”

14. The court noted that the participants, who were uniformed, had worn armbands quite similar to those of officers of the Arrow Cross (responsible for the reign of terror in Hungary in 1944/45). It took the view that marches with participants dressed in this way were objectively capable of wounding “historical sensitivities”.

The court went on to declare that, despite the Association’s stated purpose, its actions had violated Hungary’s laws on associations and created an atmosphere of anti-Roma sentiment. According to the court, the verbal and visual demonstration of power alone amounted to an infringement of the law, in the light of historical experience; thus, for the Association to be dissolved it was not necessary for it to have committed an actual offence: the fact that its programme encompassed discrimination amounted to prejudicing the rights of others within the meaning of section 2(2) of Act no. II of 1989 (see paragraph 18 below).

15. On 2 July 2009 the Budapest Court of Appeal upheld the judgment of the Regional Court. It also considered two further similar demonstrations staged by the Movement, in the village of Fadd on 21 June 2008 and in the village of Sárbogárd on an unspecified date. The Court of Appeal noted that the speeches given by Movement members in the course of the Fadd rally had contained numerous remarks aimed at the exclusion of Roma. As to the Sárbogárd event, the Court of Appeal observed that there had been several anti-Semitic utterances.

This court established a closer connection between the two entities, extending the scope of its judgment also to the Movement. It held that the Association in fact included the Movement as a “unit”; consequently, the judgment concerned both of them. The Association’s dissolution also dismantled the organisational framework of individuals operating within any movements related to the dissolved association.

The court ruled that the choice of locations for the demonstrations, that is, villages with large Roma populations, could not be seen as social dialogue, but as an extreme form of expression in the context of a quasi-military demonstration of force consisting of the cumulative effects of military-style uniforms, formations, commands and salutes. The Court of Appeal, while it upheld in essence the arguments of the Regional Court, argued that the population of the villages had been subjected as a “captive audience” to these extreme and exclusionist views without being able to avoid receiving them. In the court’s view, the events organised by the Movement constituted a risk of violence, generated conflict, breached public order and peace and violated the right to liberty and security of the inhabitants of the villages, despite the fact that all the demonstrations, which were tightly controlled by the police, had finished without any acts of actual violence.

The court also considered the applicant’s freedom of expression. It stated, upholding the arguments of the first-instance judgment and citing the case-law of the Court, that this freedom did not cover hate speech or incitement to violence.

16. On 15 December 2009 the Supreme Court upheld the judgment of the Budapest Court of Appeal. It endorsed the Court of Appeal’s finding that the Movement was in fact an entity within the Association. It also agreed with the lower courts as to the necessity of disbanding the Association, pointing out that the Movement’s rallies had caused situations of conflict whose protagonists might potentially have had recourse to violence.

This decision was served on 28 January 2010.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

17. The Constitution, as in force at the material time, contained the following provisions:

Article 2

“3. The activities of social organisations, government bodies or individual citizens may not be directed at the forcible acquisition or exercise of public power, or at the exclusive possession of such power. Everyone has the right and obligation to resist such activities in such ways as are permitted by law.”

Article 63

“1. In the Republic of Hungary every person has the right, on the basis of the right of association, to establish organisations whose goals are not prohibited by law and to join such organisations.

2. The establishment of armed organisations with political objectives shall not be permitted on the basis of the right of association.

3. A majority of two-thirds of the votes of the Members of Parliament present is required to pass the law on the right of assembly and the financial management and operation of political parties.”

18. Act no. II of 1989 on the right to freedom of association provides as follows:

Section 2

“(1) By virtue of the right of association private individuals, legal persons and their entities which have no legal personality may, subject to the aims of their activities and the intention of their founders, form and operate civil society organisations.

(2) The exercise of the right of association may not violate Article 2 § 3 of the Constitution, nor may it constitute a criminal offence or incitement to a criminal offence, and may not prejudice the rights and liberties of others.”

Section 3

“(1) A civil society organisation is a voluntarily established self-governing organisation formed for a purpose stated in its articles of association, which has registered members and organises its members’ activities in order to further its purpose.

(2) Unregistered members may also participate in large-scale public events.”

Section 4

“(1) ... A civil society organisation comes into existence by means of registration with the courts.”

Section 5

“A community of private individuals formed by virtue of the right of association, whose operation is not regular or which has no registered members or structure specified under this Act, shall not constitute a civil society organisation.”

Section 16

“(2) Upon an action brought by the public prosecutor, the court:

...

(d) shall dissolve the civil society organisation if its operation violates section 2(2) hereof;

...”

The legal status of associations can be briefly characterised as follows. Associations whose activities do not serve a public interest cannot be supported by individuals by means of income-tax-deductible donations and are not entitled to receive other donations or to apply for public subsidies, as these privileges are reserved for public-benefit organisations under the provisions of Acts nos. CXXVI of 1996 and CLXXV of 2011. However,

Act no. LXXXI of 1996 provides that income deriving from the non-profit activities of any association is exempt from corporate tax and that the associations' business activities are subject to preferential corporate taxation. In addition, under Act no. CXVII of 1995, advantageous income-tax rules apply to certain services provided by associations and certain remunerations and social welfare benefits received from them. Furthermore, Act no. IV of 1959 (on the Civil Code) provides that the members of an association are not liable for the association's debts.

19. Act no. LXXVII of 1993 on the rights of national and ethnic minorities, as in force at the material time, provided as follows:

Section 4

“(1) The Republic of Hungary prohibits all policies or conducts which:

(a) are aimed at or result in a minority's assimilation into, or exclusion or segregation from, the majority nation;

(b) aim to change the national or ethnic composition of areas populated by minorities ...;

(c) persecute, impair the lives of or hamper the exercise of the rights of a minority or persons belonging to a minority on account of their belonging to a minority;

...”

20. Law-Decree no. 8 of 1976, promulgating the International Covenant on Civil and Political Rights adopted by the General Assembly of the United Nations at its 21st session on 16 December 1966, provides as follows:

Article 20

“2. Any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law.”

21. Law-Decree no. 8 of 1969, promulgating the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination adopted in New York on 21 December 1965, provides as follows:

Article 1

“1. In this Convention, the term ‘racial discrimination’ shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.

...”

Article 2

“1. States Parties condemn racial discrimination and undertake to pursue by all appropriate means and without delay a policy of eliminating racial discrimination in all its forms and promoting understanding among all races, and, to this end: ...

(d) Each State Party shall prohibit and bring to an end, by all appropriate means, including legislation as required by circumstances, racial discrimination by any persons, group or organization;

...”

Article 4

“States Parties condemn all propaganda and all organizations which ... attempt to justify or promote racial hatred and discrimination in any form, and undertake to ...

(a) ... declare an offence punishable by law all ... incitement to racial discrimination ... and also the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof;

(b) ... declare illegal and prohibit organizations, and also organized and all other propaganda activities, which promote and incite racial discrimination, and shall recognize participation in such organizations or activities as an offence punishable by law;

...”

22. Decision no. 30/1992 (V.26) AB of the Constitutional Court contains the following passages:

“II. 3. The criminal codes of all democratic European countries with continental legal systems, as well as those of England and Wales, Canada and New Zealand, which have the Anglo-Saxon legal system, prohibit incitement on a ‘racial’ basis. The demarcation of the boundary between incitement, arousal of hatred and expression of opinion remains hotly contested even internationally.

...

IV. 1. The potential harms resulting from incitement to hate, and from humiliating expressions of contempt for certain groups in a population are amply documented in the annals of human experience.

...

The tragic historical experiences of our century prove that views preaching racial, ethnic, national or religious inferiority or superiority and the dissemination of ideas of hatred, contempt and exclusion endanger the values of human civilization.

It is proved both by history and by the events of our times that any utterance expressing an intention to arouse hatred against a specific group of people can push social tension to extremes, disturb social harmony and peace and in an extreme case can result in violent clashes between certain groups of society.

In addition to the historical and contemporary experiences proving the extremely damaging effects of arousing hatred, it is necessary to consider the everyday threats that result from the unlimited expression of ideas and concepts liable to arouse hatred. Such expression prevents human communities from living in harmony with other groups. By intensifying emotional and social tensions within a smaller or bigger community, this can destroy ties within the society, reinforce extreme positions and increase prejudice and intolerance. All this results in a diminution of the chances of creating a tolerant and multicultural society which acknowledges pluralism, the right to be different and the equal dignity of all people, and in which discrimination is not regarded as a value.

2. To afford constitutional protection to the incitement of hatred against certain groups under the guise of freedom of expression and of the press would present an irresolvable contradiction with the value system and political orientation expressed in the Constitution, that is, with the democratic rule of law, the equality of human beings, equal dignity, the prohibition of discrimination, freedom of religion and conscience and the protection of national and ethnic minorities, as recognised by the various Articles of the Constitution.

...

Incitement to hatred is a negation of the above-mentioned notions, an emotional preparation for the use of violence. It is an abuse of freedom of expression, being an intolerant classification of a group characteristic of dictatorships rather than democracies. To tolerate the exercise of freedom of expression and of the press in a manner prohibited by Article 269 § 1 of the Criminal Code would contradict the requirements flowing from the democratic rule of law.

...

As a summary of its position, the Constitutional Court points out that the restriction of freedom of expression and of the press is necessitated and justified by the negative historical experiences surrounding the arousal of hatred against certain groups of people, by the protection of constitutional values and by the obligation of the Republic of Hungary to comply with its commitments under international law.

..."

23. Decision no. 14/2000 (V.12) AB of the Constitutional Court contains the following passages:

"3. The freedom to express one's opinion is not only a subjective right but also a guarantee of the free expression of various views shaping public opinion. ...

Although this right can be restricted, it enjoys special protection due to its primary role, and thus may be restricted only in relation to a few other rights. Therefore, secondary theoretical values such as public peace enjoy less protection than the right concerned. ...

Like the right to life, the right to human dignity is eminently protected in the Constitution ... The Constitution is not value-neutral but has its own set of values.

Expressing opinions inconsistent with constitutional values is not protected by Article 61 of the Constitution. ...

The Constitutional Court points out that, also under the Convention, freedom of expression carries with it ‘duties and responsibilities’. All State authorities are obliged to protect the values of a democratic State under the rule of law and to respect the dignity of persons. Action must be taken against conduct representing force, hatred and conflict. Rejecting the use or threat of force as a means of solving conflicts is part of the complex concept of democracy.”

24. Decision no. 18/2004 (V.25) AB of the Constitutional Court contains the following passage:

“III. 2.1. ... Even in the case of extreme opinions, it is not the content of the opinion but the direct and foreseeable consequences of its communication that justify a restriction on free expression and the application of legal measures under civil or, in some cases, criminal law.”

25. Decision no. 95/2008 (VII.3) AB of the Constitutional Court contains the following passages:

“III. 3.4. ... The aim of the amendment [to the Criminal Code] is to punish hate speech and gestures even if the injured party cannot be identified. As a result, however, the amendment would punish not only conduct violating the honour and dignity of particular persons but all forms of hate speech, including racist statements containing generalisations, meaning that the ‘affected’ parties or the parties that consider themselves to be ‘affected’ are not forced to take part in or follow the exchange of communication between persons expressing hatred or to face hate thoughts in certain media outlets. ... Extremist voices are not suppressed in constitutional democracies simply on account of their content. In a democratic society such generalising, racist speech cannot change the fact that, from the State’s perspective, each citizen is equally valuable and has the same basic rights.

In its present form, the amendment would also punish speeches containing only such generalisations. Participation in the communication by persons belonging to the group being attacked, that is, their listening to or being exposed in any way to the racist statements, is not a statutory element of the offence as defined in the amendment.

However, these are precisely the cases in which the expression of an opinion may offend not only the sensitivity or sense of dignity of certain persons but also their constitutional rights. For example, if a perpetrator expresses his extremist political convictions in such a manner that a person belonging to the injured group is forced to listen to the communication in a state of intimidation, and is not in a position to avoid it [‘captive audience’] ... In this case, the right of the person concerned not to listen to or become aware of the distasteful or injurious opinion deserves protection. ...

Persons belong not only to the community of citizens but also to a narrower group or community. An individual can, also by virtue of belonging to such a group, be exposed to an injury of such gravity and intensity that recourse to criminal-law sanctions may even be warranted to redress the issue.”

III. OBSERVATIONS OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS MONITORING BODIES

26. The Concluding Observations of the United Nations Human Rights Committee in respect of Hungary (adopted in Geneva, 11-29 October 2010) contain the following passage:

“18. The Committee is concerned at the virulent and widespread anti-Roma statements by ... members of the disbanded Magyar Gárda. ... Furthermore, it is concerned at indications of rising anti-Semitism in the State party. The Committee is concerned at the Constitutional Court’s restrictive interpretation of article 269 of the Penal Code on incitement to violence, which may be incompatible with the State party’s obligations under article 20 ...”

27. The Fourth Report of the European Commission against Racism and Intolerance on Hungary, adopted on 20 June 2008, contains the following passages:

“61. ... [T]here has been a disturbing increase in racism and intolerance in public discourse in Hungary. In particular, the creation and rise of the radical right-wing Hungarian Guard (*Magyar Gárda*) ... is consistently cited as a cause for deep concern. Since its creation in August 2007 and the public swearing in of several hundred new members in October 2007, the Hungarian Guard has organised numerous public rallies throughout the country, including in villages with large Roma populations; despite apparently innocuous articles of association, amongst the group’s chief messages is the defence of ethnic Hungarians against so-called ‘Gypsy crime’¹. Members of the Hungarian Guard parade in matching, paramilitary-style black boots and uniforms, with insignia and flags closely resembling the flag of the Arrow Cross Party, an openly Nazi organisation that briefly held power in Hungary during World War II, and during whose spell in power tens of thousands of Jews and Roma were killed or deported.

...

73. ... Groups such as the Hungarian Guard also openly express antisemitic views, ... the expression of antisemitic views is currently on the rise in Hungary.”

28. The Third Opinion on Hungary of the Advisory Committee of the Framework Convention for the Protection of National Minorities, adopted on 18 March 2010, contains the following passage:

“75. Since its creation in 2007, the Hungarian Guard (*Magyar Gárda*), has organised numerous public rallies throughout the country, including in villages with large Roma populations, during which members of the Hungarian Guard parade in matching, paramilitary-style black boots and uniforms, with Nazi insignia and flags. ... the Advisory Committee is concerned by this threatening behaviour. ...”

1. Otherwise referred to as criminality.

IV. COMPARATIVE LAW

29. The German Federal Constitutional Court held, in its *Stoppt den Synagogenbau!* judgment of 23 June 2004 (BVerfGE, 111, 147 – *Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot*), that to avert danger to public order it was possible to restrict freedom of assembly if it was the *Art und Weise*, that is, the manner or means by which an assembly was conducted, and not the content, which gave rise to concerns. Accordingly, it was permissible to restrict “aggressive and provocative conduct by participants which intimidates citizens and through which demonstrators create a climate of violent demonstration and potential readiness for violence”. With regard to an extreme right-wing march staged on Holocaust Memorial Day, it held in addition that “the manner or means [by which an assembly is conducted] [may] give rise to provocation which significantly encroaches upon moral sensitivities [*sittliches Empfinden*]”. Regarding the way in which the assembly was conducted, the Federal Constitutional Court also attached importance to the provocative behaviour of the protestors. It added that the same applied “when a procession, on account of its overall character [*durch sein Gesamtgepräge*] identifies with the rites and symbols of the Nazi tyranny and intimidates other citizens by evoking the horrors of the past totalitarian and inhumane regime”.

30. In the context of the dissolution of an association the German Federal Administrative Court, in judgment BVerwG 6 A 3.08 of 5 August 2009, summarised its case-law on the banning of associations as follows:

“16. Whether or not the purpose and activity of an association are punishable under criminal law will depend on the intentions and conduct of its members. An association as such cannot be criminally liable. Only natural persons are punishable under criminal law because criminality implies a capacity for criminal responsibility [*Schuldzurechnungsfähigkeit*], which only natural persons possess. As is clear from section 3(5) of the Association Act [*VereinsG*], it is nevertheless legally possible for an association to be criminally liable [*Strafgesetzwidrigkeit einer Vereinigung*] because the association can form, through its members and through its representing organs, a collective will which is detached from the individual members and which develops its own purpose [*Zweckrichtung*] and can act independently. If the criminal law is breached as a result of this own purpose or of the independent actions of an association, all the conditions for applying the prohibition [*Verbotstatbestand*] are fulfilled. A decisive factor in this context is that the members’ conduct can be attributed to the association. The character of the association must be shaped [*prägen*] by the criminal offences [*Strafgesetzwidrigkeit*] committed by its members. An association can strive concurrently for different aims; besides the legal aim laid down in its rules, it can also pursue criminal aims which it achieves through the conduct of its members. ...

17. The prohibition of an association based on section 3(1), first sentence, first alternative, of the Associations Act read in conjunction with the first alternative of

Article 9 § 2 of the Basic Law, is *de iure* independent of the criminal conviction of a member or an official of the association. It is within the competency of the authority issuing the prohibition order and the administrative court to examine whether there has been a breach of criminal law [*Gesetzeswidrigkeit*]. However, it is not the purpose of the prohibition [*Verbotstatbestand*] to impose an additional sanction on individuals who have already violated criminal provisions. Rather, the purpose [of the provision] is to deal with a particular threat to public safety and public order expressed in the founding or continuing existence of an organisation which is planning or committing criminal acts. Such organisations constitute a particular threat to interests [*Rechtsgüter*] protected by the criminal law. The organisation's inherent momentum and its organised human and material resources facilitate and promote punishable acts. At the same time, the sense of responsibility of each member is often reduced, individual resistance to committing a criminal act is lessened, and the impetus to commit further criminal acts is created (judgment of 18 October 1988, op. cit., p. 307 and pp. 23-24 respectively; Löwer, in: v. Münch/Kunig, GG, Vol. 1, 5th ed. 2000, note 39 ad Article 9)."

The German Federal Administrative Court has repeatedly upheld dissolution orders in respect of associations which supported (neo-)Nazi ideas. In its *Heimattreue Deutsche Jugend* judgment of 1 September 2010 (BVerwG 6 A 4.09), in which members of the association were propagating Nazi racial treatises and ideas, the Federal Administrative Court reiterated its relevant case-law, stating that in order to satisfy the conditions of the ban the association must have intended to realise its anti-constitutional aims in a militant or aggressive way, a condition which did not require the use of force or a specific violation of the law. It was sufficient, for the finding of an unconstitutional aim that justified the ban, for the programme, imagery and style to indicate an essential relationship with Nazism. The fact that an association aligned itself with the Nazi party (prohibited in Germany) or propagated a racial theory which was not in conformity with the constitutional prohibition of discrimination was sufficient to meet the conditions for banning the association. If an association attempted to hide its unconstitutional intentions, the conditions for the ban would become clear simply from the general picture formed by the individual statements and conduct. The fact that these elements might appear to be subordinate to a varying number of innocuous circumstances said nothing in itself about their significance.

31. The Supreme Court of the United States considered the problem of intimidation in *Virginia v. Black*, 538 US 343 (2003). A Virginia statute makes it a felony "for any person ..., with the intent of intimidating any person or group ..., to burn a cross on the property of another, a highway or other public place," and specifies that "[a]ny such burning ... shall be prima facie evidence of an intent to intimidate a person or group."

The Supreme Court held that burning a cross in the United States was inextricably intertwined with the history of the Ku Klux Klan. The Klan had often used cross burnings as a tool of intimidation and a threat of impending violence. To this day, regardless of whether the message was a political one or was also meant to intimidate, the burning of a cross was a “symbol of hate.” While cross burning did not inevitably convey a message of intimidation, often the cross burner intended that the recipients of the message should fear for their lives. The First Amendment of the Constitution of the United States permitted a State to ban “true threats”, which encompassed those statements where the speaker meant to communicate a serious expression of an intent to commit an act of unlawful violence to a particular individual or group of individuals. The speaker need not actually intend to carry out the threat. Rather, a prohibition on true threats protected individuals from the fear of violence and the disruption that fear engendered, as well as from the possibility that the threatened violence would occur. Intimidation in the constitutionally proscribable sense of the word was a type of true threat, where a speaker directed a threat to a person or group of persons with the intent of placing the victim in fear of bodily harm or death. The First Amendment permitted Virginia to outlaw cross burnings done with the intent to intimidate, because burning a cross was a particularly virulent form of intimidation.

THE LAW

ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 11 OF THE CONVENTION

32. The applicant complained that the dissolution of the Association which he chaired amounted to a violation of his right to freedom of association as guaranteed by Article 11 of the Convention, which reads as follows:

“1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, 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. This Article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State.”

The Government contested that argument.

A. Admissibility

33. In the Government's view, the application should be declared inadmissible as being incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention in the light of Article 17, because the Association provided an institutional framework for expressing racial hatred against Jewish and Roma citizens. They drew attention to the fact that international human rights monitoring bodies (such as the Advisory Committee of the Framework Convention for the Protection of National Minorities and the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), see paragraphs 26-28 above) had also raised concerns about the threatening effect of the uniform, insignia and flags used in the Movement's demonstrations.

34. The Government referred to the case-law of the Convention institutions, including the Court's decision in *Garaudy v. France* ((dec.), no. 65831/01, ECHR 2003-IX). They pointed out that, where the right to freedom of expression had been relied on by applicants to justify the publication of texts that infringed the very spirit of the Convention and the essential values of democracy, the European Commission of Human Rights had had recourse to Article 17 of the Convention, either directly or indirectly, in rejecting their arguments and declaring their applications inadmissible (examples included *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, nos. 8348/78 and 8406/78, Commission decision of 11 October 1979, Decisions and Reports (DR) 18, p. 187, and *Marais v. France*, no. 31159/96, Commission decision of 24 June 1996, DR 86-B, p. 184). In the Government's view, the Court had subsequently confirmed that approach (they referred to *Lehideux and Isorni v. France*, 23 September 1998, §§ 47 and 53, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VII). Moreover, they pointed out that, in a case concerning Article 11 (*W.P. and Others v. Poland* (dec.), no. 42264/98, ECHR 2004-VII), the Court had observed that "the general purpose of Article 17 is to prevent totalitarian groups from exploiting in their own interests the principles enunciated by the Convention". Similar conclusions had been reached in the cases of *Norwood v. the United Kingdom* ((dec.), no. 23131/03, ECHR 2004-XI), and *Witzsch v. Germany* ((dec.), no. 7485/03, 13 December 2005); the Government referred by contrast to *Vajnai v. Hungary* (no. 33629/06, § 25, ECHR 2008).

35. The applicant argued in reply that the activities of the Association did not constitute abuse of the right to freedom of expression and association, their objective having been the restoration of the rule of law by protecting citizens from criminals. The Association had not been involved

in any activity aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth in the Convention.

36. The Court observes at the outset that, unlike the cases cited by the Government involving the right to freedom of expression, the present application concerns the applicant's right to freedom of association, and indeed a quite serious restriction on it, resulting in the termination of the Association's legal existence as such. Therefore, the present application is to be distinguished from those relied on by the Government. In respect of the latter the Court observes that, particularly in *Garaudy* and in *Lehideux and Isorni* (both cited above), the justification of Nazi-like politics was at stake. Consequently, the finding of an abuse under Article 17 lay in the fact that Article 10 had been relied on by groups with totalitarian motives.

37. In the instant case, however, it has not been argued by the Government that the applicant expressed contempt for the victims of a totalitarian regime (contrast *Witzsch*, cited above) or that he belonged to a group with totalitarian ambitions. Nor does the information contained in the case file support such a conclusion. The applicant was, at the material time, the chairman of a registered association. He complains about the dissolution of that association together with that of a movement which, in the domestic courts' view, constituted an entity within that association, essentially on account of a demonstration which had not been declared unlawful at the domestic level and did not lead to any act of violence. In these circumstances, the Court cannot conclude that the Association's activities were intended to justify or propagate an ideology of oppression serving "totalitarian groups".

38. Those activities, whose compatibility with Article 11 of the Convention will be the subject matter of a review on the merits (compare and contrast *Féret v. Belgium*, no. 15615/07, § 52, 16 July 2009), do not reveal prima facie any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth in the Convention (see *Sidiropoulos and Others v. Greece*, 10 July 1998, § 29, *Reports* 1998-IV) or any prima facie intention on the applicant's part to publicly defend or disseminate propaganda in support of totalitarian views (see *Vajnai*, cited above, §§ 24-26). Only when the above-mentioned review is complete will the Court be in a position to decide, in the light of all the circumstances of the case, whether Article 17 of the Convention should be applied (see *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 96, ECHR 2003-II).

39. It follows that, for the Court, the application does not constitute an abuse of the right of petition for the purposes of Article 17 of the

Convention. Therefore, it is not incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3. The Court 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 Government

40. The Government maintained that the Movement had not had a distinct legal status but had been a unit of the Association created, organised and financed by the latter. Its members had acted in the interests and under the guidance of the Association and paid their membership fees to it. The fact that the Association's charter did not clarify its internal structure could not lead to the conclusion that the Movement had not been *de jure* part of the Association. However, even assuming that the Movement had been a distinct entity *de jure*, its *de facto* links to the Association justified the finding that the Association had overstepped its freedom of expression on account of the Movement's operation. Therefore, the Association chaired by the applicant had not been dissolved because of the acts of a distinct entity but because of its own activities.

41. Moreover, the Government were of the opinion that there had been no interference with the applicant's freedom of association, since that freedom did not cover the right to associate in order to disseminate racist propaganda. However, even if there had been interference, it had been prescribed by law and served the legitimate aims of protecting public safety, the prevention of disorder or crime and the protection of the rights and freedoms of others.

42. Furthermore, the interference had been necessary in a democratic society, given the racist and anti-Semitic content of the demonstrations staged by the Movement and its paramilitary rituals, which were intimidating and traumatising, promoted segregation, increased social tension and provoked violence. As to proportionality, dissolution was an appropriate sanction for the propagation of racial discrimination and segregation. It was not even the most severe sanction available, since criminal sanctions could be invoked as well as an *ultima ratio* against the individuals involved who were responsible for the most serious expressions of racial hatred, inciting others to violence.

(b) The applicant

43. At the outset the applicant stressed that, contrary to the findings of the domestic courts, the impugned actions of the Movement could not be imputed to the dissolved Association. He disputed that the Movement had constituted an integral part of the Association, since the two entities had functioned separately and independently, albeit in cooperation. He also emphasised that none of the Association's members had participated in the Movement.

44. The applicant contested the Government's argument that the dissolution of the Association had pursued a legitimate aim in the interests of national security or public safety, that is, for the prevention of disorder and crime and the protection of the rights and freedoms of others within the meaning of Article 11 § 2 of the Convention. In his view, the courts had failed to establish any instances of actual disorder or any violation of the rights of others. He stressed that the domestic decisions had referred to a merely hypothetical danger whose prevention could not be seen as a legitimate aim under the Convention.

45. Furthermore, the applicant alleged that, even assuming that the interference with the rights enshrined under Article 11 of the Convention had been lawful, the dissolution of the association had been neither necessary nor proportionate to the aims pursued. He noted that any interference by the public authorities with the exercise of the right of freedom of association had to be in proportion to the seriousness of the impugned conduct; thus, the sanction pronounced by the domestic courts had been excessively severe. Under the Court's case-law, dissolution was reserved for situations in which the activities of an association seriously endangered the very essence of the democratic system; neither the Association's nor the Movement's activities had sought or had such an effect. In any event, the relevant domestic law did not provide for any sanction other than dissolution in respect of the allegedly unlawful activities of an association, a fact which in itself excluded all proportionality.

46. The applicant also pointed out that the exceptions set out in Article 11 § 2 were to be construed narrowly: only convincing and compelling reasons could justify restrictions on freedom of association. However, in the present case, the domestic courts had not adduced sufficient and relevant reasons for the restriction, since they had failed to demonstrate how the activities of the Association were capable of provoking conflicts or either supporting or promoting violence and the destruction of democracy. Indeed, the Association's activities had merely been aimed at enabling the discussion of

unresolved social problems such as the security of vulnerable people and the extraordinarily high crime rate.

47. The applicant further drew attention to the Court's case-law considering Article 11 in the light of Article 10. In that context he conceded that the ideas expressed by the Movement might be offensive or shocking. Nevertheless, they did not amount to incitement to hatred or intolerance, and were thus compatible with the principles of pluralism and tolerance within a democratic society.

(c) The third party

48. The European Roma Rights Centre submitted that the freedoms guaranteed under Article 11 of the Convention could be restricted in order to protect the rights and freedoms of minority communities. Making reference, *inter alia*, to the relevant provisions of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, it argued that organisations which attempted to justify or promote racial hatred and discrimination in any form did not come within the scope of the protection provided by Article 11. The third party further drew attention to the fact that minorities, and in particular the Roma, enjoyed special protection under Article 14 of the Convention, and referred to the emerging international consensus amongst Contracting States of the Council of Europe towards recognising an obligation to protect their security.

2. The Court's assessment

(a) Whether there was interference

49. The Court notes that the Association chaired by the applicant was dissolved and that the effects of that measure extended to the Movement (see paragraph 15 above). It therefore considers that there was interference with the applicant's rights guaranteed under Article 11 of the Convention.

(b) Whether the interference was justified

50. Such interference will constitute a violation of Article 11 unless it was prescribed by law, pursued one or more legitimate aims for the purposes of Article 11 § 2 and was necessary in a democratic society to achieve those aims.

(i) "Prescribed by law"

51. The Court observes that the Association, and consequently the Movement, was dissolved under section 16(2)(d) of Act no. II of 1989 on the right to freedom of association (see paragraph 18 above), including the reference therein to section 2(2) ("prejudice the rights and liberties of others").

It further takes note of the parties' diverging arguments as to whether the domestic court decisions lawfully included the dissolution of the Movement in ordering the Association's disbandment.

In this connection the Court notes that, in reply to the prosecution authorities' factual observations (see in detail in paragraph 11 above), the Budapest Court of Appeal and the Supreme Court held (see paragraphs 15-16 above) that the Movement had to be regarded, as a matter of interpretation of the domestic law on associations, as an entity operating within the Association rather than independently. Those courts observed that the principal activity of the Association was the founding, operation, guidance and financing of the Movement.

The Court finds no particular element in the case file or the parties' submissions which would render this application of the law arbitrary, the national authorities being better positioned to provide an interpretation of the national law and to assess evidence. In view of the fact that the creation of the Movement was a project of the Association, that the Movement and the Association shared a bank account, that candidates for membership of the Movement were assessed by the Association and that the former's uniform could be bought from the latter, the Court does not find the position of those courts unreasonable.

Consequently, the Court is satisfied that the dissolution of the Association on account of the actions of the Movement was "prescribed by law", given the domestic courts' findings as to their relationship.

(ii) *Legitimate aim*

52. The Court considers that the impugned measure can be seen as pursuing the aims of public safety, the prevention of disorder and the protection of the rights of others, all of which are legitimate for the purposes of Article 11 § 2 of the Convention, notwithstanding the applicant's allegation that the domestic courts had not demonstrated the existence of any actual instances of disorder or violation of the rights of others (see paragraph 44 above).

It remains to be ascertained whether the impugned measure was necessary in a democratic society.

(iii) *Necessary in a democratic society*

(α) General principles

53. The general principles articulated in the Court's case-law in this sphere are summarised in the case of *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* (30 January 1998, *Reports* 1998-I) as follows.

“42. The Court reiterates that notwithstanding its autonomous role and particular sphere of application, Article 11 must also be considered in the light of Article 10. The protection of opinions and the freedom to express them is one of the objectives of the freedoms of assembly and association as enshrined in Article 11 (see, among other authorities, the *Young, James and Webster v. the United Kingdom* judgment of 13 August 1981, Series A no. 44, p. 23, § 57, and the *Vogt v. Germany* judgment of 26 September 1995, Series A no. 323, p. 30, § 64).

43. That applies all the more in relation to political parties in view of their essential role in ensuring pluralism and the proper functioning of democracy ...

As the Court has said many times, there can be no democracy without pluralism. It is for that reason that freedom of expression as enshrined in Article 10 is applicable, subject to paragraph 2, 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 (see, among many other authorities, the *Vogt* judgment cited above, p. 25, § 52). The fact that their activities form part of a collective exercise of freedom of expression in itself entitles political parties to seek the protection of Articles 10 and 11 of the Convention.

...

45. Democracy is without doubt a fundamental feature of the European public order (see the *Loizidou* judgment cited above, p. 27, § 75).

...

In addition, Articles 8, 9, 10 and 11 of the Convention require that interference with the exercise of the rights they enshrine must be assessed by the yardstick of what is ‘necessary in a democratic society’. The only type of necessity capable of justifying an interference with any of those rights is, therefore, one which may claim to spring from ‘democratic society’. Democracy thus appears to be the only political model contemplated by the Convention and, accordingly, the only one compatible with it.

...

46. Consequently, the exceptions set out in Article 11 are, where political parties are concerned, to be construed strictly; only convincing and compelling reasons can justify restrictions on such parties’ freedom of association. In determining whether a necessity within the meaning of Article 11 § 2 exists, the Contracting States have only a limited margin of appreciation, which goes hand in hand with rigorous European supervision embracing both the law and the decisions applying it, including those given by independent courts. The Court has already held that such scrutiny was necessary in a case concerning a Member of Parliament who had been convicted of proffering insults (see the *Castells* judgment cited above, pp. 22–23, § 42); such scrutiny is all the more necessary where an entire political party is dissolved and its leaders banned from carrying on any similar activity in the future.

47. When the Court carries out its scrutiny, its task is not to substitute its own view for that of the relevant national authorities but rather to review under Article 11 the decisions they delivered in the exercise of their discretion. This does not mean that it

has to confine itself to ascertaining whether the respondent State exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith; it must 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 so doing, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 11 and, moreover, that they based their decisions on an acceptable assessment of the relevant facts (see, *mutatis mutandis*, the *Jersild v. Denmark* judgment of 23 September 1994, Series A no. 298, p. 26, § 31)."

54. Further relevant principles are contained in the judgment in *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others* (cited above), as follows:

"(γ) The possibility of imposing restrictions, and rigorous European supervision

96. The freedoms guaranteed by Article 11, and by Articles 9 and 10 of the Convention, cannot deprive the authorities of a State in which an association, through its activities, jeopardises that State's institutions, of the right to protect those institutions. In this connection, the Court points out that it has previously held that some compromise between the requirements of defending democratic society and individual rights is inherent in the Convention system. For there to be a compromise of that sort any intervention by the authorities must be in accordance with paragraph 2 of Article 11 – a matter which the Court considers below. ...

...

98. ... [A] political party may promote a change in the law or the legal and constitutional structures of the State on two conditions: firstly, the means used to that end must be legal and democratic; secondly, the change proposed must itself be compatible with fundamental democratic principles. It necessarily follows that a political party whose leaders incite to violence or put forward a policy which fails to respect democracy or which is aimed at the destruction of democracy and the flouting of the rights and freedoms recognised in a democracy cannot lay claim to the Convention's protection against penalties imposed on those grounds (see *Yazar and Others v. Turkey*, nos. 22723/93, 22724/93 and 22725/93, § 49, ECHR 2002-II, and, *mutatis mutandis*, the following judgments: *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, nos. 29221/95 and 29225/95, § 97, ECHR 2001-IX, and *Socialist Party and Others v. Turkey*, judgment of 25 May 1998, *Reports* 1998-III, pp. 1256-57, §§ 46-47).

99. The possibility cannot be excluded that a political party, in pleading the rights enshrined in Article 11 and also in Articles 9 and 10 of the Convention, might attempt to derive therefrom the right to conduct what amounts in practice to activities intended to destroy the rights or freedoms set forth in the Convention and thus bring about the destruction of democracy (see *Communist Party (KPD) v. Germany*, no. 250/57, Commission decision of 20 July 1957, *Yearbook* 1, p. 222). In view of the very clear link between the Convention and democracy ..., no one must be authorised to rely on the Convention's provisions in order to weaken or destroy the ideals and values of a democratic society. Pluralism and democracy are based on a compromise that requires various concessions by individuals or groups of individuals, who must sometimes agree

to limit some of the freedoms they enjoy in order to guarantee greater stability of the country as a whole (see, *mutatis mutandis*, *Petersen v. Germany* (dec.), no. 39793/98, ECHR 2001-XII).

In that context, the Court considers that it is not at all improbable that totalitarian movements, organised in the form of political parties, might do away with democracy, after prospering under the democratic regime, there being examples of this in modern European history.

...

(δ) Imputability to a political party of the acts and speeches of its members

101. The Court further considers that the constitution and programme of a political party cannot be taken into account as the sole criterion for determining its objectives and intentions. The political experience of the Contracting States has shown that in the past political parties with aims contrary to the fundamental principles of democracy have not revealed such aims in their official publications until after taking power. That is why the Court has always pointed out that a party's political programme may conceal objectives and intentions different from the ones it proclaims. To verify that it does not, the content of the programme must be compared with the actions of the party's leaders and the positions they defend. Taken together, these acts and stances may be relevant in proceedings for the dissolution of a political party, provided that as a whole they disclose its aims and intentions ...

(ε) The appropriate timing for dissolution

102. In addition, the Court considers that a State cannot be required to wait, before intervening, until a political party has seized power and begun to take concrete steps to implement a policy incompatible with the standards of the Convention and democracy, even though the danger of that policy for democracy is sufficiently established and imminent. The Court accepts that where the presence of such a danger has been established by the national courts, after detailed scrutiny subjected to rigorous European supervision, a State may 'reasonably forestall the execution of such a policy, which is incompatible with the Convention's provisions, before an attempt is made to implement it through concrete steps that might prejudice civil peace and the country's democratic regime' (see the Chamber's judgment, § 81).

103. The Court takes the view that such a power of preventive intervention on the State's part is also consistent with Contracting Parties' positive obligations under Article 1 of the Convention to secure the rights and freedoms of persons within their jurisdiction. Those obligations relate not only to any interference that may result from acts or omissions imputable to agents of the State or occurring in public establishments but also to interference imputable to private individuals within non-State entities ... A Contracting State may be justified under its positive obligations in imposing on political parties, which are bodies whose *raison d'être* is to accede to power and direct the work of a considerable portion of the State apparatus, the duty to respect and safeguard the rights and freedoms guaranteed by the Convention and the obligation not to put forward a political programme in contradiction with the fundamental principles of democracy.

(ζ) Overall examination

104. In the light of the above considerations, the Court's overall examination of the question whether the dissolution of a political party on account of a risk of democratic principles being undermined met a 'pressing social need' (see, for example, *Socialist Party and Others*, cited above, p. 1258, § 49) must concentrate on the following points: (i) whether there was plausible evidence that the risk to democracy, supposing it had been proved to exist, was sufficiently imminent; (ii) whether the acts and speeches of the leaders and members of the political party concerned were imputable to the party as a whole; and (iii) whether the acts and speeches imputable to the political party formed a whole which gave a clear picture of a model of society conceived and advocated by the party which was incompatible with the concept of a 'democratic society'.

105. The overall examination of the above points that the Court must conduct also has to take account of the historical context in which the dissolution ... took place ... in the country concerned to ensure the proper functioning of 'democratic society' (see, *mutatis mutandis*, *Petersen*, cited above)."

55. The Court's judgment in *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain* (nos. 25803/04 and 25817/04, ECHR 2009) contains further relevant passages:

"79. ... It necessarily follows that a political party whose leaders incite to violence or put forward a policy which fails to respect democracy or which is aimed at the destruction of democracy and the flouting of the rights and freedoms recognised in a democracy cannot lay claim to the Convention's protection against penalties imposed on those grounds ...

...

81. ... [A] State may 'reasonably forestall the execution of such a policy, which is incompatible with the Convention's provisions, before an attempt is made to implement it through concrete steps that might prejudice civil peace and the country's democratic regime' (see *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others*, cited above, § 102).

...

83. ... [The] Court's overall examination of the question whether the dissolution of a political party on account of a risk of democratic principles being undermined met a 'pressing social need' (see, for example, *Socialist Party and Others*, cited above, § 49) must concentrate on the following points: (i) whether there was plausible evidence that the risk to democracy, supposing it had been proved to exist, was sufficiently and reasonably imminent, and (ii) whether the acts and speeches imputable to the political party formed a whole which gave a clear picture of a model of society conceived and advocated by the party which was incompatible with the concept of a 'democratic society' ..."

(β) Application of those principles to the present case

56. The Court points out at the outset that, although the right to create and operate political parties falls within the protection of Article 11 of the Convention, as does the right to create and operate social organisations, these two types of entity differ from each other as regards, amongst other elements, the role which they play in the functioning of a democratic society, since many social organisations contribute to that functioning only in an indirect manner.

In several member States of the Council of Europe, political parties enjoy a special legal status which facilitates their participation in politics in general and in elections in particular; they also have specific legally endorsed functions in the electoral process and in the formation of public policies and public opinion.

Social organisations do not normally enjoy such legal privileges and have, in principle, fewer opportunities to influence political decision-making. Many of them do not participate in public political life, although there is no strict separation between the various forms of associations in this respect, and their actual political relevance can be determined only on a case-by-case basis.

Social movements may play an important role in the shaping of politics and policies, but compared with political parties such organisations usually have fewer legally privileged opportunities to influence the political system. However, given the actual political impact which social organisations and movements have, when any danger to democracy is being assessed, regard must be had to their influence.

57. In the Court's view, the State is also entitled to take preventive measures to protect democracy *vis-à-vis* such non-party entities if a sufficiently imminent prejudice to the rights of others threatens to undermine the fundamental values on the basis of which a democratic society exists and functions. One such value is the coexistence of members of society free from racial segregation, without which a democratic society is inconceivable. The State cannot be required to wait, before intervening, until a political movement takes action to undermine democracy or has recourse to violence. Even if that movement has not made an attempt to seize power and the risk of its policy to democracy is not imminent, the State is entitled to act preventively if it is established that such a movement has started to take concrete steps in public life to implement a policy incompatible with the standards of the Convention and democracy (see *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others*, cited above, § 102).

58. In assessing the necessity and proportionality of the measure complained of, the Court notes that the instant case concerns the dissolution of an association and a movement rather than that of a political party. The responsibilities originating in the particular constitutional role and legal privileges that apply to political parties in many member States of the Council of Europe may apply in the case of social organisations only to the extent that the latter do actually have a comparable degree of political influence. On the other hand, the Court is aware that the termination of the legal existence of the Association and the Movement was a sanction of considerable gravity, because it equated to stripping these groups of the legal, financial and practical advantages normally secured to registered associations in most jurisdictions (see paragraph 18 above). Therefore, any such measure must be supported by relevant and sufficient reasons, just as in the case of dissolution of a political party, although in the case of an association, given its more limited opportunities to exercise national influence, the justification for preventive restrictive measures may legitimately be less compelling than in the case of a political party. In view of the difference in the importance for a democracy between a political party and a non-political association, only the former deserves the most rigorous scrutiny of the necessity of a restriction on the right to associate (compare, *per analogiam*, the level of protection granted to political speech and to speech which does not concern matters of public interest, in *Lingens v. Austria*, 8 July 1986, § 42, Series A no. 103, and *Tammer v. Estonia*, no. 41205/98, § 62, ECHR 2001-I). This distinction has to be applied with sufficient flexibility. As regards associations with political aims and influence, the level of scrutiny will depend on the actual nature and functions of the association in view of the circumstances of the case.

59. The Court observes that the Movement about whose dissolution the applicant complains was created by the Association with the stated purpose of “defending a physically, spiritually and intellectually defenceless Hungary” (see paragraph 8 above). The Movement’s subsequent activities involved rallies and demonstrations, the members sporting uniforms and parading in military-like formations. These events were held in various parts of the country, and in particular in villages with large Roma populations such as Tatárszentgyörgy; calls were also made for the defence of “ethnic Hungarians” against so-called “Gypsy criminality” (see paragraph 10 above). In reaction to this sequence of events, the public prosecutor brought an action against the Movement and the Association, the essence of which was that the defendants’ activities amounted to racist intimidation of citizens of Roma origin (see paragraph 11 above).

60. In the ensuing judicial proceedings the courts assessed the links between the two defendants and found convincing evidence that they did not constitute separate entities. In view of the arguments considered in this context, the Court cannot find this conclusion unreasonable or arbitrary (see paragraphs 11, 13, 15, 16 and 51 above).

61. The case resulted in the dissolution of both the Association and the Movement. In essence, the domestic courts found that even though no actual violence had occurred as a result of the defendants' activities, they were liable for having created an anti-Roma atmosphere through verbal and visual demonstrations of power. This amounted to a breach of the relevant law on associations, ran counter to human dignity and prejudiced the rights of others, that is, of Roma citizens. In the latter connection the courts observed that the central theme of the Tatárszentgyörgy rally was "Gypsy criminality", a racist concept. The courts paid particular attention to the fact that the impugned rallies involved military-style uniforms, commands, salutes and formations as well as armbands reminiscent of Arrow Cross symbols. On appeal, this reasoning was extended to include considerations to the effect that the populations of the villages targeted by the Movement were a "captive audience", because those citizens had not been in a position to avoid the extreme and exclusionary views conveyed by the Movement's actions. In the courts' view, the latter amounted to creating a public menace by generating social tension and bringing about an atmosphere of impending violence (see paragraphs 15 and 16 above).

62. The Court reiterates that it is in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law (see, among many other authorities, *Lehideux and Isorni*, cited above, § 50). The Court's task is merely to review the decisions delivered by the authorities within their margin of appreciation. In so doing, it must satisfy itself that they based their decisions on an acceptable assessment of the relevant facts (see *Incal v. Turkey*, 9 June 1998, § 48, *Reports* 1998-IV). In the circumstances of the present case, the Court cannot find the conclusions of the Hungarian courts unreasonable or arbitrary and it shares the view of those courts that the activities of and the ideas expressed by the Movement relied on a race-based comparison between the Roma minority and the ethnic Hungarian majority (see paragraph 13 above).

63. The Court has previously held, in the context of Article 10, that ideas or conduct cannot be excluded from the protection provided by the Convention merely because they are capable of creating a feeling of unease in groups of citizens or because some may perceive them as disrespectful (see *Vajnai*, cited above, § 57). It is of the view that similar considerations must apply to freedom of association in so far as it concerns the association

of individuals in order to further ideas which are less than widely accepted, or even shocking or disturbing. Indeed, unless the association in question can reasonably be regarded as a breeding ground for violence or as incarnating a negation of democratic principles, radical measures restricting such fundamental rights as that of freedom of association – in the name of protecting democracy – are difficult to reconcile with the spirit of the Convention, which is aimed at guaranteeing the articulation of political views (even those which are difficult to accept for the authorities or a larger group of citizens and contest the established order of society) through all peaceful and lawful means, including association and assemblies (see, *mutatis mutandis*, *Güneri and Others v. Turkey*, nos. 42853/98, 43609/98 and 44291/98, § 76, 12 July 2005).

64. That being so, it has to be ascertained whether in this particular case the actions of the Association and the Movement remained within the limits of legal and peaceful activities. In this connection the Court cannot overlook the fact that their activists staged several rallies, such as the event in Tatárszentgyörgy which involved some 200 persons in a village of approximately 1,800 inhabitants. It is true that no actual violence occurred, although it is not possible to determine with hindsight whether or not this was because of the presence of the police. The activists were marching in the village wearing military-style uniforms and threatening armbands, in a military-like formation, giving salutes and issuing commands of the same kind.

65. In the Court's view, such a rally was capable of conveying the message to those present that its organisers had the intention and the capacity to have recourse to a paramilitary organisation to achieve their aims, whatever they might be. The paramilitary formation was reminiscent of the Hungarian Nazi (Arrow Cross) movement, which was the backbone of the regime that was responsible, amongst other things, for the mass extermination of Roma in Hungary. Having regard to the fact that there were established organisational links between the Movement whose activists were present and the Association, the Court also finds that the intimidating effect of the rallies in Tatárszentgyörgy and elsewhere must have gained momentum – and indeed, have been multiplied – by virtue of the fact that the rallies were backed by a registered association benefiting from legal recognition.

66. The Court considers that the demonstration by political protagonists of their ability and willingness to organise a paramilitary force goes beyond the use of peaceful and lawful means of articulating political views. In the light of historical experience – such as that of Hungary in the wake of the era of Arrow Cross power – the reliance of an association on paramilitary demonstrations which express racial division and implicitly call for

race-based action must have an intimidating effect on members of a racial minority, especially when they are in their homes and as such constitute a captive audience. In the Court's view, this exceeds the limits of the scope of protection secured by the Convention in relation to expression (see *Vajnai*, cited above, § 57) or assemblies and amounts to intimidation, which is – in the words of the United States Supreme Court's judgment in *Virginia v. Black* (see paragraph 31 above) – a “true threat”. The State is therefore entitled to protect the right of the members of the target groups to live without intimidation. This is particularly true because they were singled out on a racial basis and were intimidated on account of their belonging to an ethnic group. In the Court's view, a paramilitary march goes beyond the mere expression of a disturbing or offensive idea, since the message is accompanied by the physical presence of a threatening group of organised activists. Where the expression of ideas is accompanied by a form of conduct, the Court considers that the level of protection generally granted to freedom of expression may be reduced in the light of important public-order interests related to that conduct. If the conduct associated with the expression of ideas is intimidating or threatening or interferes with the free exercise or enjoyment by another of any Convention right or privilege on account of that person's race, these considerations cannot be disregarded even in the context of Articles 10 and 11.

67. In the instant case the impugned activities quite clearly targeted the Roma minority, which was supposedly responsible for “Gypsy criminality”, and the Court is not convinced by the applicant's arguments that the intention of the dissolved entities was not the singling-out and intimidation of this vulnerable group (see *Horváth and Kiss v. Hungary*, no. 11146/11, § 102, 29 January 2013). In this connection the Court recognises the concerns of various international bodies (see paragraphs 26-28 above).

68. As the Court has already pointed out (see paragraph 57 above), in such circumstances the authorities could not be required to await further developments before intervening to secure the protection of the rights of others, since the Movement had taken concrete steps in public life to implement a policy incompatible with the standards of the Convention and democracy.

69. The Court considers that the intimidating character of the rallies in question is an overriding consideration, despite the fact that the actual assemblies were not banned by the authorities and no violent act or crime occurred. What matters is that the repeated organisation of the rallies (see paragraph 15 above) was capable of intimidating others and therefore of affecting their rights, especially in view of the location of the parades. With regard to the dissolution of the Association, it is immaterial that

the demonstrations, taken in isolation, were not illegal, and the Court is not called upon in the present case to determine to what extent the demonstrations amounted to exercise of the Convention right of assembly. It may be only in the light of the actual conduct of such demonstrations that the real nature and goals of an association become apparent. In the Court's view, organising a series of rallies allegedly in order to keep "Gypsy criminality" at bay by means of paramilitary parading can be regarded as implementing a policy of racial segregation. In fact, the intimidating marches can be seen as constituting the first steps in the realisation of a certain vision of "law and order" which is racist in essence.

The Court would point out in this context that if the right to freedom of assembly is repeatedly exercised by way of intimidating marches involving large groups, the State is entitled to take measures restricting the related right to freedom of association in so far as it is necessary to avert the danger which such large-scale intimidation represents for the functioning of democracy (see paragraph 54 above). Large-scale, coordinated intimidation – related to the advocacy of racially motivated policies which are incompatible with the fundamental values of democracy – may justify State interference with freedom of association, even within the narrow margin of appreciation applicable in the present case. The reason for this relates to the negative consequences which such intimidation has on the political will of the people. While the incidental advocacy of anti-democratic ideas is not sufficient in itself to justify banning a political party on the ground of compelling necessity (see paragraph 53 above), and even less so in the case of an association which cannot make use of the special status granted to political parties, the circumstances taken overall, and in particular any coordinated and planned actions, may constitute sufficient and relevant reasons for such a measure, especially where other potential forms of expression of otherwise shocking ideas are not directly affected (see paragraph 71 *in fine* below).

70. In view of the above considerations, the Court is convinced that the arguments adduced by the national authorities were relevant and sufficient to demonstrate that the impugned measure corresponded to a pressing social need.

71. The Court is aware that the disbanding of the Movement and the Association represented quite a drastic measure. However, it is satisfied that the authorities nevertheless chose the least intrusive – indeed, the only reasonable – course of action to deal with the issue. Moreover, it is to be noted that the domestic authorities had previously drawn the attention of the Association to the unlawful nature of the Movement's activities, a move which resulted only in formal compliance (see paragraph 9 above), to the extent that further rallies took place during the ongoing proceedings

(see paragraph 15 above – compare *S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, § 84, ECHR 2011). In the Court's view, the threat to the rights of others represented by the Movement's rallies could be effectively eliminated only by removing the organisational back-up of the Movement provided by the Association. Had the authorities acquiesced in the continued activities of the Movement and the Association by upholding their legal existence in the privileged form of an entity under the law on associations, the general public might have perceived this as legitimisation by the State of this menace. This would have enabled the Association, benefiting from the prerogatives of a legally registered entity, to continue to support the Movement, and the State would thereby have indirectly facilitated the orchestration of its campaign of rallies. Furthermore, the Court notes that no additional sanction was imposed on the Association or the Movement, or on their members, who were in no way prevented from continuing political activities in other forms (see, *a fortiori*, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others*, cited above, §§ 133-34). In these circumstances, the Court finds that the measure complained of was not disproportionate to the legitimate aims pursued.

72. The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that there has been no violation of Article 11 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

1. *Declares* the application admissible;
2. *Holds* that there has been no violation of Article 11 of the Convention.

Done in English, and notified in writing on 9 July 2013, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Stanley Naismith
Registrar

Guido Raimondi
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the separate opinion of Judge Pinto de Albuquerque is annexed to this judgment.

G.R.A.
S.H.N.

CONCURRING OPINION OF JUDGE PINTO DE ALBUQUERQUE

The dissemination of anti-Gypsyism and anti-Semitism by legal persons and the means of reacting to them under the European Convention on Human Rights (“the Convention”) are the core issues of the *Vona* case. I agree with the Chamber, but I am convinced that the case raises issues of crucial importance which should be addressed. That is the purpose of this opinion.

The international obligation to criminalise the dissemination of racism

Article 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD)¹ requires States Parties to criminalise six categories of racist misconduct: (i) the dissemination of ideas based upon racial superiority or hatred; (ii) incitement to racial hatred; (iii) acts of violence against any race or group of persons of another colour or ethnic origin; (iv) incitement to such acts; (v) the financing of racist activities; and (vi) participation in organisations, and also organised and all other propaganda activities, which promote and incite racial discrimination². In addition, the ICERD requires States Parties to declare illegal and prohibit organisations which promote and incite racial discrimination, and to be vigilant in proceeding against such organisations at the earliest opportunity³. Since these obligations are mandatory⁴, it does not suffice, for the purposes of Article 4 of the ICERD, merely to declare acts of racial discrimination punishable on paper. Rather, criminal laws and other legal provisions prohibiting racial discrimination must also be effectively implemented by the competent national tribunals and other State institutions⁵.

1. The ICERD was adopted on 21 December 1965, and has 176 parties, including Hungary.

2. According to the ICERD, the term “racial discrimination” means any distinction, exclusion, restriction, or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin that has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life. Thus, the universal definition does not make any difference between discrimination based on ethnicity and race.

3. See Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD) General Recommendation No. 15 (1993) on organised violence based on ethnic origin, §§ 3-6; General Recommendation No. 27 (2000): Discrimination against Roma, § 12; General Recommendation No. 30 (2004): Discrimination Against Non-Citizens, §§ 11-12; and General Recommendation No. 31 (2005) on the prevention of racial discrimination in the administration and functioning of the criminal justice system, § 4.

4. See CERD General Recommendation No. 7 (1985): Legislation to eradicate racial discrimination (Art. 4), and General Recommendation No. 15 (1993), cited above, § 2.

5. See CERD Communication No. 34/2004, *Gelle v. Denmark*, 6 March 2006, § 7.3, and Communication No. 48/2010, *TBB-Turkish Union in Berlin/Brandenburg v. Germany*, 4 April 2013, § 12.3.

Article 1 § 2 of the International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid requires States Parties to criminalise apartheid, which includes acts committed by organisations, institutions and individuals for the purpose of establishing and maintaining domination by one racial group of persons over any other racial group of persons and systematically oppressing them, such as the policies and practices of racial segregation and discrimination as practised by the former political regime of South Africa⁶.

Under Article 7 § 1 (h) of the 1998 Rome Statute of the International Criminal Court (ICC)⁷, persecution against any identifiable group or community on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender or other grounds is a crime against humanity subject to the jurisdiction of the ICC, when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack. Acts of harassment, humiliation and psychological abuse of the members of a race, nationality or ethnic group may amount to persecution⁸.

After the 2000 Charter of Fundamental Rights of the European Union prohibited discrimination on any ground such as race, colour, nationality, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, disability, age or sexual orientation, the European Union pursued the repression of the dissemination of racism by means of the 2008 Framework Decision on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law⁹. According to the Framework Decision, certain forms of conduct which are committed for a racist or xenophobic purpose, including, among others, public incitement to violence or hatred directed against a group of persons or a member of such a group defined on the basis of race, colour, descent, religion or belief, or national or ethnic origin, are to be punishable as criminal offences. Member States must ensure that these crimes are punishable by effective, proportionate and dissuasive penalties, including terms of imprisonment of a maximum of at least one to three years for natural persons and criminal or non-criminal fines for legal persons. In

6. The Convention was adopted on 30 November 1973, and has 108 States Parties, including Hungary.

7. The Rome Statute has 122 States Parties, including Hungary.

8. See the *Einsatzgruppen Trial*, Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law no. 10, vol. IV, p. 435: “inciting of the population to abuse, maltreat, and slay their fellow citizens ... to stir up passion, hate, violence, and destruction among the people themselves, aims at breaking the moral backbone”, and more recently, *Kvočka and Others*, IT-98-30/1-A, ICTY judgment of 28 February 2005, §§ 324-25.

9. The Framework Decision is a follow-up to the Joint Action of 15 July 1996 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, concerning action to combat racism and xenophobia.

addition, legal persons may be punished by exclusion from entitlement to public benefits or aid, temporary or permanent disqualification from the practice of commercial activities, placement under judicial supervision or a judicial winding-up order.

Following the adoption of a general instrument to combat discrimination, Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms¹⁰, the Council of Europe established a specific instrument for the punishment of racist and xenophobic expression: the Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist or xenophobic nature committed through computer systems, such as the dissemination of racist and xenophobic material, racist and xenophobic motivated threat or insult, and denial, gross minimisation, approval or justification of genocide or crimes against humanity¹¹. Previously, Committee of Ministers Recommendation No. R (97) 20 had already required governments to establish a sound legal framework consisting of civil, criminal and administrative law provisions on hate speech, which covers all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin. In addition, the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) of the Council of Europe has, since its inception, addressed the activities of certain groups which have an openly anti-Roma and anti-Semitic discourse. In its very first General Policy Recommendation, ECRI suggested the criminalisation of any oral, written, audio-visual and other forms of expression, including the electronic media, inciting to hatred, discrimination or violence against racial, ethnic, national or religious groups or against their members on the ground that they belong to such a group, as well as the production, distribution and storage for distribution of the material in question. Criminal prosecution of offences of a racist or xenophobic nature should be given a high priority and be actively and consistently undertaken. ECRI further advised banning racist organisations where it is considered that this would contribute to the struggle against racism¹². Noting that Roma suffer throughout Europe

10. ETS no. 177, with 18 States Parties.

11. ETS no. 189, with 20 States Parties. For the purposes of this Protocol, racist and xenophobic material means any written material, any image or any other representation of ideas or theories, which advocates, promotes or incites hatred, discrimination or violence, against any individual or group of individuals, based on race, colour, descent or national or ethnic origin, as well as religion if used as a pretext for any of these factors.

12. ECRI General Policy Recommendation No. 1: Combating racism, xenophobia, anti-Semitism and

from persisting prejudices, ECRI has specifically recommended that States take the appropriate measures to ensure that justice is fully and promptly done in cases concerning violations of the fundamental rights of Roma¹³. More recently, on 1 February 2012, the Committee of Ministers adopted the “Declaration on the Rise of Anti-Gypsyism and Racist Violence against Roma in Europe”¹⁴, expressing its deep concern about the rise of anti-Gypsyism, anti-Roma rhetoric and violent attacks against Roma, and calling on public authorities at all levels to conduct in a speedy and effective manner the necessary investigations of all crimes committed against Roma and identify any racist motives for such acts. The Committee also welcomed efforts to prevent and condemn extremist organisations inciting or committing such crimes.

In full coherence with these standards, the European Court of Human Rights (“the Court”) has emphasised the vital importance of combating racial discrimination in all its forms and manifestations, including hate speech or speech aimed at discriminating against ethnic groups¹⁵. Furthermore, the Court has stated that racial violence is a particular affront to human dignity and requires special vigilance and a vigorous reaction from the authorities¹⁶. The vulnerability of the group against whom discrimination and violence takes place has been a factor in the Court’s analysis: for example, the Court has established that people of Roma origin enjoy special protection under Article 14 of the Convention¹⁷.

intolerance, 4 October 1996. General Recommendation No. 7 on national legislation to combat racism and racial discrimination, 13 December 2002, enlarged the prohibition under criminal law to a wide range of acts, including public insults and defamation or threats against a person or a grouping of persons on the grounds of their race, colour, language, religion, nationality, or national or ethnic origin, and provided for the criminal liability of legal persons, which should come into play when the offence has been committed on behalf of the legal person by any persons, particularly acting as the organ of the legal person or as its representative. Criminal liability of a legal person should not exclude the criminal liability of natural persons. Legal persons or groups which promote racism should be prohibited, and if necessary, dissolved.

13. ECRI General Policy Recommendation No. 3: Combating racism and intolerance against Roma/Gypsies, 6 March 1998, and General Policy Recommendation No. 13: Combating anti-Gypsyism and discrimination against Roma, 24 June 2011.

14. The term “Roma” used by the Council of Europe refers to Roma, Sinti, Kale and related groups in Europe, including Travellers and the Eastern groups (Dom and Lom), and covers the wide diversity of the groups concerned, including persons who identify themselves as Gypsies.

15. *Jersild v. Denmark*, 23 September 1994, § 30, Series A no. 298; *Soulas and Others v. France*, no. 15948/03, §§ 43-44, 10 July 2008; and *Féret v. Belgium*, no. 15615/07, §§ 69-71, 16 July 2009.

16. *Nachova and Others v Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, § 145, ECHR 2005-VII, and *Timishev v. Russia*, nos. 55762/00 and 55974/00, § 56, ECHR 2005-XII.

17. *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, § 181, ECHR 2007-IV; *Muñoz Diaz v. Spain*, no. 49151/07, § 60, ECHR 2009; and *Aksu v. Turkey* [GC], nos. 4149/04 and 41029/04, § 44, ECHR 2012.

Hence, States Parties to the Convention have the duty to criminalise speech or any other form of dissemination of racism, xenophobia or ethnic intolerance, to prohibit every assembly and dissolve every group, organisation, association or party that promotes them. States have the obligation not only to bring to justice the alleged offenders and empower the victims of racism with an active role in the criminal proceedings, but also to prevent private actors from committing or reiterating the offence. *Such an international positive obligation must be acknowledged, in view of the broad and long-lasting consensus mentioned above, as a principle of customary international law, binding on all States, and a peremptory norm with the effect that no other rule of international or national law may derogate from it.* Therefore, State tolerance of speech, expression or activities of any natural persons, assemblies, groups, organisations, associations or political parties whose purpose is to disseminate racism, xenophobia or ethnic intolerance represents a breach of the State Party's obligation.

The dissolution of an association

The dissolution of an association depends on the strict conditions set by Article 11 of the Convention, namely the pursuit of the interests of national security or public safety, the prevention of disorder or crime, the protection of health or morals or the protection of the rights and freedoms of others. Moreover, the interference with freedom of association is only justified if it complies with a two-tier test: the test of necessity and the test of proportionality¹⁸. In particular, governments, public authorities and public officials must adhere strictly to the principle of content-neutrality when they interfere with freedom of association, refraining from banning associations or reserving different treatment to associations with whose actions or opinions they do not agree¹⁹.

Normally, associations have multiple statutory goals, some being more important than others. Therefore, it is of the utmost importance to differentiate the primary goals – those without which the association would not have been founded – from the secondary goals, without which the association would have been founded, dissolution being appropriate only

18. For a description of these two tests see my separate opinion in *Mouvement raélien Suisse v. Switzerland* [GC], no. 16354/06, ECHR 2012; these considerations are applicable, *mutatis mutandis*, to freedom of association.

19. An example of the principle of freedom to create associations without any previous content-based control was established by the remarkable French Constitutional Council Decision no. 71-44 DC of 16 July 1971, which declared unconstitutional a procedure through which acknowledgment of an association's legal capacity depended on a preliminary verification by a judicial authority of its conformity with the law.

where the primary goal of the association is illegal. When an illegal statutory goal can be removed, dissolution is, in principle, not appropriate, and the domestic authorities should give preference to removal of the illegal goal from the deed of foundation²⁰.

Nevertheless, an association's goals must be assessed according not only to its deed of foundation, but also to its practice. Sometimes the deed of foundation covers up an illegal practice. The deviation from the association's statutory goals may have occurred *ab initio* or during its subsequent activity. In any case, the statute of the association may not be used as a façade for the pursuit of these deviated goals²¹. Furthermore, the assessment of the association's practice must incorporate its "overall style" (*Gesamtstil*), meaning its symbols, uniforms, formations, salutes, chants and other modes of expression, since the full picture of the association's way of life can reveal an "essential family likeness" (*Wesensverwandschaft*) to other prohibited associations²².

Associations are responsible for their leaders' and members' actions when these are related to the prosecution of the association's goals²³. Liability may result from the direction, organisation, financing, or mere tolerance of unlawful actions by their members or third persons when they act on behalf of the association. The ultimate criterion for the imputation of responsibility for actions is the social perception that the association itself in any way participates in or tolerates unlawful actions²⁴.

Associations are organised social institutions, with sections, branches and movements. The dissolution of the association involves the cessation of all its activity, including that of its sections, branches or movements. Conversely, the dissolution of a "subsidiary" association may warrant the dissolution of the "parent" association, if the former was created or in any way supported by the latter. The same applies evidently to political parties. Different legal personalities must not work as a veil to cover up the essential

20. See my separate opinion in *Association Rhino and Others v. Switzerland*, no. 48848/07, 11 October 2011.

21. *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98 § 101, ECHR 2003-II, and *Association of Citizens Radko & Paunkovski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 74651/01, § 71, ECHR 2009. Also, German Federal Administrative Court judgments of 1 September 2010 (the *Heimattreue Deutsche Jugend* judgment) and 19 December 2012 (the *Hilfsorganisation für nationale politische Gefangene und den Angehörige* judgment).

22. German Federal Administrative Court judgments of 1 September 2010 and 19 December 2012, cited above, and Austrian Constitutional Court judgment of 16 March 2007.

23. See my separate opinion in *Mouvement vaïlien Suisse*, cited above. Acts committed by the association's members in their private lives, outside the context of the association's activities, cannot be regarded as a relevant and sufficient reason for dissolving the association in question.

24. *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, nos. 25803/04 and 25817/04, § 88, ECHR 2009, on tacit support of terrorism.

bonds between associations and political parties which share the same political purposes and pursue the same strategies²⁵.

Finally, the thorny question of the timing of the dissolution must be approached with extreme prudence in order to avoid, on the one hand, a precipitated action which would impair the exercise of basic freedoms, and on the other hand, a belated reaction to seriously dangerous conduct. Only when there is a clear and imminent danger to the interests protected under Article 11 § 2 may the association be dissolved²⁶.

Racism in Hungarian society

It is a fact established by various international monitoring institutions that anti-Roma and anti-Semitic forms of public expression are frequent in Hungarian public life. In its Fourth Report on Hungary, ECRI noted that “there has been a disturbing increase in racism and intolerance in public discourse in Hungary. ... [T]he sense is that the expression of anti-Semitic views is currently on the rise in Hungary”²⁷. In its Third Opinion on Hungary, the Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities found that “Hungary is currently facing a worrying rise in intolerance and racism, chiefly aimed at Roma”²⁸. Subsequently, the Committee of Ministers approved a Resolution which determined that, “In recent years, the Roma have increasingly been victims of displays of intolerance, hostility and racially motivated violence. Hate speech and racism in public statements, and in certain media, is also increasing, which is of deep concern”²⁹. Both the United Nations Human Rights Committee and the United Nations Committee against Torture expressed their concern at the virulent and widespread anti-Roma statements by public figures and the media as well as indications of rising anti-Semitism in Hungary³⁰, and at reports of a disproportionately high number of Roma in prisons and ill-

25. For instance, patrolling, observing, following or in any way monitoring the movements of persons of a certain race or ethnic minority with the alleged purpose of maintaining public order (so-called militia or vigilante action) is certainly an inadmissible racist activity, which itself puts in danger public order and safety and the rights of third persons and therefore warrants dissolution of the association that so acts and the political party that supports the association's activity.

26. *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others*, cited above, § 104, and *Association of Citizens Radko & Paunkowski*, cited above, § 75. In my view, § 57 of the present judgment does not follow the *Refah Partisi* standard, since it admits dissolution before an imminent danger to the interests protected by Article 11 § 2 is proven.

27. Fourth report on Hungary, 24 February 2009, CRI(2009)3, §§ 60-74. The same worries had already been expressed in its Third report on Hungary, 8 June 2004, CRI(2004)25, §§ 58 and 79.

28. ACFC/OP/III(2010)001.

29. CM/ResCMN(2011)13 on the implementation of the Framework Convention for the Protection of National Minorities by Hungary, 6 July 2011.

30. CCPR/C/HUN/CO/5, 16 November 2010, § 18.

treatment of and discrimination against Roma by those responsible for law enforcement³¹. In his report on Hungary, Githu Muigai, United Nations Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, expressed deep concern at the growth of paramilitary organisations with racist platforms which target Roma³².

In sum, racism is today a scourge in Hungarian society, the most vivid example being the fact that vigilante groups continue to hold marches in several villages, throwing objects at the houses of Roma, intimidating Roma residents, chanting anti-Roma slogans and making death threats³³.

The assessment of the facts of the case under the European standard

The present case is to be analysed in terms of the negative obligations arising from Article 11 of the Convention, since the impugned dissolution is a positive State act of interference with the Association's right to legal recognition. Moreover, the Association intended to intervene, and did intervene, in the political arena with a message aimed at defending ethnic Hungarians and their traditions, which are matters of general interest. The parades were not held in places or at times connected with traumatic episodes in the history of the respondent State³⁴. Having in account these factors, the margin of appreciation of the State is narrow, the Court's supervision of the interference being particularly called for when freedom of association and assembly puts in question the human dignity and the security of a targeted group of persons.

The proportionality test

Now that the applicable assessment criteria have been clarified, the impugned interference must be examined in the light of the case as a whole in order to determine whether it is "proportionate to the legitimate aim pursued" and corresponds to a "pressing social need", that is to say whether the specific reasons given by the national authorities appear "relevant and sufficient".

In the case at hand the members of the Hungarian Guard Movement paraded throughout Hungary and called for the defence of ethnic Hungarians against "Gypsy criminality". Based on section 2 of Act no. II of 1989, as well

31. CAT/C/HUN/CO/4, 6 February 2007, § 19.

32. UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, Githu Muigai, 23 April 2012.

33. See, among recent descriptions of the situation made by independent institutions and NGOs, the Council of Europe Commissioner for Human Rights, in his 2012 report "Human rights of Roma and Travellers in Europe"; Amnesty International, in its 2011 and 2012 reports; and Human Rights Watch, in its 2013 report "Hungary's Alarming Climate of Intolerance".

34. See my separate opinion in *Fáber v. Hungary*, no. 40721/08, 24 July 2012.

as the international obligations of the respondent State, the domestic courts considered that these actions were discriminatory in essence, violated the right to liberty and security of the inhabitants of the villages and threatened public order. The domestic courts' reasons are relevant and sufficient.

As a matter of principle, any form of speech which separates the population into "us" and "them", where "them" represent a racial or ethnic group to whom negative characteristics and conduct are attributed, is incompatible with the Convention. The use of the expression "Gypsy crime", which suggests that there is a link between crime and a certain ethnicity, constitutes a racist form of speech intended to fuel feelings of hatred against the targeted ethnic group. This expression reflects a clearly divided view of society into "them", the Roma, perpetrators of crimes, and "us", the "ethnic" Hungarians, the victims of their crimes. Such sweeping generalisations attributing negative behaviour and characteristics are made solely on the basis of the target group's origin and ethnicity. Intolerance and prejudice towards Roma are objectively fanned by statements of this nature. The same can be said for the anti-Semitic utterances made in the parades.

Moreover, the domestic courts considered that the Hungarian Guard Movement was a façade of the applicant Association, since the latter had founded, governed and financed the former. Thus, the domestic courts found that the actions of the Movement should be attributed to the applicant Association. Here, again the domestic courts' reasons were relevant and sufficient.

In fact, the criminalisation of racist speech and expression, the prohibition of assemblies and the dissolution of associations promoting racism are compatible with freedom of expression, assembly and association. Articles 10 and 11 of the Convention must be interpreted so as to be reconcilable with the customary and peremptory international obligation mentioned above. A holistic approach to these freedoms is called for under international human rights law, especially with regard to the applicable restrictions³⁵. The exercise of freedom of expression carries special duties, specified in Article 29 § 2 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), among which the obligation not to disseminate racist ideas is of particular importance, and Article 20 § 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), according to which any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law³⁶. This prohibition is valid not only for

35. *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, 30 January 1998, § 42, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I; *Ezelin v. France*, 26 April 1991, § 37, Series A no. 202; and *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, 13 August 1981, § 57, Series A no. 44.

36. CERD General Recommendation No. 15 (1993), cited above, § 4; *Saada Mohamad Adan v.*

racist expression³⁷, but also for assemblies or associations which promote racism³⁸. In some cases, the dissemination of racism through speech, assembly or association may even be instrumental in the ‘destruction of rights’, warranting the application of the provisions contained in Article 30 of the UDHR, Article 5 of the ICCPR and Article 17 of the Convention³⁹.

The context of a political debate is evidently irrelevant for the racist nature of speech, assembly or association⁴⁰. Even in this case, freedom of expression, assembly and association must yield to human dignity and the rights of persons whose race, nationality or ethnic origin is attacked. As time went by, it became apparent that the activities of the Association presented a clear and imminent danger to public order and the rights of third persons⁴¹. Thus, dissolution was a proportionate measure in the face of the Association’s rhetoric and activities, which denied the affected persons the right to respect as human beings and jeopardised their safety and public order.

The test of necessity

Dissolution of an association is the ultimate measure (*ultimum remedium*) taken against a legal person. Before resorting to that drastic measure, the State must envisage other, less intrusive measures, such as prohibiting assemblies, withdrawing public benefits and placement under judicial supervision. In the case before us, the domestic authorities did give the

Denmark, Communication No. 43/2008, 13 August 2010, § 7.6, and Communication No. 48/2010, cited above, § 12.7; *Faurisson v. France*, Communication No. 550/1993, UN Doc. CCPR/C/58/D.550.1993(1996), § 9.6; and *Ross v. Canada*, Communication No. 736/1997, UN Doc. CCPR/C/70/D/736/1997, § 11.5-11.8.

37. For example, when statements depict foreigners or Roma as inferior, through the generalised attribution of socially unacceptable behaviour or characteristics, freedom of expression cannot prevail over human dignity (German Federal Constitutional Court, decision of 4 February 2010).

38. For example, participants in public assemblies whose advocacy of national, racial or religious hostility constitutes incitement to discrimination, hatred or violence forfeit the protection of their right to freedom of expression under the Convention (OSCE/ODIHR-Venice Commission Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, 4 June 2010, § 96).

39. With regard to Article 10 of the Convention and Article 3 of Protocol No. 1, see *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, nos. 8348/78 and 8406/78, Commission decision of 11 October 1979, Decisions and Reports 18, p. 187; *Norwood v. the United Kingdom* (dec.), no. 23131/03, ECHR 2004-IX; *Witzsch v. Germany* (dec.), no. 7485/03, 13 December 2005; and *Lehideux and Isorni v. France*, 23 September 1998, §§ 47 and 53, Reports 1998-VII; and with regard to Article 11, *W.P. and Others v. Poland* (dec.), no. 42264/98, ECHR 2004-VII; and *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, nos. 26261/05 and 26377/06, § 113, 14 March 2013.

40. *Féret*, cited above, §§ 75-76. See also CERD Communication No. 34/2004, cited above, § 7.5; Communication No. 43/2008, cited above, § 7.6, and Communication No. 48/2010, cited above, § 8.4.

41. Referring to such danger, the Hungarian Supreme Court mentioned, in its judgment of 15 December 2009, among others, the events in Fadd on 21 June 2008, and the escalation of threatening declarations exchanged between the association’s members and some Roma.

Association an opportunity to mend its ways and make its practice conform to its statute and the law. Yet the Association did not take this opportunity; rather, it repeated its unlawful activities, paving the way for a more severe reaction of the domestic authorities. There is therefore no contradiction between the dissolution of the Association and the official tolerance of its parades during a certain period of time. Once that trial period had passed, the dissolution of the Association was the only adequate means to react to the danger it represented to the rights of third persons and public order.

Conclusion

“The Roma are what we strive to be: real Europeans”, Günter Grass once said. The Association’s racist goals and activities ignored that lesson. Having regard to the State’s obligation to criminalise the dissemination of racism, xenophobia or ethnic intolerance, prohibit every assembly and dissolve every group, organisation, association or party that promotes them, to the difference between the Association’s statutory purposes and its practice, and to the existence of a clear and imminent danger resulting from its speech and activities, and after examining the decisions given by the competent authorities in the light of the narrow margin of appreciation applicable to the case, I conclude that the reasons on which the impugned dissolution was based were relevant and sufficient and that the interference did correspond to a pressing social need.

VONA c. HONGRIE
(Requête n° 35943/10)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 9 JUILLET 2013¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Dissolution d'une association ayant organisé des rassemblements anti-Roms et des défilés paramilitaires**

Le droit des États de prendre des mesures préventives pour protéger la démocratie lorsque sont menacées les valeurs fondamentales sur lesquelles repose une société démocratique et grâce auxquelles elle fonctionne s'applique non seulement à l'égard des partis politiques mais aussi à l'égard des autres mouvements qui jouent un rôle important dans la formation des politiques. Dans de tels cas, on ne peut exiger de l'État qu'il attende pour intervenir qu'un mouvement mène des actions qui sapent la démocratie ou recoure à la violence, mais il a le droit de prendre des mesures préventives si le mouvement a commencé à adopter des actes concrets dans la vie publique pour mettre en pratique un projet politique incompatible avec les normes de la Convention et la démocratie. Dès lors, la dissolution d'une association fournissant un soutien organisationnel à un mouvement procédant à des rassemblements anti-Roms et à des défilés paramilitaires n'était pas disproportionnée et n'a pas violé l'article 11 de la Convention (paragraphe 56, 57 et 71 de l'arrêt).

Article 11

Liberté d'association – Dissolution d'une association ayant organisé des rassemblements anti-Roms et des défilés paramilitaires – Défense de l'ordre – Protection des droits et libertés d'autrui – Sécurité publique – Droit des États de prendre des mesures préventives pour protéger la démocratie – Motifs pertinents et suffisants – Série d'actions coordonnées et planifiées susceptibles d'avoir un effet intimidant sur les membres d'une minorité raciale – Proportionnalité

Article 17

Interdiction de l'abus de droits – Destruction des droits et libertés – Dissolution d'une association à cause d'une manifestation qui n'avait pas été déclarée illégale et n'avait pas conduit à des violences

*

* *

En fait

Le requérant était le président de l'association de la Garde hongroise (« l'association ») qui fut fondée en mai 2007 par dix membres du parti politique Mouvement pour

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

une Hongrie meilleure (*Jobbik Magyarországért Mozgalom*) dans le but affiché de préserver les traditions et la culture hongroises. En juillet 2007, l'association fonda le mouvement de la Garde hongroise («le mouvement») dont l'objectif était de «défendre la Hongrie (...) sans défense physiquement, spirituellement et intellectuellement».

Peu après sa fondation, le mouvement commença à mener des activités non conformes à ses statuts; il organisa notamment la prestation de serment de cinquante-six «gardes» au château de Buda en août 2007. Les autorités sommèrent l'association de mettre fin à ses activités illégales. En novembre 2007, le requérant les informa qu'il avait été mis fin aux activités illégales et que les statuts de l'association seraient modifiés en conséquence. Toutefois, des membres du mouvement en uniforme organisèrent par la suite des rassemblements et des manifestations dans toute la Hongrie, y compris dans des villages dont la population était en grande partie composée de Roms, et appelèrent à la défense des Hongrois de souche contre ce qu'ils dénommaient la «criminalité tsigane». Après un incident survenu en décembre 2007 au cours duquel la police refusa d'autoriser un défilé à emprunter une rue habitée par des familles roms, les autorités engagèrent une action en justice tendant à la dissolution de l'association. Celle-ci fut prononcée par décision de justice en décembre 2008. En juillet 2009, après la tenue de deux autres manifestations organisées par le mouvement, la portée de cette décision fut élargie au mouvement par un arrêt qui fut confirmé par la Cour suprême.

En droit

1. Recevabilité: *article 17* – Le Gouvernement considère qu'il y a lieu de déclarer la requête irrecevable pour incompatibilité *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention en vertu de l'article 17, parce que l'association fournissait un cadre institutionnel pour l'expression de haine raciale envers les Juifs et les Roms. Or la Cour observe que le grief du requérant concernait la dissolution d'une association alors que cette mesure avait été prise essentiellement en raison de la tenue d'une manifestation qui n'avait pas été déclarée illégale au niveau interne et n'avait conduit à aucun acte de violence. Ces activités ne révèlent à première vue aucun acte visant à la destruction de l'un quelconque des droits et libertés énoncés dans la Convention ni aucune intention de la part du requérant de défendre publiquement les thèses totalitaires ou de diffuser de la propagande en faveur de ces thèses. Il s'ensuit que, pour la Cour, la requête ne constitue pas un abus du droit de recours aux fins de l'article 17 de la Convention.

Conclusion: rejet de l'exception préliminaire (unanimité).

2. Fond: *article 11* – La dissolution de l'association présidée par le requérant, qui a entraîné, par voie de conséquence, celle du mouvement, a constitué une ingérence dans l'exercice par le requérant du droit à la liberté d'association. Cette ingérence

était prévue par la loi et visait des buts légitimes : la protection de la sûreté publique, la défense de l'ordre et la protection des droits d'autrui.

Même si l'affaire concerne la dissolution d'une association et d'un mouvement et non celle d'un parti politique, la Cour reconnaît que les organisations sociales telles que celle du requérant peuvent jouer un rôle important dans la formation des politiques. Elle réaffirme qu'on ne saurait exiger de l'État d'attendre pour intervenir qu'un mouvement politique recoure à la violence. Même si pareil mouvement n'a pas tenté de prendre le pouvoir et que le risque que son projet politique fait courir n'est pas imminent, l'État a le droit de prendre des mesures préventives pour protéger la démocratie s'il est établi que pareil mouvement a commencé à adopter des actes concrets dans la vie publique pour mettre en pratique un projet politique incompatible avec les normes de la Convention.

Même si les rassemblements n'ont concrètement donné lieu à aucune violence, les activistes ont défilé dans des villages revêtus d'uniformes de style militaire, en formation d'inspiration militaire et ont lancé des ordres et exécuté des saluts. De tels rassemblements pouvaient être compris comme signifiant que leurs organisateurs avaient l'intention et le pouvoir de recourir à une organisation paramilitaire pour atteindre leurs objectifs. En outre, la formation paramilitaire rappelait le mouvement nazi hongrois, les Croix fléchées, à savoir l'épine dorsale du régime qui fut responsable de l'extermination en masse des Roms en Hongrie. Eu égard à l'expérience historique – en l'occurrence celle de la Hongrie, qui a connu à une époque le pouvoir des Croix fléchées – le fait qu'une association recoure à des manifestations paramilitaires qui expriment une division raciale et appellent implicitement à des actions fondées sur la race ne peut qu'avoir un effet d'intimidation sur les membres d'une minorité raciale, ce qui sort des limites de la protection qu'assure la Convention en matière de liberté d'expression et de réunion. De fait, un tel défilé paramilitaire va au-delà de la simple expression d'une idée dérangeante ou offensante, eu égard à la présence physique d'un groupe menaçant d'activistes organisés.

Concernant la dissolution de l'association, il importe peu qu'aucune des manifestations n'ait été illégale car la véritable nature et les véritables buts d'une association ne se révèlent qu'en fonction du déroulement concret de telles manifestations. De fait, organiser une série de rassemblements dans le but annoncé de tenir la « criminalité tsigane » en échec au moyen d'un défilé paramilitaire peut passer pour un début de mise en pratique d'une politique de ségrégation raciale. Alors que la défense d'idées antidémocratiques ne constitue pas en soi un motif suffisant pour interdire un parti politique, et encore moins une association, les circonstances prises dans leur ensemble, et en particulier les actions planifiées et coordonnées du mouvement, constituent un motif pertinent et suffisant de prendre une telle mesure. Dès lors, les arguments avancés par les autorités nationales étaient pertinents et suffisants pour démontrer que la dissolution répondait à un besoin social impérieux.

La menace que représentait le mouvement ne pouvait être éradiquée de manière effective qu'en supprimant le soutien organisationnel que l'association apportait au mouvement. Si les autorités avaient toléré que le mouvement et l'association poursuivent leurs activités en entérinant leur existence juridique, le public aurait pu comprendre cette attitude comme une légitimation de cette menace par l'État. L'association, bénéficiant des prérogatives d'une entité reconnue légalement, aurait ainsi pu continuer à soutenir le mouvement, et l'État aurait de la sorte indirectement facilité l'organisation de sa campagne de rassemblements. Par ailleurs, étant donné qu'aucune autre sanction n'a été infligée à l'association ou au mouvement, ou à leurs membres, lesquels n'ont en rien été empêchés de poursuivre des activités politiques sous d'autres formes, la Cour conclut que la dissolution en question n'a pas revêtu un caractère disproportionné.

Conclusion : non-violation (unanimité).

Jurisprudence citée par la Cour

Féret c. Belgique, n° 15615/07, 16 juillet 2009
Garaudy c. France (déc.), n° 65831/01, CEDH 2003-IX
Güneri et autres c. Turquie, nos 42853/98, 43609/98 et 44291/98, 12 juillet 2005
Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne, nos 25803/04 et 25817/04, CEDH 2009
Horváth et Kiss c. Hongrie, n° 11146/11, 29 janvier 2013
Incal c. Turquie, 9 juin 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV
Lehideux et Isorni c. France, 23 septembre 1998, *Recueil* 1998-VII
Lingens c. Autriche, 8 juillet 1986, série A n° 103
Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, 30 janvier 1998, *Recueil* 1998-I
Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie [GC], nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, CEDH 2003-II
S.H. et autres c. Autriche [GC], n° 57813/00, CEDH 2011
Sidiropoulos et autres c. Grèce, 10 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV
Tammer c. Estonie, n° 41205/98, CEDH 2001-I
Vajnai c. Hongrie, n° 33629/06, CEDH 2008
Witzsch c. Allemagne (déc.), n° 7485/03, 13 décembre 2005

En l'affaire Vona c. Hongrie,

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

Guido Raimondi, *président*,
Peer Lorenzen,
Dragoljub Popović,
András Sajó,
Nebojša Vučinić,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Helen Keller, *juges*,

et de Stanley Naismith, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 11 juin 2013,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 35943/10) dirigée contre la République de Hongrie et dont un ressortissant de cet État, M. Gábor Vona (« le requérant »), a saisi la Cour le 24 juin 2010 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le requérant a été représenté par M^e T. Gaudi-Nagy, avocat à Budapest. Le gouvernement hongrois (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. Z. Tallódi, du ministère de la Fonction publique et de la Justice.

3. Sous l'angle de l'article 11 de la Convention, le requérant alléguait que la dissolution de l'association de la Garde hongroise, dont il était le président, avait emporté violation de son droit à la liberté d'association.

4. Le 14 mars 2012, la requête a été communiquée au Gouvernement. Il a également été décidé de statuer en même temps sur la recevabilité et sur le fond de l'affaire, comme le permet l'article 29 § 1 de la Convention.

5. Le 12 juin 2012, en vertu des articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement de la Cour (« le règlement »), le président de la section a autorisé le Centre européen pour les droits des Roms à intervenir dans la procédure en tant que tierce partie.

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

6. Le requérant est né en 1978 et réside à Budapest.

7. Le 8 mai 2007, dix membres du parti politique Mouvement pour une Hongrie meilleure (*Jobbik Magyarorszáért Mozgalom*) fondèrent l'association

de la Garde hongroise (*Magyar Gárda Egyesület* – «l'association»), dans le but affiché, entre autres, de préserver les traditions et la culture hongroises.

8. L'association fonda à son tour le 18 juillet 2007 le mouvement de la Garde hongroise (*Magyar Gárda Mozgalom* – «le mouvement»). Le bureau de l'association déclara qu'il avait décidé de «créer la Garde hongroise, tout d'abord sous la forme d'un mouvement puis en l'intégrant si possible dans l'association sous la forme d'une section». Il décida aussi que «afin que la Garde hongroise soit intégrée dans l'association, les statuts [de celle-ci] devaient être amendés (...) avant le 10 octobre 2007».

L'objectif du mouvement était de «défendre la Hongrie, qui est sans défense physiquement, spirituellement et intellectuellement». Parmi les tâches entreprises par le mouvement, mentionnées dans son acte constitutif, figuraient la formation physique et psychologique de ses membres, la participation à la gestion de catastrophes et la protection de l'ordre public, ainsi que l'ouverture d'un dialogue social sur ces questions par l'intermédiaire d'événements publics.

9. Le 4 octobre 2007, le parquet de Budapest adressa une notification à l'association pour la sommer de mettre fin à ses activités illégales. La notification indiquait que l'association avait mené des activités qui n'étaient pas conformes aux buts définis dans ses statuts. Elle faisait notamment observer que l'association avait organisé le 25 août 2007 la prestation de serment de cinquante-six «gardes» au château de Buda, et que celle-ci avait ensuite mené une campagne nationale destinée à populariser les tâches assignées au mouvement qui n'étaient pas conformes aux buts de l'association. Il était aussi noté que certains des buts du mouvement ne faisaient pas partie de ceux de l'association et qu'ils n'étaient d'ailleurs pas conformes avec la nature de l'association, qui visait à préserver la culture et les traditions.

Le 9 novembre 2007, le requérant, en sa qualité de président de l'association, informa le parquet qu'il avait été mis fin aux activités illégales grâce à la suppression de la partie litigieuse de l'acte constitutif du mouvement et qu'il avait entrepris de modifier les statuts de l'association. Ainsi, le 7 décembre 2007, l'assemblée générale de l'association avait décidé d'ajouter la disposition suivante au paragraphe 2 de ses statuts : «f) Conformément à son nom, l'association de la Garde hongroise a pour but d'ouvrir un dialogue avec la société et d'organiser des événements publics et des rassemblements de citoyens sur des questions touchant à leur sécurité, comme la gestion des catastrophes, la défense nationale et les techniques permettant de sauver la vie.»

10. Prétendument pour viser ces objectifs, des membres du mouvement en uniforme organisèrent par la suite des rassemblements et des

manifestations dans toute la Hongrie, y compris dans des villages dont la population était en grande partie composée de Roms, et appelèrent à la défense des « Hongrois de souche » contre ce qu'ils appelaient la « criminalité tzigane ». Ces manifestations et rassemblement ne furent pas interdits par les autorités.

L'une de ces manifestations, à laquelle participaient quelque deux cents activistes, fut organisée le 9 décembre 2007 à Tatárszentgyörgy, un village d'environ 1 800 habitants. La police était sur place et n'autorisa pas le défilé à emprunter une rue habitée par des familles roms.

11. Le 17 décembre 2007, en réaction à cet événement, le parquet principal de Budapest engagea une action en justice tendant à la dissolution de l'association, au motif que celle-ci avait abusé du droit à la liberté de réunion et mené des activités portant atteinte aux droits des Roms au travers de la peur provoquée chez eux par les discours et l'apparence, étant donné que les activistes portaient des uniformes, défilaient en formations et lançaient des ordres comme à l'armée.

Le parquet principal considérait que le mouvement constituait une subdivision de l'association et que ses activités représentaient en réalité une part importante de celles de l'association. Il estimait que le mouvement n'était pas une « communauté spontanée » au sens où ses membres étaient tous inscrits, soulignant que ledit mouvement avait été créé par la présidence de l'association, que les demandes d'adhésion à celui-ci étaient examinées par l'association et que son uniforme pouvait être acheté auprès de l'association.

12. Au cours de la procédure qui s'ensuivit, l'association alléguait toutefois qu'il n'y avait entre elle et le mouvement aucun lien organisationnel qui soit de nature à créer une unité entre eux, raison pour laquelle elle arguait qu'elle n'était nullement responsable du mouvement. Elle déclara aussi que, en tout état de cause, les activités du mouvement ne représentaient aucun danger objectif pour quiconque. D'après elle, d'une part, un sentiment subjectif de peur ne pouvait donner lieu à une limitation des droits fondamentaux, au nombre desquels figurait la liberté de réunion et, d'autre part, le comportement du mouvement n'avait d'un point de vue objectif rien eu d'intimidant.

13. Après avoir tenu quatre audiences, le tribunal régional de Budapest adopta le 16 décembre 2008 un jugement donnant gain de cause au parquet général et prononça la dissolution de l'association en application de l'article 16 § 2 d) de la loi n° II de 1989 sur le droit à la liberté d'association (paragraphe 18 ci-dessous).

Le tribunal rejeta les arguments relatifs à la distinction entre les deux entités et jugea qu'il existait entre elles une « relation symbiotique ». Il dit que l'association avait eu pour activité principale de fonder, faire fonctionner,

guider et financer le mouvement, observant notamment que celui-ci recevait des dons par l'intermédiaire du compte en banque de l'association. L'effet juridique de ce jugement se limita toutefois à la dissolution de l'association ; étant donné que, selon le tribunal, le mouvement n'était pas doté d'une personnalité juridique, le jugement ne portait pas directement sur celui-ci.

Pour ce qui est du rassemblement qui s'était tenu à Tatárszentgyörgy, le tribunal régional déclara ce qui suit :

« Le but essentiel de cet événement était bien d'attirer l'attention sur la « criminalité tzigane ». L'utilisation de cette généralisation, clairement fondée sur des motifs raciaux et ethniques, a violé le principe de l'égalité de dignité de tous les êtres humains (...) De plus, cet événement n'a pas été unique (...) [Le mouvement] a fondé son programme sur la discrimination entre les personnes et l'a mis en pratique en organisant plusieurs défilés ; cela revient à faire une démonstration de force et à menacer autrui par le biais de l'apparence [des participants aux défilés] (...) Le tribunal estime que, d'un point de vue constitutionnel, susciter la peur, quasiment comme une mission, constitue un objectif ou un rôle inacceptable. »

14. Le tribunal nota que les participants, qui étaient en uniforme, portaient des brassards présentant une forte ressemblance avec ceux portés par les officiers du mouvement des Croix fléchées (qui fit régner la terreur en Hongrie en 1944-1945). Il considéra que des défilés de personnes ainsi vêtues étaient objectivement susceptibles de blesser des « sensibilités historiques ».

Le tribunal ajouta que, en dépit du but affiché par l'association, ses actions avaient violé les lois de la Hongrie sur les associations et créé un climat d'hostilité envers les Roms. Pour lui, la démonstration de force verbale et visuelle constituait à elle seule une atteinte à la loi au vu de l'expérience historique ; ainsi, il n'était pas nécessaire que l'association ait commis une véritable infraction pour qu'elle soit dissoute ; le fait que son programme englobe une discrimination revenait à nuire aux droits d'autrui au sens de l'article 2 § 2 [de la loi n° II de 1989] (paragraphe 18 ci-dessous).

15. Le 2 juillet 2009, la cour d'appel de Budapest confirma le jugement du tribunal régional. Elle prit également en compte deux autres manifestations du même genre organisées par le mouvement, l'une dans le village de Fadd le 21 juin 2008 et l'autre dans le village de Sárbogárd à une date non précisée. Elle nota que les discours prononcés par des membres du mouvement au cours du rassemblement de Fadd contenaient de nombreuses remarques visant à l'exclusion des Roms. Quant à l'événement de Sárbogárd, la cour d'appel observa qu'on y avait entendu des propos antisémites.

La cour d'appel établit qu'il existait un lien très étroit entre les deux entités et élargit la portée de son arrêt au mouvement. Elle dit que l'association englobait en réalité le mouvement, qui en constituait une « unité », en conséquence de quoi son arrêt les concernait tous les deux. La dissolution de

l'association démantelait aussi le cadre organisationnel fourni aux individus œuvrant au sein de tout mouvement lié à l'association dissoute.

La cour d'appel dit que le choix du lieu où s'étaient tenues les manifestations, à savoir des villages dont une grande partie de la population était constituée de Roms, ne pouvait être compris comme favorisant le dialogue social mais devait passer pour une forme d'expression extrême s'agissant d'une démonstration quasi militaire de force résultant de l'effet cumulé d'uniformes, de formations, d'ordres et de saluts de style militaire. Tout en confirmant en substance le raisonnement du tribunal régional, elle considéra que la population de ces villages avait été exposée à ces opinions extrêmes et porteuses d'exclusion en tant que « public captif », sans pouvoir s'y soustraire. Pour la cour d'appel, les événements organisés par le mouvement entraînaient des risques de violence, provoquaient le conflit, troublaient l'ordre public et violaient le droit à la liberté et à la sûreté des habitants de ces villages, alors même que toutes les manifestations, sévèrement contrôlées par la police, s'étaient terminées sans qu'aucun acte de violence se soit produit.

La cour d'appel se pencha aussi sur la liberté d'expression du requérant. Elle déclara, confirmant en cela les arguments du jugement de première instance et citant la jurisprudence de la Cour, que cette liberté n'englobait pas les discours de haine ou incitant à la violence.

16. Le 15 décembre 2009, la Cour suprême confirma l'arrêt de la cour d'appel de Budapest. Elle souscrivit à la conclusion de celle-ci selon laquelle le mouvement était en fait une entité au sein de l'association. Elle approuva également la décision des juridictions inférieures quant à la nécessité de dissoudre l'association, faisant observer que les rassemblements organisés par le mouvement avaient créé des situations de conflit dont les protagonistes auraient potentiellement pu avoir recours à la violence.

Cette décision fut notifiée le 28 janvier 2010.

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

17. La Constitution, dans sa version en vigueur à l'époque des faits, contenait les dispositions suivantes :

Article 2

« 3) Les activités d'organisations sociales, d'organes de l'État ou de citoyens ne peuvent viser à l'acquisition par la force ou à l'exercice de la puissance publique, ou à la possession exclusive d'une telle puissance. Toute personne a le droit et l'obligation de résister à pareilles activités par les voies légales. »

Article 63

«1) En République de Hongrie, toute personne a le droit, sur la base du droit d'association, de créer des organisations dont les objectifs ne sont pas interdits par la loi et d'adhérer à de telles organisations.

2) Le droit d'association ne permet pas de créer des organisations armées ayant des objectifs politiques.

3) Un vote des députés à la majorité des deux tiers est requis pour l'adoption de la loi sur le droit de réunion et sur le financement et le fonctionnement des partis politiques.»

18. La loi n° II de 1989 sur le droit à la liberté d'association dispose :

Article 2

«1) En vertu du droit d'association, des personnes physiques ou morales et leurs entités dépourvues de personnalité juridique peuvent, sous réserve du but de leurs activités et des intentions de leurs fondateurs, créer et diriger des organisations au sein de la société civile.

2) Le droit d'association ne peut pas être exercé en violation de l'article 2 § 3 de la Constitution, ni de manière à commettre une infraction pénale ou à inciter à en commettre une, et ne doit pas nuire aux droits et libertés d'autrui.»

Article 3

«1) Une organisation de la société civile est une organisation créée volontairement et autonome, visant le but exposé dans ses statuts, qui est dotée de membres inscrits et organise les activités de ses membres en vue d'atteindre son but.

2) Les membres non inscrits peuvent aussi participer à des événements publics de grande ampleur.»

Article 4

«1) (...) une organisation de la société civile est créée au moyen de son enregistrement auprès des tribunaux.»

Article 5

«Une communauté de particuliers réalisée en vertu du droit d'association dont le fonctionnement n'est pas régulier ou qui ne dispose pas de membres inscrits ou de structure conformément à la présente loi n'est pas une organisation de la société civile.»

Article 16

«2) Sur une action du procureur, le tribunal

(...)

d) dissout l'organisation de la société civile si son fonctionnement est contraire à l'article 2 § 2;

(...)»

On peut brièvement définir comme suit le statut juridique des associations. Celles dont les activités ne servent pas l'intérêt public ne peuvent être financées par des individus au moyen de dons déductibles des impôts et ne peuvent ni recevoir d'autres dons ni demander des subventions publiques, car ces avantages sont réservés aux organisations d'utilité publique conformément aux lois n^{os} CXXXVI de 1996 et CLXXV de 2011. Toutefois, la loi n^o LXXXI de 1996 dispose que les revenus provenant des activités non lucratives d'une association quelle qu'elle soit ne sont pas assujettis à l'impôt sur les sociétés et que les activités commerciales des associations sont soumises à l'impôt sur les sociétés à un taux préférentiel. En outre, en vertu de la loi n^o CXVII de 1995, des règles avantageuses en matière d'impôt sur le revenu s'appliquent à certains services fournis par les associations et à certaines rémunérations et prestations sociales perçues par elles. De surcroît, la loi n^o IV de 1959 (code civil) dispose que les membres d'une association ne sont pas responsables des dettes de celle-ci.

19. La loi n^o LXXVII de 1993 sur les droits des minorités ethniques et nationales, dans sa version en vigueur à l'époque des faits, était ainsi libellée en ses passages pertinents :

Article 4

« 1) La République de Hongrie interdit toutes les politiques ou conduites qui :

- a) ont pour objectif ou pour résultat d'assimiler une minorité dans la nation majoritaire ou de l'en exclure ou de l'en séparer ;
- b) visent à modifier la composition ethnique ou nationale de zones peuplées de minorités ;
- c) persécutent ou portent préjudice à une minorité ou à des personnes appartenant à une minorité parce qu'elles appartiennent à une minorité ou entravent l'exercice des droits de telles personnes pour cette raison (...)»

20. Le décret-loi n^o 8 de 1976, qui incorpore le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale des Nations unies lors de sa XXI^e session du 16 décembre 1966, dispose :

Article 20

« 2. Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi. »

21. Le décret-loi n^o 8 de 1969, qui incorpore la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale adoptée à New York le 21 décembre 1965, dispose :

Article premier

«1. Dans la présente Convention, l'expression «discrimination raciale» vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique.»

Article 2

«1. Les États parties condamnent la discrimination raciale et s'engagent à poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer toute forme de discrimination raciale et à favoriser l'entente entre toutes les races, et, à cette fin :

(...)

d) Chaque État partie doit, par tous les moyens appropriés, y compris, si les circonstances l'exigent, des mesures législatives, interdire la discrimination raciale pratiquée par des personnes, des groupes ou des organisations et y mettre fin ; »

Article 4

«Les États parties condamnent toute propagande et toutes organisations qui (...) prétendent justifier ou encourager toute forme de haine et de discrimination raciales ; ils s'engagent (...)

a) À déclarer délits punissables par la loi (...) toute incitation à la discrimination raciale (...) de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement ;

b) À déclarer illégales et à interdire les organisations ainsi que les activités de propagande organisée et tout autre type d'activité de propagande qui incitent à la discrimination raciale et qui l'encouragent et à déclarer délit punissable par la loi la participation à ces organisations ou à ces activités ; »

22. La décision n° 30/1992 (V.26) AB de la Cour constitutionnelle contient les passages suivants :

«II. 3. Les codes pénaux de tous les pays européens démocratiques de droit continental ainsi que ceux de l'Angleterre et du pays de Galles, du Canada et de la Nouvelle-Zélande, pays de droit coutumier, interdisent l'incitation à la haine fondée sur des motifs «raciaux». La ligne de démarcation entre l'incitation à la haine, le fait d'éveiller la haine et l'expression d'opinions demeure l'objet de vifs débats même sur le plan international.

IV. 1. Les dommages que peuvent causer l'incitation à la haine et des propos méprisants qui humilient certains groupes d'une population sont largement attestés dans les annales de l'expérience humaine (...)

Les expériences historiques tragiques de notre siècle montrent que les opinions proclamant l'infériorité ou la supériorité raciale, ethnique, nationale ou religieuse et la diffusion de la haine, du mépris et de l'exclusion mettent en danger les valeurs de la civilisation.

Il est prouvé tant par l'histoire que par les événements de notre époque que tout propos exprimant l'intention de susciter la haine contre un groupe spécifique de personnes peut faire monter la tension sociale à un paroxysme, rompre l'harmonie et la paix sociales et, dans les cas extrêmes, provoquer des heurts violents entre certains groupes de la société.

Outre les expériences historiques et contemporaines qui montrent les effets extrêmement négatifs qu'engendre l'incitation à la haine, il y a lieu de prendre en compte les menaces quotidiennes qui résultent d'une expression non limitée d'idées et de concepts susceptibles de susciter la haine. Pareille expression empêche les communautés humaines de vivre en harmonie avec d'autres groupes. Exacerber les tensions émotionnelles et sociales à l'intérieur d'une communauté, grande ou petite, peut détruire les liens au sein de la société, renforcer les positions extrêmes et augmenter les préjugés et l'intolérance. Tout cela conduit à une réduction des chances de créer une société tolérante et multiculturelle reconnaissant le pluralisme, le droit à la différence et l'égalité de dignité de tous les êtres humains, et où la discrimination n'est pas portée au rang de valeur.

2. Accorder une protection constitutionnelle à l'incitation à la haine contre certains groupes sous couvert de défendre la liberté d'expression et la liberté de la presse provoquerait une contradiction insurmontable avec le système de valeurs et l'orientation politique exprimés dans la Constitution, à savoir l'état de droit, l'égalité de tous les êtres humains, l'interdiction de la discrimination, la liberté de religion et de conscience et la protection des minorités nationales et ethniques, garantis par divers articles de la Constitution (...)

L'incitation à la haine est la négation des notions précitées et prépare émotionnellement à l'usage de la violence. Cela constitue un abus de la liberté d'expression, car il s'agit de la stigmatisation d'un groupe qui caractérise les dictatures et non les démocraties. Tolérer que la liberté d'expression et la liberté de la presse soient exercées d'une manière interdite par l'article 269 § 1 du code pénal irait à l'encontre des exigences découlant du principe démocratique de la prééminence du droit (...)

Pour résumer sa position, la Cour constitutionnelle précise qu'il est nécessaire et justifié de restreindre la liberté d'expression et celle de la presse en raison des expériences historiques négatives qu'a provoqué l'incitation à la haine contre certains groupes, pour protéger les valeurs constitutionnelles et pour honorer l'obligation où se trouve la République de Hongrie de respecter ses engagements au regard du droit international (...)

23. La décision n° 14/2000 (V.12) AB de la Cour constitutionnelle contient les passages suivants :

«3. La liberté d'expression n'est pas seulement un droit subjectif; c'est aussi la garantie que s'expriment librement les différents points de vue qui forment l'opinion publique (...)

Bien que ce droit puisse subir des restrictions, il bénéficie d'une protection particulière en raison de son rôle primordial; il ne peut être limité que par rapport à un petit nombre d'autres droits. En conséquence, des valeurs d'importance secondaire telles que la paix publique bénéficient d'une protection moins forte que le droit en question (...)

Comme le droit à la vie, le droit à la dignité humaine bénéficie d'une très haute protection dans la Constitution (...) La Constitution n'est pas neutre du point de vue des valeurs mais renferme ses propres valeurs. L'expression d'opinions non conformes aux valeurs constitutionnelles n'est pas protégée par l'article 61 de la Constitution (...)

La Cour constitutionnelle indique que, comme cela découle également de la Convention, la liberté d'expression comporte des «devoirs et des responsabilités». Les autorités de l'État sont tenues de protéger les valeurs de l'État démocratique conformément au principe de l'état de droit et de respecter la dignité des personnes. Il faut agir contre les comportements traduisant la force, la haine et le conflit. Rejeter l'usage de la force ou la menace de l'usage de la force comme mode de règlement des conflits fait partie de la notion complexe de démocratie.»

24. La décision n° 18/2004 (V.25) AB de la Cour constitutionnelle contient le passage suivant :

«III. 2.1. (...) Même dans le cas d'opinions extrêmes, ce n'est pas la teneur des opinions mais ce sont les conséquences directes et prévisibles de leur communication qui justifient de restreindre la liberté d'expression et d'appliquer des mesures juridiques au titre du droit civil ou, dans certains cas, du droit pénal.»

25. La décision n° 95/2008 (VII.3) AB de la Cour constitutionnelle contient les passages suivants :

«III. 3.4. (...) Le but de l'amendement [du code pénal] est de punir les discours et gestes de haine même s'il est impossible d'identifier la partie lésée. Cependant, l'amendement punirait non seulement les comportements portant atteinte à l'honneur et à la dignité de personnes en particulier mais aussi toutes les formes de discours de haine, y compris les déclarations racistes comportant des généralisations, ce qui signifie qu'il n'est pas nécessaire que les parties «touchées» ou les parties qui se considèrent comme «touchées» participent aux échanges entre des personnes exprimant de la haine ou les suivent, ou soient exposées à des idées de haine exprimées dans certains médias (...) On ne fait pas taire les voix extrémistes dans les démocraties constitutionnelles simplement à cause de la teneur de leur discours. Dans une société démocratique, que des propos racistes et généralisateurs soient tenus ne change rien au fait que, du point de vue de l'État, tous les citoyens ont une égale valeur et disposent des mêmes droits fondamentaux.

Sous sa forme actuelle, l'amendement punirait également les discours contenant seulement de telles généralisations. Le fait que des personnes appartenant au groupe visé participent aux échanges, c'est-à-dire que ces personnes entendent ou soient

exposées de quelque manière que ce soit à des déclarations racistes, n'est pas un élément constitutif de l'infraction telle que définie dans l'amendement.

Toutefois, il s'agit précisément des cas où l'expression d'une opinion peut offenser non seulement la sensibilité ou le sens de la dignité de certaines personnes, mais aussi leurs droits constitutionnels. Si, par exemple, une personne exprime ses convictions politiques extrémistes de telle manière qu'un membre du groupe lésé est contraint d'écouter ces propos alors qu'il se trouve en état d'intimidation et n'est pas en mesure de s'y soustraire [« public captif »] (...) alors le droit de cette personne de ne pas écouter ou subir des opinions déplaisantes ou insultantes mérite d'être protégé (...)

Les gens appartiennent non seulement à la communauté des citoyens mais aussi à un groupe ou à une communauté plus restreints. De par son appartenance à un tel groupe, un individu peut se trouver exposé à un préjudice d'une gravité et d'une intensité telles que le recours à des sanctions pénales peut même se justifier pour remédier à la situation.»

III. OBSERVATIONS D'ORGANES INTERNATIONAUX DE SURVEILLANCE DES DROITS DE L'HOMME

26. Les Observations finales du Comité des droits de l'homme des Nations unies concernant la Hongrie (Genève, 11-29 octobre 2010), contiennent le passage suivant :

« 18. Le Comité est préoccupé par les déclarations anti-Roms virulentes et généralisées faites par (...) les membres de l'organisation dissoute Magyar Gárda. (...) Il est en outre préoccupé de relever des indications d'une montée de l'antisémitisme dans l'État partie. Le Comité est préoccupé par l'interprétation restrictive donnée par la Cour constitutionnelle de l'article 269 du Code pénal relatif à l'incitation à la violence contre la communauté, qui peut être incompatible avec les obligations de l'État partie en vertu de l'article 20 du Pacte (...)»

27. Le quatrième rapport de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) sur la Hongrie, adopté le 20 juin 2008, contient les passages suivants :

« 61. (...) on a observé une inquiétante montée du racisme et de l'intolérance dans le discours public en Hongrie. La création et la progression de la Garde hongroise [*Magyar Gárda*] (...) est notamment mentionnée sans cesse comme une préoccupation majeure. Depuis sa création en août 2007 et la prestation de serment publique de plusieurs centaines de nouveaux membres en octobre de la même année, la Garde hongroise a organisé de nombreux rassemblements publics dans tout le pays, y compris dans des villages accueillant une grande population rom ; malgré les statuts apparemment inoffensifs de l'association, son chef prône notamment la défense des Hongrois de souche face à une prétendue « criminalité tsigane ». Les membres de la Garde hongroise défilent en uniformes et bottes noirs de style paramilitaire, avec des insignes et des drapeaux ressemblant beaucoup au drapeau du parti des Croix fléchées, organisation ouvertement nazie qui a été brièvement au pouvoir en Hongrie pendant

la Seconde Guerre mondiale, courte période durant laquelle des dizaines de milliers de Juifs et de Roms ont été tués ou déportés.

(...)

73. (...) Des groupes comme la Garde hongroise expriment aussi ouvertement des opinions antisémites (...) l'antisémitisme ne cesse d'augmenter en Hongrie. »

28. Le Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales a adopté le 18 mars 2010 son troisième avis sur la Hongrie, lequel contient le passage suivant :

« 75. Depuis sa création en 2007, la Garde hongroise [*Magyar Garda*] a organisé de nombreux rassemblements publics dans le pays, y compris dans des villages où vit une importante population rom, au cours desquels ses membres défilent en uniformes et bottes noires de style paramilitaire, avec des insignes et des drapeaux nazis. (...) Le Comité consultatif est préoccupé par ce comportement menaçant. »

IV. DROIT COMPARÉ

29. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a dit, dans son arrêt *Stoppt den Synagogenbau!* (23 juin 2004; BVerfGE, 111, 147 – *Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot*), que pour prévenir un risque de trouble à l'ordre public, il était possible de restreindre la liberté de réunion si c'étaient les modalités (*Art und Weise*) d'organisation d'un rassemblement, et non son contenu, qui suscitaient des préoccupations. Dès lors, il était possible de limiter « les comportements agressifs et provocateurs de nature à intimider les citoyens et par l'intermédiaire desquels les manifestants créent un climat propice à la violence ». S'agissant d'un défilé organisé par l'extrême droite lors de la journée en mémoire de l'Holocauste, la haute juridiction a dit en outre que « les modalités [d'organisation d'un rassemblement] [peuvent] donner lieu à des provocations heurtant sérieusement la sensibilité morale [*sittliches Empfinden*] ». Quant à la manière dont le rassemblement était organisé, elle a également accordé de l'importance au comportement provocateur des manifestants. Elle a ajouté que la même chose valait aussi « lorsqu'un défilé, du fait de son caractère d'ensemble [*durch sein Gesamtgepräge*], s'identifie avec les rites et symboles de la tyrannie nazie et intimide d'autres citoyens en évoquant les horreurs d'un régime totalitaire et inhumain ».

30. À propos de la dissolution d'une association, la Cour administrative fédérale allemande a résumé ainsi, dans un arrêt du 5 août 2009 (BVerwG 6 A 3.08), sa jurisprudence en matière d'interdiction des associations :

« 16. Les objectifs et activités d'une association sont punissables pénalement en fonction des intentions et du comportement de ses membres. Une association ne peut en tant que telle être tenue pour pénalement responsable. Seules les personnes physiques peuvent être sanctionnées pénalement car, pour qu'il y ait incrimination, il faut qu'il y

ait capacité à endosser une responsabilité pénale [*Schuldzurechnungsfähigkeit*]. Comme il ressort clairement de l'article 3 § 5 de la loi sur les associations [*Vereinsgesetz*], il est néanmoins juridiquement possible qu'une association soit responsable pénalement [*Strafgesetzwidrigkeit einer Vereinigung*] parce que l'association, par l'intermédiaire de ses membres et de ses organes représentatifs, peut avoir une volonté collective qui est détachée de ses membres individuels et qui développe son propre objectif [*Zweckrichtung*] et peut agir de manière indépendante. Si la loi pénale est violée en raison de cet objectif propre ou des actions indépendantes de l'association, toutes les conditions requises pour une interdiction [*Verbotstatbestand*] sont réunies. Il est un facteur décisif à cet égard : il faut que le comportement des membres de l'association puisse être attribué à celle-ci. La nature de l'association doit être déterminée [*prägen*] par les infractions pénales [*Strafgesetzwidrigkeit*] commises par ses membres. Une association peut viser en même temps des buts différents ; à côté du but légal énoncé dans son règlement, elle peut aussi poursuivre des buts criminels qu'elle atteint par le biais du comportement de ses membres (...)

17. L'interdiction d'une association fondée sur l'article 3 § 1, première phrase, première branche, de la loi sur les associations, combiné avec la première branche de l'article 9 § 2 de la Loi fondamentale, est juridiquement indépendante de la condamnation pénale d'un membre ou d'un responsable de cette association. Il incombe à l'autorité qui émet l'ordonnance d'interdiction et au tribunal administratif de déterminer s'il y a eu infraction pénale [*Gesetzeswidrigkeit*]. Toutefois, l'interdiction [*Verbotstatbestand*] n'a pas pour but d'imposer une sanction supplémentaire à des individus qui ont déjà violé des dispositions pénales. Il s'agit plutôt de traiter un type particulier de menace à la sûreté publique et à l'ordre public qui se manifeste par la création ou la poursuite de l'existence d'une organisation qui prépare ou commet des actes criminels. De telles organisations constituent une menace particulière pour les intérêts [*Rechtsgüter*] protégés par la législation pénale. Le mouvement propre et les ressources humaines et matérielles de l'organisation facilitent et promeuvent des actes répréhensibles. En même temps, le sens de la responsabilité de chacun de ses membres est souvent réduit, la résistance individuelle à l'égard de la commission d'actes criminels est diminuée et l'élan est donné pour la commission d'autres actes criminels (arrêt du 18 octobre 1988 précité, p. 307 et pp. 23-24 respectivement ; Löwer, *in v. Münch/Kunig*, GG, Vol. 1, 5^e éd. 2000, note 39 et article 9. »

La Cour administrative fédérale a confirmé à plusieurs reprises des ordonnances de dissolution prises à l'égard d'associations qui soutenaient des idées (néo)nazies. Dans son arrêt *Heimattreue Deutsche Jugend* du 1^{er} septembre 2010 (BVerwG 6 A 4.09), qui portait sur une association dont les membres propageaient les études et idées raciales des nazis, la Cour administrative fédérale a rappelé sa jurisprudence pertinente, à savoir que pour satisfaire aux conditions requises pour sa dissolution, l'association devait avoir eu pour intention de mettre en œuvre ses objectifs anticonstitutionnels de manière militante ou agressive, condition qui ne nécessitait pas le recours à la force ou une violation spécifique de la loi. Il suffisait, pour conclure à l'existence d'un but anticonstitutionnel justifiant

l'interdiction, que le programme, les images et le style employés témoignent d'un lien avec l'essence du nazisme. Le fait qu'une association s'allie au parti nazi (interdit en Allemagne) ou propage une théorie raciale non conforme à l'interdiction constitutionnelle de la discrimination suffisait pour que soient remplies les conditions nécessaires à l'interdiction de l'association. La haute juridiction a déclaré que, si une association cherchait à cacher ses intentions anticonstitutionnelles, il suffisait que les conditions nécessaires à l'interdiction ressortent clairement du tableau d'ensemble formé par les déclarations individuelles et le comportement de ses membres, et que le fait que ces éléments puissent paraître subordonnés à un nombre variable de circonstances inoffensives ne disait en soi rien de leur importance.

31. La Cour suprême des États-Unis s'est penchée sur le problème de l'intimidation dans l'affaire *Virginia v. Black* (538 U.S. 343 (2003)). Une loi de l'État de Virginie érige en infraction majeure «le fait pour toute personne (...) de brûler une croix sur la propriété d'autrui, une route ou tout autre lieu public (...) avec l'intention d'intimider une personne ou un groupe» et précise que «l'acte de brûler ainsi une croix (...) constituera un commencement de preuve de l'intention d'intimider une personne ou un groupe».

La Cour suprême a dit que l'acte de brûler une croix est aux États-Unis indissolublement associé à l'histoire du Ku Klux Klan et que celui-ci avait souvent brûlé des croix pour intimider et menacer d'actes de violence imminents. Elle a précisé que, jusqu'à ce jour, qu'il s'agisse d'un message politique ou d'un moyen d'intimidation, le fait de brûler une croix était un «symbole de haine». Bien que cet acte ne fût pas automatiquement un message d'intimidation, la personne qui brûlait une croix avait souvent pour intention d'amener le destinataire du message à craindre pour sa vie. Le premier amendement à la Constitution des États-Unis permettait à un État d'interdire les «vraies menaces», ce qui englobait les déclarations par lesquelles l'auteur entendait communiquer à un individu ou groupe d'individus particulier son intention de commettre un acte de violence illégale. Il n'était pas nécessaire que l'auteur du message eût véritablement l'intention de mettre sa menace à exécution. En revanche, l'interdiction des vraies menaces protégeait les personnes de la peur de la violence et de la perturbation engendrée par la peur, ainsi que de la possibilité que la menace de violence ne devienne réalité. L'intimidation au sens interdit par la Constitution constituait un type de vraie menace, où la personne qui la proférait la dirigeait vers une personne ou un groupe de personnes avec l'intention de faire naître chez la victime la peur d'être agressée ou tuée. La Cour suprême conclut que le premier amendement permettait à la Virginie de proscrire l'acte de brûler une croix avec l'intention d'intimider, car il

s'agissait d'un acte qui constituait une forme d'intimidation particulièrement virulente.

EN DROIT

SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 11 DE LA CONVENTION

32. Le requérant allègue que la dissolution de l'association qu'il présidait a emporté violation de son droit à la liberté d'association garanti par l'article 11 de la Convention, lequel est ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État. »

Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

A. Sur la recevabilité

33. Le Gouvernement considère qu'il y a lieu de déclarer la requête irrecevable pour incompatibilité *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention en vertu de l'article 17, car il s'agissait à son avis d'une association qui fournissait un cadre institutionnel pour l'expression de la haine raciale contre les Juifs et les Roms. Il attire l'attention sur le fait que les organes internationaux de surveillance des droits de l'homme (tels que le Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales et la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) – paragraphes 26 à 28 ci-dessus) ont également fait part de leurs préoccupations quant à l'effet menaçant des uniformes, insignes et drapeaux utilisés dans les manifestations du mouvement en cause.

34. Le Gouvernement renvoie à la jurisprudence des institutions de la Convention, dont la décision adoptée par la Cour dans l'affaire *Garaudy c. France* ((déc.), n° 65831/01, CEDH 2003-IX). Il signale que, dans les cas où des requérants avaient invoqué le droit à la liberté d'expression pour justifier la publication de textes portant atteinte à l'esprit même de la Convention et aux valeurs fondamentales de la démocratie, la Commission européenne des droits de l'homme s'est fondée sur l'article 17, directement

ou indirectement, pour rejeter leurs arguments et déclarer les requêtes irrecevables (voir, par exemple, *Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas*, n^{os} 8348/78 et 8406/78, décision de la Commission du 11 octobre 1979, Décisions et Rapports (DR) 18, p. 198, et *Marais c. France*, n^o 31159/96, décision de la Commission du 24 juin 1996, DR 86-A, p. 184). D'après le Gouvernement, la Cour a par la suite confirmé cette approche (il cite l'arrêt *Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, §§ 47 et 53, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VII). En outre, il signale que, dans une affaire portant sur l'article 11 (*W.P. et autres c. Pologne* (déc.), n^o 42264/98, CEDH 2004-VII), la Cour a observé que «le but général de l'article 17 est d'empêcher que des groupements totalitaires puissent exploiter en leur faveur les principes posés par la Convention». Des conclusions similaires auraient été tirées dans les décisions *Norwood c. Royaume-Uni* ((déc.), n^o 23131/03, CEDH 2004-XI) et *Witzsch c. Allemagne* ((déc.), n^o 7485/03, 13 décembre 2005); le Gouvernement renvoie aussi, par contraste, à l'arrêt *Vajnai c. Hongrie* (n^o 33629/06, § 25, CEDH 2008).

35. Le requérant plaide en réponse que les activités de l'association ne constituent pas un abus du droit à la liberté d'expression et d'association car l'objectif de celles-ci aurait été de restaurer l'état de droit en protégeant les citoyens contre les criminels. L'association n'aurait participé à aucune activité visant à la destruction de l'un quelconque des droits et libertés énoncés dans la Convention.

36. La Cour observe d'emblée que, contrairement aux affaires portant sur la liberté d'expression citées par le Gouvernement, la présente espèce concerne le droit du requérant à la liberté d'association et, de fait, une restriction tout à fait sérieuse de celle-ci puisqu'elle a conduit à la fin de l'existence juridique de l'association. C'est pourquoi cette affaire se distingue de celles mentionnées par le Gouvernement. La Cour observe en particulier que, dans les affaires *Garaudy* et *Lehideux et Isorni* (précitées), c'est la question de la justification de politiques de type nazi qui était en jeu. Par conséquent, le constat d'abus au titre de l'article 17 découlait du fait que l'article 10 avait été invoqué par des groupes animés de motivations totalitaires.

37. Or en l'espèce le Gouvernement ne soutient pas que le requérant a exprimé du mépris pour les victimes d'un régime totalitaire (voir *a contrario* la décision *Witzsch* précitée) ou qu'il a appartenu à un groupe ayant des visées totalitaires. Les informations figurant dans le dossier ne permettent pas non plus de parvenir à une telle conclusion. Le requérant qui, à l'époque des faits, était le président d'une association enregistrée, dénonce la dissolution de cette association ainsi que du mouvement qui, d'après les juridictions internes, constituait une entité au sein de cette association, alors

que cette mesure avait été prise essentiellement en raison de la tenue d'une manifestation qui n'avait pas été déclarée illégale au niveau interne et n'avait conduit à aucun acte de violence. Dans ces conditions, la Cour ne saurait conclure que les activités de l'association visaient à justifier ou propager une idéologie d'oppression servant la cause de « groupes totalitaires ».

38. Ces activités, dont la compatibilité avec l'article 11 de la Convention va faire l'objet d'un examen au fond (comparer avec *Féret c. Belgique*, n° 15615/07, § 52, 16 juillet 2009), ne révèlent à première vue aucun acte visant à la destruction de l'un quelconque des droits et libertés énoncés dans la Convention (*Sidiropoulos et autres c. Grèce*, 10 juillet 1998, § 29, *Recueil* 1998-IV) ni aucune intention de la part du requérant de défendre publiquement les thèses totalitaires ou de diffuser de la propagande en faveur de ces thèses (*Vajnai*, précité, §§ 24-26). Ce n'est que lorsqu'elle aura terminé son examen au fond que la Cour sera en mesure de décider, à la lumière de l'ensemble des circonstances de l'affaire, s'il y a lieu d'appliquer l'article 17 de la Convention (*Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* [GC], n°s 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 96, CEDH 2003-II).

39. Il s'ensuit que, pour la Cour, la requête ne constitue pas un abus du droit de recours aux fins de l'article 17 de la Convention. Dès lors, elle n'est pas incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention au sens de l'article 35 § 3 de la Convention. Constatant que la requête ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité, la Cour la déclare recevable.

B. Sur le fond

1. Les arguments des parties

a) Le Gouvernement

40. Le Gouvernement soutient que le mouvement ne possédait aucun statut juridique propre mais formait une subdivision de l'association, laquelle, selon lui, l'avait créé et en assurait l'organisation et le financement. Il ajoute que les membres du mouvement avaient agi dans l'intérêt et sous le patronage de l'association et payé leur cotisation d'adhésion à celle-ci, et que ce n'est pas parce que les statuts de l'association ne précisaient pas sa structure interne qu'il fallait conclure que le mouvement ne faisait pas partie *de jure* de l'association. Toutefois, même à supposer que le mouvement ait constitué une entité distincte *de jure*, ses liens *de facto* avec l'association auraient permis de dire que l'association avait outrepassé sa liberté d'expression en raison du fonctionnement du mouvement. Dès lors,

l'association présidée par le requérant n'aurait pas été dissoute à cause des actes d'une entité distincte mais à cause de ses propres activités.

41. De plus, le Gouvernement considère qu'il n'y a pas eu d'ingérence dans l'exercice par le requérant du droit à la liberté d'association dès lors que cette liberté n'engloberait pas le droit d'association en vue de diffuser de la propagande raciste. Toutefois, même à supposer qu'il y ait eu pareille ingérence, elle aurait été prévue par la loi et aurait visé des buts légitimes : protection de la sûreté publique, défense de l'ordre et prévention du crime et protection des droits et libertés d'autrui.

42. En outre, une telle ingérence aurait été nécessaire dans une société démocratique eu égard au contenu raciste et antisémite des manifestations organisées par le mouvement et à ses rituels paramilitaires, qui auraient été intimidants et traumatisants, auraient promu la ségrégation, augmenté les tensions sociales et provoqué la violence. Quant à la proportionnalité, la dissolution aurait été une sanction appropriée face à la propagation de la discrimination et de la ségrégation raciales. Il ne s'agirait d'ailleurs pas de la sanction la plus sévère, étant donné qu'il aurait été également possible de prévoir des sanctions pénales, à titre d'*ultima ratio*, pour les individus responsables des expressions les plus graves de haine raciale incitant autrui à la violence.

b) Le requérant

43. D'emblée, le requérant souligne que, contrairement aux conclusions des juridictions nationales, les actions reprochées au mouvement ne peuvent être imputées à l'association dissoute. Pour lui, le mouvement ne constituait pas une partie intégrante de l'association, étant donné que les deux entités fonctionnaient de manière séparée et indépendante, même si elles coopéraient. Il souligne aussi qu'aucun des membres de l'association n'a pris part au mouvement.

44. Le requérant conteste l'argument du Gouvernement selon lequel la dissolution de l'association visait un but légitime servant la sécurité nationale et la sûreté publique, à savoir qu'elle était nécessaire à la défense de l'ordre et à la prévention du crime et à la protection des droits et libertés d'autrui, au sens de l'article 11 § 2 de la Convention. Selon lui, les tribunaux n'ont pas réussi à établir qu'il y avait véritablement eu des troubles ou des violations des droits d'autrui. Il souligne que les juridictions nationales ont fait état d'un danger purement hypothétique, dont la prévention ne pourrait passer pour constituer un but légitime au regard de la Convention.

45. En outre, le requérant allègue que, même à supposer que l'ingérence dans les droits consacrés par l'article 11 ait été légale, la dissolution de l'association n'était ni nécessaire ni proportionnée aux buts poursuivis. Il

note que toute ingérence des autorités publiques dans l'exercice du droit à la liberté d'association doit être proportionnée à la gravité du comportement litigieux ; dès lors, la sanction prononcée par les tribunaux internes aurait été excessivement sévère. Il soutient que, d'après la jurisprudence de la Cour, la dissolution est réservée à des situations où les activités d'une association mettent sérieusement en danger l'essence même de la démocratie ; or ni les activités de l'association ni celles du mouvement n'auraient recherché ou eu un tel effet. En tout état de cause, le droit interne pertinent ne prévoirait aucune autre sanction que la dissolution pour le cas où une association mènerait des activités illégales, ce qui en soi empêcherait toute proportionnalité.

46. Le requérant signale en outre que les exceptions énoncées au paragraphe 2 de l'article 11 doivent être interprétées de manière étroite et que seules des raisons convaincantes et impérieuses peuvent justifier des restrictions à la liberté d'association. En l'espèce, toutefois, les tribunaux internes n'auraient pas donné de motifs suffisants et pertinents pour justifier la restriction puisqu'ils n'auraient pas réussi à démontrer comment les activités de l'association risquaient de provoquer des conflits ou même de soutenir ou de promouvoir la violence et la destruction de la démocratie. De fait, les activités de l'association auraient eu pour seul but de permettre de discuter de problèmes sociaux non résolus tels que la sécurité des personnes vulnérables et le taux de criminalité extrêmement élevé.

47. Le requérant attire aussi l'attention sur la jurisprudence de la Cour relative à l'article 11 examiné à la lumière de l'article 10. Dans ce contexte, il concède que les idées exprimées par le mouvement peuvent passer pour offensantes ou choquantes. Néanmoins, il pense qu'elles ne s'analysent pas en une incitation à la haine ou à l'intolérance et qu'elles sont donc compatibles avec les principes de pluralisme et de tolérance dans une société démocratique.

c) Le tiers intervenant

48. Le Centre européen pour les droits des Roms soutient que les libertés garanties par l'article 11 de la Convention peuvent faire l'objet de restrictions afin de protéger les droits et libertés de communautés minoritaires. S'appuyant notamment sur les dispositions pertinentes de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, il arguë que les organisations qui cherchent à justifier ou à promouvoir la haine et la discrimination raciales sous quelque forme que ce soit ne jouissent pas de la protection de l'article 11 de la Convention. Il signale aussi que les minorités, et les Roms en particulier, jouissent d'une protection spéciale au titre de l'article 14 ; il renvoie au consensus

international qui se fait jour au sein des États membres du Conseil de l'Europe pour reconnaître l'obligation de protéger leur sécurité.

2. *Appréciation de la Cour*

a) **Sur l'existence d'une ingérence**

49. La Cour note que l'association présidée par le requérant a été dissoute et que cette mesure a eu des effets sur le mouvement en cause (paragraphe 15 ci-dessus). Elle considère donc qu'il y a eu une ingérence dans l'exercice par le requérant des droits garantis par l'article 11 de la Convention.

b) **Sur la justification de l'ingérence**

50. Pareille ingérence constitue une violation de l'article 11 sauf si elle est prévue par la loi, vise un ou plusieurs buts légitimes énumérés à l'article 11 § 2 et est nécessaire dans une société démocratique pour atteindre ces buts.

i. «Prévue par la loi»

51. La Cour observe que l'association a été dissoute en vertu de l'article 16 § 2 d) de la loi n° II de 1989 sur le droit à la liberté d'association (paragraphe 18 ci-dessus), lequel renvoie à l'article 2 § 2 («ne doit pas nuire aux droits et libertés d'autrui»), ce qui a entraîné par voie de conséquence la dissolution du mouvement.

Elle prend note en outre des arguments divergents des parties sur le point de savoir si la décision des juridictions internes de dissoudre l'association englobait légalement la dissolution du mouvement.

À cet égard, la Cour observe que, en réponse aux observations factuelles des autorités de poursuite (voir les détails au paragraphe 11 ci-dessus), la cour d'appel de Budapest et la Cour suprême ont déclaré (paragraphe 15 et 16 ci-dessus) que, pour l'interprétation de la législation interne sur les associations, le mouvement devait passer pour une entité fonctionnant au sein de l'association plutôt que de manière indépendante. Ces juridictions ont relevé que la principale activité de l'association avait été de créer puis de faire fonctionner, guider et financer le mouvement.

La Cour ne voit dans le dossier ou les arguments des parties aucun élément particulier de nature à rendre arbitraire cette application de la loi, étant donné que les autorités nationales sont les mieux placées pour interpréter la législation interne et pour apprécier les éléments de preuve. Sachant que la création du mouvement était un projet de l'association, que le mouvement et l'association partageaient un même compte bancaire, que les candidats à l'adhésion au mouvement étaient entendus par l'association et

que l'uniforme du mouvement pouvait être acheté auprès de l'association, la Cour juge que la position de ces juridictions n'était nullement déraisonnable.

En conséquence, la Cour est convaincue que la dissolution de l'association en raison des actions du mouvement était « prévue par la loi » eu égard au constat des juridictions internes quant au lien qui les unissait.

ii. But légitime

52. La Cour considère que la mesure litigieuse peut passer pour viser à la protection de la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la protection des droits d'autrui, tous buts légitimes aux fins de l'article 11 § 2 de la Convention, et ce en dépit de l'allégation du requérant selon laquelle les tribunaux internes n'ont pas démontré qu'il y avait véritablement eu des troubles ou des violations des droits d'autrui (paragraphe 44 ci-dessus).

Il rester à déterminer si la mesure en cause était nécessaire dans une société démocratique.

iii. Nécessaire dans une société démocratique

α) Principes généraux

53. Les principes généraux élaborés par la Cour dans sa jurisprudence en la matière se trouvent résumés comme suit dans l'arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie* (30 janvier 1998, *Recueil* 1998-I) :

« 42. La Cour rappelle que malgré son rôle autonome et la spécificité de sa sphère d'application, l'article 11 doit s'envisager aussi à la lumière de l'article 10. La protection des opinions et de la liberté de les exprimer constitue l'un des objectifs de la liberté de réunion et d'association consacrée par l'article 11 (voir, parmi d'autres, les arrêts *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, série A n° 44, p. 23, § 57, et *Vogt c. Allemagne* du 26 septembre 1995, série A n° 323, p. 30, § 64).

43. Il en va d'autant plus ainsi dans le cas de partis politiques, eu égard à leur rôle essentiel pour le maintien du pluralisme et le bon fonctionnement de la démocratie (paragraphe 25 ci-dessus).

La Cour l'a souvent souligné: il n'est pas de démocratie sans pluralisme. C'est pourquoi la liberté d'expression consacrée par l'article 10 vaut, sous réserve du paragraphe 2, 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 (voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt *Vogt* précité, p. 25, § 52). En tant que leurs activités participent d'un exercice collectif de la liberté d'expression, les partis politiques peuvent déjà prétendre à la protection des articles 10 et 11 de la Convention.

(...)

45. La démocratie représente sans nul doute un élément fondamental de « l'ordre public européen » (arrêt *Loizidou* précité, p. 27, § 75).

(...)

En outre, les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention requièrent d'apprécier les ingérences dans l'exercice des droits qu'ils consacrent à l'aune de ce qui est « nécessaire dans une société démocratique ». La seule forme de nécessité capable de justifier une ingérence dans l'un de ces droits est donc celle qui peut se réclamer de la « société démocratique ». La démocratie apparaît ainsi comme l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle.

(...)

46. En conséquence, les exceptions visées à l'article 11 appellent, à l'égard de partis politiques, une interprétation stricte, seules des raisons convaincantes et impératives pouvant justifier des restrictions à leur liberté d'association. Pour juger en pareil cas de l'existence d'une nécessité au sens de l'article 11 § 2, les États contractants ne disposent que d'une marge d'appréciation réduite, laquelle se double d'un contrôle européen rigoureux portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, y compris celles d'une juridiction indépendante. La Cour a déjà relevé la nécessité d'un tel contrôle à propos de la condamnation d'un parlementaire pour injures (arrêt *Castells* précité, pp. 22-23, § 42) ; à plus forte raison pareil contrôle s'impose-t-il quand il s'agit de la dissolution de tout un parti politique et de l'interdiction frappant ses responsables d'exercer à l'avenir toute autre activité similaire.

47. Lorsqu'elle exerce son contrôle, la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 11 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 par l'article 11 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Jersild c. Danemark* du 23 septembre 1994, série A n° 298, p. 26, § 31). »

54. D'autres principes pertinents sont exposés dans l'arrêt *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres* (précité) ; ils se lisent ainsi :

« γ) La possibilité d'apporter des restrictions et le contrôle européen rigoureux

96. Les libertés garanties par l'article 11 de la Convention ainsi que par les articles 9 et 10 ne sauraient priver les autorités d'un État, dont une association, par ses activités, met en danger les institutions, du droit de protéger celles-ci. À cet égard, la Cour rappelle qu'elle a déjà jugé inhérente au système de la Convention une certaine forme de conciliation entre les impératifs de la défense de la société démocratique et ceux de la sauvegarde des droits individuels. Une telle conciliation requiert que l'intervention

des autorités se fasse en conformité avec le paragraphe 2 de l'article 11, question dont la Cour aborde l'examen ci-dessous (...)

(...)

98. (...) la Cour estime qu'un parti politique peut promouvoir un changement de la législation ou des structures légales ou constitutionnelles de l'État à deux conditions: 1. les moyens utilisés à cet effet doivent être légaux et démocratiques; 2. le changement proposé doit lui-même être compatible avec les principes démocratiques fondamentaux. Il en découle nécessairement qu'un parti politique dont les responsables incitent à recourir à la violence ou proposent un projet politique qui ne respecte pas la démocratie ou qui vise la destruction de celle-ci ainsi que la méconnaissance des droits et libertés qu'elle reconnaît ne peut se prévaloir de la protection de la Convention contre les sanctions infligées pour ces motifs (arrêt *Yazar et autres c. Turquie*, nos 22723/93, 22724/93 et 22725/93, § 49, CEDH 2002-II; voir également, *mutatis mutandis*, les arrêts *Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie*, nos 29221/95 et 29225/95, § 97, CEDH 2001-IX, et *Parti socialiste et autres c. Turquie* du 25 mai 1998, *Recueil* 1998-III, pp. 1256-1257, §§ 46 et 47).

99. On ne saurait exclure qu'un parti politique, en invoquant les droits consacrés par l'article 11 de la Convention ainsi que par les articles 9 et 10, essaie d'en tirer le droit de se livrer effectivement à des activités visant la destruction des droits ou libertés reconnus dans la Convention et ainsi, la fin de la démocratie (*Parti communiste (KPD) c. Allemagne*, n° 250/57, décision de la Commission du 20 juillet 1957, *Annuaire* 1, p. 222). Or, compte tenu du lien très clair entre la Convention et la démocratie (paragraphe 86-89 ci-dessus), nul ne doit être autorisé à se prévaloir des dispositions de la Convention pour affaiblir ou détruire les idéaux et valeurs d'une société démocratique. Le pluralisme et la démocratie se fondent sur un compromis exigeant des concessions diverses de la part des individus ou groupes d'individus, qui doivent parfois accepter de limiter certaines des libertés dont ils jouissent afin de garantir une plus grande stabilité du pays dans son ensemble (voir, *mutatis mutandis*, *Petersen c. Allemagne* (déc.), n° 39793/98, CEDH 2001-XII). Dans ce contexte, la Cour considère qu'il n'est pas du tout improbable que des mouvements totalitaires, organisés sous la forme de partis politiques, mettent fin à la démocratie, après avoir prospéré sous le régime démocratique. L'histoire européenne contemporaine en connaît des exemples.

(...)

δ) L'imputabilité à un parti politique des actes et des discours de ses membres

101. La Cour estime aussi que les statuts et le programme d'un parti politique ne peuvent être pris en compte comme seul critère afin de déterminer ses objectifs et intentions. L'expérience politique des États contractants a montré que dans le passé les partis politiques ayant des buts contraires aux principes fondamentaux de la démocratie ne les ont pas dévoilés dans des textes officiels jusqu'à ce qu'ils s'approprient le pouvoir. C'est pourquoi la Cour a toujours rappelé qu'on ne saurait exclure que le programme politique d'un parti cache des objectifs et intentions différents de ceux qu'il affiche

publiquement. Pour s'en assurer, il faut comparer le contenu de ce programme avec les actes et prises de position des membres et dirigeants du parti en cause. L'ensemble de ces actes et prises de position, à condition de former un tout révélateur du but et des intentions du parti, peut entrer en ligne de compte dans la procédure de dissolution d'un parti politique (...)

ε) Le moment opportun de la dissolution

102. La Cour considère par ailleurs qu'on ne saurait exiger de l'État d'attendre, avant d'intervenir, qu'un parti politique s'approprie le pouvoir et commence à mettre en œuvre un projet politique incompatible avec les normes de la Convention et de la démocratie, en adoptant des mesures concrètes visant à réaliser ce projet, même si le danger de ce dernier pour la démocratie est suffisamment démontré et imminent. La Cour accepte que lorsque la présence d'un tel danger est établie par les juridictions nationales, à l'issue d'un examen minutieux soumis à un contrôle européen rigoureux, un État doit pouvoir «raisonnablement empêcher la réalisation d'un (...) projet politique, incompatible avec les normes de la Convention, avant qu'il ne soit mis en pratique par des actes concrets risquant de compromettre la paix civile et le régime démocratique dans le pays» (arrêt de chambre, § 81).

103. Selon la Cour, un tel pouvoir d'intervention préventive de l'État est également en conformité avec les obligations positives pesant sur les Parties contractantes dans le cadre de l'article 1 de la Convention pour le respect des droits et libertés des personnes relevant de leur juridiction. Ces obligations ne se limitent pas aux éventuelles atteintes pouvant résulter d'actions ou d'omissions imputables à des agents de l'État ou survenues dans des établissements publics, mais elles visent aussi des atteintes imputables à des personnes privées dans le cadre de structures qui ne relèvent pas de la gestion de l'État (...) Un État contractant à la Convention, en se fondant sur ses obligations positives, peut imposer aux partis politiques, formations destinées à accéder au pouvoir et à diriger une part importante de l'appareil étatique, le devoir de respecter et de sauvegarder les droits et libertés garantis par la Convention ainsi que l'obligation de ne pas proposer un programme politique en contradiction avec les principes fondamentaux de la démocratie.

ζ) Examen global

104. À la lumière de ce qui précède, l'examen global par la Cour de la question de savoir si la dissolution d'un parti politique pour risque d'atteinte aux principes démocratiques répondait à un «besoin social impérieux» (voir, par exemple, l'arrêt *Parti socialiste et autres* précité, p. 1258, § 49) doit se concentrer sur les points suivants : i. s'il existe des indices montrant que le risque d'atteinte à la démocratie, sous réserve d'être établi, est suffisamment et raisonnablement proche; ii. si les actes et discours des dirigeants et des membres du parti politique pris en considération dans le cadre de l'affaire sont imputables à l'ensemble du parti; iii. si les actes et les discours imputables au parti politique constituent un tout qui donne une image nette d'un modèle de société conçu et prôné par le parti, et qui serait en contradiction avec la conception d'une «société démocratique».

105. Dans le cadre de l'examen global que doit entreprendre la Cour sur ces points, il faut aussi tenir compte de l'évolution historique dans laquelle se situe la dissolution (...) dans le pays concerné pour le bon fonctionnement de la « société démocratique » (voir, *mutatis mutandis*, la décision *Petersen* précitée). »

55. L'arrêt adopté par la Cour dans l'affaire *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne* (n^{os} 25803/04 et 25817/04, CEDH 2009) contient d'autres passages pertinents :

« 79. (...) Il en découle nécessairement qu'un parti politique dont les responsables incitent à recourir à la violence ou proposent un projet politique qui ne respecte pas une ou plusieurs règles de la démocratie ou qui vise la destruction de celle-ci ainsi que la méconnaissance des droits et libertés qu'elle reconnaît, ne peut se prévaloir de la protection de la Convention contre les sanctions infligées pour ces motifs (...) »

(...)

81. (...) un État doit pouvoir « raisonnablement empêcher la réalisation d'un (...) projet politique, incompatible avec les normes de la Convention, avant qu'il ne soit mis en pratique par des actes concrets risquant de compromettre la paix civile et le régime démocratique dans le pays » (*Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres*, précité, § 102).

(...)

83. (...) Dès lors, l'examen de la question de savoir si la dissolution d'un parti politique pour risque d'atteinte aux principes démocratiques répond à un « besoin social impérieux » (voir, par exemple, *Parti socialiste et autres*, précité, § 49) doit se concentrer sur le point de savoir, d'une part, s'il existe des indices montrant que le risque d'atteinte à la démocratie, sous réserve d'être établi, est suffisamment et raisonnablement proche et, d'autre part, si les actes et discours imputables au parti concerné constituent un tout qui donne une image nette d'un modèle de société conçu et prôné par le parti, et qui serait en contradiction avec la conception d'une « société démocratique » (...). »

β) Application en l'espèce des principes précités

56. La Cour observe d'emblée que, bien que le droit de créer et de faire fonctionner des partis politiques relève de la protection de l'article 11 de la Convention, tout comme le droit de créer et de faire fonctionner des organisations sociales, ces deux types d'entités se distinguent l'une de l'autre notamment en ce qui concerne le rôle qu'elles jouent dans le fonctionnement d'une société démocratique, étant donné que de nombreuses organisations sociales contribuent à ce fonctionnement seulement de manière indirecte.

Dans plusieurs États membres du Conseil de l'Europe, les partis politiques jouissent d'un statut juridique spécial qui facilite leur participation à la politique en général et aux élections en particulier ; ils ont aussi des fonctions spécifiques, reconnues par la loi, dans le cadre du processus électoral et de la formation des politiques publiques et de l'opinion publique.

Les organisations sociales ne jouissent normalement pas de tels privilèges conférés par la loi et ont en principe moins de possibilités pour influencer sur les décisions prises dans le domaine politique. Nombre d'entre elles ne prennent pas part à la vie politique publique, bien qu'il n'existe pas de séparation stricte à cet égard entre les diverses formes d'associations; leur influence politique réelle ne peut donc s'apprécier qu'au cas par cas.

Les mouvements sociaux peuvent jouer un rôle important dans la formation des politiques mais la loi leur fournit en général moins d'occasions qu'aux partis politiques d'influencer sur le système politique. Toutefois, eu égard à l'impact politique réel de ces organisations et mouvements sociaux, il faut tenir compte de leur influence lorsqu'il s'agit d'évaluer un risque pesant sur la démocratie.

57. De l'avis de la Cour, l'État a également le droit de prendre des mesures préventives pour protéger la démocratie face à des entités autres que des partis lorsqu'un préjudice menaçant de manière suffisamment imminente les droits d'autrui risque de saper les valeurs fondamentales sur lesquelles se fonde une société démocratique. L'une de ces valeurs est la coexistence, au sein de la société, des membres qui la composent hors de toute ségrégation raciale; en effet, on ne peut concevoir une société démocratique dépourvue de cette valeur. On ne saurait exiger de l'État d'attendre pour intervenir qu'un mouvement politique mène des actions qui sapent la démocratie ou recoure à la violence. Même si pareil mouvement n'a pas tenté de prendre le pouvoir et que le risque que son projet politique fait courir à la démocratie n'est pas imminent, l'État a le droit de prendre des mesures préventives s'il est établi que pareil mouvement a commencé à adopter des actes concrets dans la vie publique pour mettre en pratique un projet politique incompatible avec les normes de la Convention et la démocratie (*Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres*, précité, § 102).

58. S'agissant d'apprécier la nécessité et la proportionnalité de la mesure litigieuse, la Cour note que la présente espèce concerne la dissolution d'une association et d'un mouvement et non celle d'un parti politique. Les responsabilités qui découlent du rôle constitutionnel particulier et les privilèges juridiques qui sont ceux des partis politiques dans de nombreux États membres du Conseil de l'Europe ne s'appliquent aux organisations sociales que dans la mesure où ces dernières ont véritablement un degré comparable d'influence politique. En revanche, la Cour est consciente que mettre fin à l'existence juridique de l'association et du mouvement est une sanction d'une extrême gravité qui a privé ces groupes des avantages juridiques, financiers et pratiques normalement accordés aux associations enregistrées dans la plupart des pays (paragraphe 18 ci-dessus). Dès lors, pareille mesure doit être justifiée par des motifs pertinents et suffisants, tout comme pour la

dissolution d'un parti politique bien que, dans le cas d'une association, dont les possibilités d'exercer une influence au plan national sont plus réduites, il est légitime que la justification de restrictions préventives soit moins forte que lorsqu'il s'agit d'un parti politique. Étant donné qu'un parti politique et une association non politique n'ont pas la même importance pour une démocratie, seul le premier mérite que l'on procède à l'examen le plus rigoureux de la nécessité d'une restriction au droit d'association (comparer, par analogie, avec le niveau de protection accordé au discours politique et au discours qui ne concerne pas des questions d'intérêt public dans les arrêts *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, § 42, série A n° 103, et *Tammer c. Estonie*, n° 41205/98, § 62, CEDH 2001-I). Cette distinction doit être exercée avec suffisamment de souplesse. Pour ce qui est des associations ayant des objectifs et une influence politiques, le niveau de l'examen dépend de la nature et des fonctions réelles de l'association compte tenu des circonstances de l'affaire.

59. La Cour observe que le mouvement dont le requérant conteste la dissolution a été créé par l'association dans le but affiché de « défendre la Hongrie (...) sans défense physiquement, spirituellement et intellectuellement » (paragraphe 8 ci-dessus). Le mouvement a par la suite, entre autres activités, organisé des rassemblements et manifestations, ses membres portant l'uniforme et défilant en formations de style militaire. Ces événements eurent lieu dans diverses parties du pays et en particulier dans des villages ayant une forte population rom, comme Tatárszentgyörgy ; des appels furent également lancés pour la défense des « Hongrois de souche » contre ce qui était qualifié de « criminalité tzigane » (paragraphe 10 ci-dessus). En réaction à ces événements, le parquet engagea une action contre le mouvement et l'association au motif, en substance, que les activités de ceux-ci constituaient des manœuvres d'intimidation à caractère raciste dirigées contre des citoyens d'origine rom (paragraphe 11 ci-dessus).

60. Au cours de la procédure judiciaire qui s'ensuivit, les tribunaux examinèrent les liens entre les deux défendeurs et constatèrent qu'il existait des preuves convaincantes qu'il ne s'agissait pas d'entités distinctes. Eu égard aux arguments pris en compte dans ce contexte, la Cour ne saurait juger cette conclusion déraisonnable ou arbitraire (paragraphe 11, 13, 15, 16 et 51 ci-dessus).

61. La procédure a débouché sur la dissolution tant de l'association que du mouvement. En substance, les juridictions nationales ont considéré que, même si les activités des défendeurs n'avaient concrètement donné lieu à aucune violence, ces derniers avaient créé un climat d'hostilité envers les Roms par le biais de démonstrations de force verbales et visuelles et que cela constituait une violation de la loi sur les associations, était contraire à

la dignité humaine et nuisait aux droits d'autrui, en l'occurrence ceux des citoyens roms. À ce dernier égard, les juridictions observèrent que le thème central du rassemblement de Tatárszentgyörgy était la « criminalité tzigane », à savoir un concept raciste. Les tribunaux portèrent une attention particulière au fait que les rassemblements litigieux mettaient en jeu des uniformes, ordres, saluts et formations de style militaire ainsi que des brassards rappelant les symboles des Croix fléchées. En appel, ce raisonnement fut complété par des considérations sur le fait que les populations des villages visés par le mouvement constituaient un « public captif » puisqu'elles n'avaient pu se soustraire aux opinions extrêmes et porteuses d'exclusion véhiculées par les actions du mouvement. De l'avis des juridictions nationales, ces actions créaient une menace à l'ordre public du fait qu'elles causaient des tensions sociales et généraient une atmosphère propice à la violence (paragraphe 15 et 16 ci-dessus).

62. La Cour répète qu'il incombe au premier chef aux autorités nationales, et notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne (voir, parmi beaucoup d'autres, *Lehideux et Isorni*, précité, § 50). La Cour a seulement pour tâche de vérifier les décisions rendues par les autorités en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Ce faisant, elle doit se convaincre que celles-ci se sont fondées sur une appréciation acceptable des faits pertinents (*Incal c. Turquie*, 9 juin 1998, § 48, *Recueil* 1998-IV). Dans les circonstances de la présente espèce, la Cour ne saurait juger déraisonnables ou arbitraires les conclusions des juridictions hongroises, et elle partage l'avis de celles-ci selon lequel les activités et les idées du mouvement se fondaient sur une comparaison raciale de la minorité rom et de la majorité hongroise (paragraphe 13 ci-dessus).

63. La Cour a dit précédemment, dans le contexte de l'article 10, que des idées ou comportements ne sauraient être soustraits à la protection de la Convention simplement parce qu'ils sont susceptibles de créer un sentiment de malaise parmi des groupes de citoyens ou parce que certaines personnes peuvent s'en offusquer (*Vajnai*, précité, § 57). Elle estime que des considérations similaires doivent s'appliquer à la liberté d'association pour autant que celle-ci concerne un regroupement d'individus visant à diffuser des idées qui ne sont pas largement acceptées, voire qui choquent ou dérangent. De fait, à moins que l'association en question puisse raisonnablement passer pour être le terreau de la violence ou pour incarner la négation des principes démocratiques, il est difficile de concilier des mesures radicales destinées à restreindre des droits fondamentaux tels que la liberté d'association – sous couvert de protéger la démocratie – avec l'esprit de la Convention, laquelle vise à garantir l'expression d'opinions politiques (même celles qui sont difficiles à accepter par les autorités ou par un grand groupe de citoyens et

qui contestent l'ordre établi) par le biais de tous les moyens pacifiques et légaux, y compris les associations et rassemblements (voir, *mutatis mutandis*, *Güneri et autres c. Turquie*, n^{os} 42853/98, 43609/98 et 44291/98, § 76, 12 juillet 2005).

64. Cela posé, il reste à déterminer si, en l'espèce, les actions de l'association et du mouvement n'ont pas outrepassé le cadre d'activités légales et pacifiques. À cet égard, la Cour ne saurait négliger le fait que leurs activistes ont organisé plusieurs défilés, tel celui de Tatárszentgyörgy, qui rassemblait quelque deux cents personnes dans un village comptant environ 1 800 habitants. Certes, il n'y a pas eu de violence, mais il n'est pas possible de savoir après coup si cela était ou non le résultat de la présence de la police. Les activistes qui ont défilé dans le village portaient des uniformes de style militaire et des brassards menaçants; ils étaient disposés en une formation de type militaire, exécutaient des saluts et lançaient des ordres également d'inspiration militaire.

65. Pour la Cour, un tel rassemblement pouvait être compris par les personnes présentes comme signifiant que ses organisateurs avaient l'intention et le pouvoir de recourir à une organisation paramilitaire pour atteindre leurs objectifs, quels que ceux-ci puissent être. La formation paramilitaire rappelait le mouvement nazi hongrois, les Croix fléchées, l'épine dorsale du régime qui fut responsable, entre autres, de l'extermination en masse des Roms en Hongrie. Eu égard à l'existence de liens organisationnels établis entre le mouvement dont les activistes étaient présents et l'association, la Cour juge également que l'effet d'intimidation des rassemblements organisés à Tatárszentgyörgy et ailleurs n'a pu qu'être amplifié – et même démultiplié – par le fait que ces rassemblements s'appuyaient sur une association enregistrée bénéficiant d'une reconnaissance juridique.

66. La Cour considère que la démonstration par des protagonistes politiques de leur capacité et de leur volonté d'organiser une force paramilitaire va au-delà de l'utilisation de moyens pacifiques et légaux destinés à exprimer des opinions politiques. Eu égard à l'expérience historique – en l'occurrence celle de la Hongrie, qui a connu à une époque le pouvoir des Croix fléchées –, le fait qu'une association recoure à des manifestations paramilitaires qui expriment une division raciale et appellent implicitement à des actions fondées sur la race ne peut qu'avoir un effet d'intimidation sur les membres d'une minorité raciale, en particulier lorsque ceux-ci se trouvent chez eux et constituent ainsi un public captif. Pour la Cour, cela sort des limites de la protection qu'assure la Convention en matière d'expression (*Vajnai*, précité) ou de réunion, et s'analyse en une intimidation, ce qui – pour reprendre les termes utilisés dans l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Virginia c. Black* [538 U.S. 343 (2003)] (paragraphe 31 ci-dessus) – constitue une

« menace véritable ». L'État est donc autorisé à protéger le droit des membres des groupes visés de vivre sans subir d'intimidation. Cela est d'autant plus vrai qu'ils ont été visés pour des motifs raciaux et ont fait l'objet d'intimidation en raison de leur appartenance à un groupe ethnique donné. La Cour estime qu'un défilé paramilitaire va au-delà de la simple expression d'une idée dérangeante ou offensante, car le message s'accompagne de la présence physique d'un groupe menaçant d'activistes organisés. Lorsque l'expression d'idées s'accompagne d'un certain comportement, la Cour considère que le niveau de protection généralement accordé à la liberté d'expression peut être réduit au vu des importants intérêts tenant à l'ordre public liés à ce comportement. Si le comportement qui est associé à l'expression d'idées est intimidant ou menaçant ou s'il empêche une personne d'exercer librement des droits ou privilèges garantis par la Convention, ou d'en jouir librement, à cause de sa race, de telles considérations ne peuvent être ignorées même dans le contexte des articles 10 et 11.

67. En l'espèce, les activités litigieuses visaient tout à fait clairement la minorité rom, censée être responsable de la « criminalité tzigane », et la Cour n'est pas convaincue par l'argument du requérant selon lequel les entités dissoutes n'avaient pas l'intention de viser et d'intimider ce groupe vulnérable (*Horváth et Kiss c. Hongrie*, n° 11146/11, § 102, 29 janvier 2013). À cet égard, la Cour reconnaît la pertinence des préoccupations exprimées par différentes organisations internationales (paragraphe 26 à 28 ci-dessus).

68. Comme la Cour l'a déjà indiqué (paragraphe 57 ci-dessus), dans de telles circonstances, on ne saurait exiger des autorités d'attendre d'autres événements pour intervenir dans le but de protéger les droits d'autrui, puisque le mouvement avait adopté des actes concrets dans la vie publique pour mettre en pratique un projet politique incompatible avec les normes de la Convention et la démocratie.

69. Pour la Cour, le caractère d'intimidation des rassemblements en question prime sur toute autre considération, alors même que ces rassemblements n'avaient pas été interdits par les autorités et qu'ils n'ont donné lieu à aucune violence ni à aucun crime. Ce qui importe est que l'organisation répétée de rassemblements (paragraphe 15 ci-dessus) était de nature à intimider autrui, et donc à avoir des répercussions sur les droits d'autrui, surtout vu le lieu des défilés. Concernant la dissolution de l'association, il importe peu qu'aucune des manifestations n'ait été illégale ; la Cour n'est pas appelée en l'espèce à déterminer dans quelle mesure les manifestations s'analysent en un exercice du droit de réunion garanti par la Convention. Il est possible que la véritable nature et les véritables buts d'une association ne se révèlent qu'en fonction du déroulement concret de telles manifestations. Pour la Cour, organiser une série de rassemblements dans

le but annoncé de tenir la «criminalité tzigane» en échec au moyen d'un défilé paramilitaire peut passer pour la mise en pratique d'une politique de ségrégation raciale. En fait, ces défilés à caractère intimidant peuvent être vus comme la première étape vers la réalisation d'une certaine vision de l'ordre public qui est d'essence raciste.

La Cour signale à cet égard que si le droit à la liberté de réunion est exercé de manière répétée par le biais de défilés intimidants impliquant des groupes importants, l'État a le droit de prendre des mesures pour restreindre le droit à la liberté d'association qui lui est lié pour autant que cela est nécessaire afin de parer le risque qu'une telle intimidation à grande échelle représente pour le fonctionnement de la démocratie (paragraphe 54 ci-dessus). Des actes d'intimidation coordonnés pris à grande échelle et, de surcroît, se rapportant à la défense de politiques à motivation raciale incompatibles avec les valeurs fondamentales de la démocratie sont de nature à justifier une ingérence de l'État dans l'exercice de la liberté d'association, même dans le cadre de l'étroite marge d'appréciation applicable dans la présente affaire. La raison à cela tient aux conséquences négatives de pareille intimidation sur la volonté politique du peuple. Alors que la défense accidentelle d'idées antidémocratiques ne constitue pas en soi un motif impérieux justifiant l'interdiction d'un parti politique (paragraphe 53 ci-dessus), et encore moins dans le cas d'une association qui ne peut bénéficier du statut spécial accordé aux partis politiques, les circonstances prises dans leur ensemble, et en particulier d'éventuelles actions planifiées et coordonnées, peuvent constituer un motif pertinent et suffisant de prendre une telle mesure, en particulier lorsque d'autres formes potentielles d'expression d'idées par ailleurs choquantes ne sont pas directement touchées (paragraphe 71 ci-dessous, *in fine*).

70. Vu les considérations qui précèdent, la Cour est convaincue que les arguments avancés par les autorités nationales étaient pertinents et suffisants pour démontrer que la mesure litigieuse correspondait à un besoin social impérieux.

71. La Cour est consciente que la dissolution du mouvement et de l'association a représenté une mesure tout à fait radicale. Elle est néanmoins convaincue que les autorités ont choisi la mesure la moins intrusive et, d'ailleurs, la seule qui fût raisonnable, pour régler la question. Il faut de surcroît noter que les autorités nationales avaient précédemment attiré l'attention de l'association sur le caractère illégal des activités du mouvement, ce qui n'a provoqué qu'un respect de pure forme (paragraphe 9 ci-dessus), puisque d'autres rassemblements ont eu lieu pendant que la procédure était en cours (paragraphe 15 ci-dessus) (comparer avec *S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, § 84, CEDH 2011). Pour la Cour, la menace que

représentaient pour les droits d'autrui les rassemblements organisés par le mouvement ne pouvait être éradiquée de manière effective qu'en supprimant le soutien organisationnel que l'association apportait au mouvement. Si les autorités avaient toléré que le mouvement et l'association poursuivent leurs activités en entérinant leur existence juridique sous la forme privilégiée d'une entité fondée sur la loi sur les associations, le public aurait pu comprendre cette attitude comme une légitimation de cette menace par l'État. L'association, bénéficiant des prérogatives d'une entité reconnue légalement, aurait ainsi pu continuer à soutenir le mouvement, et l'État aurait de la sorte indirectement facilité l'organisation de sa campagne de rassemblements. Par ailleurs, la Cour note qu'aucune autre sanction n'a été infligée à l'association ou au mouvement, ou à leurs membres, lesquels n'ont en rien été empêchés de poursuivre des activités politiques sous d'autres formes (voir, *a fortiori*, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres*, précité, §§ 133-134). Dans ces conditions, la Cour juge que la mesure dénoncée n'était pas disproportionnée aux buts légitimes visés.

72. Les considérations qui précèdent suffisent à la Cour pour conclure qu'il n'y a pas eu en l'espèce violation de l'article 11 de la Convention.

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

1. *Déclare* la requête recevable;
2. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 11 de la Convention.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 9 juillet 2013, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Stanley Naismith
Greffier

Guido Raimondi
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée du juge Pinto de Albuquerque.

G.RA.
S.H.N.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE PINTO DE ALBUQUERQUE

(Traduction)

La propagation de l'antitsiganisme et de l'antisémitisme par des personnes morales et les moyens d'y faire face au titre de la Convention européenne des droits de l'homme sont les questions qui se trouvent au cœur de l'affaire *Vona*. Je partage l'avis de la chambre, mais je suis convaincu que l'affaire soulève des questions d'une importance cruciale qu'il convient de traiter. Tel est le but de la présente opinion.

L'obligation internationale d'ériger en infraction la propagation du racisme

L'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale¹ exige des États parties qu'ils punissent par la loi six catégories de comportement raciste : i. la diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale ; ii. l'incitation à la haine raciale ; iii. les actes de violence dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique ; iv. la provocation à de tels actes ; v. le financement d'activités racistes, et ; vi. la participation à des organisations ainsi qu'à des activités de propagande organisée et tout autre type d'activité de propagande, qui incitent à la discrimination raciale et qui l'encouragent². En outre, cette convention exige des États parties qu'ils déclarent illégales et interdisent les organisations qui incitent à la discrimination raciale et l'encouragent, et qu'ils s'attachent à agir le plus promptement possible à l'encontre de ces organisations³. Ces prescriptions de l'article 4 étant impératives⁴, pour y satisfaire, les États parties ne doivent

1. Cette convention a été adoptée le 21 décembre 1965 et compte 176 États parties, dont la Hongrie.

2. Aux termes de cette convention, l'expression « discrimination raciale » vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique. Ainsi, la définition universelle ne fait aucune différence entre la discrimination fondée sur l'origine ethnique et celle fondée sur la race.

3. Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale n° 15 (1993) concernant les violences organisées fondées sur l'origine ethnique, §§ 3-6, la Recommandation générale n° 27 (2000) concernant la discrimination à l'égard des Roms, § 12, Recommandation générale n° 30 (2004) concernant la discrimination contre les non-ressortissants, §§ 11-12, et Recommandation générale n° 31 (2005) concernant la prévention de la discrimination raciale dans l'administration et le fonctionnement du système de justice pénale, § 4.

4. Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale n° 7 (1985)

pas se contenter de promulguer des lois punissant les actes de discrimination raciale, mais aussi s'assurer que les lois pénales et autres dispositions de loi interdisant la discrimination raciale sont effectivement appliquées par les juridictions nationales compétentes et les autres institutions de l'État⁵.

En vertu du paragraphe 2 de l'article premier de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, les États parties doivent ériger en crime l'apartheid, lequel désigne les actes commis par des organisations, des institutions et des individus en vue d'instituer ou d'entretenir la domination d'un groupe racial d'êtres humains sur n'importe quel autre groupe racial d'êtres humains et d'opprimer systématiquement celui-ci, à l'instar des politiques et pratiques de ségrégation et de discrimination raciales pratiquées par l'ancien régime politique d'Afrique du Sud⁶.

En vertu de l'article 7 § 1 h) du Statut de Rome de 1998 de la Cour pénale internationale⁷, la persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste ou en fonction d'autres critères constitue un crime contre l'humanité soumis à la juridiction de la Cour pénale internationale, lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque. Les actes de harcèlement, d'humiliation et d'abus psychologique visant les membres d'une race, d'une nationalité ou d'un groupe ethnique peuvent être qualifiés de persécution⁸.

Après que la Charte des droits fondamentaux adoptée en 2000 par l'Union européenne a interdit toute discrimination fondée notamment sur la race, la couleur, la nationalité, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, l'Union européenne a poursuivi la répression de la diffusion du racisme avec l'adoption en 2008 de la décision-cadre sur la lutte contre certaines

concernant la législation visant à éliminer la discrimination raciale (article 4) et Recommandation générale n° 15 (1993), précitée, § 2.

5. Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Gelle c. Danemark*, Communication n° 34/2004, 6 mars 2006, § 7.3, et *TBB-Turkish Union in Berlin/Brandenburg c. Allemagne*, Communication n° 48/2010, 4 avril 2013, § 12.3.

6. La Convention, adoptée le 30 novembre 1973, a 108 États parties, dont la Hongrie.

7. Le Statut de Rome a été ratifié par 122 États, dont la Hongrie.

8. Voir le procès des *Einsatzgruppen*, Procès des criminels de guerre devant le tribunal de Nuremberg en vertu de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié, vol. IV, p. 435 : « inciter les membres de la population à abuser, maltraiter et massacrer leurs concitoyens (...) à susciter la passion, la haine, la violence et la destruction parmi la population, vise à briser la structure morale », et, plus récemment, *Kvocka et autres*, IT-98-30/1-A, arrêt du TPIY du 28 février 2005, §§ 324-325.

formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal⁹. D'après la décision-cadre, sont punissables en tant qu'infractions criminelles certaines formes de conduite perpétrées avec un dessein raciste ou xénophobe, entre autres, l'incitation publique à la violence ou à la haine visant un groupe de personnes ou un membre d'un tel groupe, défini par référence à la race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique. Chaque État membre doit faire en sorte que ces infractions soient passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, y compris une peine maximale d'au moins un à trois ans d'emprisonnement pour les personnes physiques, et des amendes pénales ou non pénales pour les personnes morales. Ces dernières sont également passibles d'autres sanctions telles que des mesures d'exclusion du bénéfice de prestations ou d'aides publiques, des mesures d'interdiction temporaire ou permanente d'exercer une activité commerciale, un placement sous surveillance judiciaire ou une mesure judiciaire de dissolution.

À la suite de l'adoption d'un instrument général pour lutter contre la discrimination, à savoir le Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁰, le Conseil de l'Europe a créé un instrument spécifique pour sanctionner les manifestations de racisme et de xénophobie: le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, tels que la diffusion de matériel raciste et xénophobe, les menaces ou insultes avec une motivation raciste et xénophobe, et la négation, minimisation grossière, approbation ou justification du génocide ou des crimes contre l'humanité¹¹. Auparavant, la recommandation n° R (97) 20 du Comité des Ministres avait déjà indiqué aux gouvernements des États membres qu'ils devaient établir un cadre juridique solide, composé de dispositions civiles, pénales et administratives portant sur le discours de haine, ce dernier devant être compris comme couvrant toutes formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine raciale, la xénophobie, l'antisémitisme ou d'autres formes de haine fondées sur l'intolérance, y compris l'intolérance

9. La décision-cadre fait suite à l'action commune 96/443/JAI du 15 juillet 1996, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'action contre le racisme et la xénophobie.

10. STE n° 177, avec 18 États parties.

11. STE n° 189, avec 20 États parties. Aux fins de ce Protocole, l'expression «matériel raciste et xénophobe» désigne tout matériel écrit, toute image ou toute autre représentation d'idées ou de théories qui préconise ou encourage la haine, la discrimination ou la violence, contre une personne ou un groupe de personnes, en raison de la race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique, ou de la religion, dans la mesure où cette dernière sert de prétexte à l'un ou l'autre de ces éléments, ou qui incite à de tels actes.

qui s'exprime sous forme de nationalisme agressif et d'ethnocentrisme, de discrimination et d'hostilité à l'encontre des minorités, des immigrés et des personnes issues de l'immigration. En outre, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) du Conseil de l'Europe s'est occupée dès l'origine des activités de certains groupes ayant un discours ouvertement hostile aux Roms et antisémite. Dans sa toute première recommandation de politique générale, l'ECRI a préconisé que les formes d'expression orales, écrites et audiovisuelles et autres, y inclus les messages passant par les médias électroniques, incitant à la haine, à la discrimination ou à la violence contre des groupes raciaux, ethniques, nationaux ou religieux ou contre leurs membres au motif qu'ils appartiennent à un tel groupe soient juridiquement considérées comme une infraction pénale, laquelle vise également la production, la distribution et le stockage aux fins de distribution du matériel incriminé. L'ECRI a recommandé de donner une haute priorité aux poursuites pénales contre les délits à caractère raciste ou xénophobe et de les mener de manière proactive et conséquente. L'ECRI a aussi conseillé d'interdire les organisations racistes lorsqu'il est considéré que cela contribuerait à la lutte contre le racisme¹². Notant que les Roms sont en butte dans toute l'Europe à des préjugés persistants, l'ECRI a spécifiquement recommandé aux États de prendre des mesures appropriées pour une pleine et rapide administration de la justice dans les affaires concernant les violations de droits fondamentaux des Roms¹³. Plus récemment, le 1^{er} février 2012, le Comité des Ministres a adopté une déclaration sur la montée de l'antitsiganisme et de la violence raciste envers les Roms en Europe¹⁴, dans laquelle il exprime sa profonde inquiétude face à la montée de l'antitsiganisme, de la rhétorique anti-rom et des agressions

12. ECRI, Recommandation de politique générale n° 1 sur la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance, 4 octobre 1996; la Recommandation de politique générale n° 7 sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale, adoptée par l'ECRI le 13 décembre 2002, élargit le champ des infractions pénales aux injures et à la diffamation publiques, aux menaces à l'égard d'une personne ou d'un ensemble de personnes, en raison de leur race, leur couleur, leur langue, leur religion, leur nationalité ou leur origine nationale ou ethnique, et prévoit la responsabilité pénale des personnes morales, qui doit être engagée lorsque l'infraction a été commise pour le compte de la personne morale par toute personne agissant notamment comme son organe ou comme son représentant; la responsabilité pénale de la personne morale n'exclut pas celle des personnes physiques; les personnes physiques ou groupes qui prônent le racisme doivent être interdits et, si nécessaire, dissous.

13. ECRI, Recommandation de politique générale n° 3 sur la lutte contre le racisme et l'intolérance envers les Roms/Tsiganes, 6 mars 1998, et Recommandation de politique générale n° 13 sur la lutte contre l'antitsiganisme et les discriminations envers les Roms, 24 juin 2011.

14. Le terme « Roms » utilisé au Conseil de l'Europe désigne les Roms, les Sintés (Manouches), les Kalés (Gitans) et les groupes de population apparentés en Europe, dont les Voyageurs et les branches orientales (Doms, Loms); il englobe la grande diversité des groupes concernés, y compris les personnes qui s'auto-identifient comme « Tsiganes » et celles que l'on désigne comme « Gens du voyage ».

violentes contre les Roms, et appelle les pouvoirs publics à tous les niveaux à mener rapidement et efficacement les enquêtes nécessaires sur tous les crimes commis contre des Roms et à identifier tout motif raciste de tels actes. Dans cette déclaration, le Comité se félicite également des efforts menés pour la prévention et la condamnation des organisations extrémistes incitant à commettre ou commettant de tels crimes.

En parfaite cohérence avec ces normes, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné l'importance vitale que revêt la lutte contre la discrimination raciale sous toutes ses formes et manifestations, y compris le discours de haine ou le discours visant à la discrimination de groupes ethniques¹⁵. En outre, la Cour a déclaré que la violence raciale constitue un affront particulier à la dignité humaine et exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités¹⁶. La vulnérabilité du groupe visé par la discrimination et la violence est un facteur dont la Cour a tenu compte dans son analyse; elle a par exemple établi que les personnes d'origine rom jouissent d'une protection spéciale au titre de l'article 14 de la Convention¹⁷.

Dès lors, les États parties à la Convention ont le devoir d'ériger en infraction criminelle toute forme de diffusion, par le discours ou autre, du racisme, de la xénophobie ou de l'intolérance ethnique, d'interdire tout rassemblement et de dissoudre tout groupe, organisation, association ou partie qui en fait la promotion. Les États ont l'obligation non seulement de traduire en justice les auteurs allégués d'infractions et de donner aux victimes du racisme un rôle actif dans la procédure pénale, mais aussi d'empêcher des acteurs privés de commettre ou de répéter l'infraction. *Pareille obligation internationale positive doit être reconnue, eu égard au consensus large et ancien mentionné ci-dessus, comme un principe de droit international coutumier qui s'impose à tous les États, et comme une norme impérative ayant pour effet que nulle autre règle de droit international ou national ne peut conduire à y déroger.* Ainsi, la tolérance par un État, de la part de toute personne physique, rassemblement, groupe, organisation, association ou parti politique, de discours, expressions ou activités ayant pour but la diffusion du racisme, de la xénophobie ou de l'intolérance ethnique représente une violation par l'État partie de son obligation à cet égard.

15. *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, § 30, série A n° 298, *Soulas et autres c. France*, n° 15948/03, §§ 43-44, 10 juillet 2008, et *Féret c. Belgique*, n° 15615/07, §§ 69-71, 16 juillet 2009.

16. *Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], n°s 43577/98 et 43579/98, § 145, CEDH 2005-VII, et *Timichev c. Russie*, n°s 55762/00 et 55974/00, § 56, CEDH 2005-XII.

17. *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, § 181, CEDH 2007-IV, *Muñoz Díaz c. Espagne*, n° 49151/07, § 60, CEDH 2009, et *Aksu c. Turquie* [GC], n°s 4149/04 et 41029/04, § 44, CEDH 2012.

La dissolution d'une association

La dissolution d'une association dépend des conditions strictes posées à l'article 11 de la Convention, à savoir que doivent être visés la sécurité nationale ou la sûreté publique, la défense de l'ordre ou la prévention du crime, la protection de la santé ou de la morale, ou la protection des droits et libertés d'autrui. De plus, l'ingérence dans l'exercice de la liberté d'association ne se justifie que si elle satisfait à un critère double : la nécessité et la proportionnalité¹⁸. En particulier, les gouvernements, autorités publiques et fonctionnaires doivent respecter strictement le principe de neutralité quant au contenu lorsqu'ils interfèrent dans la liberté d'association, et s'abstenir d'interdire des associations ou de traiter différemment celles dont ils n'approuvent pas les actions ou opinions¹⁹.

Normalement, les associations ont de multiples buts définis dans leurs statuts, certains étant plus importants que d'autres. Il est donc primordial de faire la distinction entre les buts principaux – ceux sans lesquels l'association n'aurait pas été créée – et les buts secondaires, en l'absence desquels l'association aurait été fondée, la dissolution n'étant une mesure appropriée que lorsque le but principal de l'association est illégal. Lorsqu'un but illégal peut être supprimé, la dissolution n'est en principe pas indiquée ; les autorités doivent plutôt supprimer le but illégal de l'acte juridique fondateur de l'association²⁰.

Néanmoins, les objectifs d'une association doivent être évalués en se référant non seulement à son acte fondateur, mais également à sa pratique. L'acte fondateur sert parfois à couvrir une pratique illégale. L'écart par rapport aux buts figurant dans les statuts peut se produire dès le départ ou à l'occasion des activités ultérieures. En tout état de cause, les statuts de l'association ne doivent pas être utilisés comme un écran derrière lequel poursuivre des objectifs non conformes²¹. De plus, l'examen de la

18. Voir la description de ces deux critères dans mon opinion séparée jointe à l'arrêt *Mouvement œnlien suisse c. Suisse* [GC], n° 16354/06, CEDH 2012-IV, dont les considérations s'appliquent *mutatis mutandis* à la liberté d'association.

19. Un exemple du principe de la liberté de créer des associations sans aucun contrôle préalable fondé sur le contenu est fourni par la remarquable décision du Conseil constitutionnel français du 16 juillet 1971 (n° 71-44 DC), qui a déclaré inconstitutionnelle une procédure par laquelle la reconnaissance de la capacité juridique d'une association était subordonnée à la vérification préalable de sa conformité à la loi par une autorité judiciaire.

20. Voir mon opinion séparée jointe à l'arrêt *Association Rhino et autres c. Suisse*, n° 48848/07, 11 octobre 2011.

21. *Refab Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* [GC], n°s 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 101, CEDH 2003-II, *Association de citoyens «Radko» et Paunkovski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 74651/01, § 71, CEDH 2009, et les arrêts de la Cour administrative fédérale allemande du 1^{er} septembre 2010 (*Heimatreue Deutsche Jugend*) et du 19 décembre 2012 (*Hilfsorganisation für nationale politische Gefangene*).

pratique d'une association doit porter sur son « style global » (*Gesamtstil*), ce qui désigne ses symboles, uniformes, formations, saluts, chants et autres modes d'expression, étant donné que la vision d'ensemble du mode de fonctionnement de l'association peut révéler une « affinité de nature » (*Wesensverwandschaft*) avec d'autres associations interdites²².

Les associations sont responsables des actions de leurs dirigeants et de leurs membres lorsque celles-ci sont liées à la poursuite des buts de l'association²³. La responsabilité peut être engagée à raison de la direction, de l'organisation, du financement ou simplement de la tolérance d'actions illégales par des membres de l'association ou des tiers lorsqu'ils agissent pour le compte de cette dernière. Le critère ultime, pour imputer la responsabilité d'actions, est l'impression ressentie par la société que l'association elle-même participe à des actions illégales ou en tolère²⁴.

Les associations sont des institutions sociales organisées, dotées de sections, branches et mouvements. La dissolution d'une association entraîne la cessation de toutes ses activités, y compris celles de ses sections, branches ou mouvements. À l'inverse, la dissolution de la filiale d'une association peut justifier la dissolution de l'association-mère si la première a été créée ou soutenue d'une manière quelconque par la seconde. La même chose vaut naturellement pour les partis politiques. Des personnalités juridiques différentes ne doivent pas servir à camoufler les liens entre des associations et des partis politiques qui partagent les mêmes objectifs politiques et suivent des stratégies identiques²⁵.

Enfin, la question épineuse du moment de la dissolution doit être abordée avec la plus extrême prudence afin d'éviter, d'une part, une action précipitée qui porterait atteinte à l'exercice des libertés fondamentales et, d'autre part, une réaction tardive face à un comportement réellement dangereux. Ce n'est que lorsqu'il existe un danger clair et imminent pour les intérêts protégés par l'article 11 § 2 qu'il convient de procéder à la dissolution d'une association²⁶.

22. Arrêts de la Cour administrative fédérale allemande du 1^{er} septembre 2010 et du 19 décembre 2012, précités, et arrêt de la Cour constitutionnelle autrichienne du 16 mars 2007.

23. Voir mon opinion séparée jointe à l'arrêt *Mouvement naëlien suisse* (précité). Les actes commis par les membres de l'association dans le cadre de leur vie privée, en dehors du contexte des activités de l'association, ne peuvent passer pour un motif pertinent et suffisant de dissoudre l'association concernée.

24. *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, nos 25803/04 et 25817/04, § 88, CEDH 2009, concernant le soutien tacite du terrorisme.

25. Par exemple, patrouiller, surveiller, observer, suivre ou contrôler par tout autre moyen les mouvements de personnes d'une certaine race ou minorité ethnique dans le but allégué de défendre l'ordre public (action de milice ou de vigilance) est à coup sûr une activité raciste inadmissible qui met elle-même en danger l'ordre et la sûreté publics et les droits d'autrui, et justifie donc la dissolution de l'association qui agit ainsi et du parti politique qui soutient l'activité de pareille association.

26. *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres*, précité, § 104, et *Association de citoyens « Radko » et*

Le racisme dans la société hongroise

Il est établi par divers organes internationaux de surveillance des droits de l'homme que l'expression d'opinions anti-Roms et antisémites est fréquente dans la vie publique hongroise. Dans son quatrième rapport sur la Hongrie, l'ECRI note que «on a observé une inquiétante montée du racisme et de l'intolérance dans le discours public en Hongrie» et que «on a l'impression que l'antisémitisme ne cesse d'augmenter en Hongrie»²⁷. Dans son troisième avis sur la Hongrie, le Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales a constaté que «la Hongrie est actuellement confrontée à une montée inquiétante de l'intolérance et du racisme, principalement à l'encontre des Roms»²⁸. Par la suite, le Comité des Ministres a approuvé une résolution qui a établi ce qui suit: «Depuis quelques années, les Roms sont de plus en plus la cible de manifestations d'intolérance, d'hostilité et de violence à caractère raciste. On observe également une montée extrêmement préoccupante des propos haineux et racistes dans le discours public ainsi que dans certains médias»²⁹. Tant le Comité des droits de l'homme des Nations unies que le Comité contre la torture des Nations unies se sont déclarés préoccupés par les déclarations anti-Roms virulentes et généralisées émanant de personnalités publiques et des médias et par les signes d'une montée de l'antisémitisme en Hongrie³⁰, ainsi que par des rapports faisant état du nombre anormalement élevé de Roms dans les prisons et des mauvais traitements et de la discrimination dont les Roms font l'objet de la part des responsables de l'application des lois³¹. Dans son rapport sur la Hongrie, Githu Muigai, le Rapporteur spécial des Nations unies sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée, a exprimé sa profonde préoccupation devant l'augmentation dans ce pays des organisations paramilitaires ayant des programmes racistes visant les Roms³².

Paunkovski, précité, § 75. Selon moi, le paragraphe 57 du présent arrêt ne suit pas le principe énoncé dans l'arrêt *Refah Partisi* car il admet que la dissolution puisse avoir eu lieu avant que l'existence d'un danger imminent pour les intérêts protégés par l'article 11 § 2 ait été prouvée.

27. Quatrième rapport sur la Hongrie, 24 février 2009, CRI(2009)3, §§ 60-74. Les mêmes préoccupations avaient déjà été exprimées dans le troisième rapport sur la Hongrie, 8 juin 2004, CRI(2004)25, §§ 58 et 79.

28. ACFC/OP/III(2010)001.

29. CM/ResCMN(2011)13 sur la mise en œuvre de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales par la Hongrie, 6 juillet 2011.

30. CCPR/C/HUN/CO/5, 16 novembre 2010, § 18.

31. CAT/C/HUN/CO/4, 6 février 2007, § 19.

32. Conseil des droits de l'homme des Nations unies, rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée, Githu Muigai, 23 avril 2012.

En bref, le racisme constitue actuellement un fléau de la société hongroise, l'illustration la plus frappante de cette situation étant que des groupes de vigilance continuent d'organiser des défilés dans plusieurs villages, où ils lancent des objets sur les maisons des Roms, intimident les Roms qui y habitent, scandent des slogans anti-Roms et profèrent des menaces de mort³³.

L'appréciation des faits de la cause à l'aune de la norme européenne

La présente espèce doit être analysée sous l'angle des obligations négatives qui découlent de l'article 11 de la Convention, étant donné que la dissolution litigieuse constitue un acte positif d'ingérence par l'État dans le droit de l'association à la reconnaissance juridique. De plus, l'association avait l'intention d'intervenir, et est d'ailleurs intervenue, dans l'arène politique pour y diffuser un message consistant à défendre les Hongrois de souche et leurs traditions, ce qui est une question touchant à l'intérêt général. Les défilés n'ont pas eu lieu dans des endroits ou à des moments liés à des épisodes traumatisants de l'histoire de l'État défendeur³⁴. Compte tenu de ces facteurs, la marge d'appréciation de l'État est étroite car la Cour est particulièrement appelée à exercer un contrôle de l'ingérence lorsque la liberté d'association et de réunion met en cause la dignité humaine et la sécurité d'un groupe de personnes précis.

Le critère de proportionnalité

Maintenant que l'on a précisé quels sont les critères d'appréciation applicables, il faut procéder à l'examen de l'ingérence litigieuse à la lumière de l'affaire dans son ensemble afin de déterminer si elle est « proportionnée au but légitime visé » et correspond à un « besoin social impérieux », c'est-à-dire si les motifs particuliers avancés par les autorités nationales paraissent « pertinents et suffisants ».

En l'occurrence, les membres du mouvement de la Garde hongroise ont défilé dans toute la Hongrie pour appeler à la défense des Hongrois de souche contre la « criminalité tzigane ». Se fondant sur l'article 2 de la loi n° II de 1989 ainsi que sur les obligations internationales de l'État défendeur, les tribunaux internes ont considéré que ces actions étaient discriminatoires par nature, violaient le droit à la liberté et à la sûreté des habitants des

33. Voir, parmi des descriptions récentes de la situation émanant d'institutions indépendantes et d'ONG, le rapport 2012 du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe intitulé « Droits de l'homme des Roms et Gens du voyage en Europe », les rapports 2011 et 2012 d'Amnesty International, et le rapport 2013 de Human Rights Watch intitulé « Le climat alarmant d'intolérance en Hongrie ».

34. Voir mon opinion dissidente jointe à l'arrêt *Fáber c. Hongrie*, n° 40721/08, 24 juillet 2012.

villages et menaçaient l'ordre public. Les motifs invoqués à cet égard par les juridictions nationales sont pertinents et suffisants.

Par principe, est incompatible avec la Convention toute forme de discours qui sépare la population en « nous » et « eux », où « eux » représente un groupe racial ou ethnique auquel sont attribués des caractéristiques et un comportement négatifs. L'utilisation de l'expression « criminalité tsigane », qui suggère l'existence d'un lien entre le crime et une certaine origine ethnique, constitue une forme de discours raciste destinée à alimenter des sentiments de haine envers le groupe ethnique visé. Cette expression traduit la vision d'une société clairement divisée entre « eux », les Roms, des criminels, et « nous », les Hongrois « de souche », victimes de leurs crimes. Des généralisations aussi radicales attribuant un comportement et des caractéristiques négatives à un groupe donné reposent uniquement sur l'origine ethnique de ce groupe. L'intolérance et les préjugés envers les Roms sont objectivement attisés par des déclarations de ce genre. On peut en dire autant des propos antisémites prononcés au cours des défilés.

De plus, les tribunaux internes ont considéré que le mouvement de la Garde hongroise était un écran derrière lequel se cachait l'association du même nom, celle-ci ayant fondé, dirigé et financé le mouvement. Partant, ces tribunaux ont jugé que les actions du mouvement devaient être attribuées à l'association. Là encore, les motifs invoqués par eux étaient pertinents et suffisants.

En réalité, ériger en infraction le discours et les propos racistes, interdire des rassemblements et dissoudre des associations prônant le racisme sont des mesures compatibles avec la liberté d'expression, de réunion et d'association. Les articles 10 et 11 de la Convention doivent être interprétés de manière à être compatibles avec l'obligation internationale impérative et coutumière mentionnée plus haut. Le droit international des droits de l'homme exige d'adopter une approche globale face à ces libertés, surtout eu égard aux restrictions applicables³⁵. L'exercice de la liberté d'expression comporte des obligations spéciales, mentionnées à l'article 29 § 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, parmi lesquelles l'obligation de ne pas diffuser d'idées racistes revêt une importance particulière, et à l'article 20 § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, selon lequel tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi³⁶. Cette interdiction est valable non seulement pour les propos

35. *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, § 42, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I, *Ezelin c. France*, 26 avril 1991, § 37, série A n° 202, et *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, § 57, série A n° 44.

36. Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale n° 15 (1993),

racistes³⁷, mais aussi pour les rassemblements ou les associations qui font l'apologie du racisme³⁸. Dans certains cas, la diffusion du racisme par le biais de discours, d'un rassemblement ou d'une association peut même conduire à la « destruction de droits », justifiant ainsi l'application des dispositions contenues à l'article 30 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, à l'article 5 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à l'article 17 de la Convention³⁹.

Le fait que le contexte soit celui d'un débat politique est manifestement dénué de pertinence s'agissant de la nature raciste d'un discours, d'un rassemblement ou d'une association⁴⁰. Même dans ce cas, la liberté d'expression, de réunion et d'association doit s'effacer devant la dignité humaine et les droits des personnes dont la race, la nationalité ou l'origine ethnique sont attaquées. Au fil du temps, il est apparu que les activités de l'association constituaient un danger clair et imminent pour l'ordre public et les droits d'autrui⁴¹. Dès lors, la dissolution était une mesure proportionnée face à la rhétorique et aux activités de l'association, qui ont privé les personnes touchées du droit d'être respectées en tant qu'êtres humains et mis en péril leur sécurité et l'ordre public.

précitée, § 4, Saada Mohamad Adan c. Danemark, Communication n° 43/2008, 13 août 2010, § 7.6, et Communication n° 48/2010, précitée, § 12.7; Comité des droits de l'homme des Nations unies, Faurisson c. France, Communication n° 550/1993, UN doc. CCPR/C/58/D/550/1993(1996), § 9.6, et Ross c. Canada, Communication n° 736/1997, UN doc. CCPR/C/70/D/736/1997(2000), §§ 11.5-11.8.

37. Par exemple, lorsque des déclarations décrivent les étrangers ou les Roms comme inférieurs en leur attribuant par généralisation un comportement ou des caractéristiques socialement inacceptables, la liberté d'expression ne peut l'emporter sur la dignité humaine (Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision du 4 février 2010).

38. Par exemple, les participants à des rassemblements publics dont la défense de l'hostilité nationale, raciale ou religieuse constitue une incitation à la discrimination, la haine ou la violence perdent la protection de leur droit à la liberté d'expression garanti par la Convention (Lignes directrices du BIDDH/OSCE-Commission de Venise sur la liberté de réunion pacifique, 4 juin 2010, § 96).

39. Pour ce qui est de l'article 10 de la Convention et de l'article 3 du Protocole n° 1, voir *Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas*, n°s 8348/78 et 8406/78, décision de la Commission du 11 octobre 1979, Décisions et Rapports 18, p. 198, *Norwood c. Royaume-Uni* (déc.), n° 23131/03, CEDH 2004-XI, *Witzsch c. Allemagne* (déc.), n° 7485/03, 13 décembre 2005, et *Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, §§ 47 et 53, *Recueil* 1998-VII; et, concernant l'article 11, *W.P. et autres c. Pologne* (déc.), n° 42264/98, CEDH 2004-VII, et *Kasymakhunov et Saybatalov c. Russie*, n°s 26261/05 et 26377/06, § 113, 14 mars 2013.

40. *Féret c. Belgique*, n° 15615/07, §§ 75-76, 16 juillet 2009; voir aussi, du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, la Communication n° 34/2004, précitée, § 7.5, la Communication n° 43/2008, précitée, § 7.6, et la Communication n° 48/2010, précitée, § 8.4.

41. À propos d'un tel danger, la Cour suprême hongroise a notamment mentionné, dans son arrêt du 15 décembre 2009, les événements survenus à Fadd le 21 juin 2008 et l'escalade dans les déclarations menaçantes échangées entre les membres de l'association et quelques Roms.

Le critère de nécessité

La dissolution d'une association est la mesure ultime (*ultimum remedium*) à prendre contre une personne morale. Avant de recourir à cette mesure radicale, l'État doit envisager de prendre d'autres mesures moins intrusives telles que l'interdiction des rassemblements, l'exclusion du bénéfice de prestations publiques ou un placement sous surveillance judiciaire. Dans l'affaire à l'étude, les autorités nationales ont bien fourni à l'association l'occasion de modifier ses méthodes et de mettre sa pratique en conformité avec ses statuts et la loi. L'association n'a toutefois pas saisi cette occasion mais a poursuivi ses activités illégales, préparant la voie à une réaction plus sévère des autorités. Il n'y a donc pas de contradiction entre la dissolution de l'association et la tolérance officielle de ses défilés pendant un certain laps de temps. Une fois cette période de probation terminée, la dissolution était le seul moyen adéquat de réagir face au danger que représentait l'association pour les droits d'autrui et l'ordre public.

Conclusion

« Les Roms sont ce que nous nous efforçons d'être : de vrais Européens », ainsi que l'a dit Günter Grass. Or l'association, avec ses buts et activités racistes, a ignoré cette leçon. Eu égard à l'obligation faite à l'État d'ériger en infraction la diffusion du racisme, de la xénophobie et de l'intolérance ethnique, d'interdire tout rassemblement et de dissoudre tout groupe, organisation, association ou parti prônant cela, à la différence entre les buts officiels de l'association et sa pratique et à l'existence d'un danger clair et imminent découlant de son discours et de ses activités, et après examen des décisions rendues par les autorités compétentes dans le cadre de l'étroite marge d'appréciation applicable en l'espèce, je conclus que les motifs sur lesquels s'est fondée la dissolution litigieuse étaient pertinents et suffisants et que l'ingérence correspondait bien à un besoin social impérieux.

McCAUGHEY AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM
(Application no. 43098/09)

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 16 JULY 2013¹

1. English original.

SUMMARY¹

Excessive delay in investigation into deaths at the hands of security forces in Northern Ireland

Excessive delay cannot be regarded as compatible with the State’s procedural obligation under Article 2 of the Convention to ensure the effectiveness of investigations into suspicious deaths, in the sense that the investigative process, however organised under national law, must be commenced promptly and carried out with reasonable expedition (see paragraph 140 of the judgment).

Article 2

Positive obligations – Effective investigation – Excessive delay in investigation into deaths at the hands of security forces in Northern Ireland – Requirement for investigative process to be commenced promptly and carried out with reasonable expedition

Article 46

Execution of judgment – Individual measures – Measures of a general character – Respondent State required to take all necessary and appropriate measures to ensure expeditious compliance with procedural requirements of Article 2 in cases concerning killings by the security forces in Northern Ireland

*

* *

Facts

The applicants were close relatives of two men who were shot dead by security forces in October 1990 in Northern Ireland. The police conducted an investigation and the file was passed to the Director of Public Prosecutions (“the DPP”), who in 1993 issued a direction of no prosecution of the soldiers involved in the shooting. Subsequently, the coroner who was to hold an inquest into the deaths received certain papers from the police and the DPP. In 2002 the applicants wrote to the coroner asking when the inquest would be listed and requesting pre-inquest disclosure. They also sought disclosure from the Police Service of Northern Ireland (PSNI). In October 2002 the first applicant’s husband and the second applicant issued judicial review proceedings against the coroner and the PSNI, challenging the latter’s retention of relevant documentation. Those proceedings culminated in a

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

judgment of the House of Lords of 28 March 2007 requiring the PSNI to disclose to the coroner such information about the deaths as the PSNI was then or thereafter able to obtain, subject to any relevant privilege or immunity. In 2009, following the judgment of the European Court of Human Rights in *Šilih v. Slovenia* ([GC], no. 71463/01, 9 April 2009), the first and third applicants began judicial review proceedings arguing that the inquest was required to be compliant with Article 2 of the Convention. That submission was upheld by the Supreme Court (formerly the House of Lords) in a judgment of 18 May 2011 in which it held that the coroner holding the inquest had to comply with the procedural obligations under Article 2. The inquest opened in March 2012 and ended at the beginning of May 2012. The jury considered that the soldiers involved in the operation in October 1990 had shot the deceased in the belief that their position was compromised and their lives were in danger and had thus used reasonable force. In June 2012 the first applicant requested leave to apply for judicial review of the inquest. Those proceedings were still pending at the date of the Court's judgment.

In their application to the European Court the applicants made a number of complaints under the substantive and procedural aspects of Article 2 of the Convention regarding the deaths of their relatives and, under Article 13, regarding a lack of an effective domestic remedy.

Law

(1) Article 2:

(a) *Admissibility* – Save in relation to the complaint about investigative delay, the Court was not in a position to consider the merits of the complaints under the substantive and other procedural aspects of Article 2 because a civil action by the applicants was still pending and because, given the pending judicial review proceedings, the initiation of further relevant investigative procedures, including of a criminal and/or disciplinary nature, remained possible.

(b) *Merits* – The Court reiterated that Article 2 required investigations to begin promptly and to proceed with reasonable expedition; this was required quite apart from any question of whether the delay actually impacted on the effectiveness of the investigation. While there may be obstacles or difficulties which prevent progress in an investigation in a particular situation, a prompt response by the authorities in investigating a use of lethal force may generally be regarded as essential in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts. It was striking that the inquest hearing proper had not begun until March 2012, more than twenty-one years after the deaths had occurred (although the inquest had proceeded quickly thereafter, ending in May 2012 with a detailed verdict). The overall period could be broadly divided into three phases.

The first, from 1990 to 2002, was marked by inordinately long periods of inactivity during which some (inadequate) disclosure was made by the Royal Ulster

Constabulary and its successor body the PSNI. The second, from 2002 to March 2012, was characterised by the applicants' and others' legal actions and initiatives which had demonstrably been necessary to drive forward their inquests and to ensure the clarification of certain important aspects of coronial law and practice including, notably, those pertaining to the rights of next-of-kin. The fact that it had been necessary to postpone the inquest so frequently and for such long periods pending clarifying judicial review actions demonstrated that the inquest process itself was not structurally capable at the relevant time of providing the applicants with access to an effective investigation which would commence promptly and be conducted with due expedition. By the time the third and last phase began with the inquest hearing, the delay at that point was such that the High Court had considered itself obliged to raise the threshold of leave to apply for judicial review to "exceptional circumstances", which made the clarification of the procedural rights of the applicants exceedingly difficult and therefore rendered rather inescapable another post-inquest judicial review action. That action was still pending before the High Court at the date of the Court's judgment.

These delays could not be regarded as compatible with the State's obligation under Article 2 to ensure the effectiveness of investigations into suspicious deaths, in the sense that the investigative process, however organised under national law, must be commenced promptly and carried out with reasonable expedition. To that extent, the finding of excessive investigative delay of itself entailed the conclusion that the investigation was ineffective for the purposes of Article 2. No separate issue arose under Article 13.

Conclusion: violation (unanimously).

(2) Article 46: The carrying out of investigations, including holding inquests, into killings by the security forces in Northern Ireland had been marked by major delays that remained a serious and extensive problem. Indeed, the Council of Europe's Committee of Ministers had expressed concern about investigative delay as regards four other Court judgments (*Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, 4 May 2001; *Kelly and Others v. the United Kingdom*, no. 30054/96, 4 May 2001; *McKerr v. the United Kingdom*, no. 28883/95, ECHR 2001-III; and *Shanaghan v. the United Kingdom*, no. 37715/97, 4 May 2001) which reflected a pattern of delay very similar to that in the applicants' case and which it continued to supervise almost twelve years after they were delivered (see Committee of Ministers Resolution CM/ResDH(2009)44).

While it fell to the Committee of Ministers to address the issue of what – in practical terms – might be required of the respondent State by way of compliance, the Court considered that, whatever the specific modalities chosen, this had to involve the State taking, as a matter of some priority, all necessary and appropriate measures to ensure, in the present case and in similar cases concerning killings by the security forces in Northern Ireland where inquests were pending, that the procedural requirements of Article 2 were complied with expeditiously.

Article 41: No claim made in respect of damage.

Case-law cited by the Court

- Abuyeva and Others v. Russia*, no. 27065/05, 2 December 2010
Apostol v. Georgia, no. 40765/02, ECHR 2006-XIV
Bailey v. the United Kingdom (dec.), no. 39953/07, 19 January 2010
Broniowski v. Poland [GC], no. 31443/96, ECHR 2004-V
Caraher v. the United Kingdom (dec.), no. 24520/94, ECHR 2000-I
Darraj v. France, no. 34588/07, 4 November 2010
Finucane v. the United Kingdom, no. 29178/95, ECHR 2003-VIII
Gäffgen v. Germany [GC], no. 22978/05, ECHR 2010
Hay v. the United Kingdom (dec.), no. 41894/98, ECHR 2000-XI
Hugh Jordan v. the United Kingdom, no. 24746/94, 4 May 2001
Kelly and Others v. the United Kingdom, no. 30054/96, 4 May 2001
Lukenda v. Slovenia, no. 23032/02, ECHR 2005-X
McKerr v. the United Kingdom, no. 28883/95, ECHR 2001-III
McShane v. the United Kingdom, no. 43290/98, 28 May 2002
Nikolova and Velichkova v. Bulgaria, no. 7888/03, 20 December 2007
Scozzari and Giunta v. Italy [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, ECHR 2000-VIII
Shanaghan v. the United Kingdom, no. 37715/97, 4 May 2001

In the case of McCaughey and Others v. the United Kingdom,
 The European Court of Human Rights (Fourth Section), sitting as a
 Chamber composed of:
 Ineta Ziemele, *President*,
 Davíð Thór Björgvinsson,
 Päivi Hirvelä,
 George Nicolaou,
 Zdravka Kalaydjieva,
 Vincent A. De Gaetano,
 Paul Mahoney, *judges*,
 and Françoise Elens-Passos, *Section Registrar*,
 Having deliberated in private on 25 June 2013,
 Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 43098/09) 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 three Irish nationals, Mrs Brigid McCaughey, Mr Pat Grew and Ms Letitia Quinn (“the first, second and third applicants”), on 29 July 2009.
2. The applicants were represented by Mr F. Shiels, of Madden & Finucane Solicitors, Belfast. The United Kingdom Government (“the Government”) were represented by their Agents, Mr M. Kuzmicki and, latterly, by Ms J. Neenan, of the Foreign and Commonwealth Office.
3. The applicants mainly complained under Article 2 about the shooting of their relatives by the security forces and, notably, that there had been an unreasonable use of lethal force and a failure to properly investigate the relevant operation.
4. On 1 February 2011 the application was communicated to the Government. The Court also decided to rule on the admissibility and merits of the application at the same time (Article 29 § 1 of the Convention).
5. On 2 June 2011 the Government requested the Court to strike out the application in the light of a recent judgment (*In the matter of an application by Brigid McCaughey and another for judicial review (Northern Ireland)* [2011] UKSC 20). The applicants submitted observations on this request. On 6 September 2011 the Court rejected the Government’s request and the parties’ observations on the admissibility and merits were then

requested and submitted. In July 2012 the Court received another round of observations from each party.

6. On 13 April 2011 the Irish Government declined to exercise their right to intervene (Article 36 § 1 of the Convention and Rule 44 § 1 of the Rules of Court). Further to leave accorded by the President (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3), third-party comments were received from the Committee on the Administration of Justice, the Equality and Human Rights Commission and the Northern Ireland Human Rights Commission.

THE FACTS

THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

7. The first applicant, Mrs Brigid McCaughey, is the mother of Mr Martin McCaughey. She was born in 1934. The second and third applicants are the father and daughter of Mr Desmond Grew. They were born in 1923 and 1990, respectively. All the applicants live in County Tyrone. The case concerns the shooting of Martin McCaughey and Desmond Grew by security forces in 1990 in Northern Ireland.

A. The circumstances of the case

1. The shootings

8. On 9 October 1990 Martin McCaughey and Desmond Grew were shot and killed outside a shed on a farm near Loughgall by soldiers from a specialist unit of the British Army. The autopsy of Martin McCaughey described the cause of death as “laceration of the brain due to bullet wounds to the head”, noting that he had been struck by approximately ten high-velocity bullets in all. The autopsy of Desmond Grew described the cause of death as “multiple injuries due to multiple high-velocity bullet wounds of trunk and limbs”, noting that there were approximately forty-eight wounds made by bullets entering and exiting his body. No shots were fired by the deceased. These shootings were two of several which took place around that time and which gave rise to allegations of a shoot-to-kill policy by the security forces, including by that specialist unit, in Northern Ireland.

9. The shed had been under surveillance as a suspected arms dump of the Irish Republican Army (IRA). The applicants maintained that the Royal Ulster Constabulary (RUC) had intelligence to the effect that the deceased would collect arms at the shed. The RUC Tasking and Coordination group

(“the TCG”) assigned the specialist military unit to the mission given that unit’s specific training and firepower.

10. On 11 October 1990 the IRA stated publicly that the deceased were IRA volunteers on active service at the time of their deaths.

11. The first applicant claimed that her family learned about Mr McCaughey’s death from the media and that a RUC officer rang the deceased’s family home, identified himself and taunted the deceased’s brother. The RUC formally advised the Grew family of Desmond Grew’s death.

2. The investigation by the RUC

12. The RUC conducted an investigation into the deaths, beginning with interviews with the soldiers involved in the operation.

13. The statements of Soldiers A-H, later disclosed to the applicants by the Police Service Northern Ireland (the PSNI replaced the RUC in 2001), stated as follows. Soldier H, the Captain with responsibility for the military unit, received information and briefed Soldiers A, B, C, D, E and F to observe the shed for any terrorist activity and to arrest any persons found to be so engaged. Soldier A was the team leader of the unit with command of the soldiers on the ground. Soldier H was in radio contact with the soldiers on the ground and, on receiving a report of the shooting, he dispatched Soldiers G and I to the scene. The scene was handed over at approximately 12.30 p.m. to the RUC and Soldiers A-I returned to base. Later that day (10 October 1990), members of the RUC questioned the soldiers, who were accompanied by Soldier L, from Army Legal Services. Soldier A was the first to fire a shot and he fired twenty rounds. Soldier B fired seventeen rounds, Soldier C fired nineteen rounds and Soldier D fired sixteen rounds, the last two of which were directed at Mr Grew while he was on the ground as the soldier believed Mr Grew had attempted to grab his gun. Soldiers E and F had been close by and did not discharge their weapons. Soldiers A-F believed that they had been under fire, although no shots had been fired at them. Soldier J (involved in pre-deployment training for such specialist military units) and Soldier K (the officer commanding of the unit) were involved in the planning and control of the operation.

3. The Director of Public Prosecutions (“the DPP”)

14. In February 1991 the DPP received the investigation file. Between April 1991 and September 1992 the DPP issued eight directions for, *inter alia*, further investigative steps. On 2 April 1993 the DPP issued a direction

of no prosecution (*nolle prosequi*) in respect of the soldiers involved in the shooting. The decision was not notified directly to the families.

4. *Pre-inquest proceedings including judicial review*

15. In 1994 and 1995 the RUC provided certain papers to the coroner which did not include the statements of Soldiers A-I. On 23 December 1997 the coroner advised the applicants that he had received a file from the DPP. This was the first formal contact by the authorities with the applicants.

16. On 23 April 2002 the coroner wrote to the PSNI requesting statements from the soldiers involved in the shooting. The PSNI provided the statements but refused to provide the report of the RUC Investigating Office, the DPP's decision or relevant un-redacted intelligence reports.

17. On 11 June 2002 the applicants wrote to the coroner asking when the inquest would be listed and requesting pre-inquest disclosure. On the same date, they wrote to the PSNI seeking disclosure of all documentation relating to the deaths pursuant to Article 2 of the Convention and section 8 of the Coroner's Act (Northern Ireland) 1959 ("the 1959 Act").

18. On 3 December 2002 the coroner disclosed to the applicants the depositions relating to the inquest. Since statements and documents supplied by the PSNI remained the property of the PSNI, such material could not be disclosed by the coroner to the applicants.

(a) **First judicial review proceedings**

19. Following lengthy correspondence between the applicants, the coroner and the PSNI about pre-inquest disclosure, in October 2002 the first applicant's husband (now deceased) and the second applicant issued judicial review proceedings against the coroner and the PSNI, challenging the latter's retention of relevant documentation.

20. On 14 February 2003 leave to apply for judicial review was granted.

21. On 21 February 2003 the PSNI provided the applicants with the documents supplied by it to the coroner (see paragraph 16 above). This included the soldiers' statements and two lists of material items of evidence, which lists indicated that certain items could not be located/had deteriorated – there was a reference to a stench on opening the main bag of materials.

22. On 20 January 2004 the High Court (*McCaughey and Another, Re Application for Judicial Review* [2004] NIQB 2) found that the PSNI was under a duty by virtue of section 8 of the 1959 Act and Article 2 of the Convention to provide the coroner with some of the withheld documents and that the inquest had been unduly delayed in breach of Article 2 of the Convention. On 14 January 2005 the Court of Appeal (*Police Service of Northern Ireland v. McCaughey and Grew* [2005] NICA 1, [2005] NI 344)

allowed the appeal of the PSNI. Section 8 of the 1959 Act obliged the PSNI to provide the coroner with the information retained when it notified the coroner of the death but the PSNI had no such duty under Article 2 since the Human Rights Act 1998 (“the HRA”) did not apply to a death occurring before its entry into force in 2000 (*In re McKerr* [2004] UKHL 12, the appellant was the applicant in *McKerr v. the United Kingdom*, no. 28883/95, ECHR 2001-III).

23. The first applicant’s husband appealed. On 28 March 2007 the House of Lords delivered its judgment (*Jordan v. Lord Chancellor and Another and McCaughey v. Chief Constable of the Police Service Northern Ireland* [2007] UKHL 14): this judgment addressed the similar appeal of *Hugh Jordan* (the applicant in *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, 4 May 2001). It found that the HRA did not apply to a pre-HRA death nor, therefore, to the investigation of any such death. However, section 8 of the 1959 Act plainly required the PSNI to disclose to the coroner such information about the deaths as the PSNI was then or thereafter able to obtain, subject to any relevant privilege or immunity.

(b) Subsequent pre-inquest procedures

24. In the meantime, the coronial system had been restructured so that a new coroner was to be appointed.

25. In December 2007 the applicants wrote to the senior coroner asking that the inquest be progressed. On 12 February 2008 the coroner’s service responded that the inquest had not yet been allocated to a coroner given workload commitments. However, the senior coroner had written to the PSNI requesting disclosure under section 8 of the 1959 Act.

26. In July 2008 the applicants again wrote to the senior coroner enquiring about the inquest and pre-inquest disclosure. No response was received. Their further letter of 17 December 2008 to the senior coroner was acknowledged by the coroner’s service. There was no response to their letter of 16 January 2009 to the coroner’s service: they were informally told in February 2009 that a coroner had been appointed.

27. On 25 June 2009 the applicants sent a letter before action to the coroner’s service about the failure to hold the inquest. On 30 June 2009 the coroner’s service responded stating that the coroner was still awaiting full disclosure from the PSNI which was expected shortly and that the coroner intended to convene a preliminary hearing in September 2009 at which he hoped to be able to set a provisional date for the inquest.

28. In 2009 the Historical Enquiries Team (“the HET”) advised the coroner that they anticipated commencing an investigation into the shootings of the deceased in January 2010. By a letter of 26 August 2009,

the coroner advised the applicants accordingly and asked whether they would wish the inquest to proceed in advance of the HET investigation.

29. On 4 September 2009 a preliminary inquest hearing was held. The coroner advised that he had received full disclosure from the PSNI. Counsel for the PSNI and the Ministry of Defence (MOD) vouched that this disclosure amounted to full compliance with section 8 of the 1959 Act and that the MOD had no further documentation relating to the incident. Counsel for the PSNI was unable to advise the coroner what steps, if any, had been taken to locate certain missing exhibits. The coroner adjourned the hearing to consider the material and a further preliminary hearing was scheduled for 12 October 2009. The coroner asked for written submissions as to whether the inquest should be adjourned pending the HET investigation: the applicants opposed this orally. Finally, while the coroner noted the potential impact of the judgment of this Court in *Šilih v. Slovenia* ([GC], no. 71463/01, 9 April 2009) on coronial law and on the inquest, he was bound by current domestic case-law (including *In re McKerr*, cited above). Despite this, he considered that it was feasible to conduct a vigorous, thorough and transparent inquest.

30. On 15 September 2009 the applicants requested the HET to expedite its review and the HET responded that it would conduct an initial assessment and report at the coroner's hearing of 12 October 2009.

31. At that hearing on 12 October 2009, the applicants argued that it would be premature to adjourn the inquest pending the HET investigation. They proposed proceeding on certain preliminary inquest issues (disclosure, remit/scope of the inquest and anonymity/public interest immunity matters): the HET issue could be reviewed when the inquest was listed for hearing. The parties and the coroner agreed. The HET agreed to bring forward the start of their investigation.

32. On 1 December 2009 a further preliminary hearing was held. The coroner directed that the applicants be provided with redacted volumes of the documents which had been provided by the PSNI to the coroner. He scheduled hearings on certain questions (anonymity and screening for some witnesses) for January 2010.

33. By letter dated 8 December 2009 the coroner proposed a "preliminary definition" of the scope of the inquest as covering the four basic factual questions – the identity of the deceased, the place of death, the time of death and how the deceased came by their deaths. In relation to how, the coroner stated that he would examine evidence concerning the circumstances in which the deceased came to be at the locus of death, the surveillance operation that culminated in the deaths, with reference, in particular, to the purpose and planning of the operation, the actions and

state of knowledge of those involved in the operation, as well as the nature and degree of force used. He invited submissions thereon.

34. In December 2009 files of documents were provided to the applicants. A brief preliminary hearing took place on 22 January 2010. On 2 February 2010 the coroner heard oral submissions on the scope of the inquest and reserved his decision. While the applicants were satisfied with the coroner’s preliminary definition of scope noted above, the PSNI argued for a conventional pre-HRA inquest so that the verdict on “how” the deceased met their deaths should be limited to the question of “by what means” rather than including “what broad circumstances”.

35. A further preliminary hearing was fixed for September 2010, but did not take place. By letter dated 4 November 2010 the applicants invited the coroner to hold a further preliminary hearing on the questions of disclosure, scope, expert witnesses and site inspection.

(c) Second judicial review proceedings

36. Following the delivery of the above-cited *Šilih* judgment, the first and third applicants began judicial review proceedings arguing that their inquest had, consequently, to be Article 2 compliant.

37. On 23 September 2009 the High Court handed down its decision (*McCaughey and Quinn’s Application* [2009] NIQB 77). Leave to apply for judicial review was granted as regards the delay in holding the inquest but it adjourned that question pending any decision at the coroner’s hearing due on 12 October 2009. Leave was, however, refused as regards the applicants’ submission that the House of Lords’ judgment in *McKerr* was no longer good law following the above-cited *Šilih* judgment of this Court.

38. By a judgment of 26 March 2010, the Court of Appeal (*Re McCaughey and Quinn’s Application* [2010] NICA 13) granted the applicants leave to apply for judicial review on the two Article 2 grounds not permitted by the High Court but refused those applications on their merits. However, it had a duty under section 3 of the HRA to give effect so far as possible to any relevant legislation compatibly with Convention rights, it was arguable that the Supreme Court could choose to extend *Šilih* (cited above) to domestic law and therefore leave to appeal to the Supreme Court was granted.

39. In November 2010 the applicants requested the continuation of the preliminary inquest hearings on certain matters including disclosure, remit, site inspection and expert reports. While not excluding the possibility, the coroner responded that those matters were preferably examined after the Supreme Court judgment.

40. By a judgment of 18 May 2011, the Supreme Court held by a majority (Lord Rodger of Earlsferry dissenting) that the coroner holding

the inquest had to comply with the procedural obligations under Article 2 of the Convention (*In the matter of an application by Brigid McCaughey and another for judicial review (Northern Ireland)* [2011] UKSC 20). In *Šilih* (cited above), this Court departed from its earlier case-law finding that, in certain circumstances, Article 2 imposed a “detachable” investigative obligation even when the death had occurred before ratification. Those circumstances included instances where a significant proportion of the procedural steps had taken place after the Convention had come into force. Accordingly, the Supreme Court found that, as a matter of international obligation, the present inquest had to comply with Article 2 as far as this was possible under domestic law. Parliament was presumed to have intended that there would be a domestic-law requirement to mirror the international requirement and the HRA which came into effect on 2 October 2000 was to be interpreted by reference to this presumed intention. Any future inquest into a pre-HRA death had to comply with Article 2.

41. In a concurring judgment, Lord Brown relied on statistical information submitted by the coroner’s service in April 2011 about deaths occurring prior to October 2000: there were sixteen outstanding “legacy inquests” involving twenty-six deaths, an additional six incidents involving eight pre-2000 deaths (which had been referred by the Attorney General to the coroner); and six inquests had not been held into six deaths which took place between 1994 and 2000 (an inquest into a death in 1995 had just closed in February 2011). Most cases concerned the use of lethal force by the security forces and some concerned killings attributed to paramilitary forces.

(d) Subsequent pre-inquest procedures

42. In response to judgments of this Court (including the above-cited *McKerr* and *Hugh Jordan* cases), decisions not to prosecute became amenable to challenge by way of judicial review. The applicants requested reasons for the decision not to prosecute in April 1993. On 25 July 2011 the Acting Deputy DPP provided the following reasons for the 1993 decision not to prosecute:

“Having carefully considered all the evidence and information it was concluded that the Test for Prosecution was not met in respect of any soldier for any offence relating to the deaths of Desmond Grew and Martin McCaughey. All soldiers had raised the defence of self-defence in opening fire. As you will be aware, where the defence of self-defence is raised the burden of negating the defence rests on the prosecution and it is for the prosecution to prove to the very high standard required in a criminal trial that the person was not acting in self-defence. It was concluded that the available evidence was not sufficient to do so.”

43. He could not confirm whether the next-of-kin had been informed of the DPP's earlier decision not to prosecute but, at the time, the practice was that the police would inform relevant persons of a DPP decision. He confirmed that his office had directed that a further report be submitted by the coroner on any relevant matters which might arise at the inquest.

44. At a preliminary hearing on 17 October 2011, the coroner determined that the inquest would take place in March 2012. He issued directions for the service of the parties' evidence including ordering the MOD to serve its evidence by 23 December 2011. The coroner selected the jury asking each to notify him if they had any reason to believe they would not be able to consider the evidence impartially.

5. Civil proceedings for damages

45. On 11 January 2012 the applicants issued civil proceedings for damages as regards the shootings. That action was timed to begin within three years of the disclosure to the applicants of ballistic and forensic evidence which they considered as supportive of their allegation that the use of lethal force had not been absolutely necessary and that the operation had not been planned so as to minimise recourse to lethal force.

6. Judicial review involving the HET

46. On 6 March 2012 the first applicant began judicial review proceedings about the failure by the HET to disclose relevant documents to the coroner disputing, *inter alia*, the HET's independence from the military. The HET then issued a preliminary review of the investigation. It found that the deceased were about to embark on a planned provisional IRA operation, it approved the scene examination and the later interviewing of the soldiers and it found the latter to be consistent with the former. Soldier A had been interviewed but he essentially endorsed his earlier statement. On 19 July 2012 the HET indicated that the final report was pending.

7. The inquest and intervening judicial review actions

47. The inquest opened on 12 March 2012 when the applicants were informed that the HET had deferred its investigation pending the inquest. The inquest lasted twenty-seven days, ending on 2 May 2012. The hearing was public and the applicants were legally represented by counsel and a solicitor.

48. Oral evidence was heard from twenty-three witnesses including certain RUC and military witnesses involved in matters of training, planning, command, control and supervision relevant to the mission and

from RUC officers concerning the post-mission investigation. Three of the four soldiers (A, C and D) who had opened fire gave evidence. Soldier B refused to travel from the Middle East: his statement prepared in 1990 for the police investigation was read to the jury. Expert evidence was heard as to the post-incident investigation. Witnesses were cross-examined thoroughly by the applicants.

(a) Inquest: the soldiers' involvement in other lethal-force incidents

49. In October 2011 the applicants had requested the coroner to obtain information about the involvement of Soldiers A-H in other lethal-force incidents in Northern Ireland.

50. At the preliminary hearing of 17 October 2011, it appears the MOD agreed to ask Soldiers A-H about their involvement in other such incidents.

51. Further statements from Soldiers A, C, D, E and G-L were served on the applicants from 2 February to 5 March 2012. Since most of those statements mentioned involvement in other lethal-force incidents, on 16 February 2012 the applicants requested this information from the coroner. The coroner obtained the parties' written and oral observations and, on 1 March 2012, he obtained the soldiers' personnel files as well as MOD information about their participation in other lethal-force incidents. On 8 March 2012 he ruled against the applicants, except in the case of one incident involving Soldier A. A statement from Soldier A as regards that incident was provided on 8 March 2012 as was, on application, further information about that other shooting. On 12 March 2012 the High Court (Weatherup J) refused leave to apply for judicial review of the coroner's ruling of 8 March. It also indicated that, since the inquest had begun after years of waiting, only exceptional circumstances could justify interrupting it and there was nothing exceptional about the application warranting leave at that point. Further to a question to Soldier J about his involvement in other lethal incidents, on 15 March 2012 the coroner ruled out any further questions about the soldiers' involvement in other lethal-force incidents and he directed the removal of references to such incidents from their statements.

52. On 23 March 2012 the coroner excluded reference to the material about Soldier A's involvement in two other lethal-force incidents and the first applicant applied for leave to bring judicial review proceedings in respect of that exclusion. In the meantime, Soldier A gave evidence at the inquest excluding any reference to his involvement in other lethal-force incidents: the coroner undertook (and the MOD agreed) that Soldier A could be recalled should the result of the pending judicial review action be in the applicants' favour. On finishing his evidence, the coroner reminded

Soldier A that he might be recalled and the latter confirmed that he would be available. On 28 March 2012 the High Court found in favour of the applicants as regards one of the other lethal-force incidents concerning Soldier A. He remained available and could be questioned at the inquest the following day so that any disruption of the inquest would be justified, the issue being so “fundamental” to the character of the inquest as to amount to an exceptional case where judicial review could intervene prior to the conclusion of the inquest.

53. On 29 March 2012 the applicants raised Soldier A’s recall with the coroner: the MOD said he would be available, after his holiday, for the week commencing 9 April 2012. On 2 April 2012 the MOD advised the coroner that Soldier A was out of the jurisdiction and, apart from a holiday in the near future, no difficulty was raised as to his attendance. Soldier A’s attendance was revisited at length by the coroner on 4 April 2012: Soldier A would have separate legal representation and the future inquest hearing dates were fixed around juror commitment and Soldier A’s holiday plans (by then announced). On 6 April 2012 the coroner directed that Soldier A make himself available to the inquest on 11 April 2012.

54. On 11 April 2012 Soldier A did not appear: his solicitors sent an e-mail to the effect that he was, in fact, beginning three weeks’ holiday that day, that he would attend thereafter but that he wished to take legal advice beforehand. On 12 April 2012 submissions were heard on this issue. In the meantime and subject to his later attending, documents concerning Soldier A’s involvement in other lethal incidents were read to the jury. On 13 April 2012 the coroner asked the MOD to address conflicting information about Soldier A’s availability. On 16 and 18 April 2012 the applicants requested the coroner to obtain a subpoena. Soldier A’s solicitors said they had no instructions but were forwarding correspondence to him. Having invited, received and considered further submissions from the applicants as regards the subpoena request, on 23 April 2012 the coroner ruled that he would conclude the inquest without Soldier A’s attendance since there was more value in completing the inquest than in speculatively trying to seek his attendance on the basis of “some open-ended review of his availability”. He directed the jury as regards Soldier A’s absence.

(b) Inquest: question from the jury

55. During their deliberations, the jury sent a question to the coroner asking if a shot fired into a corpse could legally be defined as excessive force. This concerned the additional two shots directed at Mr Grew while he was on the ground: the pathologists had not agreed on whether he was already dead when those shots were fired. The coroner indicated that, strictly

speaking, the interest of the inquest evaporated once the person was dead. The applicants unsuccessfully challenged this direction as too narrow since, notably, this incident was pertinent to the individual soldier's conduct and as to "how" the deceased died.

(c) Inquest: discharge of a juror

56. Between 20 March and 26 April 2012 a number of applications were made to the coroner about a juror who had allegedly fallen asleep on certain occasions and acted in a manner hostile to the next-of-kin. The coroner rejected the applicants' requests to discharge the juror, indicating that he would keep the juror under scrutiny and the matter under review. Further to the same juror allegedly spitting in the street near family members of one of the deceased, the coroner refused a further application to discharge the juror on 27 April 2012 but he warned the jury twice about their joint responsibility for the integrity of the process, indicating on the second occasion that he should be informed if any juror had any concern about bias on the part of a fellow juror. No complaint was made. Throughout the inquest, the coroner emphasised the need for the jury to rely only on the evidence and to consider it impartially. In the final days and in response to the applicants' request, he again emphasised that any concern of a juror about the jury or another juror should be brought to his attention. No jury comment was received.

57. On 27 April 2012 the High Court (Stephens J) refused leave to apply for judicial review this last decision of the coroner. There was no need to review the coroner's factual assessments. Even if the High Court was wrong in that analysis, exceptional circumstances would be required to postpone the inquest after years of waiting and the removal of one juror at that point would present more difficulties than could be justified (especially as the jury had begun to deliberate). In any event, there would be a remedy available to the applicants if the jury decision went against their interests.

(d) Inquest: the jury verdict

58. At the conclusion of the evidence, the coroner obtained the parties' written and oral submissions and then fixed the questions for the jury to answer with its verdict. The applicants, the PSNI and the MOD made closing submissions to the jury on those questions, the applicants notably suggesting that the questions did not reflect the correct absolute-necessity test and did not allow the jury to reach a verdict capable of determining whether the force used was justified. The coroner summed up to the jury for approximately four hours.

59. On 2 May 2012 the jury rendered its verdict to the effect that the deceased died of multiple injuries and multiple high-velocity bullet wounds.

60. The jury considered that the purpose of the operation was to continue surveillance, to arrest anyone involved in terrorist activity and to place a camera in the area of the shed. The soldiers opened fire and shot the deceased in the belief that their position was compromised and that their lives were in danger as, possibly alerted to the soldiers' radio "tones", the deceased were approaching the soldiers with their guns at the ready. The soldiers continued firing believing that their own rounds were incoming fire. Soldier A opened fire (believing that their position had been compromised and their lives were in danger) and Soldiers B, C and D followed and continued firing until they believed the threat was neutralised, in which circumstances the jury believed the soldiers had used reasonable force. Soldier D fired two bullets at close quarters into Mr Grew on the ground as he perceived Mr Grew as a threat and Soldier D's reaction was reasonable. As to whether the jury considered there was another reasonable course of action, the jury was not "unanimous on the balance of probabilities" as to whether there was an opportunity to arrest prior to the soldiers feeling compromised. In answer, therefore, to the question about whether the operation was conducted in such a way as to minimise to the greatest extent possible any recourse to lethal force, the jury was not "unanimous in regard to the possibility of an arrest option".

61. As to whether any aspect of the training of, or planning by, any soldier could account for the deaths, the jury found that the soldiers fired, in accordance with their training, at the "central mass" and continued to do so until the threat was neutralised but that, otherwise, there was "insufficient evidence of planning and intelligence available to give further findings". Other than noting that Desmond Grew received two bullets on the ground near the shed, it was "not possible to reach any further conclusions concerning the force used against Mr Grew".

62. As to whether the operation was planned, controlled and supervised by the RUC and the military so as to minimise to the greatest extent possible any recourse to lethal force, the jury responded as follows:

"Planning

- In planning the operation, TCG tasked a specialist military unit as the most appropriate unit to minimise danger to RUC members and soldiers involved in the surveillance operation and the placing of a camera.
- The placing of the camera was in itself planned to minimise the risk to those on surveillance.

– Given the level of risk involved in the surveillance operation, the specialist military unit were commissioned due to their particular training and firepower which was superior to that of the RUCs.

– There was no definitive information or intelligence available to minimise any recourse to lethal force.

Control

– Each individual involved had specific roles and there was no ambiguity — clear lines of command.

– Clear roles for everyone involved and TCG were the only ones who could call off the operation.

Supervision

– Soldier H had overall control of the operation but Soldier A was the team leader who was in command of the soldiers on the ground and therefore in the best position to make decisions and minimise to the greatest extent possible any recourse to lethal force.”

63. The jury highlighted, as important contributing factors, the history of incidents directed towards security forces in the area, the nature of terrorism in Northern Ireland at the time, as well as the heightened state of the minds of the soldiers involved in the operation.

8. *Judicial review proceedings after the inquest*

64. On 29 June 2012 the first applicant requested leave to apply for judicial review of the inquest requesting, *inter alia*, the quashing of the verdict and a new inquest on the basis that the inquest was not compliant with the procedural requirements of Article 2 of the Convention.

65. She contested the coroner’s decisions not to admit probative material concerning the involvement of the soldiers in other lethal-force incidents in Northern Ireland including his refusal to disclose relevant material, his decision not to allow the next-of-kin to question military witnesses about such incidents and his ruling that references to such incidents be edited from the soldiers’ statements. These decisions deprived the applicants of effective and full participation in the inquest; meant that there was insufficient public scrutiny of the inquest; and deprived the jury of probative evidence in relation to whether the specialist military unit was involved in a shoot-to-kill policy, whether that unit was therefore more likely to have recourse to unjustified lethal or excessive force and whether the individual soldier’s use of lethal force was justified in the circumstances.

66. She also argued that the coroner failed to take adequate steps to ensure Soldier A’s attendance despite the prior High Court judgment

and that this deficiency had had the same negative consequences for the applicants' participation in the inquest, public scrutiny of the inquest and the availability of probative material for the jury. She maintained that the questions put by the coroner to the jury failed to ensure that the jury could properly address "how" and "in what circumstances" the deceased came by their deaths. She also argued that the coroner misdirected the jury on the soldiers' "state of belief" when they opened fire and continued to fire, that he failed to direct them to consider the "absolute necessity" of the use of the force used and that he failed to direct the jury properly in response to its question about shooting at a corpse. She claimed that the coroner failed to correct errors in the parties' closing submissions to the jury. Finally, she challenged the coroner's refusal to discharge the juror hostile to the next-of-kin so that the jury was neither fair, impartial nor independent.

67. Those proceedings have not yet been heard by the High Court.

B. Relevant domestic law and practice

1. Inquests – Legislation

68. Coronial law in Northern Ireland was consolidated in the Coroners Act (Northern Ireland) 1959 ("the 1959 Act") and supplemented by the Coroners (Practice and Procedure) Rules (Northern Ireland) 1963 ("the 1963 Rules").

69. Section 7 of this Act imposes a duty on certain persons, who have reason to believe that the deceased person died from unnatural causes, to notify the relevant coroner immediately.

70. Section 8 imposes the following duty on the police:

"Whenever a dead body is found, or an unexpected or unexplained death, or a death attended by suspicious circumstances, occurs, the district inspector within whose district the body is found, or the death occurs, shall give or cause to be given immediate notice in writing thereof to the coroner within whose district the body is found or the death occurs, together with such information also in writing as he is able to obtain concerning the finding of the body or concerning the death."

71. Section 31(1) of the 1959 Act provides:

"Where all members of the jury at an inquest are agreed they shall give, in the form prescribed by rules ..., their verdict setting forth ... who the deceased person was and how, when and where he came to his death."

72. Rule 15 of the 1963 Rules provides that the proceedings and evidence at an inquest shall be directed solely to ascertaining who the deceased was; how, when and where the deceased came by his death; and the particulars for the time being required by the laws concerning births and deaths registration. However, Rule 16 provides that:

“Neither the coroner nor the jury shall express any opinion on questions of criminal or civil liability or on any matters other than those referred to in [Rule 15].”

73. Rule 22(1) provides:

“After hearing the evidence the coroner, or, where the inquest is held by a coroner with a jury, the jury, after hearing the summing up of the coroner shall give a verdict in writing, which verdict shall, so far as such particulars have been proved, be confined to a statement of who the deceased was, and how, when and where he died.”

74. Rule 23(1) provides:

“Any verdict given in pursuance of Rule 22 shall be recorded in the form set out in the Third Schedule.”

75. The Third Schedule to the 1963 Rules provided a standard form of verdict. The cause of death was to be stated and was defined as “the immediate cause of death and the morbid conditions (if any) giving rise to the immediate cause of death”. The form stated that one of the following forms of words should be used to express the verdict of the jury or the conclusion of the coroner as to the death: “died from natural causes; died as the result of an accident/misadventure; died by his own act ...; open verdict (to be used where none of the above forms of verdict is applicable)”. Since 1980 a form is provided for inclusion of the verdict of the inquest jury or the conclusions of the coroner under the title “Findings”.

76. Section 35(3) of the Justice (Northern Ireland) Act 2002 (replacing section 6(2) of the Prosecution of Offences (Northern Ireland) Order 1972) provides:

“Where the circumstances of any death which has been, or is being, investigated by a coroner appear to the coroner to disclose that an offence may have been committed against the law of Northern Ireland or the law of any other country or territory, the coroner must as soon as practicable send to the Director [of Public Prosecutions] a written report of the circumstances.”

2. Inquests – relevant case-law

77. In *R v. HM Coroner for North Humberside and Scunthorpe, ex parte Jamieson* ([1995] QB 1, concerning England and Wales), the Court of Appeal ruled that “how” meant “by what means”, a question directed to how the deceased came by his death. While a verdict could properly incorporate a brief and neutral statement, the verdict was to be factual, expressing no judgment or opinion and it was not the jury’s function to prepare detailed factual statements.

78. In the case of *R v. Secretary of State for the Home Department ex parte Amin* ([2003] UKHL 51), the House of Lords ruled on the requirements of an Article 2 compliant investigation. In *R (Middleton) v. West Somerset Coroner* ([2004] 2 AC 182), the House of Lords reviewed the scope of

the “Jamieson” inquest and found that, since a Jamieson inquest could not examine whether the conduct of State agents might reasonably have prevented death, it was incompatible with Article 2. To comply with that Article, the inquest had to consider “by what means” and “in what circumstances” the deceased came by his death, so that the inquest verdict would be broader in scope

79. On 11 March 2004 the House of Lords found that there was no obligation to conduct an inquiry compatible with Article 2 when the death had occurred before the HRA came into force (*In re McKerr* ([2004] 1 WLR 807).

80. On 28 March 2007 the House of Lords delivered its judgment (*Jordan v. Lord Chancellor and Another and McCaughey v. Chief Constable of the Police Service Northern Ireland* [2007] UKHL 14). It relied on the McKerr judgment to the effect that the HRA did not apply to a pre-HRA death or, therefore, to the investigation of any such death. However, Section 8 of the 1959 Act plainly required the police to disclose to the coroner such information about the deaths as the police was then or thereafter able to obtain, subject to any relevant privilege or immunity.

81. In a later judicial review action, Hugh Jordan successfully contested a PSNI refusal to disclose to him all documents disclosed by it to the coroner, except those to which valid professional privilege or immunity attached (*In re Jordan’s Application* [2008] NIQB 148). The High Court’s decision was informed by:

“... the confusion that has been created by the fragmented production of documents over the years. There has been duplication of some documents and a failure to produce certain documents on some occasions and then their production on other occasions. It has been acknowledged that the level of redactions have on occasions been excessive.”

Accordingly, the High Court (under section 8 of the 1959 Act) ordered the PSNI, *inter alia*, to make a full and indexed disclosure to Hugh Jordan.

82. In 2008 alone there were six judicial review applications as regards Pearse Jordan’s inquest. In 2009 the Court of Appeal made the following comment about the delay in holding the inquest into Pearse Jordan’s death (*Hugh Jordan v. the Senior Coroner* [2009] NICA 64):

(3) ... This inquest has taken an extremely long time to reach this point and has been dogged by procedural wrangling, frequent judicial review applications and hearings in the House of Lords and Strasbourg all of which have contributed to the length and complexity of the inquest.

(4) The current state of coronial law is extremely unsatisfactory. It is developing by means of piecemeal incremental case law. It is marked by an absence of clearly drafted and easily enforceable procedural rules. Its complexity, confusion and inadequacies make the function of a coroner extremely difficult and is called on to apply case law

which does not always speak with one voice or consistently. One must sympathise with any coroner called on to deal with a contentious inquest of this nature which has become by its nature and background extremely adversarial. The problems are compounded by the fact that the [PSNI] which would normally be expected to assist a coroner in non contentious cases is itself a party which stands accused of wrong doing. It is not apparent that entirely satisfactory arrangements exist to enable the PSNI to dispassionately perform its functions of assisting the coroner when it has its own interests to further and protect. If nothing else, it is clear from this matter that Northern Ireland coronial law and practice requires a focused and clear review to ensure the avoidance of the procedural difficulties that have arisen in this inquest. What is also clear is that the proliferation of satellite litigation is extremely unsatisfactory and diverts attention from the main issues to be decided and contributes to delay.”

83. Following this Court’s judgment in *Šilih*, cited above, the Supreme Court reversed the House of Lords’ judgment in *McKerr* and accepted that an inquest should be compliant with Article 2 even for a pre-HRA death (*In the matter of an application by Brigid McCaughey and another for judicial review (Northern Ireland)* [2011] UKSC 20, see paragraph 40 above).

3. *Legal Aid for inquests*

84. In July 2000 the Lord Chancellor announced the establishment of an extra-statutory *ex gratia* scheme of public funding for representation in proceedings before coroners in exceptional inquests in Northern Ireland. In March 2001 he published for consultation the criteria to be used in deciding whether applications for representation at inquests should receive public funding. These included, *inter alia*, consideration of financial eligibility, whether an effective investigation by the State was needed and whether the inquest was the only way to conduct it, whether the applicant required representation to be able to participate effectively in the inquest and whether the applicant had a sufficiently close relationship with the deceased.

4. *The Historical Enquiries Team (“the HET”)*

85. The HET is a special investigative unit of the PSNI set up in 2005 to review the investigations conducted into deaths in Northern Ireland between 1968 and 1998. It is answerable to the Chief Constable of the PSNI. It has approximately 3,000 cases to examine. The HET has two primary objectives: to ensure that each case is comprehensively examined to current professional standards to the extent that it can be satisfied that all the evidential possibilities have been explored, and to work closely with families including giving to each family a report on the death of a deceased family member.

5. *Relevant Committee of Ministers Resolutions*

86. Between 2001 and 2003 the Court adopted six similar judgments concerning the investigation of killings by security forces in Northern Ireland between 1968 and 1998 (see *Hugh Jordan* and *McKerr*, both cited above; *Shanaghan v. the United Kingdom*, no. 37715/97, 4 May 2001; *Kelly and Others v. the United Kingdom*, no. 30054/96, 4 May 2001; *McShane v. the United Kingdom*, no. 43290/98, 28 May 2002; and *Finucane v. the United Kingdom*, no. 29178/95, ECHR 2003-VIII).

87. In interim Resolution CM/ResDH(2007)73 on these cases, the Committee of Ministers urged the Government to take “without further delay all necessary investigative steps ... to achieve concrete and visible progress”. In March 2008 and having evaluated the measures taken by the authorities, the Committee of Ministers decided “to close the examination of the issues related to the fact that the inquest proceedings did not commence promptly and were not pursued with reasonable expedition”. However, the Committee’s examination of individual and of other general measures would continue.

88. The Information Document (prepared by the Department for the Execution of Judgments, CM/Inf/DH(2008)2 revised) of 19 November 2008 reviewed progress in implementing these judgments. As regards individual measures and the *Hugh Jordan* case, the document indicated that it was “concerned that the inquest in this case has still not commenced although it was announced previously that it would begin in April 2008”. Information was therefore “awaited on the measures taken or envisaged in order to ensure that the inquest in this case runs without any further delay”. As regards *Kelly and Others*, *McKerr* and *Shanaghan*, the Department awaited information on the outcome of, *inter alia*, the ongoing investigations.

89. By interim Resolution CM/ResDH(2009)44 of March 2009, the Committee closed its examination of two general measures (concerning the HET and the State’s obligations under Article 34 of the Convention) and of individual measures in *McShane* and *Finucane* for the specific reasons given. However, it continued its examination of individual measures in *Hugh Jordan*, *Kelly and Others*, *McKerr* and *Shanaghan*. In this latter respect, the Committee noted “with concern that progress with regard to the individual measures in these cases has been limited, in particular in the case of *Hugh Jordan* where the inquest will not start before June 2009 although it was announced previously that it would begin in April 2008” and it strongly urged the authorities to “take all necessary measures with a view to bringing to an end, without further delay, the ongoing investigations while bearing in mind the findings of the Court in these cases”.

THE LAW

90. The applicants made a number of complaints under the substantive and procedural aspects of Article 2 of the Convention regarding the deaths of Martin McCaughey and Desmond Grew and, under Article 13, concerning the lack of an effective domestic remedy in those respects.

91. Article 2 reads as follows:

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

2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this Article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:

(a) in defence of any person from unlawful violence;

(b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;

(c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.”

92. Article 13 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.”

I. ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLE 2 OF THE CONVENTION, TAKEN ALONE AND IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 13

A. The parties’ submissions

1. *The Government*

93. The Government maintained that the applicants had failed to exhaust domestic remedies as regards the substantive complaint because their civil action was pending. While the Government noted that there appeared to be two lines of jurisprudence, they considered that the governing authority lay with the line of case-law in *Caraher v. the United Kingdom* ((dec.), no. 24520/94, ECHR 2000-I), the six judgments concerning Northern Ireland cited at paragraph 86 above, and *Bailey v. the United Kingdom* ((dec.), no. 39953/07, 19 January 2010). The cases which the applicants regarded as showing a contrary line on victim status were distinguishable.

94. In any event, there had been no violation of the substantive or the procedural aspects of Article 2 of the Convention and the Government relied mainly on the scope, procedure and result of the inquest which, pursuant to

the judgment of the Supreme Court in May 2011 (see paragraph 40 above), was conducted in an Article 2 compliant manner.

95. As to the substantive complaint about the planning and conduct of the operation, the inquest provided a full and public investigation into the facts surrounding those deaths. The inquest jury found that the soldiers had used reasonable force, that there had been no flaws in the planning or control of the operation and that no further steps could have been taken to minimise the risk of lethal force being used.

96. The Article 2 compliant inquest also meant that there had been compliance with the procedural guarantees of Article 2. The inquest was transparent and rigorous. It took place in public. There was significant document disclosure: while a certain number of documents were no longer available due to the passage of time, the evidence gathered by the inquest was such that the unavailability of some documentary evidence did not diminish the ability of the inquest to resolve the issues required for it to comply with Article 2. Legal aid was granted and the applicants were represented by a solicitor and two counsel. They were permitted to participate fully in the inquest.

97. While there had been significant delay in holding that inquest, there was no evidence that this delay had prejudiced the integrity of the inquest process. The Government noted that the High Court had found a violation of Article 2 of the Convention in January 2004 and in May 2011 it was accepted that the inquest had to comply with Article 2.

98. The scope of the inquest allowed the jury to explore and rule on the relevant matters. As to the command and control of the operation, the inquest heard Officer Y (a senior officer in the RUC TCG who had, with others, tasked the specialist unit for the present operation); Soldier K (the officer commanding of the specialist military component that provided capability to the RUC in Northern Ireland); Soldier H (the captain with responsibility for the military unit involved in the operation); Soldiers A, C, D, E, F, G and I; and Soldier J (who gave evidence as to the training of the relevant SAS unit). All those soldiers (apart from Soldier J) also gave evidence as to the planning of the operation, including its objective, as well as on the briefings prior to the operation and on what was known about the deceased. Those military witnesses, in particular Soldiers A, C, D and H, gave evidence on steps taken to reduce the risk of lethal force being used and Soldiers A, C and D gave evidence as regards the justification for the use of lethal force in the particular circumstances.

99. The conclusions of the earlier investigation were the same as those reached by the inquest jury, a fact which supported the submission that the RUC investigation was sufficiently robust and independent as to ascertain

all the facts and reach correct conclusions on the basis of the information available. The RUC officers who carried out the original investigation denied in evidence that they had not carried out a sufficiently independent or probing investigation into the incident.

100. Reasons for not prosecuting had been provided by the DPP and the DPP would have to reconsider that decision should a reference be made under section 35(3) of the 2002 Act, which decision would, in turn, be amenable to judicial review.

101. Finally, the Government argued that there had been no violation of Article 13 of the Convention. The pending civil action for damages indicated that the applicants accepted the existence of an effective civil remedy. In any event, the inquest provided a thorough and effective investigation, and judicial review otherwise provided a remedy allowing the applicants to challenge decisions of the coroner and, were it to be relevant in the future, any decision by the DPP not to prosecute.

2. *The applicants*

102. The applicants complained of a violation of the substantive aspect of Article 2 arguing that the use of lethal force was not absolutely necessary in that the operation had not been planned and controlled so as to minimise the risk to life and, indeed, that there had been a deliberate decision to kill the deceased. Given the inquest's failure to comply with the procedural requirements of Article 2, the inquest verdict could not be relied upon.

103. As to the victim exception on which the Government relied as regards the pending civil proceedings, the applicants relied on the line of jurisprudence represented by *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, no. 7888/03, §§ 55-56, 20 December 2007; *Beganović v. Croatia*, no. 46423/06, § 56, 25 June 2009; *Fadime and Turan Karabulut v. Turkey*, no. 23872/04, §§ 31-48, 27 May 2010; *Kopylov v. Russia*, no. 3933/04, § 121, 29 July 2010; *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, § 119, ECHR 2010; and *Darraj v. France*, no. 34588/07, §§ 22-53, 4 November 2010. Ineffective investigative, inquest and prosecution processes undermined the civil action so, even if that action was pending, that did not deprive them of their victim status or suggest that they had not yet exhausted domestic remedies.

104. The applicants also complained of a breach of the procedural obligation to carry out an independent and effective investigation.

105. They argued that the RUC post-operation investigation lacked independence and was ineffective. There was no hierarchical independence between those involved in the operation (RUC officers and soldiers) and those investigating it (RUC officers). The RUC investigation also lacked

practical independence: the RUC regarded themselves as liaising with, as opposed to investigating, the soldiers so that, for example, the shooters were not separated before making their statements and the statements were perfunctory. The investigation was inadequate in that it focused disproportionately on whether civilians in the vicinity were responsible for the weapons and this was supported by the evidence of Soldier L at the inquest. While the briefing notes of soldiers before and after the shooting as well as radio logs of communications between the shooting soldiers and headquarters had existed and were under RUC control, the RUC officers investigating the incident were not provided with those notes and logs and, as confirmed by witnesses at the inquest, a significant body of documents (including these notes and logs) had since disappeared. There had also been inadequate public scrutiny of the investigation and the inquest did not resolve that.

106. They also argued that the DPP had failed to inform the applicants of the decision not to prosecute and the reasons eventually given in July 2011 were inadequate. In addition, the criminal-justice system, as it applied to the prosecution of killings by State agents, was not Convention compatible. The applicants challenged the standard evidential test for prosecution and the breadth of the law on self-defence.

107. They further maintained that the involvement of the next-of-kin was inadequate to safeguard their interests. The first applicant was not formally advised of her son's death and, indeed, the RUC had taunted her family about his death. The first formal contact by the authorities was in 1997 when the coroner advised that he had received papers in the case and they were not kept informed by the DPP (see the preceding paragraph). Later, certain decisions during the inquest by the coroner prevented them from effectively participating in the inquest (see paragraph 110 below).

108. They also argued that the inquest, which took place after the introduction of the application, had not fulfilled the procedural obligations.

109. In the first place, they considered the inquest ineffective. The exclusion of documentary and oral evidence about other incidents of lethal force excessively limited the scope of the inquest because it precluded scrutiny of the role of specialist military units in lethal-force incidents when the allegations were of a "shoot-to-kill" policy and, at the least, of such units being more likely to use lethal and/or excessive force unnecessarily. In addition, the coroner's questions to the jury undermined the jury's ability to scrutinise effectively the planning and control of the operation so as to minimise any recourse to lethal force as well as the acts of each soldier in using lethal force. Moreover, the coroner's response to the jury question about shooting at a corpse was a significant misdirection: it unduly

narrowed the scope of the investigation towards the limited “cause of death” and away from the “circumstances whereby the deceased came by his death”. The coroner’s direction was also incorrect on the issue of excessive force: it concerned the shooting of someone who could not pose a threat and it was also illustrative of the conduct of the soldiers individually and collectively.

110. Secondly, as a result of the deficient rulings as regards other lethal-force incidents, the next-of-kin were prevented from participating in the inquest to the extent necessary to protect their legitimate interests and there was insufficient public scrutiny of the proceedings to secure accountability.

111. Thirdly, the continued involvement of the juror who was demonstrably hostile towards the next-of-kin meant that the jury could be considered neither fair nor impartial nor, therefore, independent. The applicants emphasised the unique and particularly sensitive role of inquest juries in Northern Ireland.

112. Finally, they argued that the delay of over twenty-one years before an Article 2 compliant inquest was opened was excessive and unexplained and that such delays were demonstrably endemic. Their primary argument was that this delay amounted, of itself, to a breach of the obligation to provide an investigation that began promptly and proceeded expeditiously. Further, they contended that the delay had actually compromised the effectiveness of the inquest process in different ways. In this latter respect, they claimed that the delay had led to the loss and/or destruction of a significant body of contemporaneous documentation. The delay had also prejudiced the attendance of witnesses: certain witnesses could not be compelled because they no longer resided in the jurisdiction (Soldier B did not attend at all and Soldier A did not re-attend) and others had died or were ill (only one RUC officer involved in planning and control could attend and his recollection was limited). The applicants specifically highlighted the delay in granting them legal aid for the inquest and pointed out that the onus had been placed entirely on them to ensure the inquest progressed.

113. The HET investigation could not, in the applicants’ view, remedy these deficiencies. It was not an investigation but a paper review: only Soldier A was interviewed and he essentially confirmed his prior statement; it did not identify any soldier; it had an undisclosed agreement with the MOD on security issues; it failed to review ballistics or forensic evidence and to conduct expert studies; and it failed to investigate the involvement of military witnesses in other lethal-force incidents. The HET review was ineffective, lacked independence, failed to involve the next-of-kin and had no adequate element of public scrutiny.

114. Finally, the applicants complained under Article 13, taken in conjunction with Article 2, that they had no effective domestic remedy since

the HRA did not apply to deaths occurring before it came into force. The judgment of the Supreme Court of May 2011 meant that they could rely on their Convention rights to secure an Article 2 compliant inquest thereafter but not to complain about past investigative failings. Thus it could not be said that they could enforce the substance of their Convention rights in the domestic legal system.

3. *The Committee on the Administration of Justice (“the CAJ”)*

115. The CAJ is a non-governmental organisation affiliated with the International Federation of Human Rights. The CAJ considered the delay in holding the present inquest to be illustrative of a wider problem concerning controversial inquests in Northern Ireland.

116. The CAJ referred to the delay in executing the six judgments of this Court concerning Northern Ireland, especially as regards the expediting inquests. There was an unacceptable and endemic pattern of State delay punctuated by proceedings by the next-of-kin attempting to move the process forward. The CAJ submitted a list from the coroner’s service dated July 2011 (updating the list submitted to the Supreme Court in April 2011) which listed thirty-eight cases in which inquests were either outstanding or had just finished: five of the deaths had taken place in 1971 and 1972 and only one inquest had taken place (in June 2011); eight deaths had occurred in the 1980s and while provisional dates had been set, no inquests had been held; and eighteen concerned deaths in the 1990s in respect of which only one inquest had been held. Most of the cases concerned the use of lethal force by the security forces and some concerned killings attributed to paramilitary forces. Delay since the above-mentioned six judgments of this Court was, according to the CAJ, an aggravating factor and it referred to numerous public declarations of various bodies concerning reform of the Convention system which emphasised the need to execute judgments effectively and speedily. Indeed, the Government itself recognised that inquest delay had violated Article 2 (Command Paper 7524, “Responding to Human Rights Judgments: Government Response to the Joint Committee on Human Rights’ Thirty-First Report of Session 2007-08” (January 2009)).

117. The CAJ proposed a number of alternative ways in which the Court’s judgment could address this endemic issue. Damages could be increased to reflect additional non-pecuniary damage given the delay since the lead judgments. A timetable could be imposed for future proceedings and/or a graduated schedule of compensation could be laid down to cover any subsequent period of delay. The Court could find a violation on the delay aspect and adjourn the remainder of the case pending the State’s

response. The Court might consider making the case a pilot judgment and giving operative directions about delay under Article 46 of the Convention.

4. *The Equality and Human Rights Commission (EHRC) and the Northern Ireland Human Rights Commission (“the NIHRC”)*

118. The EHRC is an independent statutory non-departmental public body tasked with monitoring equality and human rights. The NIHRC is a statutory body created pursuant to the Belfast Agreement of April 1998 and it promotes human rights standards in Northern Ireland. Both have intervened in cases before this Court, the latter in the above-cited cases of *McKerr*, *Hugh Jordan*, *Kelly and Others* and *Shanaghan*. They also appeared before the Supreme Court in the applicants’ recent judicial review action.

119. The EHRC and NIHRC raised an issue not addressed by either party. They endorsed and repeated the submissions of the EHRC in another pending case before this Court (*Armani da Silva v. the United Kingdom*, no. 5878/08). They contended that the standard evidential test for prosecution failed adequately to comply with the State’s positive obligation to prosecute. The need for a lower evidential test was enhanced by the fact that the law of self-defence in English law was drawn very widely, was partially subjective in its formulation and was inconsistent with the requirements of Article 2 § 2. The standard evidential test, combined with the law of self-defence, meant that prosecutions of State officials for causing death were exceedingly rare. Moreover, the scope for review by the domestic courts of the application of the evidential test was also limited and failed to meet the strict procedural requirements of Article 2.

120. They provided statistics on deaths caused by the use of lethal force by State agents and argued that the comparatively low number of prosecutions raised concerns about the impunity of such agents. Various authorities (the coroner’s service, the Office of the Police Ombudsman and the HET) were overwhelmed with requests for reinvestigations. All of this had, in turn, caused enduring damage to the rule of law in Northern Ireland.

B. Admissibility

121. Save in relation to the complaint about investigative delay, the Court is not in a position to consider the merits of the complaints under the substantive and other procedural aspects of Article 2 because the applicants’ civil action is pending (see for example, *Caraher*, cited above; *Hay v. the United Kingdom* (dec.), no. 41894/98 ECHR 2000-XI; *McKerr*, cited above, §§ 19-23; and *Bailey*, cited above) and because, given the pending judicial review proceedings, the initiation of further relevant investigative procedures, including of a criminal and/or disciplinary nature, remains

possible (see for example, *Nikolova and Velichkova*, cited above, §§ 55-56; *Gäfgen*, cited above, § 119; and *Darraaj*, cited above, §§ 22-53).

122. The applicants' civil action, issued in 2012, is pending. The Court does not accept that there is any demonstrated factor which can be considered to have deprived the civil courts of their ability to establish the facts and determine the lawfulness or otherwise of the deaths and within any applicable limitation period, although the present and any future inquest verdict as well as any future criminal or disciplinary proceedings (see immediately below) could clearly inform the civil action. While the lapse of time would make it difficult for the civil court to piece together the evidence, any such attempt should in principle take place in a domestic, not in an international, forum (see *McKerr*, cited above, § 118; and *Hugh Jordan*, cited above, §§ 111-12).

123. As to further relevant investigative procedures, it is true that the inquest has now taken place, ending in May 2012. However, the Court considers, for the reasons detailed below, that that inquest was an unusual fact-finding exercise, key aspects of which have been challenged in some detail for their compliance with Article 2 in pending judicial review proceedings.

124. The present inquest procedure was a relatively novel one, which evolved significantly by dint of several judicial review actions initiated by the applicants, each of which was important in terms of coronial law and practice in Northern Ireland and many of which ended in their favour.

125. Their first action ended in March 2007 with a House of Lords judgment clarifying, in the applicants' favour, a fundamental issue concerning the disclosure obligations of the PSNI (see paragraph 23 above). The second action ended, also in the applicants' favour, with a judgment of the Supreme Court of May 2011 of some significance, as it overturned the prior judgment of the House of Lords in *McKerr* and provided that inquests into pre-HRA deaths had to be compliant with Article 2 of the Convention (see paragraph 40 above). This broadened the scope of the inquest (covering, notably, "in what circumstances" the deceased came by their deaths, see paragraph 78 above) and provided the applicants with a range of additional procedural rights.

126. This judgment of the Supreme Court of May 2011 then had to be interpreted and applied by the coroner to the peculiarities of the present legacy case including its historical context (for example, the related shoot-to-kill allegations) and the delay since the deaths (for example, the intervening disclosure obligations, the loss of material evidence and the unavailability of witnesses). Consistently, the applicant launched three judicial review actions during the inquest hearing. However, at that point the delay was such (over

twenty-one years) that the High Court felt obliged to raise the threshold for leave to apply for judicial review to “exceptional” circumstances warranting the adjournment of the inquest, the High Court on one occasion noting that there was, in any event, a post-inquest remedy. Two judicial review applications were rejected on this basis. Not unsurprisingly therefore the first applicant began another judicial review action in June 2012 after the inquest, repeating two arguments rejected by the High Court as not “exceptional” and raising several new procedural issues (see paragraphs 64-66 above). The High Court has yet to hear the pending judicial review action. The applicants have requested the High Court to quash the inquest verdict and to order a fresh inquest, in which case the coroner’s decision to refer or not to the DPP and the DPP’s decision to prosecute or not would both be open to judicial review.

127. The applicants also argued that certain past deficiencies as well as the delay to date had already prejudiced the investigation and inquest processes. It is also true that this Court identified certain procedural deficiencies before the inquest had even taken place in the above-cited *Hugh Jordan* case. However, in contrast to the domestic law in issue in that case, the Supreme Court judgment of May 2011 meant that domestic law required the present inquest to comply with the procedural requirements of Article 2. This the coroner set out to do and the pending judicial review action will review key aspects of the inquest against the procedural guarantees of Article 2. Pending the outstanding domestic proceedings, the Court considers that it cannot examine whether the inquest has been deprived, by prior investigative shortcomings or delay, of its ability to establish the facts and determine the lawfulness or otherwise of the deaths in question (see *McKerr*, § 117; *Hugh Jordan*, § 111; and *McShane*, § 103, all cited above).

128. In all of the above circumstances, the complaints under Article 2, other than the complaint about investigative delay itself, are inadmissible as being premature and/or on the ground that domestic remedies have not yet been exhausted within the meaning of Article 35 § 1. The associated complaint under Article 13 must also therefore be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 (a) and 4. The Court notes that, should the applicants be dissatisfied in the future with the progress or outcome of those domestic procedures, it would be open to them to reintroduce these complaints under the substantive and procedural aspects of Article 2 of the Convention.

129. However, the consequence of the pending judicial review proceedings is that the investigative process into the shootings of the applicants’ relatives, including the inquest, has still not finished twenty-three years later. As to the admissibility of this remaining complaint about the investigative delay itself, the Government did not explain how the High

and Supreme Court judgments to which they referred provided effective redress for such delay. The Court considers that this complaint under Article 2 about investigative delay is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) or inadmissible on any other ground. It must therefore be declared admissible, along with the related complaint under Article 13.

C. Merits

130. Turning to the merits of the admissible complaint, it is established that Article 2 requires investigations to begin promptly and to proceed with reasonable expedition (see the six judgments concerning Northern Ireland, at paragraph 86 above), and this is required quite apart from any question of whether the delay actually impacted on the effectiveness of the investigation. While there may be obstacles or difficulties which prevent progress in an investigation in a particular situation, a prompt response by the authorities in investigating a use of lethal force may generally be regarded as essential in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts (see *Hugh Jordan*, cited above, §§ 108 and 136-40).

131. The Court considers it striking that the present deaths occurred in 1990 and that the inquest hearing proper did not begin until March 2012, more than twenty-one years after those deaths. It has noted the following periods of delay which the Government have not attempted to justify.

132. The decision of the DPP not to prosecute was not taken until two and a half years after the deaths. While it is not clear when the applicants found out about the decision (the DPP was not obliged by domestic law at the time to notify the next-of-kin directly), it was clearly some time thereafter.

133. The RUC did not forward material to the coroner until four years after the deaths; a further disclosure followed a year later in late 1995. Thereafter over two years went by before the coroner made his first contact with the applicants and this was only to inform them of the disclosure made years earlier by the RUC. An additional four and a half years passed before the coroner requested the relevant soldiers' statements from the PSNI, which statements appear to have been furnished to the coroner in mid-2002 when other documents were refused. At this point, the deaths had taken place almost twelve years previously.

134. There followed lengthy correspondence between the applicants, the coroner and the PSNI about disclosure. It was only after the applicants took judicial review proceedings in October 2002 that the PSNI provided the applicants, in February 2003, with the documents already forwarded

to the coroner. While it is true that three instances examined the action for judicial review, the proceedings took in total four and a half years and the result in March 2007 was favourable to the applicants.

135. Disclosure continued to be disputed thereafter: over two years after the above-noted House of Lords' judgment, disclosure of certain material from the PSNI to the coroner was still outstanding (July 2009). Despite the applicants' numerous follow-up letters, the first preliminary inquest hearing did not take place until September 2009 and redacted PSNI material was furnished to the applicants in December 2009. Further pre-inquest exchanges with the coroner, initiated by the applicants, appear to have concerned the scope of the inquest. Issues of disclosure, expert evidence and site inspection remained open until they were resolved in the applicants' favour by the Supreme Court judgment of May 2011. Although the three instances examined this second action quickly, resolving it in the applicants' favour, this action nevertheless added another two years to the delay in starting the inquest. It took a further nine to ten months for more soldiers' statements to be furnished to the applicants (in February and March 2012), just prior to the opening of the inquest in March 2012. Thereafter the inquest proceeded quickly, ending in May 2012 with a detailed verdict.

136. This period of over twenty-two years can be broadly divided into three phases, which are illustrative of the nature of the delay the present applicants encountered.

137. The first, from 1990 to 2002, was marked by inordinately long periods of inactivity during which some disclosure was made by the RUC and the PSNI, which disclosure was later shown to have been inadequate.

138. The second, from 2002 to March 2012 when the inquest began, is characterised by the applicants' and others' legal actions and initiatives which were demonstrably necessary to drive forward their inquests and to ensure the clarification of certain important aspects of coronial law and practice including, notably, those pertaining to the rights of next-of-kin. In particular, the principles flowing from the judgments of this Court of 4 May 2001 were applied in domestic law, not through legislation, but through a series of complex and overlapping domestic judicial review applications. The entry into force of the HRA in 2000 brought with it further questions of relevance to coronial law and, notably, its application to investigations into pre-HRA deaths, a key issue not finally resolved until the judgment by the Supreme Court in the applicants' case of May 2011 which, indeed, overturned an earlier judgment of the House of Lords in *McKerr* (see paragraph 40 above). The present applicants were centrally involved in these important legal developments. Their inquest was postponed, effectively from 2002 to 2012, pending their main two judicial review actions, the

legal issues clarified in those two actions were, as noted above, crucial for coronial law and practice and the findings were in their favour.

However, this manner of proceeding inevitably delayed the investigations and inquests into security force killings in Northern Ireland significantly and this was aptly described by the Court of Appeal in one of Hugh Jordan's numerous judicial review actions about the death of his son, Pearse Jordan (see paragraph 82 above). The fact that it was necessary to postpone the applicants' inquest so frequently and for such long periods pending clarifying judicial review actions demonstrates to the Court that the inquest process itself was not structurally capable at the relevant time of providing the applicants with access to an effective investigation which would commence promptly and be conducted with due expedition (see *Hugh Jordan*, § 138, and *McKerr*, § 155, both cited above).

139. By the time the third and last phase began with the inquest hearing, the delay at that point was such that the High Court considered itself obliged to raise the threshold of leave to apply for judicial review to "exceptional circumstances", which made the clarification of the procedural rights of the applicants exceedingly difficult and which therefore rendered rather inescapable another post-inquest judicial review action. That action remains pending before the High Court.

140. These delays cannot be regarded as compatible with the State's obligation under Article 2 to ensure the effectiveness of investigations into suspicious deaths, in the sense that the investigative process, however it is organised under national law, must be commenced promptly and carried out with reasonable expedition. To this extent, the foregoing finding of excessive investigative delay of itself entails the conclusion that the investigation was ineffective for the purposes of Article 2. There has, accordingly, been a violation of Article 2 of the Convention under its procedural aspect by reason of excessive investigative delay. The Court also concludes that no separate issue arises under Article 13 in that respect (see *Hugh Jordan*, cited above, §§163-65).

II. APPLICATION OF ARTICLE 46 OF THE CONVENTION

141. 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.

..."

142. The Court reiterates that, by virtue of Article 46 of the Convention, the Contracting Parties have undertaken to abide by the final judgments of the Court in any case to which they are parties, with execution being supervised by the Committee of Ministers of the Council of Europe. It follows, *inter alia*, that a judgment in which the Court finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation, whether or not the applicant has requested just satisfaction, to select, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in its domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress so far as possible the effects. Subject to monitoring by the Committee of Ministers, the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court's judgment (see *Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 249, ECHR 2000-VIII; *Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, § 192, ECHR 2004-V; *Lukenda v. Slovenia*, no. 23032/02, §§ 89-98, ECHR 2005-X; *Apostol v. Georgia*, no. 40765/02, §§ 70-71, ECHR 2006-XIV; and *Abuyeva and Others v. Russia*, no. 27065/05, §§ 235-43, 2 December 2010).

143. The applicants and the CAJ suggested that delay in carrying out inquests, in cases of killings by the security forces in Northern Ireland, is an endemic problem and the CAJ proposed, *inter alia*, that the Court make a ruling under Article 46 of the Convention.

144. The Court has found that the investigative delay in the present case was such that it was incompatible with the procedural guarantees of Article 2. In so doing, it considered that throughout the relevant period of time the inquest process itself was not structurally capable of providing the applicants with access to an investigation which would commence promptly and be conducted with due expedition (see paragraphs 136-40 above). Information furnished by the coroner's service of Northern Ireland in April 2011 to the Supreme Court and in July 2011 to the CAJ (see paragraphs 41 and 116 above) is noted. The Court considers that the carrying out of investigations, including the holding of inquests into killings by the security forces in Northern Ireland, has been marked by major delays. It further considers that such delays remain a serious and pervasive problem in Northern Ireland. While the contents of the Committee of Ministers Resolution of 2008 are noted, the Committee more recently expressed its concern about investigative delay (Resolution of March 2009) as regards four of the above-cited six judgments concerning Northern Ireland (see paragraphs 86-89 above). These four judgments reflected a pattern of delay very similar to that which took place in the present case (see, in particular,

McKerr and Hugh Jordan). Almost twelve years after those four judgments were delivered, the Committee of Ministers continues to supervise individual measures of execution concerning investigative delay.

145. The Court recalls that it falls to the Committee of Ministers, acting under Article 46 of the Convention, to address the issue of what – in practical terms – may be required of the respondent Government by way of compliance (see *Abuyeva and Others*, cited above, § 243). However, the Court considers that, whatever the specific modalities chosen, this must involve the State taking, as a matter of some priority, all necessary and appropriate measures to ensure, in the present case and in similar cases concerning killings by the security forces in Northern Ireland where inquests are pending, that the procedural requirements of Article 2 are complied with expeditiously.

III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

146. 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. Damages

147. The applicants did not submit a claim for pecuniary or non-pecuniary damages. Accordingly, the Court considers that there is no call to award them any sums on that account.

B. Costs and expenses

148. The applicants claimed 42,811.27 pounds sterling in legal costs and expenses before the Court, submitting relevant vouchers and bills. The Government considered this amount to be excessive (notably, the hours billed for the solicitor since the application and observations had been drafted by leading Counsel).

149. According to the Court’s case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum. In the present case, regard being had to the documents in its possession, the above criteria, the two sets of observations required of the applicants and the total hours of work claimed, the Court considers it reasonable to award the sum of 14,000 euros, plus any tax that may be chargeable to the applicants on this sum, in respect of costs and expenses,

to be converted into pounds sterling at the rate applicable at the date of settlement.

C. Default interest

150. 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*, by a majority, the complaints under Articles 2 and 13 of the Convention concerning investigative delay admissible and the remainder of the application inadmissible;
2. *Holds*, unanimously, that there has been a violation of the procedural requirements of Article 2 of the Convention by reason of excessive investigative delay;
3. *Holds*, by six votes to one, that no separate issue arises, under Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 2, as regards that investigative delay;
4. *Holds*, unanimously,
 - (a) that the respondent State is to pay the applicants, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, EUR 14,000 (fourteen thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicants on this sum, in respect of costs and expenses of the application, to be converted into pounds sterling at the rate applicable at the date of settlement;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
 - (c) that the Government must take, as a matter of some priority, all necessary and appropriate measures to ensure, in the present case and in similar cases concerning killings by the security forces in Northern Ireland where inquests are pending, that the procedural requirements of Article 2 of the Convention are complied with expeditiously.
5. *Dismisses*, unanimously, the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 16 July 2013, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Françoise Elens-Passos
Registrar

Ineta Ziemele
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 Kalaydjieva;
- (b) concurring opinion of Judge Mahoney.

I.Z.
F.E.P.

CONCURRING OPINION OF JUDGE KALAYDJIEVA¹

It would be difficult not to agree with the majority that the applicants' complaints that, in violation of the requirements of Article 2 of the Convention, "the investigative process ... has still not finished twenty-three years later" in the case of the present judgment (see paragraph 129) and fifteen years later in the case of the *Hemsworth* judgment (see paragraph 68 of that judgment) are not manifestly ill-founded. The fact that the Government failed to investigate "expeditiously" appears flagrant. This cannot in itself justify a downgrade of the usual analysis performed by the Court in cases under Article 2 to one appropriate for cases concerning the "unreasonable length of proceedings".

The wrong premise of this analysis is that the requirement of Article 2 for investigations "to begin promptly and to proceed with reasonable expedition" is "quite apart from any question of whether the delay actually impacted on [its] effectiveness". This premise seems to have little support in the Court's position in hundreds of other cases, where the Court held that "any deficiency in the investigation which undermines its capability of establishing the circumstances of the case or the person responsible is liable to fall foul of the required standard of effectiveness" (see, among many other authorities, *Kelly and Others v. the United Kingdom*, no. 30054/96, §§ 96-97, 4 May 2001; *Anguelova v. Bulgaria*, no. 38361/97, § 139, ECHR 2002-IV; and *Mojšiejew v. Poland*, no. 11818/02, 24 March 2009). Moreover, the case-law is clear in indicating that in certain cases a criminal investigation is required regardless of whether or not civil proceedings were or were not instituted seeking compensation for the damage allegedly sustained. In this regard the present two cases must be distinguished from the case of *Hugh Jordan v. the United Kingdom* (no. 24746/94, 4 May 2001), where the applicant had not availed himself of the opportunity of civil proceedings, as well as from the case of *Caraher v. the United Kingdom* ((dec.), no. 24520/94, ECHR 2000-I), where the applicant had in fact come to an agreement on compensation. In any event this Court has never defined civil compensation proceedings as the sole appropriate forum for the determination of the issue whether or not there has been a violation of Articles 2 or 3 of the Convention.

The analysis followed by the majority then continues along the line of the delays "attributable to" the fact of the "exceptional" complexity of the

1. This is an opinion common to the present judgment and the judgment in *Hemsworth v. the United Kingdom*, no. 58559/09, 16 July 2013 (hereinafter "the *Hemsworth* judgment"), both delivered on the same date.

traditional scope and competence of the coroner's inquest and/or the time necessary for the domestic judiciary to overcome them at the request of the applicants (see paragraph 126 in the present judgment and paragraphs 69-70 in *Hemsworth*). The Convention does not prescribe any specific form in which the required prompt investigation should take place. The procedure, in which the establishment of the facts takes place is irrelevant in so far as they were made known to those affected as a result of the authorities' prompt and reasonable steps to this end (see, among many other authorities, *Stoyanovi v. Bulgaria*, no. 42980/04, §§ 64-69, 9 November 2010).

In these circumstances I am far from convinced that it was open to the Government to rely on the deficiency or "complexity" of the existing domestic procedure, which seem to have been known to the authorities for some years after the first judgments of this Court in similar cases against the United Kingdom, or that they may rely on the time necessary to overcome the difficulties in the process of interpreting whether or not the domestic law "required [this] inquest to comply with the procedural requirements of Article 2" of the Convention (see paragraph 127 in this judgment and paragraph 70 in the *Hemsworth* judgment). The fact remains that the Government failed to demonstrate that they had, of their own motion, taken any, still less "all reasonable steps" to investigate with a view to establishing the facts.

The rationale of the analysis appears further to rely on the delays "attributable" to the applicants' own "understandable" conduct. The fact that the applicants in the two cases in question were required to make long and painful efforts in order to trigger a proper and effective investigation into the deaths of their next-of-kin and have the scope of the coroner's inquest expanded, thus bringing it into conformity with the requirements of Article 2 of the Convention, cannot be held to reverse the positive *ex officio* obligation of States Parties into a remedy which affected parties are expected to exhaust. While it is true that States Parties to the Convention are required to provide effective access to the investigation for the next-of-kin, this neither changes the burden of the *ex officio* duty of the authorities nor limits it to "providing the applicants with 'access' to an ... investigation which would commence promptly and be conducted with due expedition" (see paragraph 138 of this judgment, and paragraph 73 of the *Hemsworth* judgment). That the applicants "understandably" availed themselves of whatever procedure was open and available to them cannot be held against them.

This approach inevitably led the majority to the limited conclusion that the "unusual fact-finding exercise" of the coroner's inquest itself was "not structurally capable ... of providing the applicants with access to an

investigation which would commence promptly and be conducted with due expedition”. I fully agree with this conclusion. However, I question its usefulness at a time when more than ten years have elapsed since the adoption of the first judgments in similar cases concerning the United Kingdom (see paragraph 85 in this judgment and paragraph 14 in the *Hemsworth* judgment). The principles concerning the duty to investigate were indicated already in *Hugh Jordan* (cited above, §§ 72-74) and were followed with regard to all other States Parties to the Convention.

The circumstances of the two cases in question concern the first and primary purpose of the investigation prescribed by Article 2 – the establishment and disclosure of the facts and circumstances known only to the authorities. The determination of appropriate effective redress, including administrative, disciplinary, criminal or pecuniary responsibility, is only possible as a result of such disclosure (see, for example, *Iliya Petrov v. Bulgaria*, no. 19202/03, 24 April 2012, or *Nencheva and Others v. Bulgaria*, no. 48609/06, 18 June 2013). An investigation appears to be unnecessary where the facts giving rise to the arguable complaints were known to the affected parties *ab initio* (see *Nencheva and Others*, cited above).

There is nothing to explain, still less to justify, the failure of the domestic authorities to meet their obligations through more appropriate and expeditious means of their own choice, including by introducing appropriate legislative changes in choosing “as a matter of some priority” any other “specific modalities”.

The question remains, however, whether in the face of a clearly ineffective domestic investigation which may be seen as amounting to a refusal to investigate, the Court may find itself in a situation where it may be prevented from subjecting such grave complaints to any scrutiny or must declare the domestic authorities “finally free” to discharge their obligations as they deem appropriate.

Looking at what appear to be ample, but missed, opportunities to do so for more than fifteen or even twenty years, I am not convinced that “the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligations” under Article 2 of the Convention. Such a conclusion falls short of those reached more than ten years ago in similar cases against the United Kingdom, where the Court indicated that “a prompt response by the authorities may generally be regarded as essential in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts” (see *Hugh Jordan*, cited above, §§ 108 and 136-40). The conclusions in that case were premised on the assumption that there were no reasons to believe that the applicant would be unable to assert his rights at the national level. This

assumption remains valid only where the affected party was not already continuously confronted with obstacles to learning and establishing the facts – as in the two cases in question.

The majority in these two cases failed to scrutinise whether in the last two decades the authorities genuinely pursued – and the extent to which they finally achieved – this primary purpose of disclosure and establishment of facts, which would in its turn make possible any further steps required for the determination of disciplinary, criminal or pecuniary responsibility as appropriate. In this regard the majority merely noted the missing documents and witnesses and observed that “criminal and disciplinary proceedings, of central relevance to the investigative obligation under Article 2, can now be initiated” and that “future criminal or disciplinary proceedings ... could clearly inform the civil action” instituted in 2001 (see paragraphs 63 and 61 respectively of the *Hemsworth* judgment). In its earlier practice this Court declared that a finding of delay on the part of the domestic authorities (see paragraph 92 of the present judgment) was insufficient to deprive the injured party of victim status in the absence of a remedy in this regard (see *Scordino v. Italy (no. 1)* [GC], no. 36813/97, §§ 178 et seq. and 193, ECHR 2006-V).

It should not be overlooked that the Court developed its views on the positive obligations to investigate precisely in cases where the national authorities had failed to act promptly and effectively in establishing the circumstances and disclosing them to the public and to the injured parties. Where this is not done, the Court shall always be faced with the necessity of dealing with the facts submitted by the parties as a first-instance court. In addition to their failure to investigate promptly and officially, the Government did not find it necessary to inform the Court of its views as to whether or not the circumstances known to them disclosed a violation of Article 2.

After decades of being faced with demonstrated reluctance and what would appear to be an attempted obstruction of justice (see paragraph 23 in the *Hemsworth* judgment), the applicants in that case were advised that the matter of the appropriateness of any potential criminal responsibility for the use of force against a person who was not even suspected of terrorist activities was now the subject of “active consideration” by the DPP (*ibid.*, § 31), while in the present judgment there was allegedly still a possibility that the DPP would have to reconsider his decision. Any subsequent decision would, “in turn, be amenable to judicial review” (see paragraph 100 of this judgment).

Having declared that “save in relation to the complaint about investigative delay, the Court [unlike in cases against other countries] is not in a position to consider the merits of the complaints under the substantive and other

procedural aspects of Article 2” (see paragraph 121 of this judgment), the majority in fact reverted the applicants to further indefinitely long proceedings, advising them that “should [they] be dissatisfied in the future with the progress or outcome of those [forthcoming] procedures, it would be open to them to reintroduce their complaints [before the Court] (see paragraph 67 in the *Hemsworth* judgment) .

In these circumstances I remain unconvinced that the domestic investigation was intended to “lead to the identification and punishment of those responsible” (see *Assenov and Others v. Bulgaria*, 28 October 1998, § 102, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII, with further reference to *McCann and Others v. the United Kingdom*, 27 September 1995, § 161, Series A no. 324; *Kaya v. Turkey*, 19 February 1998, § 86, *Reports* 1998-I; and *Yaşa v. Turkey*, 2 September 1998, § 98, *Reports* 1998-VI).

The absence of any plausible explanation for the failure to collect key evidence at the time when this was possible, and for attempts even to obstruct this process, should be treated with particular vigilance. In fact the period of demonstrated, if not deliberate, systematic refusals and failures to undertake timely and adequate investigation and to take all necessary steps to investigate arguable allegations under Articles 2 and 3 seem as a matter of principle to make it possible for at least some agents of the State to benefit from virtual impunity as a result of the passage of time.

I refer to my separate opinion in the case of *Oleksiy Mykhaylovych Zakharkin v. Ukraine* (no. 1727/04, 24 June 2010). “In such circumstances the victims of alleged [violations] will be further humiliated by the fact that the open denial of an investigation successfully prevented the Court’s scrutiny and limited its role to witnessing acts which appear to be better qualified as ‘collusion in or tolerance of unlawful acts’”.

I would prefer not to comment on the amount of the applicants’ compensation, which seems inappropriate even for “delays only”, and/or the risk of creating an impression of cynicism. My concern is that the overall effect of this judgment not only multiplies the ineffectiveness already observed, but also renders this Court’s subsidiary role clearly redundant. This role would have been unnecessary had the domestic authorities fulfilled their primary role in time.

CONCURRING OPINION OF JUDGE MAHONEY

This opinion is not intended to detract in any way from the reasoning of the Chamber’s judgment, with which I fully agree, but merely to add some observations on a point that is addressed in the judgment but not gone into in much detail, namely the relationship between two contrasting lines of authority concerning the interplay between the substantive and procedural requirements of the right-to-life clause under the Convention (Article 2).

Two lines of authority

The Government relied on a line of British cases exemplified by *Caraher v. the United Kingdom* ((dec.), no. 24520/94, ECHR 2000-I – see paragraphs 86 and 93 of this judgment). This line of authority is usually summarised as entailing that where a breach of Article 2 – or Article 3, the clause prohibiting torture and inhuman or degrading treatment or punishment – has been acknowledged and adequate compensation paid in civil proceedings brought at national level, or where civil proceedings are pending or available, the Strasbourg Court should confine itself, in the international proceedings brought before it, to an examination of any plausible complaints made under the procedural aspect of Article 2 (or 3), it being accepted that payment of damages at national level cannot discharge the State from its duty under the Convention to secure the accountability of States’ agents for acts or omissions amounting to a breach of Article 2 (or 3).

The applicants, on the other hand, relied on a line of authority originating in *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria* (no. 7888/03, §§ 55-56, 20 December 2007 – see paragraph 103 of this judgment), which suggests that the examination of a substantive complaint under Article 2 (or 3) should be tied to the Court’s assessment of all the procedural protections available, including investigative processes and not being limited to any civil action brought or available. On one reading of this case-law, it requires that, for the Court to refrain from considering the substantive complaint in the international proceedings brought before it, there must be a domestic procedure capable of leading to the identification and punishment of the perpetrator, not that that procedure must in fact have done so (see, for example, the language used in *Fadime and Turan Karabulut v. Turkey*, no. 23872/04, § 39, 27 May 2010, and *Ablyazov v. Russia*, no. 22867/05, § 54, 30 October 2012).

Reconciling the two lines of authority

My approach is that these two lines of authority can well be read as being reconcilable and not divergent.

What is said in the *Nikolova and Velichkova* judgment goes to the content of the obligation imposed on the Contracting States by Article 2 and to the implications for the kind of strict scrutiny that should be carried out by this Court when examining Article 2 claims: in cases of wilful ill-treatment by State agents resulting in death, the breach of Article 2 cannot be dealt with by the State concerned exclusively through an award of compensation to the relatives of the victim. This judgment cites (at paragraph 55) the risk, failing proper prosecution and punishment of those responsible, of “buying off” the violation, of purchasing immunity for the perpetrators. As it was similarly put in *Fadime and Turan Karabulut* (cited above):

“39. ... Confining the authorities’ reaction to incidents of deprivations of life to the mere payment of compensation would ... make it possible in some cases for agents of the State to abuse the rights of those within their control with virtual impunity ...

44. ... Article 2 imposes a duty on the State to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person, backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions ... Compliance with the State’s positive obligations under Article 2 requires the domestic legal system to demonstrate its capacity to enforce the criminal law against those who have unlawfully taken the life of another ...

45. While there is no absolute obligation for all prosecutions to result in conviction, or in a particular sentence, the national courts should not under any circumstances be prepared to allow life-endangering offences to go unpunished. This is essential for maintaining public confidence, ensuring adherence to the rule of law and for preventing any appearance of tolerance of or collusion in unlawful acts ...”

The point was also succinctly made in *Berganović v. Croatia* (no. 46423/06, § 56, 25 June 2009) as regards complaints under Article 3:

“... The civil remedies relied on by the Government cannot be regarded as sufficient for the fulfilment of a Contracting State’s obligations under Article 3 of the Convention in cases such as the present one, as they are aimed at awarding damages rather than identifying and punishing those responsible ...”

Thus, the claim under Article 2 in relation to the procedural protection to be afforded in the national legal system in cases of killings by State agents will remain extant even if either sufficient compensation for conduct acknowledged as amounting to a substantive violation has already been awarded at national level or an effective domestic remedy capable of providing such acknowledgment and compensation is available. The possibility for the victim’s relatives to seek and receive compensation represents only one part of the measures required of the national legal system under Article 2 in relation to deaths resulting from action taken by State agents and, in particular, where the action was deliberate ill-treatment.

In sum, ensuring proper investigation, followed, where appropriate, by prosecution of the perpetrators is a procedural obligation incumbent on States under Article 2 that continues to call for strict scrutiny on the part of this Court even where a substantive violation has been acknowledged at national level and sufficient compensation awarded or an effective domestic remedy capable of providing such acknowledgment and compensation is available. Put another way, the extantcy of this obligation means that on the international level an application alleging a procedural violation must be examined on its merits by this Court even where the substantive violation, for its part, has been, or is susceptible of being, acknowledged and compensated for at national level.

But these related conclusions do not in themselves and of themselves carry the consequence that an applicant is dispensed from the obligation incumbent on him or her under Article 35 § 1 to exhaust an appropriate domestic remedy, for example by bringing a civil action to obtain compensation for the substantive violation, if such a remedy is available and has not had its effectiveness undermined by the absence of adequate investigations. The differing obligations under Articles 2 (or 3) and 35 § 1 of the Convention, one incumbent on the State and the other on potential applicants to the Court, should not be confused and run into one.

This was brought out in the Court's Grand Chamber judgment in *Akdivar and Others v. Turkey* (16 September 1996, *Reports* 1996-IV), one of the first cases to establish the State's duty to investigate under the Convention (for "Turkish" judgments employing similar reasoning, see *Aksoy v. Turkey*, 18 December 1996, *Reports* 1996-IV, and *Menteş and Others v. Turkey*, 28 November 1997, *Reports* 1997-VIII; the "Turkish" case-law in this regard was then developed by the Court, through reading a duty to investigate directly into Article 2, in *Kaya v. Turkey*, 19 February 1998, §§ 86-87, *Reports* 1998-I, relying on the earlier British "Death on the Rock" case of *McCann and Others v. the United Kingdom*, 27 September 1995, §§ 161-63 Series A no. 324). By virtue of the operation of the burden of proof, as the Court explained in the *Akdivar and Others* judgment, a complaint should not be rejected by reason of the mere existence of a theoretically adequate civil remedy if the applicant could demonstrate that the remedy was for some reason inadequate and ineffective in the particular circumstances or that there existed special circumstances absolving him or her from the requirement of exhaustion. One such reason may be constituted by the failure of the domestic authorities to undertake investigations in the face of serious allegations of misconduct or infliction of harm by State agents (§ 68). The Court recognised that in the particular circumstances obtaining in south-east Turkey at that time,

“... the difficulties in securing probative evidence for the purposes of domestic legal proceedings, inherent in such a troubled situation, may make the pursuit of judicial remedies futile and the administrative enquiries on which such remedies depend may be prevented from taking place”. (§ 70)

The Court’s conclusion on the facts was as follows:

“... Against such a background [of severe civil strife, coupled with the applicants’ position of insecurity and vulnerability following the destruction of their homes], the prospects of success of civil proceedings based on allegations against the security forces must be considered to be negligible in the absence of any official inquiry into their allegations, even assuming that they would have been able to secure the services of lawyers willing to press their claims before the courts. ...” (§ 73)

Not only would it sit ill with the Court’s aversion to blanket rules, but it would also fly in the face of the *Akdivar and Others* case-law to deduce from the *Nikolova and Velichkova* line of authority any blanket rule to the effect that the failure to carry out an effective investigation and prosecution, as required by Article 2 (or 3), will always and automatically make it necessary for this Court to examine on its merits a substantive complaint made under the Article. As the Court was careful to state in *Akdivar and Others*:

“The Court would emphasise that its ruling is confined to the particular circumstances of the present case. It is not to be interpreted as a general statement that applicants are absolved from the obligation ... to have normal recourse to the system of remedies which are available and functioning. It can only be in exceptional circumstances such as those which have been shown to exist in the present case that it could accept that applicants address themselves to the Strasbourg institutions for a remedy in respect of their grievances without having made any attempt to seek redress before the local courts.” (§ 77)

On the other hand, it does of course follow from *Nikolova and Velichkova*, as it does from *Akdivar and Others*, that the possible rejection of the substantive complaint on the ground of non-exhaustion of domestic remedies should be tied to an assessment of all the procedural protections available, notably the existence or not of an adequate investigation; and this in order to see if an effective remedy to complain about the alleged substantive violation could indeed be said to be available to the applicant in practice. It can readily be acknowledged that in many cases the *Nikolova and Velichkova* approach will indeed require the Court to go into the merits of the substantive complaint.

In terms of the Court’s procedure, the result may well either be that, as in *Akdivar and Others*, the inadequacies of the investigation are so evident that the ineffectiveness in practice of the remedy relied on by the Government can be found at the outset; or, where a plausible procedural complaint of inadequate investigation is made, that the question of exhaustion or not of domestic remedies has to be joined to the merits. But it cannot and

should not be excluded that, in some cases, it is clear on the evidence that the effectiveness of the available domestic remedy to look at the substantive allegations of unjustified killing by State agents has not been so adversely affected as to render the remedy ineffective. In such circumstances, it is difficult to see any reason (i) why the applicant should be dispensed from his or her normal obligation under Article 35 § 1 to exhaust an available and effective remedy in relation to that particular, namely substantive, complaint and (ii) why the national system should not be allowed by this Court to do its subsidiary task.

A distinction should be drawn between two aspects of the Convention's operation. On the one hand, there is the strict scrutiny that this Court should always carry out in relation to Article 2 claims, notably as regards the procedural safeguards of proper investigation and prosecution, both in their own right as a ground for finding a violation of Article 2 and as a preliminary factor capable of affecting the effectiveness of legal and other remedies available to relatives of the victims. On the other hand, there is the "subsidiarity" obligation incumbent on applicants under Article 35 § 1 to exhaust available domestic remedies, even if those remedies relate to one branch only of their claim under Article 2, namely the substantive branch. There is overlap and linkage between these two aspects of the Convention's operation, but the two are not 100% coextensive. As was intimated in *Akdivar and Others*, a finding of inadequate investigation and prosecution does not automatically, in a blanket fashion, render nugatory the applicant's obligation to exhaust an available and effective domestic civil remedy to recover compensation for the substantive breach of Article 2 or Article 3, as the case may be. The inadequacy of the investigation and prosecution undertaken, if any, may well be a factor, a powerful factor, pointing to ineffectiveness of the civil remedy for compensation in the circumstances, but it is not decisive in itself or in all circumstances.

In conclusion on this point of general principle, it would, in my view, be simplistic, and mistaken, to take the *Nikolova and Velichkova* jurisprudence as entailing an automatic obligation for this Court to examine on its full merits, substantive as well as procedural, a right-to-life case whenever there has been no adequate investigation and prosecution.

The position regarding civil remedies in Northern Ireland

The courts in Northern Ireland have at their disposal various procedural tools to establish the facts and, notably, to oblige witness attendance, to order disclosure and discovery of documents, and to manage evidence that is sensitive in terms of national security so as to find a fair balance between genuine security needs and a plaintiff's legitimate interest in establishing

the facts. The standard of proof required to establish liability is the civil one of proof on the balance of probabilities, not the stricter criminal or Convention standard of proof beyond reasonable doubt. As I understand it, the underlying logic in previous Northern Ireland cases, such as *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, 4 May 2001, is that the system of civil remedies in Northern Ireland (and indeed in the United Kingdom in general) is sufficiently well armed and strong to constitute, in principle, an effective means of establishing facts and liability and of obtaining adequate compensation, as appropriate, in relation to killings or serious ill-treatment allegedly committed by State agents. As a consequence – and this is in accord with the reasoning developed in *Akdivar and Others* – as regards a substantive complaint of unlawful killing under Article 2, the civil claim is in principle to be exhausted. It would have to be demonstrated, in a particular case before this Court, that the deficiencies in the process of investigation and of prosecution of perpetrators were so serious that the civil remedy was compromised to the point where it would be unreasonable to expect the applicant to exhaust it. Arguably such a situation could arise where, for example, as a result of delay key evidence had been lost or destroyed, key witnesses had died or become untraceable, and so on.

A similar logic can be seen to have been applied in cases concerning other countries, but with a different result: in these cases, the system of civil remedies was considered to be such that, in the absence of an effective investigation, it did not offer any real chance of establishing either the facts relating to the death or liability on the part of State agents.

The particular circumstances of the present case

The Chamber found (at paragraph 122 of its judgment) that in the present case “[no] demonstrated factor ... can be considered to have deprived the civil courts of their ability to establish the facts and determine the lawfulness or otherwise of the deaths ...”. The case file shows that the applicants are already well informed as regards the identity both of the authorities responsible for the planning of the operation and of the individual soldiers and police officers involved in the operation and then in the investigations. There is a wealth of information disclosed and available in relation to the circumstances impugned by the applicants. It cannot be said at this point that the bringing of the civil action by the applicants has been rendered ineffective in practice by reason of the alleged lack of adequate investigation and proper prosecution. As the Chamber’s judgment points out, “[w]hile the lapse of time would make it difficult for the civil court to piece together the evidence, any such attempt should in principle take place in a domestic court, not in an international forum”. The domestic civil action brought

by the applicants is capable of enabling them to obtain the same kind of finding that they are seeking in the proceedings before this Court, namely a finding of unjustified killing by the public authorities whom they hold responsible, as well as the same kind of redress, namely an award of financial compensation. As a matter of general principle, subject, where applicable, to the specificities of the procedural protection afforded by virtue of Article 2 of the Convention, this is precisely the kind of situation that the rule of exhaustion of domestic remedies provided for under Article 35 § 1 is meant to cover.

In *Nikolova and Velichkova*, as in a number of other similar cases, an already exhausted civil remedy granting compensation was held to be incapable of providing adequate redress for wilful ill-treatment by State agents resulting in death because of serious deficiencies in the completed investigation and criminal and/or disciplinary prosecution of the perpetrators. The most notable flaw being that the criminal and/or disciplinary proceedings brought against the perpetrators had ended with a result involving “a manifest disproportion between the gravity of the offence [found to have been committed] and the punishment imposed” (see, for example, *Nikolova and Velichkova*, cited above, §§ 62-63; and *Fadime and Turan Karabulut*, cited above, § 47; see also *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, §§ 123-25, ECHR 2010, in relation to conduct contrary to Article 3). Far from bringing the requisite procedural protection under Article 2, the outcome of the terminated investigative and prosecution process was judged to foster a sense of impunity on the part of the State agents responsible for the killing (see, for example, *Nikolova and Velichkova*, cited above, § 63 *in fine*).

In that respect the present applicants’ Convention claim, unlike that in the above-mentioned cases, is premature “because, given the pending judicial review proceedings, the initiation of further relevant investigative procedures, including of a criminal and/or disciplinary nature, remains possible” (see paragraph 121 of this judgment), with the complaints made by the applicants before this Court, notably their outstanding procedural complaints, capable of being addressed and, if upheld, remedied at national level in that on-going process (see paragraphs 123-27). In particular, since “the pending judicial review action will review key aspects of the inquest against the procedural guarantees of Article 2 of the Convention”, “the Court ... [before knowing the results of that action,] cannot examine whether the inquest has been deprived, by prior investigative shortcomings or delay, of its ability to establish the facts and determine the lawfulness or otherwise of the deaths in question” (see paragraph 127 *in fine*).

As the judgment points out (at paragraph 128 *in fine*), should the present applicants be dissatisfied with the progress or outcome of the various, as yet uncompleted, domestic procedures, it would be open to them to reintroduce before this Court both their substantive complaints and their outstanding procedural complaints under Article 2.

Concluding remark

It may doubtless appear somewhat anomalous that, twenty-three years after the deaths of the applicants' relatives, the applicants' substantive complaints and most of their procedural complaints under the Convention's right-to-life clause can be legally characterised as "premature". However, the position is so precisely because the innumerable and excessive delays in the inquest proceedings prevented the investigative process from beginning promptly and from being carried out with reasonable expedition. For this reason, even before the completion of the applicants' civil action and their latest judicial review proceedings, the Court could not but find a procedural violation of Article 2 on the basis that the United Kingdom had, in relation to this requirement of promptness and reasonable expedition, failed in its obligation to the applicants to ensure, through the legal system in Northern Ireland, the effectiveness of the investigative process concerning the deaths of their relatives at the hands of the security forces.

McCAUGHEY ET AUTRES c. ROYAUME-UNI
(Requête n° 43098/09)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 16 JUILLET 2013¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Retards excessifs apportés à une enquête relative à des décès imputables aux forces de sécurité en Irlande du Nord**

Des retards excessifs ne sauraient passer pour compatibles avec l'obligation que l'article 2 de la Convention fait à l'État de veiller à l'effectivité des investigations portant sur des morts suspectes puisque, quelle que soit la manière dont elle est organisée en droit interne, la procédure d'enquête doit être ouverte promptement et menée avec une célérité raisonnable (paragraphe 140 de l'arrêt).

Article 2

Obligations positives – Enquête effective – Retards excessifs apportés à une enquête sur des décès imputés aux forces de sécurité en Irlande du Nord – Obligation d'ouvrir promptement la procédure d'enquête et de la mener avec une célérité raisonnable

Article 46

Exécution des arrêts – Mesures individuelles – Mesures générales – état défendeur tenu de prendre toutes les mesures nécessaires et appropriées pour garantir sans tarder le respect des exigences procédurales de l'article 2 dans les affaires concernant des homicides imputés aux forces de sécurité en Irlande du Nord

*

* *

En fait

Les requérants sont des proches de deux hommes qui furent abattus par les forces de l'ordre en octobre 1990 en Irlande du Nord. La police mena une enquête et le dossier fut transmis au *Director of Public Prosecutions* («le DPP»), qui accorda en 1993 un non-lieu aux soldats qui avaient participé à la fusillade. Par la suite, le coroner qui devait mener l'enquête judiciaire sur les décès reçut un certain nombre de documents de la police et du DPP. En 2002, les requérants adressèrent au coroner une lettre dans laquelle ils lui demandaient de leur indiquer la date de l'audience et sollicitaient la communication préalable d'éléments de preuve. Ils invitèrent également la police d'Irlande du Nord («la PSNI») à leur communiquer des pièces. En octobre 2002, le mari de la première requérante et le deuxième requérant introduisirent une procédure de contrôle juridictionnel contre le coroner et la PSNI,

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

contestant la rétention par celle-ci des documents pertinents. Cette procédure aboutit le 28 mars 2007 à un arrêt de la Chambre des lords exigeant de la PSNI qu'elle divulguât au coroner les informations sur les décès qu'elle était ou serait par la suite en mesure d'obtenir, sous réserve des privilèges et immunités applicables. En 2009, à la suite de l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Šilih c. Slovénie* ([GC], n° 71463/01, 9 avril 2009), les première et troisième requérantes engagèrent une procédure de contrôle juridictionnel, soutenant que l'enquête judiciaire devait respecter les exigences de l'article 2. La Cour suprême (anciennement la Chambre des lords) souscrivit à cet argument dans un arrêt du 18 mai 2011 dans lequel elle déclarait que le coroner chargé de l'enquête judiciaire devait respecter les obligations procédurales découlant de l'article 2. Cette enquête s'ouvrit en mars 2012 et prit fin au début du mois de mai 2012. Estimant que les militaires qui avaient participé à l'opération en octobre 1990 avaient abattu les proches des requérants parce qu'ils croyaient que leurs positions avaient été découvertes et que leur vie était en danger, le jury d'enquête conclut qu'ils avaient eu recours à une force raisonnable. En juin 2012, la première requérante sollicita l'autorisation de demander un contrôle juridictionnel du verdict de l'enquête. Cette procédure était toujours pendante à la date de l'adoption de l'arrêt de la Cour. Dans leur requête devant la Cour, les requérants soulevaient un certain nombre de griefs relatifs aux volets matériel et procédural de l'article 2 en ce qui concerne le décès de leurs proches. En outre, sur le terrain de l'article 13, ils se plaignaient de l'absence de recours internes effectifs.

En droit

1. Article 2 :

a) *Recevabilité* – La Cour ne peut examiner au fond les allégations de violation des volets procédural et matériel de l'article 2, hormis le grief tiré des retards apportés à l'enquête, dès lors que l'action civile des requérants est toujours pendante et que, en raison de la procédure de contrôle juridictionnel en instance, l'ouverture de nouvelles procédures d'enquête – notamment pénales et/ou disciplinaires – demeure possible.

b) *Fond* – La Cour rappelle que l'article 2 exige que les investigations soient ouvertes promptement et qu'elles progressent avec une célérité raisonnable, indépendamment de la question de savoir si les retards allégués en ont réellement compromis l'effectivité. S'il peut arriver que des obstacles ou difficultés empêchent une enquête de progresser dans une situation particulière, il reste que la prompte ouverture d'une enquête par les autorités sur un cas d'usage de la force létale peut, d'une manière générale, être considérée comme 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. En l'espèce, il est frappant de constater que l'enquête judiciaire à proprement parler n'a été ouverte qu'en mars 2012, plus de vingt et un ans après les décès litigieux (bien que l'enquête

judiciaire ait progressé rapidement par la suite, pour se terminer en mai 2012 par un verdict détaillé). Cette période globale peut être approximativement divisée en trois phases.

La première, de 1990 à 2002, a été marquée par des périodes d'inactivité excessivement longues durant lesquelles la *Royal Ulster Constabulary* («la RUC») et le service qui lui a succédé, la PSNI, procédèrent à des communications de documents qui se révélèrent par la suite incomplètes. La deuxième phase, de 2002 à mars 2012, a été caractérisée par des actions et démarches juridiques des requérants et de tiers qui étaient manifestement nécessaires pour faire progresser les investigations et faire clarifier certains aspects importants du droit et de la pratique en matière d'enquêtes judiciaires, notamment du point de vue des droits des proches. Le fait qu'il ait fallu ajourner l'enquête judiciaire si fréquemment et pendant si longtemps dans l'attente de l'issue des actions en contrôle juridictionnel introduites pour faire préciser certains points démontre que la procédure d'enquête judiciaire n'était pas, à l'époque des faits, structurellement capable de garantir aux requérants un accès à une enquête effective pouvant être ouverte promptement et menée avec la célérité voulue. À l'ouverture de la dernière et troisième phase de l'enquête, marquée par la tenue d'une audience, le retard était tel que la *High Court* a estimé devoir durcir les conditions d'octroi de l'autorisation de solliciter un contrôle juridictionnel, exigeant que les demandeurs démontrent l'existence de «circonstances exceptionnelles». Cette décision a rendu extrêmement difficile la clarification des droits procéduraux des requérants et a conduit, de manière presque inévitable, à l'introduction d'une nouvelle action en contrôle juridictionnel après l'enquête judiciaire. Cette action était toujours pendante devant la *High Court* à la date de l'adoption de l'arrêt de la Cour.

Les retards constatés ne sauraient passer pour compatibles avec l'obligation que l'article 2 fait à l'État de veiller à l'effectivité des investigations portant sur des morts suspectes puisque, quelle que soit la manière dont elle est organisée en droit interne, la procédure d'enquête doit être ouverte promptement et être menée avec une célérité raisonnable. Dans cette mesure, le constat de retards excessifs dans l'enquête judiciaire implique par lui-même que l'enquête n'a pas été effective aux fins de l'article 2. Aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 13 de la Convention à cet égard.

Conclusion: violation (unanimité).

2. Article 46: les importants retards constatés dans la conduite des investigations, y compris dans les enquêtes judiciaires, sur des homicides commis par les forces de l'ordre en Irlande du Nord constituent un problème grave et répandu. D'ailleurs, le Comité de Ministres s'est déclaré préoccupé par les retards intervenus dans les enquêtes en ce qui concerne quatre autres arrêts rendus par la Cour (*Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n° 24746/94, 4 mai 2001, *Kelly et autres c. Royaume-Uni*, n° 30054/96, 4 mai 2001, *McKerr c. Royaume-Uni*, n° 28883/95, CEDH 2001-III, et *Shanaghan c. Royaume-Uni*, n° 37715/97, 4 mai 2001) sur des affaires caractérisées

par une succession de retards très similaires à ceux constatés en l'espèce, et dont il continue à surveiller l'exécution près de douze ans après qu'ils ont été prononcés (voir la Résolution CM/ResDH(2009)44 du Comité des Ministres).

S'il incombe au Comité des Ministres de décider quelles mesures s'imposent concrètement au gouvernement défendeur dans le cadre de l'exécution de l'arrêt de la Cour, l'observation de celui-ci implique, quelles que soient les mesures concrètes choisies, que l'État défendeur prenne de manière prioritaire, en l'espèce et dans les affaires analogues où sont en cause des homicides imputés aux forces de l'ordre en Irlande du Nord et dans lesquelles des enquêtes judiciaires sont pendantes, toutes les dispositions nécessaires et appropriées pour garantir sans tarder le respect des exigences procédurales de l'article 2.

Article 41 : pas de demande de réparation.

Jurisprudence citée

- Abuyeva et autres c. Russie*, n° 27065/05, 2 décembre 2010
Apostol c. Géorgie, n° 40765/02, CEDH 2006-XIV
Bailey c. Royaume-Uni (déc.), n° 39953/07, 19 janvier 2010
Broniowski c. Pologne [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V
Caraher c. Royaume-Uni (déc.), n° 24520/94, CEDH 2000-I
Darraj c. France, n° 34588/07, 4 novembre 2010
Finucane c. Royaume-Uni, n° 29178/95, CEDH 2003-VIII
Gäfgen c. Allemagne [GC], n° 22978/05, CEDH 2010
Hay c. Royaume-Uni (déc.), n° 41894/98, CEDH 2000-XI
Hugh Jordan c. Royaume-Uni, n° 24746/94, 4 mai 2001
Kelly et autres c. Royaume-Uni, n° 30054/96, 4 mai 2001
Lukenda c. Slovaquie, n° 23032/02, CEDH 2005-X
McKerr c. Royaume-Uni, n° 28883/95, CEDH 2001-III
McShane c. Royaume-Uni, n° 43290/98, 28 mai 2002
Nikolova et Velichkova c. Bulgarie, n° 7888/03, 20 décembre 2007
Scozzari et Giunta c. Italie [GC], nos 39221/98 et 41963/98, CEDH 2000-VIII
Shanaghan c. Royaume-Uni, n° 37715/97, 4 mai 2001

En l'affaire McCaughey et autres c. Royaume-Uni,

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

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

et de Françoise Elens-Passos, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 25 juin 2013,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 43098/09) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont trois ressortissants de cet État, M^{me} Brigid McCaughey, M. Pat Grew et M^{me} Letitia Quinn (« la première requérante, le deuxième requérant et la troisième requérante », respectivement), ont saisi la Cour le 29 juillet 2009 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Devant la Cour, les requérants ont été représentés par M. F. Shiels, du cabinet Madden & Finucane Solicitors, établi à Belfast. Le gouvernement britannique (« le Gouvernement ») a été représenté par ses agents, d'abord M. M. Kuzmicki puis M^{me} J. Neenan, tous deux du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth.

3. Dans leur requête, les requérants alléguaient principalement que les forces de l'ordre avaient tué deux de leurs proches lors d'une opération au cours de laquelle elles avaient employé la force létale de manière injustifiée. Par ailleurs, ils soutenaient que l'opération en question n'avait pas fait l'objet d'une enquête adéquate. Ils invoquaient l'article 2 de la Convention.

4. Le 1^{er} février 2011, la requête a été communiquée au Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 1, la Cour a décidé de se prononcer en même temps sur la recevabilité et sur le fond de la requête.

5. Le 2 juin 2011, le Gouvernement a invité la Cour à rayer la requête du rôle, invoquant un arrêt récent de la Cour suprême du Royaume-Uni (*In the matter of an application by Brigid McCaughey and another for judicial review (Northern Ireland)* [2011] UKSC 20). Les requérants ont soumis des

observations sur la demande de radiation présentée par le Gouvernement. Le 6 septembre 2011, la Cour a rejeté la demande en question. Par la suite, à l'invitation de la Cour, les parties ont soumis leurs observations respectives sur la recevabilité et sur le fond de la requête. En juillet 2012, les parties ont adressé d'autres observations à la Cour.

6. Le 13 avril 2011, le gouvernement irlandais a renoncé à son droit d'intervenir dans la procédure (article 36 § 1 de la Convention et article 44 § 1 du règlement de la Cour – «le règlement»). Des observations ont été reçues du Committee on the Administration of Justice, de la commission pour l'égalité et les droits de l'homme et de la commission des droits de l'homme d'Irlande du Nord, que le président avait autorisés à intervenir dans la procédure (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement).

EN FAIT

LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. La première requérante, M^{me} Brigid McCaughey, est la mère de Martin McCaughey. Elle est née en 1934. Le deuxième requérant et la troisième requérante sont respectivement le père, né en 1923, et la fille, née en 1990, de Desmond Grew. Les requérants résident dans le comté de Tyrone. L'affaire porte sur le décès de Martin McCaughey et de Desmond Grew, abattus en 1990 par les forces de l'ordre en Irlande du Nord.

A. Les circonstances de l'espèce

1. La fusillade

8. Le 9 octobre 1990, Martin McCaughey et Desmond Grew furent abattus à proximité d'un hangar attenant à une ferme située près de Loughgall par des soldats membres d'une unité spéciale de l'armée britannique. Le rapport de l'autopsie pratiquée sur le corps de Martin McCaughey indiquait que celui-ci était mort d'une «lacération du cerveau causée par des blessures par balle à la tête» et qu'il avait été touché par une dizaine de balles à haute vitesse. Le rapport d'autopsie de Desmond Grew indiquait qu'il était mort à la suite «de multiples blessures causées par des balles à haute vitesse ayant atteint le thorax et les membres», et que quarante-huit impacts environ avaient été relevés sur son corps. Par ailleurs, il a été établi que ni Martin McCaughey ni Desmond Grew n'avaient ouvert le feu lors de la fusillade. Celle-ci s'inscrivait dans une série d'événements analogues qui étaient survenus à la même époque et qui avaient donné lieu à la mise en cause du

comportement des forces de l'ordre en Irlande du Nord – notamment de l'unité spéciale concernée –, accusées de suivre une politique consistant à tirer pour tuer.

9. Avant la fusillade, les autorités avaient placé le hangar sous surveillance, pensant qu'il servait de cache d'armes à l'Armée républicaine irlandaise (*Irish Republican Army* – IRA). Les requérants soutiennent que la police royale de l'Ulster (*Royal Ulster Constabulary* – «la RUC») avait obtenu des informations selon lesquelles Martin McCaughey et Desmond Grew s'apprêtaient à aller chercher des armes dans le hangar et que le groupe de planification et de coordination (*Tasking and Coordination group* – «le TCG») de la RUC avait attribué la mission à une unité militaire spéciale en raison de l'entraînement spécifique qu'elle avait reçu et de la puissance de feu dont elle disposait.

10. Le 11 octobre 1990, l'IRA déclara publiquement que Martin McCaughey et Desmond Grew faisaient partie de ses membres et qu'ils étaient en service actif au moment de leur décès.

11. La première requérante affirme que sa famille apprit la mort de M. McCaughey par les médias et que, par la suite, un agent de la RUC s'était présenté au domicile familial et avait adressé des paroles sarcastiques au frère du défunt. La famille de Desmond Grew fut officiellement informée de la mort de celui-ci par la RUC.

2. Les investigations menées par la RUC

12. La RUC ouvrit une enquête sur les circonstances de la mort des deux hommes. Les investigations débutèrent par l'interrogatoire des militaires ayant participé à l'opération.

13. Les militaires A, B, C, D, E, F, G et H firent des dépositions qui furent par la suite communiquées aux requérants par la police d'Irlande du Nord (*Police Service Northern Ireland* – «la PSNI», qui remplaça la RUC en 2001). Il en ressort que H, le capitaine qui commandait l'unité militaire, avait obtenu des informations qui l'avaient conduit à affecter A, B, C, D, E et F à la surveillance du hangar pour y repérer d'éventuelles activités terroristes et arrêter toute personne impliquée. L'équipe des militaires engagés sur le terrain, commandée par A, était en contact radio avec H. Après avoir reçu un rapport sur la fusillade, ce dernier dépêcha G et I sur les lieux. Vers 12 h 30, A, B, C, D, E, F, G, H et I regagnèrent leur base, laissant place à la RUC. Plus tard le même jour (le 10 octobre 1990), des membres de la RUC interrogèrent les militaires concernés, qui étaient accompagnés d'un représentant du service juridique des armées, L. Il ressort de ces interrogatoires que A avait été le premier à ouvrir le feu, qu'il avait tiré 20 balles, que B avait tiré 17 balles, C 19 balles et D 16 balles, que ce dernier

avait tiré ses deux dernières balles sur M. Grew alors qu'il se trouvait à terre parce qu'il avait cru que celui-ci tentait de se saisir de son arme, et que E et F, qui se trouvaient non loin de là, n'avaient pas fait feu. Bien que A, B, C, D, E et F eussent déclaré qu'ils pensaient avoir été la cible de tirs, aucun coup de feu n'avait été tiré dans leur direction. Par ailleurs, il était précisé que J (instructeur en opérations de prédéploiement pour unités d'élite) et K (chef de l'unité spéciale mise en cause) étaient responsables de la planification et de la supervision de l'opération litigieuse.

3. *Le Director of Public Prosecutions (« le DPP »)*

14. Le DPP reçut le dossier de l'enquête en février 1991. Entre avril 1991 et septembre 1992, il délivra huit ordonnances prescrivant notamment des compléments d'instruction. Le 2 avril 1993, il accorda un non-lieu (*nolle prosequi*) aux militaires qui avaient pris part à la fusillade. Cette décision ne fut pas notifiée directement aux familles des défunts.

4. *Les procédures – notamment de contrôle juridictionnel – antérieures à l'enquête judiciaire*

15. En 1994 et 1995, la RUC adressa au coroner un certain nombre de pièces, mais non les dépositions de A, B, C, D, E, F, G, H et I. Le 23 décembre 1997, le coroner informa les requérants que le DPP lui avait adressé un dossier. Il s'agissait là de la première prise de contact officielle des autorités avec les requérants.

16. Le 23 avril 2002, le coroner écrivit à la PSNI pour lui demander les dépositions des militaires ayant participé à la fusillade. La PSNI lui communiqua les dépositions en question mais refusa de lui adresser le rapport du service d'enquête de la RUC, la décision du DPP et les rapports de renseignement non expurgés qui concernaient l'affaire.

17. Par une lettre du 11 juin 2002, les requérants invitèrent le coroner à leur indiquer la date de l'ouverture de l'enquête judiciaire et sollicitèrent la communication préalable d'éléments de preuve. Le même jour, les intéressés adressèrent à la PSNI une lettre lui demandant communication de tous les documents relatifs à la mort de leurs proches, en application de l'article 2 de la Convention et de l'article 8 de la loi de 1959 sur les coroners en Irlande du Nord (« la loi de 1959 »).

18. Le 3 décembre 2002, le coroner adressa aux requérants les dépositions se rapportant à l'information judiciaire. Les déclarations et les documents fournis par la PSNI appartenant à celle-ci, le coroner ne put les communiquer aux intéressés.

a) La première procédure de contrôle juridictionnel

19. En octobre 2002, après de longs échanges de correspondance entre les requérants, le coroner et la PSNI sur la question de la communication d'éléments de preuve préalablement à l'ouverture de l'enquête judiciaire, le mari de la première requérante – décédé depuis lors – et le deuxième requérant exercèrent une action en contrôle juridictionnel contre le coroner et la PSNI pour contester le refus de cette dernière de leur communiquer certains documents.

20. Le 14 février 2003, ils furent autorisés à exercer cette action.

21. Le 21 février 2003, la PSNI communiqua aux requérants les documents qu'elle avait adressés au coroner (paragraphe 16 ci-dessus). Parmi ces documents figuraient les dépositions des militaires concernés et deux listes d'éléments de preuve indiquant que certaines pièces n'avaient pu être retrouvées ou qu'elles étaient altérées (il était précisé qu'une odeur nauséabonde s'était échappée à l'ouverture de l'un des sacs contenant les pièces en question).

22. Le 20 janvier 2004, la *High Court* jugea, dans l'affaire *McCaughey and Another, Re Application for Judicial Review* ([2004] NIQB 2), que l'article 8 de la loi de 1959 et l'article 2 de la Convention obligeaient la PSNI à communiquer au coroner certains des documents qu'elle avait conservés, et que l'enquête avait pris un retard injustifié enfreignant cette dernière disposition. Le 14 janvier 2005, la Cour d'appel accueillit l'appel interjeté par la PSNI dans l'affaire *Police Service of Northern Ireland v. McCaughey and Grew* ([2005] NICA 1, [2005] NI 344). Elle jugea que l'article 8 de la loi de 1959 obligeait la PSNI à fournir au coroner les informations qu'elle ne lui avait pas communiquées lorsqu'elle l'avait informé des décès, mais que l'article 2 de la Convention ne l'y obligeait pas, la loi sur les droits de l'homme (*Human Rights Act*) n'étant pas applicable aux décès survenus avant l'an 2000 – année de l'entrée en vigueur de ce texte –, conformément à la solution retenue dans l'arrêt *In re McKerr* ([2004] UKHL 12) rendu sur appel de M. McKerr (requérant dans l'affaire *McKerr c. Royaume-Uni*, n° 28883/95, CEDH 2001-III).

23. L'époux de la première requérante exerça un recours contre cette décision. Le 28 mars 2007, la Chambre des lords rendit un arrêt (*Jordan v. Lord Chancellor and Another* et *McCaughey v. Chief Constable of the Police Service Northern Ireland* ([2007] UKHL 14) par lequel elle se prononça également sur un recours analogue formé par M. Hugh Jordan (requérant dans l'affaire *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n° 24746/94, 4 mai 2001). Elle jugea que la loi sur les droits de l'homme n'était pas applicable aux décès survenus avant son entrée en vigueur, ni, par conséquent, aux enquêtes

menées sur de tels décès. Elle estima toutefois que l'article 8 de la loi de 1959 obligeait clairement la PSNI à communiquer au coroner les informations dont elle disposait sur les décès au moment de la notification, ainsi que celles qu'elle serait en mesure d'obtenir par la suite, sous réserve des privilèges ou immunités applicables.

b) Les autres procédures antérieures à l'enquête judiciaire

24. Entre-temps, une réforme du système du coroner était intervenue, entraînant la désignation d'un nouveau coroner.

25. En décembre 2007, les requérants invitèrent par écrit le coroner en chef à faire avancer l'enquête. Le 12 février 2008, le service du coroner leur répondit que, en raison de la charge de travail existante, l'enquête n'avait pas encore été attribuée à un coroner, mais que le coroner en chef avait écrit à la PSNI pour lui demander communication de certaines pièces sur le fondement de l'article 8 de la loi de 1959.

26. En juillet 2008, les requérants écrivirent de nouveau au coroner en chef pour s'enquérir des progrès de l'enquête et de la communication de pièces préalable à l'enquête. Ils ne reçurent aucune réponse. Le 17 décembre 2008, ils adressèrent au coroner en chef une nouvelle lettre, dont les services du coroner accusèrent réception. Un autre pli expédié le 16 janvier 2009 resta sans réponse. En février 2009, les intéressés apprirent de manière officielle qu'un coroner avait été désigné.

27. Le 25 juin 2009, ils adressèrent au service du coroner une mise en demeure, se plaignant du manquement de celui-ci à ouvrir une enquête. Le 30 juin 2009, le service du coroner leur répondit que le coroner n'avait pas encore reçu de la PSNI communication intégrale des éléments de preuve, que celle-ci devait intervenir sous peu, et qu'il se proposait de tenir en septembre 2009 une audience préliminaire au cours de laquelle il espérait pouvoir fixer une date provisoire pour l'ouverture de l'enquête.

28. En 2009, l'équipe d'enquête sur les faits du passé (*Historical Enquiries Team*, « la HET ») indiqua au coroner qu'elle envisageait d'ouvrir en janvier 2010 une enquête sur la fusillade ayant conduit au décès des proches des requérants. Le coroner en informa les intéressés par une lettre du 26 août 2009, leur demandant s'ils souhaitaient que l'enquête commençât avant les investigations prévues par la HET.

29. Le 4 septembre 2009 se tint une audience préliminaire sur l'enquête. Le coroner informa les parties qu'il avait reçu communication intégrale des pièces demandées à la PSNI. L'avocat de la PSNI et du ministère de la Défense déclara que cette communication respectait pleinement l'article 8 de la loi de 1959, et que le ministère ne disposait pas d'autres documents relatifs aux faits litigieux. Toutefois, il ne fut pas en mesure d'indiquer au coroner

quelles mesures avaient été prises, le cas échéant, pour retrouver certaines des pièces manquantes. Le coroner ajourna l'audience pour examiner les documents communiqués et fixa une nouvelle audience préliminaire au 12 octobre 2009. Il invita les parties à formuler des observations écrites sur le point de savoir si l'enquête devait être suspendue pendant la conduite des investigations de la HET. Les requérants s'y opposèrent oralement. Enfin, le coroner prit acte des effets potentiels que l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire *Šilih c. Slovénie* ([GC], n° 71463/01, 9 avril 2009) pouvait avoir sur le droit applicable en matière d'enquête judiciaire, mais il s'estima lié par la jurisprudence interne applicable (notamment par l'arrêt *In re McKerr*, précité). Toutefois, il déclara qu'il était possible de mener une enquête efficace, approfondie et transparente.

30. Le 15 septembre 2009, les requérants demandèrent à la HET d'accélérer ses investigations. Celle-ci leur répondit qu'elle procéderait à une première évaluation de la situation le 12 octobre 2009, au cours de l'audience du coroner.

31. À l'audience du 12 octobre 2009, les requérants soutinrent qu'il était trop tôt pour suspendre l'enquête judiciaire dans l'attente des investigations de la HET. Ils proposèrent de poursuivre l'examen de certains points portant sur la phase préalable à l'enquête – la communication des pièces, les objectifs et l'étendue de l'enquête, l'anonymat et les immunités d'intérêt public –, estimant que la question des investigations de la HET pourrait être réexaminée au moment où l'enquête ferait l'objet d'une audience. Les parties et le coroner approuvèrent cette proposition. La HET consentit à accélérer le début de ses investigations.

32. Le 1^{er} décembre 2009 se tint une autre audience préliminaire. Le coroner ordonna la communication aux requérants d'une version expurgée des pièces reçues de la PSNI. Il indiqua qu'une audience portant sur certaines questions telles que l'anonymat et la protection des témoins aurait lieu en janvier 2010.

33. Par une lettre du 8 décembre 2009, le coroner proposa aux parties une « définition préliminaire » de l'étendue de l'enquête qui devait porter sur quatre points principaux, à savoir l'identité des défunts, le lieu et le moment des décès ainsi que la question de savoir « comment » MM. McCaughey et Grew avaient trouvé la mort. En ce qui concerne cette dernière question, le coroner indiqua qu'il se pencherait sur les éléments de preuve relatifs aux circonstances dans lesquelles les intéressés s'étaient rendus sur les lieux où ils avaient été abattus ainsi que sur l'opération de surveillance qui avait abouti à leur décès, et qu'il s'intéresserait en particulier aux objectifs et à la planification de cette opération, aux actes des personnes qui y avaient participé et à ce qu'elles savaient de l'opération, ainsi qu'à la nature

et à l'intensité de la force employée. Il invita les parties à soumettre des observations sur ces points.

34. En décembre 2009, des dossiers contenant des pièces furent remis aux requérants. Une brève audience préliminaire se tint le 22 janvier 2010. Le 2 février 2010, le coroner réserva sa décision sur la question de l'étendue de l'enquête après avoir entendu les parties sur ce point. Les requérants approuvèrent la définition préliminaire de l'étendue de l'enquête proposée par le coroner. En revanche, la PSNI déclara qu'il fallait s'en tenir à la conception traditionnelle de l'enquête judiciaire, antérieure à l'entrée en vigueur de la loi sur les droits de l'homme, et que le verdict devrait donc se limiter au point de savoir « comment » les défunts avaient trouvé la mort et ne pas se prononcer sur les « circonstances générales » des décès.

35. Une autre audience préliminaire fut programmée pour septembre 2010, mais elle n'eut pas lieu. Par une lettre datée du 4 novembre 2010, les requérants invitèrent le coroner à organiser une autre audience préliminaire portant sur les questions de la communication des pièces, de l'étendue de l'enquête, des experts et de l'inspection des lieux.

c) La seconde procédure de contrôle juridictionnel

36. S'appuyant sur l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Šilih* (précitée), les première et troisième requérantes sollicitèrent un contrôle juridictionnel, estimant que la solution retenue par la Cour exigeait que l'enquête qui les concernait fût conforme à l'article 2.

37. Le 23 septembre 2009, la *High Court* statua sur l'affaire *McCaughy and Quinn's Application* ([2009] NIQB 77). Elle accorda aux requérantes l'autorisation de solliciter un contrôle juridictionnel au sujet du retard apporté à l'enquête mais suspendit la procédure en attendant la décision que le coroner devait prendre à l'issue de l'audience du 12 octobre 2009. En revanche, elle rejeta l'argument des intéressées selon lequel l'arrêt rendu par la Chambre des lords dans l'affaire *McKerr* n'était plus applicable depuis l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Šilih* (précitée).

38. Par un arrêt du 26 mars 2010 (*Re McCaughy and Quinn's Application* [2010] NICA 13), la Cour d'appel accorda aux requérantes l'autorisation de solliciter un contrôle juridictionnel sur les deux moyens tirés de l'article 2 que la *High Court* avait rejetés, mais elle jugea que ceux-ci n'étaient pas fondés. Toutefois, elle estima que l'article 3 de la loi sur les droits de l'homme lui imposait d'appliquer le droit interne dans toute la mesure du possible d'une manière conforme à la Convention, et que la Cour suprême pourrait décider d'étendre au droit interne les solutions retenues dans l'arrêt *Šilih* (précité). En conséquence, elle autorisa les intéressées à se pourvoir devant la Cour suprême.

39. En novembre 2010, les requérants demandèrent la poursuite des audiences préliminaires à l'enquête sur certaines questions, notamment la communication des pièces, l'étendue de l'enquête, l'inspection des lieux et les rapports d'expertise. Le coroner leur répondit qu'il ne s'y opposait pas, mais qu'il était préférable que ces questions fussent examinées après le prononcé de l'arrêt de la Cour suprême.

40. Par un arrêt du 18 mai 2011 (*In the matter of an application by Brigid McCaughey and another for judicial review (Northern Ireland)* [2011] UKSC 20) rendu à la majorité (Lord Rodger of Earlsferry avait marqué son désaccord avec celle-ci), la Cour suprême jugea que le coroner en charge de l'enquête devait respecter les obligations procédurales découlant de l'article 2 de la Convention. Elle releva que, dans l'arrêt *Silih* (précité), la Cour s'était écartée de sa jurisprudence antérieure en jugeant que, dans certains cas, l'article 2 imposait à l'État une obligation d'enquête « détachable » même lorsqu'un décès était survenu avant la ratification de cet instrument par l'état, notamment lorsqu'une part importante des mesures procédurales avait été réalisée après l'entrée en vigueur de la Convention. La Cour suprême en conclut que le droit international exigeait que l'enquête menée sur les faits litigieux satisfît aux exigences de l'article 2 dans toute la mesure permise par le droit interne. Elle déclara que le législateur était réputé avoir introduit dans le droit interne une exigence reflétant cette obligation internationale, et que la loi sur les droits de l'homme, entrée en vigueur le 2 octobre 2000, devait être interprétée par référence à cette intention présumée. Elle ajouta que toutes les enquêtes à venir concernant des décès survenus avant l'entrée en vigueur de la loi sur les droits de l'homme devaient satisfaire aux exigences de l'article 2.

41. Lord Brown émit une opinion concordante dans laquelle il se référa à des données statistiques communiquées par le service du coroner en avril 2011 et portant sur des décès survenus avant octobre 2000. Il en ressortait que seize « enquêtes sur les faits du passé » portant sur vingt-six décès étaient en cours d'instruction, que l'*Attorney General* avait communiqué au coroner six autres affaires concernant huit décès survenus avant 2000, et que six décès survenus pendant la période 1994-2000 n'avaient pas fait l'objet d'une enquête (une enquête sur un décès survenu en 1995 venait d'être clôturée en février 2011). La plupart de ces enquêtes portaient sur l'usage de la force létale par les forces de l'ordre et certaines d'entre elles concernaient des homicides imputés à des groupes paramilitaires.

d) Les procédures préalables ultérieures

42. Depuis certains arrêts rendus par la Cour (notamment les arrêts *McKerr* et *Hugh Jordan*, précités), les décisions de classement sans suite

peuvent être contestées par la voie du contrôle juridictionnel. Les requérants invitèrent les autorités à leur communiquer les motifs du non-lieu prononcé en avril 1993. Par une lettre du 25 juillet 2011, l'adjoint du DPP leur fournit les explications suivantes :

«Après un examen attentif de toutes les preuves et renseignements recueillis, il est apparu qu'il n'y avait pas matière à poursuivre les militaires mis en cause pour une quelconque infraction en rapport avec les décès de M. Desmond Grew et de M. Martin McCaughey. Tous les militaires concernés ont affirmé avoir tiré en état de légitime défense. Comme vous le savez, lorsque l'exception de légitime défense est invoquée, c'est au ministère public qu'il revient le cas échéant de l'écartier en démontrant, par des preuves satisfaisant aux normes très strictes applicables en matière pénale, que l'auteur de l'exception ne se trouvait pas en état de légitime défense. Or les preuves existantes ont été jugées insuffisantes à cet égard.»

43. Dans sa lettre, l'adjoint du DPP déclara ne pas être en mesure de confirmer que les proches des défunts avaient été informés du non-lieu prononcé par le DPP, tout en précisant que la pratique suivie à l'époque pertinente voulait que la police notifiât les décisions du DPP aux personnes concernées. En revanche, il confirma que son service avait demandé au coroner d'établir un nouveau rapport sur toutes les questions pertinentes que l'enquête judiciaire pourrait faire apparaître.

44. Lors d'une audience préliminaire tenue le 17 octobre 2011, le coroner décida que l'enquête judiciaire serait menée en mars 2012. Il donna des instructions relatives à la communication des éléments de preuve entre les parties, enjoignant notamment au ministère de la Défense de communiquer ses pièces pour le 23 décembre 2011. Il désigna des jurés, demandant à chacun d'entre eux de lui indiquer s'il avait des raisons de penser qu'il ne pourrait pas examiner les preuves de manière impartiale.

5. L'action civile en réparation

45. Le 11 janvier 2012, les requérants introduisirent une action civile en réparation concernant la fusillade. Cette action devait prendre effet dans un délai de trois ans à partir de la date à laquelle ils auraient reçu communication des éléments de preuve balistiques et médico-légaux sur lesquels ils comptaient s'appuyer pour démontrer que le recours à la force létale n'était pas absolument nécessaire et que l'opération n'avait pas été planifiée de manière à minimiser le risque d'emploi d'une telle force.

6. Le contrôle juridictionnel mettant en cause la HET

46. Le 6 mars 2012, la première requérante engagea une procédure de contrôle juridictionnel contestant le refus de la HET de communiquer des documents pertinents au coroner et mettant en doute, entre autres,

l'indépendance de celle-ci à l'égard de l'armée. En réponse, la HET produisit un rapport préliminaire de ses investigations. Elle déclara que, avant leur décès, MM. McCaughey et Grew se préparaient à exécuter une opération que l'IRA avait planifiée, qu'elle approuvait l'inspection des lieux de l'incident ainsi que l'interrogatoire ultérieur des militaires, et qu'elle considérait que celui-ci corroborait l'inspection en question. Elle précisa que A avait été interrogé mais qu'il avait pour l'essentiel confirmé ses déclarations antérieures. Le 19 juillet 2012, elle indiqua qu'elle n'avait pas encore achevé son rapport définitif.

7. L'enquête judiciaire et les actions en contrôle juridictionnel qui s'ensuivirent

47. Le 12 mars 2012, l'enquête judiciaire s'ouvrit et les requérants furent informés que la HET avait décidé de suspendre ses investigations pendant cette procédure. L'enquête dura vingt-sept jours. Elle fut clôturée le 2 mai 2012. Elle donna lieu à une audience publique à laquelle les requérants furent représentés par un conseil et par un avocat.

48. Vingt-trois témoins furent entendus. Parmi ceux-ci figuraient des membres de la RUC et de l'armée qui avaient exercé des fonctions d'entraînement, de planification, de commandement, de contrôle et de supervision liées à l'opération litigieuse, ainsi que des agents de la RUC qui déposèrent sur les investigations menées après l'opération en question. Trois des quatre militaires qui avaient ouvert le feu – A, C et D – témoignèrent. B ayant refusé de se déplacer depuis le Moyen-Orient, il fut donné lecture au jury de la déposition qu'il avait faite en 1990 dans le cadre de l'enquête policière. Des experts furent entendus au sujet des investigations menées après la fusillade. Les témoins subirent un contre-interrogatoire approfondi de la part des requérants.

a) Enquête judiciaire : la question de l'implication des militaires mis en cause dans d'autres cas de recours à la force létale

49. En octobre 2011, les requérants demandèrent au coroner de recueillir des informations portant sur l'implication de A, B, C, D, E, F, G et H dans des cas de recours à la force létale en Irlande du Nord.

50. Il semble que le ministère de la Défense ait accepté d'interroger les militaires sur leur implication éventuelle dans d'autres incidents de ce genre lors de l'audience préliminaire du 17 octobre 2011.

51. Entre le 2 février et le 5 mars 2012, les requérants reçurent communication de nouvelles déclarations de A, C, D, E, G, H, I, J, K et L. La plupart de ces déclarations faisant état de l'implication de leurs auteurs dans d'autres cas de recours à la force létale, les intéressés demandèrent au

coroner, le 16 février 2012, des précisions sur cette question. Celui-ci reçut des observations écrites et orales des parties et, le 1^{er} mars 2012, obtint les dossiers individuels des soldats concernés ainsi que des renseignements du ministère de la Défense sur leur participation à d'autres incidents mortels. Le 8 mars 2012, il rejeta les demandes des requérants, sauf celle qui portait sur une fusillade mortelle mettant en cause A. Le même jour, les intéressés reçurent communication d'une déclaration de A portant sur cet incident ainsi que d'autres informations qu'ils avaient demandées sur ce point. Le 12 mars 2012, la *High Court* (présidée par le juge Weatherup) refusa aux requérants l'autorisation de solliciter le contrôle juridictionnel de la décision prise par le coroner le 8 mars 2012. Elle estima que seules des circonstances exceptionnelles pouvaient donner lieu à l'interruption d'une enquête ouverte après des années d'attente, et que la demande des requérants ne présentait aucun élément exceptionnel qui eût justifié un contrôle juridictionnel à ce stade. Le 15 mars 2012, après que J eut été interrogé sur son implication dans d'autres incidents mortels, le coroner décida d'interdire toute nouvelle question analogue et ordonna que les mentions concernant ce genre d'incidents fussent retranchées des dépositions des soldats.

52. Le 23 mars 2012, le coroner interdit toute évocation de l'implication de A dans deux autres cas de recours à la force létale. La première requérante sollicita l'autorisation de demander un contrôle juridictionnel de cette décision. Entre-temps, A avait témoigné dans le cadre de l'enquête, sans évoquer son implication dans d'autres incidents mortels. Avec l'accord du ministère de la Défense, le coroner décida que A pourrait être rappelé si l'action en contrôle juridictionnel alors en cours d'instruction devait se révéler favorable aux requérants. À l'issue de sa déposition, A fut informé qu'il pourrait être rappelé. Il confirma au coroner qu'il se tenait à sa disposition. Le 28 mars 2012, la *High Court* fit droit à la demande des requérants pour autant qu'elle concernait l'un des incidents mortels auxquels A avait pris part. Relevant que celui-ci était disponible et qu'il pouvait être interrogé le lendemain dans le cadre de l'enquête, la *High Court* estima que l'interruption de la procédure qui pouvait en résulter était légitime car la question posée était si « cruciale » pour l'enquête judiciaire qu'elle justifiait, à titre exceptionnel, un contrôle juridictionnel avant la clôture de celle-ci.

53. Le 29 mars 2012, les requérants demandèrent au coroner de rappeler A. Le ministère de la Défense indiqua que celui-ci serait disponible après ses congés, pendant la semaine du 9 avril 2012. Le 2 avril 2012, il informa le coroner que A était à l'étranger et que rien ne s'opposait à sa comparution, hormis les congés qu'il devait prendre prochainement. Le 4 avril 2012, après avoir réexaminé en détail les conditions de la comparution de A, le coroner jugea que celui-ci devrait disposer d'une assistance juridique

distincte et fixa les dates d'audience en fonction des obligations des jurés et des projets de vacances de A qui lui avaient été communiqués auparavant. Le 6 avril 2012, le coroner décida que A devrait se rendre disponible pour l'enquête le 11 avril 2012.

54. A ne se présenta pas à l'audience du 11 avril 2012. Ses avocats adressèrent au coroner un courriel expliquant que ses vacances débutaient en réalité ce jour-là, qu'il serait absent pendant trois semaines, et qu'il se présenterait à l'audience à la fin de cette période mais qu'il souhaitait auparavant prendre conseil auprès d'un professionnel du droit. Le 12 avril 2012, le coroner entendit les observations des parties sur ce point. Dans l'intervalle, et sous réserve de l'audition de A, des documents concernant son implication dans d'autres cas de recours à la force létale furent lus au jury. Le 13 avril 2012, le coroner demanda au ministère de la Défense de clarifier les informations contradictoires qui lui avaient été fournies au sujet de la disponibilité du soldat A. Les 16 et 18 avril 2012, les requérants demandèrent au coroner de faire citer A à comparaître. Les avocats de celui-ci déclarèrent qu'ils n'avaient pas reçu d'instruction de sa part mais qu'ils lui transmettaient les lettres qui le concernaient. Le 23 avril 2012, après avoir sollicité, reçu et examiné des observations complémentaires des requérants sur leur demande de citation à comparaître, le coroner décida d'achever l'enquête malgré l'absence de A plutôt que de tenter, sans pouvoir s'en assurer, de le faire comparaître «en cherchant indéfiniment à savoir quand il serait disponible». Il donna des instructions au jury sur la question de l'absence de A.

b) Enquête judiciaire: les questions posées par le jury

55. Au cours de ses délibérations, le jury demanda au coroner si un coup de feu tiré sur un cadavre pouvait être qualifié de force excessive du point de vue juridique. Cette question concernait les deux tirs ayant touché M. Grew alors qu'il se trouvait à terre, et dont on ignorait s'il était déjà mort au moment de ces coups de feu, les médecins légistes n'étant pas parvenus à s'accorder sur ce point. Le coroner leur répondit que, à strictement parler, l'enquête judiciaire perdait sa raison d'être dès lors qu'un décès avait été constaté. Les requérants contestèrent, en vain, cette interprétation comme étant trop étroite, soutenant notamment que cette circonstance était pertinente pour comprendre le comportement de l'auteur des tirs et savoir «comment» M. Grew était mort.

c) Enquête judiciaire: la question de la récusation d'un juré

56. Entre le 20 mars et le 26 avril 2012, le coroner reçut des plaintes visant un juré accusé de s'être assoupi à plusieurs reprises et d'avoir manifesté

de l'hostilité à l'égard de la famille des défunts. Le coroner rejeta les demandes de récusation de ce juré formulées par les requérants, leur indiquant qu'il le surveillerait et qu'il garderait cette question à l'étude. Le 27 avril 2012, il rejeta une nouvelle demande de récusation formulée par les intéressés, qui alléguaient que le même juré avait craché par terre en rencontrant des membres de la famille de l'un des défunts. Toutefois, il adressa deux avertissements aux jurés, leur rappelant qu'ils étaient conjointement garants de l'intégrité de la procédure. Dans son second avertissement, il leur indiqua que tout juré ayant des doutes quant à l'impartialité d'un autre juré devait lui en faire part. Aucun des jurés ne se manifesta. Tout au long de l'enquête, le coroner recommanda au jury de s'en tenir aux preuves et de les examiner en toute impartialité. À la demande des requérants, il souligna à nouveau, dans les derniers jours de l'enquête, que tout juré éprouvant de la défiance envers le jury ou un autre juré devait l'en informer. Le jury ne fit aucune observation.

57. Le 27 avril 2012, la *High Court* (présidée par le juge Stephens) refusa aux requérants l'autorisation de solliciter un contrôle juridictionnel de cette dernière décision du coroner, estimant qu'il n'y avait pas lieu de revenir sur l'appréciation des faits opérée par celui-ci. Elle ajouta que, même si elle se trompait sur ce point, seules des circonstances exceptionnelles pouvaient justifier le report de l'enquête après des années d'attente, et que la récusation d'un juré à ce stade aurait entraîné des difficultés injustifiables, d'autant que le jury avait déjà commencé à délibérer. Enfin, elle indiqua que les requérants disposeraient d'une voie de recours au cas où la décision du jury leur serait défavorable.

d) Enquête judiciaire: le verdict du jury

58. À l'issue de la phase d'administration des preuves, après avoir examiné les observations écrites des parties et entendu leurs observations orales, le coroner établit la liste des questions auxquelles le jury devait répondre dans son verdict. Les requérants, la PSNI et le ministère de la Défense présentèrent leurs observations finales au jury sur ces questions. Les intéressés soutinrent notamment que les questions posées au jury dénaturaient le critère de la nécessité absolue et qu'elles ne permettraient pas au jury de se prononcer sur le point de savoir si la force utilisée était justifiée. Le coroner exposa sommairement l'affaire aux jurés pendant près de quatre heures.

59. Le 2 mai 2012, le jury rendit un verdict établissant que MM. McCaughey et Grew étaient morts à la suite de blessures multiples provoquées par des balles à haute vitesse.

60. Le jury considéra également que l'opération litigieuse visait à la poursuite de la surveillance des personnes impliquées dans des activités terroristes, à l'arrestation de ces personnes et à l'installation d'une caméra à proximité du hangar. Il estima que les militaires avaient ouvert le feu et tué MM. McCaughey et Grew parce qu'ils pensaient avoir été repérés, peut-être à cause des sons émis par leurs radios, et qu'ils avaient cru que leur vie était en danger en voyant les deux hommes s'approcher d'eux les armes à la main. Il ajouta que les militaires avaient continué à tirer parce qu'ils avaient confondu leurs tirs avec ceux de leurs adversaires. Il précisa que A avait tiré le premier, croyant que sa position et celle de ses équipiers avaient été découvertes et que leur vie était en danger, et que B, C et D l'avaient ensuite imité, ne cessant le feu qu'après avoir jugé que cette menace était neutralisée. Il conclut que les militaires avaient employé une force raisonnable eu égard à ces circonstances. Par ailleurs, il estima que D avait tiré par deux fois à courte distance sur M. Grew, qui était alors au sol, parce qu'il l'avait considéré comme une menace. Les jurés estimèrent que cette réaction était légitime. À la question de savoir si une autre tactique raisonnable aurait été envisageable, ils répondirent qu'ils n'étaient pas parvenus à une conclusion « unanime répondant au critère de la plus forte probabilité » sur le point de savoir si les soldats auraient pu procéder à l'arrestation de MM. McCaughey et Grew avant de sentir en danger. Quant à la question de savoir si l'opération avait été menée de manière à réduire autant que possible l'emploi de la force létale, les jurés répondirent qu'ils n'étaient pas « unanimes quant à la possibilité d'une arrestation ».

61. En ce qui concerne l'hypothèse selon laquelle un aspect de l'entraînement des militaires ou de la manière dont ils avaient planifié l'opération pouvait avoir joué un rôle dans les décès, les jurés déclarèrent que les soldats avaient visé la « masse centrale » et avaient continué à faire feu jusqu'à ce que la menace fût neutralisée, conformément à leur entraînement, mais que, hormis ces constatations, ils « ne disposaient pas d'éléments de preuve suffisants sur la planification de l'opération et les renseignements obtenus pour parvenir à d'autres conclusions ». Ils ajoutèrent qu'ils avaient constaté que M. Grew avait reçu deux balles alors qu'il se trouvait à terre près du hangar, mais qu'il « n'était pas possible d'en savoir davantage sur la force utilisée contre lui ».

62. À la question de savoir si la RUC et l'armée avaient planifié, contrôlé et supervisé l'opération litigieuse en veillant à réduire au minimum le recours à la force létale, les jurés répondirent de la manière suivante :

« Planification

– Lors de la planification de l'opération, le TCG a décidé de confier l'intervention à une unité militaire spéciale, estimant que celle-ci était la plus apte à en minimiser les risques pour les membres de la RUC et les militaires chargés de la surveillance des lieux et de l'installation de la caméra.

– L'installation de la caméra a été organisée de manière à réduire au minimum les risques pour les militaires affectés à la surveillance.

– Compte tenu des risques inhérents à la mission de surveillance, celle-ci a été attribuée à l'unité militaire spéciale en raison de l'entraînement spécifique qu'elle avait reçu et de la puissance de feu dont elle disposait, supérieure à celle de la RUC.

– Les militaires ne disposaient pas d'informations ou de renseignements sûrs qui auraient permis de réduire au minimum le recours à la force létale.

Contrôle

– Chacun des militaires s'était vu assigner un rôle clair et précis : chaîne de commandement claire.

– Un rôle précis était assigné à chacun et les membres du TCG étaient seuls habilités à mettre un terme à l'opération.

Supervision

– H avait le contrôle global de l'opération. Mais A, en tant que chef d'équipe et commandant des militaires engagés sur le terrain, était le mieux placé pour prendre des décisions et réduire au minimum le recours à la force létale.»

63. Le jury souligna que les incidents dont les forces de sécurité avaient été victimes par le passé dans le secteur, la nature du terrorisme en Irlande du Nord à l'époque pertinente et la tension qui pesait sur les militaires ayant participé à l'opération étaient des facteurs à prendre en compte.

8. La procédure de contrôle juridictionnel postérieure à l'enquête judiciaire

64. Le 29 juin 2012, la première requérante sollicita l'autorisation de demander un contrôle juridictionnel de l'enquête en vue, notamment, de l'annulation du verdict et de l'ouverture d'une nouvelle enquête. Elle estimait que l'enquête menée sur les décès litigieux ne satisfaisait pas aux exigences de l'article 2 de la Convention.

65. Dans sa demande, l'intéressée contestait les décisions par lesquelles le coroner avait conclu à l'inadmissibilité de certaines preuves relatives à l'implication de militaires dans d'autres incidents mortels en Irlande du Nord. Elle reprochait au coroner d'avoir refusé de divulguer un certain nombre de pièces pertinentes, de ne pas avoir autorisé les membres de la famille à interroger les militaires qui avaient témoigné à propos des incidents en

question, et d'avoir ordonné le retranchement des mentions concernant ces incidents des dépositions des militaires concernés. Selon elle, ces décisions avaient non seulement empêché les requérants de participer effectivement et pleinement à l'enquête et compromis le contrôle public sur l'enquête, mais aussi privé le jury d'éléments de preuve pour se prononcer sur la question de savoir, d'une part, si l'unité spéciale de la police avait suivi une politique consistant à tirer pour tuer qui aurait accru le risque d'un recours injustifié à la force létale ou excessive et, d'autre part, si l'emploi d'une telle force par chacun des militaires pris individuellement était légitime eu égard aux circonstances.

66. La requérante soutenait également que, malgré le jugement rendu par la *High Court*, le coroner n'avait pas pris les mesures qui s'imposaient pour assurer la comparution de A et que ce manquement avait eu les mêmes conséquences négatives sur la participation des requérants à l'enquête, sur le contrôle public de celle-ci et sur la mise à la disposition du jury de certains éléments de preuve. Elle avançait que les questions posées aux jurés par le coroner n'avaient pas permis à ceux-ci de se prononcer en pleine connaissance de cause sur le point de savoir « comment » et « dans quelles circonstances » MM. McCaughey et Grew avaient trouvé la mort. Par ailleurs, elle estimait que le coroner avait induit le jury en erreur sur « l'état d'esprit » des soldats au moment où ils avaient ouvert le feu et continué à tirer, qu'il ne l'avait pas invité à s'interroger sur l'« absolue nécessité » de la force utilisée et qu'il n'avait pas clairement répondu à la question des jurés portant sur la qualification juridique applicable à un coup de feu tiré sur un cadavre. En outre, elle reprochait au coroner de ne pas avoir rectifié les erreurs contenues dans les observations finales des parties à l'attention du jury. Enfin, elle contestait le refus du coroner de récuser le juré qui s'était montré hostile aux familles des défunts, refus qui impliquait selon elle que le jury ne pouvait être objectif, impartial et indépendant.

67. La procédure de contrôle juridictionnel n'a pas encore été examinée par la *High Court*.

B. Droit et pratique internes pertinents

1. Régime juridique des enquêtes judiciaires

68. Les règles juridiques relatives aux coroners en Irlande du Nord ont été codifiées par la loi de 1959 complétée par le code de conduite et de procédure des coroners en Irlande du Nord, adopté en 1963 (« le code de 1963 »).

69. L'article 7 de la loi de 1959 oblige certaines personnes ayant des raisons de penser qu'une personne est décédée de mort non naturelle d'en informer immédiatement le coroner compétent.

70. L'article 8 de la loi de 1959 impose à la police l'obligation suivante :

«Lorsqu'une dépouille mortelle est découverte ou lorsqu'un décès inexpliqué ou entouré de circonstances suspectes survient, l'inspecteur du district dans lequel le corps a été découvert ou celui du district dans lequel le décès est survenu doit en informer ou en faire informer immédiatement et par écrit le coroner du district dans lequel le corps a été découvert ou celui du district dans lequel le décès est survenu en lui adressant également par écrit toute information obtenue sur la découverte du corps ou sur le décès.»

71. Les passages pertinents de l'article 31 § 1 de la loi de 1959 sont ainsi libellés :

«Lorsque tous les membres d'un jury constitué pour les besoins d'une enquête sont parvenus à un accord, ils doivent rendre, dans les formes prescrites par la loi (...) leur verdict établissant (...) l'identité du défunt ainsi que la manière, le moment et le lieu du décès de celui-ci.»

72. L'article 15 du code de 1963 dispose que, dans le cadre d'une enquête judiciaire, la procédure et l'administration des preuves visent uniquement à établir l'identité du défunt, le point de savoir comment, quand et où celui-ci a trouvé la mort, ainsi que les éléments dont les règles régissant l'enregistrement des naissances et des décès requièrent la consignation. Toutefois, l'article 16 de ce code énonce :

«Ni le coroner ni le jury ne doivent exprimer d'avis sur les questions de responsabilité pénale ou civile ou sur un point autre que ceux mentionnés à [l'article 15].»

73. L'article 22 § 1 du code de 1963 est ainsi libellé :

«À l'issue de l'examen des preuves, un verdict écrit se résumant à une déclaration sur l'identité du défunt, sur la manière dont il a trouvé la mort ainsi que sur le moment et le lieu du décès est rendu par le coroner, ou par le jury après lecture du résumé du coroner si l'enquête est menée par un coroner et par un jury.»

74. L'article 23 § 1 du code de 1963 est ainsi rédigé :

«Les verdicts rendus en application de l'article 22 sont consignés sous la forme prévue dans la troisième annexe.»

75. La troisième annexe au code de 1963 comporte un formulaire de verdict où la cause de la mort, qui figure parmi les informations à consigner, est définie comme étant «la cause immédiate du décès et, le cas échéant, les facteurs de morbidité ayant conduit à la cause immédiate du décès». Le formulaire précise que le verdict du jury ou les conclusions du coroner sur la mort doivent être énoncés comme suit : décès dû à des causes naturelles ; décès dû à un accident ; décès dû à un suicide (...); verdict ouvert (mention à utiliser lorsqu'aucune des autres mentions n'est pertinente). Depuis 1980,

le formulaire applicable prévoit que le verdict du jury de l'enquête ou les conclusions du coroner doivent figurer sous la rubrique « constatations ».

76. L'article 35 § 3 de la loi de 2002 sur la justice en Irlande du Nord, qui a remplacé l'article 6 § 2 de l'ordonnance de 1972 sur la répression des infractions en Irlande du Nord, est ainsi libellé :

« Lorsqu'il lui paraît que les circonstances d'un décès faisant ou ayant fait l'objet d'une enquête de sa part révèlent qu'une infraction à la législation de l'Irlande du Nord ou d'un autre pays ou territoire a peut-être été commise, le coroner fournit dès que possible au *Director [of Public Prosecutions]* un rapport écrit sur lesdites circonstances. »

2. Enquêtes judiciaires – Jurisprudence pertinente

77. Dans l'affaire *R. v. Coroner for North Humberside and Scunthorpe ex parte Jamieson* ([1995] QB 1), qui concernait l'Angleterre et le pays de Galles, la Cour d'appel indiqua que le terme « comment » devait être compris comme signifiant « par quelles causes », et que cette question portait sur les voies par lesquelles le défunt avait trouvé la mort. Elle précisa qu'un verdict pouvait comporter une déclaration brève et neutre, mais qu'il devait être factuel et ne devait pas contenir de jugement ou d'opinion, et que le jury n'avait pas pour tâche de procéder à une description détaillée des faits.

78. Dans l'affaire *R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Amin* ([2003] UKHL 51), la Chambre des lords se prononça sur les exigences auxquelles les enquêtes doivent répondre pour satisfaire à l'article 2 de la Convention. Dans l'affaire *R. (Middleton) v. West Somerset Coroner* ([2004] 2 AC 182), elle revint sur la définition de l'étendue de l'enquête résultant de l'affaire *Jamieson*. Elle conclut qu'une enquête répondant aux critères énoncés dans cette dernière affaire était incompatible avec l'article 2 car elle excluait tout examen de la question de savoir si le comportement d'agents de l'État aurait raisonnablement pu prévenir un décès. Elle précisa que, pour satisfaire aux exigences de cette disposition, l'enquête devait rechercher « par quels moyens » et « dans quelles circonstances » le défunt avait trouvé la mort. Ce faisant, la Chambre des lords étendit la portée du verdict rendu à l'issue de l'enquête.

79. Le 11 mars 2004, elle jugea que les enquêtes menées sur des décès survenus avant l'entrée en vigueur de la HRA n'étaient pas tenues au respect de l'article 2 (*McKerr* ([2004] 1 WLR 807)).

80. Le 28 mars 2007, dans l'affaire *Jordan v. Lord Chancellor and Another et McCaughey v. Chief Constable of the Police Service Northern Ireland* ([2007] UKHL 14), la Chambre des lords rendit un arrêt par lequel elle conclut, en renvoyant à son arrêt *McKerr*, que les décès survenus avant l'entrée en vigueur de la HRA ne relevaient pas de cette loi et que celle-ci n'était donc pas applicable aux enquêtes ouvertes sur de tels décès. Toutefois, elle précisa que

l'article 8 de la loi de 1959 obligeait expressément la police à communiquer au coroner toute information en sa possession ou obtenue ultérieurement sur un décès, sous réserve des privilèges ou immunités applicables.

81. Dans le cadre d'une procédure de contrôle juridictionnel ultérieure, la *High Court* accueillit un recours formé par M. Hugh Jordan, qui contestait le refus de la PSNI de lui communiquer l'intégralité des documents qu'elle avait adressés au coroner à l'exception de ceux qui faisaient l'objet d'un privilège ou d'une immunité légitime (dans l'affaire *In re Jordan's Application* [2008] NIQB 148). La *High Court* indiqua que sa décision était motivée par :

« (...) la confusion découlant de la production fragmentaire des pièces pertinentes qui a marqué l'affaire pendant des années. Certaines pièces ont été communiquées plusieurs fois, d'autres n'ont pas été produites à certains moments, puis ont été communiquées à d'autres. Il est indéniable que les pièces ont été expurgées de manière parfois excessive. »

Aussi la *High Court* ordonna-t-elle notamment à la PSNI de communiquer à M. Jordan l'intégralité des pièces accompagnées d'un bordereau (article 8 de la loi de 1959).

82. Pour la seule année 2008, l'enquête judiciaire relative au décès de M. Pearse Jordan donna lieu à six demandes de contrôle juridictionnel. Le retard apporté à la conduite de cette enquête inspira à la Cour d'appel les observations suivantes (*Hugh Jordan v. the Senior Coroner* [2009] NICA 64) :

« Il a fallu beaucoup de temps pour que l'enquête parvienne au stade actuel. Elle a été marquée par des manœuvres procédurales ainsi que par de multiples demandes de contrôle juridictionnel, et elle a donné lieu à de nombreuses audiences devant la Chambre des lords et la Cour de Strasbourg, qui ont contribué à en augmenter la durée et la complexité.

Dans son état actuel, le régime juridique des enquêtes judiciaires est extrêmement insatisfaisant. Il évolue au gré d'une jurisprudence fragmentée et progressive. Il se caractérise par l'absence de règles procédurales claires et aisément applicables. Sa complexité, ses incohérences et ses dysfonctionnements rendent la tâche des coroners extrêmement difficile et obligent ces derniers à appliquer une jurisprudence qui n'est pas toujours univoque et homogène. L'on ne peut que compatir aux difficultés des coroners chargés d'enquêtes aussi litigieuses que la présente qui est extrêmement conflictuelle de par sa nature et son contexte. Le fait que la [PSNI] soit elle-même mise en cause alors qu'elle est censée apporter son concours aux coroners dans les affaires non litigieuses aggrave les difficultés. Il semble qu'il n'existe aucune solution entièrement satisfaisante qui permettrait à la PSNI de s'acquitter sereinement de ses fonctions auprès des coroners lorsqu'elle doit faire valoir et protéger ses propres intérêts. à tout le moins, il ressort clairement de la présente affaire que le droit et la pratique des enquêtes judiciaires en Irlande du Nord doivent être réexaminés de manière approfondie et systématique si l'on veut éviter la réitération des difficultés procédurales qui ont marqué l'enquête ici en cause. Il est tout aussi clair que la

multiplication des contentieux connexes est très fâcheuse, qu'elle détourne l'attention des véritables questions à trancher et qu'elle retarde la procédure.»

83. À la suite de l'arrêt rendu par la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Šilih* (précité), la Cour suprême infirma l'arrêt rendu par la Chambre des lords dans l'affaire *McKerr* en jugeant que les enquêtes judiciaires devaient satisfaire aux exigences de l'article 2 même si elles portaient sur des décès survenus avant l'entrée en vigueur de la HRA (*In the matter of Brigid McCaughey and another for Judicial Review (Northern Ireland)* [2011] UKSC 20, paragraphe 40 ci-dessus).

3. *L'aide juridictionnelle dans le cadre des enquêtes judiciaires*

84. En juillet 2000, le ministre de la Justice annonça l'instauration d'un système officiel d'aide à titre gratuit permettant de financer au moyen de fonds publics la représentation devant un coroner pour certaines enquêtes judiciaires exceptionnelles en Irlande du Nord. En mars 2001, il publia pour consultation les critères à prendre en compte pour déterminer si une demande de représentation mérite ou non un financement public. Parmi ces critères figurent notamment la situation financière du demandeur, le point de savoir si des investigations effectives de l'État sont nécessaires et si l'enquête judiciaire est le seul moyen d'effectuer ces investigations, si le demandeur a besoin d'être représenté pour participer de manière effective à l'enquête judiciaire et s'il avait des liens suffisamment étroits avec le défunt.

4. *L'équipe d'enquête sur les faits du passé (la « HET »)*

85. La HET est une unité d'enquête spéciale rattachée à la PSNI. Elle a été mise en place en 2005 pour réexaminer les investigations menées sur des décès survenus en Irlande du Nord entre 1968 et 1998. Elle rend compte de ses activités à l'inspecteur général de la PSNI. Quelque 3 000 affaires lui ont été confiées. Elle a deux objectifs principaux. En premier lieu, elle doit veiller à ce que chaque affaire fasse l'objet d'un réexamen exhaustif répondant aux normes professionnelles actuelles, c'est-à-dire s'assurer que toutes les possibilités ont été exploitées en matière d'administration de la preuve. En second lieu, elle doit travailler en étroite coopération avec les familles, notamment en leur fournissant un rapport sur le décès de leurs proches.

5. *Résolutions pertinentes du Comité des Ministres*

86. Au cours de la période 2001-2003, la Cour a rendu six arrêts analogues concernant des enquêtes menées sur des homicides imputés aux forces de sécurité en Irlande du Nord entre 1968 et 1998 (*Hugh Jordan*

et *McKerr*, précités, *Shanaghan c. Royaume-Uni*, n° 37715/97, 4 mai 2001, *Kelly et autres c. Royaume-Uni*, n° 30054/96, 4 mai 2001, *McShane c. Royaume-Uni*, n° 43290/98, 28 mai 2002, et *Finucane c. Royaume-Uni*, n° 29178/95, CEDH 2003-VIII).

87. Dans une résolution intérimaire (CM/ResDH(2007)73) portant sur les affaires en question, le Conseil des Ministres a instamment prié le gouvernement défendeur de prendre « toutes les mesures d'enquête nécessaires (...), sans plus de retard, afin d'accomplir des progrès concrets et visibles ». En mars 2008, après avoir évalué les mesures prises par les autorités britanniques, il a décidé « de clore l'examen des questions relatives au fait que les procédures d'enquête judiciaire [eussent] tardé à commencer et n'[eussent] pas progressé avec la célérité voulue ». Toutefois, il a résolu de poursuivre l'examen des mesures tant individuelles que générales.

88. Le Service de l'exécution des arrêts a fait le point sur l'état d'avancement de l'exécution des arrêts susmentionnés dans un document d'information en date du 27 novembre 2008 (CM/Inf/DH(2008)2 révisé). En ce qui concerne les mesures individuelles indiquées dans l'affaire *Hugh Jordan*, il s'est déclaré préoccupé par le fait que « l'enquête préliminaire (*inquest*) n'[avait] toujours pas commencé dans cette affaire alors qu'il avait été précédemment annoncé qu'elle débiterait en avril 2008 » et a déclaré qu'il attendait de ce fait « des informations (...) sur les mesures prises ou envisagées afin de garantir que l'enquête préliminaire en l'espèce ne sera[it] pas une nouvelle fois retardée ». En ce qui concerne les arrêts *Kelly et autres*, *McKerr* et *Shanaghan*, il a indiqué qu'il attendait des informations portant notamment sur les prochaines étapes éventuelles de l'enquête.

89. Par une résolution intérimaire (CM/ResDH(2009)44) adoptée en mars 2009, le Comité a décidé de clore l'examen de deux mesures générales (qui portaient respectivement sur la HET et sur les obligations de l'État défendeur au titre de l'article 34 de la Convention) et des mesures individuelles indiquées dans les affaires *McShane* et *Finucane*, expliquant les raisons de sa décision dans la résolution en question. En revanche, il a résolu de poursuivre l'examen des mesures individuelles indiquées dans les affaires *Hugh Jordan*, *Kelly et autres*, *McKerr* et *Shanaghan*. À cet égard, il a « noté avec préoccupation les progrès limités des mesures de caractère individuel dans ces affaires, en particulier dans l'affaire *Hugh Jordan*, où l'enquête ne débitera pas avant juin 2009 bien qu'il ait été annoncé auparavant qu'elle le serait en avril 2008 » et a demandé instamment aux autorités de l'État défendeur de « prendre toutes les mesures nécessaires afin de conduire sans plus de retard les enquêtes en cours à leur terme tout en gardant à l'esprit les constats de la Cour dans ces affaires ».

EN DROIT

90. Les requérants formulent un certain nombre de griefs sur le terrain des volets matériel et procédural de l'article 2 de la Convention au sujet de la mort de Martin McCaughey et de Desmond Grew. Sous l'angle de l'article 13, ils se plaignent en outre de ne pas avoir disposé d'un recours interne effectif à cet égard.

91. L'article 2 se lit ainsi :

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

2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :

- a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;
- b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ;
- c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection. »

92. L'article 13 est ainsi libellé :

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

I. SUR LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DE L'ARTICLE 2 DE LA CONVENTION, PRIS ISOLÉMENT ET COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 13

A. Thèses des comparants

1. *Le Gouvernement*

93. Le Gouvernement soutient que les requérants n'ont pas épuisé les recours internes en ce qui concerne leur grief matériel, l'action civile exercée par eux étant toujours pendante. S'il reconnaît que deux courants jurisprudentiels semblent se dégager, il estime que l'affaire *Caraher c. Royaume-Uni* ((déc.), n° 24520/94, CEDH 2000-I), les six affaires concernant l'Irlande du Nord citées au paragraphe 86 ci-dessus et l'affaire *Bailey c. Royaume-Uni* ((déc.), n° 39953/07, 19 janvier 2010) représentent la jurisprudence dominante et que celles dont les requérants se prévalent pour tenter de démontrer l'existence d'un courant jurisprudentiel contraire sur la question de la qualité de victime ne sont pas pertinentes en l'espèce.

94. Il avance que, en tout état de cause, il n'y a pas eu violation des volets matériel et procédural de l'article 2 de la Convention. À cet égard, il s'appuie principalement sur la portée, la procédure et les résultats de l'enquête, que la Cour suprême aurait jugés conformes aux exigences de l'article 2 par un arrêt rendu en mai 2011 (paragraphe 40 ci-dessus).

95. S'agissant du grief matériel relatif à la planification et à la conduite de l'opération litigieuse, le Gouvernement plaide que l'enquête judiciaire a donné lieu à des investigations exhaustives et publiques sur les circonstances de la mort de MM. McCaughey et Grew. Selon lui, le jury a conclu que la force employée par les militaires était raisonnable, que la planification et le contrôle de l'opération n'avaient pas connu de dysfonctionnements, et qu'aucune autre mesure susceptible de réduire le risque d'un recours à la force létale n'aurait pu être prise.

96. Par ailleurs, la conformité de l'enquête avec l'article 2 impliquerait que les garanties procédurales découlant de cette disposition ont été respectées. L'enquête aurait été transparente, rigoureuse et publique. De nombreuses pièces auraient été communiquées et, compte tenu des preuves recueillies au cours de l'enquête, l'indisponibilité de certains documents – qui s'expliquerait par l'écoulement du temps – n'aurait pas compromis la capacité de l'enquête à répondre aux questions qui se posaient, condition requise pour qu'elle fût conforme à l'article 2. Par ailleurs, les requérants auraient bénéficié de l'aide juridictionnelle, ils auraient été représentés par un *solicitor* et deux conseils et auraient pu participer pleinement à l'enquête.

97. Le retard apporté à l'ouverture de l'enquête aurait certes été important, mais rien ne prouverait qu'il ait compromis l'intégrité de la procédure. En janvier 2004, la *High Court* aurait conclu à la violation de l'article 2 de la Convention puis, en mai 2011, la Cour suprême aurait admis que l'enquête devait satisfaire aux exigences de cette disposition.

98. La portée de l'enquête judiciaire aurait permis au jury d'examiner et de trancher toutes les questions pertinentes. Y (un officier supérieur du groupe de planification et de coordination de la police royale de l'Ulster (*Royal Ulster Constabulary* – « la RUC ») qui, avec d'autres, avait attribué la mission à l'unité spéciale mise en cause), K (l'officier commandant de cette unité qui fournissait un appui à la RUC en Irlande du Nord), H (le capitaine responsable de l'unité militaire qui était intervenue), A, C, D, E, F, G, I et J (auteur d'une déposition sur l'entraînement de l'unité des *Special Air Service* concernée) auraient été entendus au sujet du commandement et du contrôle de l'opération. À l'exception de J, ils auraient tous déposé également sur la planification de l'opération, notamment sur les objectifs qu'elle poursuivait, sur les briefings qui l'avaient précédée et sur les renseignements obtenus concernant les défunts. Ces témoins militaires, en particulier A, C, D et

H, auraient décrit les mesures prises pour réduire le risque d'utilisation de la force létale. A, C et D auraient été interrogés au sujet de la légitimité du recours à la force létale au regard des particularités de l'opération.

99. Les investigations menées par la RUC auraient été suffisamment sérieuses et indépendantes pour établir tous les faits pertinents et conduire à des conclusions exactes au regard des informations disponibles. La preuve en serait que les conclusions découlant de ces investigations seraient identiques à celles formulées par le jury d'enquête. D'ailleurs, dans leurs dépositions, les agents de la RUC chargés de ces investigations auraient démenti ne pas avoir mené une enquête indépendante et approfondie sur les faits litigieux.

100. En outre, le *Director of Public Prosecutions* («le DPP») aurait motivé son ordonnance de non-lieu et, s'il venait à être saisi d'une demande formée au titre de l'article 35 § 3 de la loi de 2002, il devrait réexaminer sa position et prendre une décision susceptible elle-même de contrôle juridictionnel.

101. Enfin, force serait de conclure à la non-violation de l'article 13 de la Convention puisque, en exerçant une action civile – toujours pendante –, les requérants auraient admis disposer d'un recours civil effectif. En tout état de cause, l'enquête judiciaire aurait donné lieu à des investigations approfondies et effectives, et le contrôle juridictionnel aurait offert aux requérants un recours leur permettant de contester les décisions du coroner et, le cas échéant, une ordonnance de non-lieu délivrée par le DPP.

2. Les requérants

102. Les requérants soutiennent qu'il y a eu violation du volet matériel de l'article 2 de la Convention. Ils allèguent à cet égard que le recours à la force létale n'était pas absolument nécessaire, que les risques de pertes humaines n'étaient pas entrés en ligne de compte dans la planification et le contrôle de l'opération, et qu'il y avait eu au contraire une décision délibérée de tuer MM. McCaughey et Grew. Ils avancent que les conclusions du jury d'enquête ne sont pas fiables, l'enquête ne répondant pas aux exigences procédurales posées par l'article 2.

103. S'appuyant sur la jurisprudence établie par les arrêts *Nikolova et Velitchkova c. Bulgarie*, n° 7888/03, §§ 55-56, 20 décembre 2007, *Beganović c. Croatie*, n° 46423/06, § 56, 25 juin 2009, *Fadime et Turan Karabulut c. Turquie*, n° 23872/04, §§ 31-48, 27 mai 2010, *Kopylov c. Russie*, n° 3933/04, § 121, 29 juillet 2010, *Gäfgen c. Allemagne* [GC], n° 22978/05, § 119, CEDH 2010, et *Darraj c. France*, n° 34588/07, §§ 22-53, 4 novembre 2010, les requérants combattent l'exception de défaut de qualité de victime soulevée par le Gouvernement et tirée de l'action civile pendante. Ils avancent que l'ineffectivité des mesures d'investigation, d'enquête et de poursuite compromet l'action en question. En conséquence, ils estiment que, bien

que pendante, cette action ne peut les priver de leur qualité de victime et ne permet pas de conclure qu'ils n'ont pas encore épuisé les recours internes.

104. Par ailleurs, ils allèguent que les autorités ont manqué à leur obligation procédurale de mener une enquête indépendante et effective.

105. Selon eux, les investigations menées par la RUC après l'opération n'étaient ni indépendantes ni effectives. Les responsables de l'opération (des militaires et des officiers de la RUC) et les personnes chargées des investigations en question (des officiers de la RUC) n'auraient pas été indépendants du point de vue hiérarchique. Les investigations de la RUC auraient aussi manqué d'indépendance pratique, les membres de cet organisme considérant que leur mission consistait à coopérer avec les soldats mis en cause plutôt qu'à enquêter sur leurs agissements, à telle enseigne, par exemple, que les tireurs n'auraient pas été séparés les uns des autres avant de livrer leurs dépositions, au demeurant superficielles. Par ailleurs, l'enquête aurait été inadéquate en ce qu'elle aurait accordé beaucoup trop d'importance à la question de savoir si la population civile des alentours était responsable des armes, comme en attesterait la déposition faite par L au cours de l'enquête. Par ailleurs, les enquêteurs de la RUC n'auraient reçu ni les notes de briefing des militaires antérieures et postérieures à la fusillade ni les transcriptions de leurs communications radio avec leur quartier général, alors pourtant que la RUC aurait disposé de ces pièces. D'ailleurs, comme l'auraient confirmé certains témoins au cours de l'enquête judiciaire, de nombreuses pièces – dont ces notes et journaux – auraient disparu depuis lors. En outre, les investigations menées n'auraient pas fait l'objet d'un contrôle public suffisant, ce à quoi l'enquête judiciaire n'aurait pas remédié.

106. Par ailleurs, le DPP aurait omis d'informer les requérants de sa décision de classer l'affaire, et les explications qu'il aurait fini par leur fournir en juillet 2011 auraient été insuffisantes. De surcroît, le système judiciaire pénal applicable aux homicides imputables à des agents de l'État ne serait pas compatible avec la Convention, notamment en ce qui concerne les règles de preuve régissant l'action du ministère public et la portée des dispositions applicables à la légitime défense.

107. En outre, le rôle reconnu aux proches des défunts aurait été insuffisant pour assurer la protection de leurs intérêts. La première requérante n'aurait pas été officiellement informée de la mort de son fils, et la RUC se serait même gaussée du décès de celui-ci auprès de sa famille. Le premier contact officiel des autorités avec les requérants aurait consisté en une notification que le coroner leur aurait adressée en 1997 pour leur indiquer qu'il avait reçu des documents concernant l'affaire, et les intéressés n'auraient pas été tenus informés de l'évolution de celle-ci par le DPP (voir le paragraphe précédent). Par la suite, certaines décisions prises dans le

cadre de l'enquête judiciaire les auraient empêchés d'y participer de manière effective (paragraphe 110 ci-dessous).

108. Par ailleurs, l'enquête judiciaire menée après l'introduction de la requête devant la Cour n'aurait pas satisfait aux exigences procédurales applicables en la matière.

109. En premier lieu, elle aurait manqué d'effectivité. L'exclusion de pièces et de témoignages portant sur d'autres cas de recours à la force létale aurait indûment limité la portée de l'enquête en empêchant tout examen du rôle joué par les unités militaires spéciales dans des affaires de ce genre, où elles avaient été accusées de suivre une politique consistant à tirer pour tuer ou – à tout le moins – d'avoir une nette propension à employer la force létale et/ou une force excessive. En outre, les questions posées aux jurés par le coroner auraient compromis leur capacité à rechercher de manière effective si l'opération avait été planifiée et pilotée de manière à minimiser les risques d'utilisation de la force létale et à examiner le comportement de chacun des militaires qui y avaient eu recours. Par ailleurs, la réponse du coroner à la question posée par les jurés quant à la qualification à donner à un tir effectué sur un cadavre les aurait égarés en restreignant indûment la portée de l'enquête à la recherche des « causes du décès [de MM. McCaughey et Grew] » alors que celle-ci aurait dû porter sur le point de savoir « dans quelles circonstances [ceux-ci] avaient trouvé la mort ». Les instructions données aux jurés par le coroner sur la question de la force excessive auraient elles aussi été erronées car cette question, qui porterait sur le fait de tuer une personne hors d'état de nuire, aurait permis de faire la lumière sur le comportement individuel et collectif des militaires concernés.

110. En deuxième lieu, les décisions inopportunes prises sur la question des autres cas de recours à la force létale auraient empêché les proches des victimes de participer à l'enquête dans la mesure nécessaire à la protection de leurs intérêts légitimes, et le contrôle public exercé sur l'enquête n'aurait pas été suffisant pour garantir la possibilité de faire rendre des comptes aux responsables.

111. En troisième lieu, le jury d'enquête n'aurait pas été équitable, impartial et indépendant, faute pour l'un de ses membres qui s'était montré ouvertement hostile aux proches des défunts d'en avoir été exclu. À cet égard, il conviendrait de souligner que le rôle des jurys d'enquête en Irlande du Nord est unique et particulièrement délicat.

112. Par ailleurs, force serait de constater que les intéressés ont dû attendre plus de vingt et un ans l'ouverture d'une enquête conforme à l'article 2, qu'un tel retard est excessif et inexpliqué, et que pareille situation revêt manifestement un caractère endémique. Ce retard s'analyserait en soi en un manquement à l'obligation d'ouvrir promptement une enquête et

de la mener avec diligence, et aurait compromis l'effectivité de l'enquête judiciaire, conduisant notamment à la perte et/ou à la destruction de nombreuses pièces contemporaines des faits. Il aurait également nui à la comparution des témoins, certains d'entre eux n'ayant pu être convoqués en raison de leur départ du Royaume-Uni (B n'aurait jamais comparu et A ne se serait pas représenté devant le coroner), de leur décès ou de leur état de santé (un seul des officiers de la RUC chargés de la planification et du contrôle de l'opération aurait comparu et ses souvenirs auraient été vagues). Les requérants auraient obtenu très tardivement une assistance judiciaire pour les besoins de l'enquête du coroner et ils auraient été contraints de s'assurer seuls que l'enquête progressait.

113. Les investigations menées par l'équipe d'enquête sur les faits du passé (*Historical Enquiries Team* – « la HET »), qui ne constitueraient pas à proprement parler une enquête mais un simple examen sur pièces, n'auraient pu remédier à ces déficiences. A aurait été le seul à avoir été interrogé et il aurait en substance confirmé sa déposition initiale. Son identité aurait été inconnue de la HET et celle-ci aurait conclu avec le ministère de la Défense un accord de sécurité confidentiel. La HET n'aurait ni examiné les preuves balistiques et médico-légales ni ordonné des expertises et elle n'aurait pas enquêté sur l'implication des témoins militaires dans d'autres cas de recours à la force létale. Les investigations de la HET auraient manqué d'effectivité et d'indépendance, les proches des défunts n'y auraient pas participé, et elles n'auraient comporté aucun élément suffisant de contrôle public. 114. Enfin, la loi sur les droits de l'homme ne s'appliquant pas aux décès survenus avant son entrée en vigueur, les requérants n'auraient pas disposé d'un recours effectif, au mépris de l'article 13 combiné avec l'article 2. L'arrêt rendu par la Cour suprême en mai 2011 aurait permis aux intéressés de se prévaloir à l'avenir de leurs droits conventionnels pour demander une enquête conforme à l'article 2, mais ils ne pourraient pas s'appuyer sur cette disposition pour se plaindre des déficiences passées de l'enquête. Dans ces conditions, on ne saurait dire que les intéressés ont pu se prévaloir de leurs droits au titre de la Convention dans le système juridique interne.

3. *Le Committee on the Administration of Justice (« le CAJ »)*

115. Le CAJ est une organisation non gouvernementale affiliée à la Fédération internationale des droits de l'homme. Il estime que le retard apporté à l'ouverture de l'enquête en l'espèce est symptomatique d'un problème plus vaste affectant les enquêtes litigieuses en Irlande du Nord.

116. Se référant au retard mis par les autorités britanniques à exécuter les six arrêts rendus par la Cour au sujet de l'Irlande du Nord, et en particulier au manque de diligence dont elles font preuve dans la conduite des enquêtes, le CAJ estime qu'il existe une pratique inacceptable et endémique d'atermoiements des pouvoirs publics entrecoupés par des procédures menées par les proches des défunts pour tenter de faire progresser les enquêtes. Il produit une liste émanant du service du coroner datée de juillet 2011 (et mettant à jour la liste communiquée à la Cour suprême en avril 2011) où figurent trente-huit affaires faisant l'objet d'enquêtes judiciaires en cours ou clôturées depuis peu. Il en ressort que cinq décès survenus en 1971-1972 ont donné lieu à une seule enquête (ouverte en juin 2011), que des dates prévisionnelles ont été fixées en ce qui concerne huit décès survenus dans les années 1980 mais qu'aucune enquête n'a été ouverte sur ces cas, et que dix-huit décès survenus dans les années 1990 ont donné lieu à une enquête seulement. La plupart de ces affaires portent sur l'utilisation de la force létale par les forces de l'ordre, et quelques autres concernent des homicides attribués à des groupes paramilitaires. Le CAJ estime que les retards constatés depuis les six arrêts susmentionnés de la Cour constituent un facteur aggravant. À cet égard, il renvoie à de nombreuses déclarations officielles formulées par différents organes au sujet de la réforme du système de la Convention, qui soulignent la nécessité de mettre à exécution rapidement et effectivement les arrêts de la Cour. Il soutient également que le Gouvernement a lui-même reconnu que le retard apporté à l'enquête s'analysait en une violation de l'article 2 de la Convention (Command Paper 7524, « *Responding to Human Rights Judgments: Government Response to the Joint Committee on Human Rights* », 31^e rapport, session 2007-2008 (janvier 2009)).

117. Le CAJ formule un certain nombre de suggestions dont il invite la Cour à s'inspirer pour statuer en l'espèce sur ce problème endémique. Ainsi propose-t-il à la Cour de majorer la somme à allouer à titre de dommages et intérêts pour tenir compte du préjudice supplémentaire induit par le temps écoulé depuis l'adoption des arrêts de principe susmentionnés. Il propose également à la Cour d'imposer un calendrier à l'état défendeur pour les procédures et/ou un barème des indemnités à verser pour tout retard supplémentaire. Enfin, il suggère à la Cour de conclure à la violation de la Convention en ce qui concerne les retards constatés, d'ajourner l'examen du surplus de la requête dans l'attente de la réponse de l'état, de rendre un arrêt pilote dans la présente affaire, et d'indiquer à l'état des mesures à prendre au titre de l'article 46 de la Convention en ce qui concerne les retards en question.

4. *La commission pour l'égalité et les droits de l'homme (Equality and Human Rights Commission) et la commission des droits de l'homme d'Irlande du Nord (Northern Ireland Human Rights Commission)*

118. La commission pour l'égalité et les droits de l'homme est un organisme public non ministériel indépendant chargé du contrôle du respect de l'égalité et des droits de l'homme. La commission des droits de l'homme d'Irlande du Nord est un organisme public créé en application de l'Accord de Belfast d'avril 1998 et ayant pour mission de promouvoir les normes internationales en matière de droits de l'homme. Ces deux organismes sont intervenus dans des affaires tranchées par la Cour, et notamment la commission des droits de l'homme d'Irlande du Nord dans les affaires *McKerr, Hugh Jordan, Kelly et autres* et *Shanaghan*. Ils sont également intervenus dans le cadre de la dernière en date des procédures de contrôle juridictionnel intentées par les requérants devant la Cour suprême.

119. Ils soulèvent une question qu'aucune des parties n'a posée. Reprenant les observations soumises par la commission pour l'égalité et les droits de l'homme dans une autre affaire pendante devant la Cour (*Armani da Silva c. Royaume-Uni*, n° 5878/08), ils plaident que les règles de preuve régissant l'action du ministère public se concilient mal avec l'obligation positive de poursuivre mise à la charge des états. À cet égard, ils soutiennent que l'instauration de normes de preuve moins rigoureuses s'impose d'autant plus que les règles régissant la légitime défense en droit anglais ont une portée très étendue, qu'elles sont en partie subjectives dans leur libellé, et qu'elles ne satisfont pas aux exigences de l'article 2 § 2 de la Convention. Ils assurent que les règles ordinaires de preuve, combinées avec celles qui régissent la légitime défense, impliquent que les poursuites pour homicide dirigées contre des agents de l'état sont rarissimes, et que la portée du contrôle juridictionnel exercé par les tribunaux internes sur l'application de ces normes de preuve est elle aussi limitée et non conforme aux strictes exigences procédurales posées par l'article 2.

120. Produisant des statistiques relatives à des décès dus à l'usage de la force létale par des agents de l'état, ils allèguent que la relative rareté des poursuites en la matière pose la question de l'impunité de ceux-ci. Ils affirment que plusieurs organismes (le service du coroner, le bureau du médiateur de la police et la HET) sont submergés de demandes de réexamen. Selon eux, cette situation a elle-même provoqué une dégradation durable de l'état de droit en Irlande du Nord.

B. Sur la recevabilité

121. La Cour ne peut examiner au fond les allégations de violation des volets procédural et matériel de l'article 2, hormis le grief tiré des retards excessifs apportés à l'enquête, dès lors que l'action civile des requérants est toujours pendante (voir, par exemple, *Caraher* (décision précitée), *Hay c. Royaume-Uni* (déc.), n° 41894/98, CEDH 2000-XI, *McKerr*, précité, §§ 19-23, et *Bailey* (décision précitée)) et que, en raison de la procédure de contrôle juridictionnel en instance, l'ouverture de nouvelles procédures d'enquête – notamment pénales et/ou disciplinaires – demeure possible (voir, par exemple, *Nikolova et Velitchkova*, précité, §§ 55-56, *Gäsfgen*, précité, § 119, et *Darraj*, précité, §§ 22-53).

122. L'action civile diligentée en 2012 par les requérants est toujours pendante. La Cour estime qu'il n'a pas été démontré que les juridictions civiles ne sont pas en mesure d'établir les faits et de déterminer, dans les délais de prescription éventuellement applicables, si les décès litigieux sont survenus dans des circonstances légales ou non, même si le verdict de la présente enquête, celui d'une autre enquête à venir ou toute autre procédure pénale ou disciplinaire (voir ci-après) seraient évidemment de nature à éclairer l'action civile. Si le temps écoulé depuis les faits risque de compliquer pour les juridictions civiles la collecte des preuves, celle-ci doit en principe se faire sous l'égide des tribunaux internes et non d'une juridiction internationale (*McKerr*, précité, § 118, et *Hugh Jordan*, précité, §§ 111-112).

123. En ce qui concerne la poursuite des procédures d'investigation, la Cour relève que l'enquête judiciaire est terminée depuis mai 2012. Toutefois, pour les raisons exposées ci-dessous, elle estime que celle-ci a donné lieu à un processus d'établissement des faits inusité, dont les requérants contestent certains aspects cruciaux de manière détaillée dans le cadre d'une procédure de contrôle juridictionnel pendante, alléguant que ceux-ci contreviennent à l'article 2.

124. La procédure d'enquête judiciaire menée en l'espèce était relativement nouvelle, et elle a connu des évolutions considérables à la suite de plusieurs actions en contrôle juridictionnel diligentées par les requérants, dont chacune a été importante pour le droit et la pratique des enquêtes de coroner en Irlande du Nord, et dont beaucoup ont été tranchées en faveur des intéressés.

125. La première action des requérants s'est soldée par un arrêt de la Chambre des lords rendu en mars 2007 qui a clarifié, à l'avantage des intéressés, un aspect crucial des obligations de divulgation de la police d'Irlande du Nord (*Police Service Northern Ireland* – «la PSNI»

(paragraphe 23 ci-dessus). Leur seconde action s'est également terminée à leur avantage, par un arrêt de la Cour suprême rendu en mai 2011 et dont la portée est grande puisqu'il est revenu sur la jurisprudence issue d'un arrêt antérieur de la Chambre des lords – l'arrêt *McKerr* – en concluant que les enquêtes judiciaires menées sur des décès survenus avant l'entrée en vigueur de la loi sur les droits de l'homme devaient être conformes à l'article 2 de la Convention (paragraphe 40 ci-dessus). Cet arrêt a étendu le champ de l'enquête litigieuse, l'élargissant notamment à la question de savoir « dans quelles circonstances » MM. McCaughey et Grew étaient morts (paragraphe 78 ci-dessus), et a reconnu aux requérants un certain nombre de nouveaux droits procéduraux.

126. Par la suite, le coroner a dû interpréter l'arrêt rendu par la Cour suprême en mai 2011 et l'appliquer aux particularités de cette affaire ancienne, en tenant compte du contexte historique de celle-ci – notamment des accusations de mise en œuvre d'une politique consistant à tirer pour tuer qui s'y rapportaient – ainsi que du temps écoulé depuis la survenance des décès (notamment du point de vue des obligations de communication d'informations apparues entre-temps, de la perte de preuves et de l'indisponibilité de certains témoins). En toute logique, les requérants ont exercé trois actions en contrôle juridictionnel au cours du déroulement de l'enquête. Toutefois, celle-ci avait pris un tel retard (plus de vingt et un ans) à ce moment-là que la *High Court* a estimé devoir durcir les conditions d'octroi de l'autorisation de solliciter un contrôle juridictionnel, exigeant la preuve de l'existence de circonstances « exceptionnelles » propres à justifier l'ajournement de l'enquête, et relevant en une occasion que les requérants disposaient en tout état de cause d'un recours après l'enquête. Deux demandes de contrôle juridictionnel ont été rejetées sur ce fondement. Il n'est donc pas surprenant que la première requérante ait introduit en juin 2012 – après la clôture de l'enquête – une nouvelle demande de contrôle juridictionnel reprenant deux moyens que la *High Court* avait écartés au motif qu'ils ne présentaient pas un caractère « exceptionnel » et soulevant de nouveaux points de procédure (paragraphe 64-66 ci-dessus). La *High Court* n'a pas encore examiné l'action en contrôle juridictionnel pendante. Les intéressés l'ont invitée à annuler le verdict du jury d'enquête et à ordonner l'ouverture d'une nouvelle enquête. S'ils obtiennent gain de cause, le coroner devra décider de renvoyer ou de ne pas renvoyer l'affaire au DPP, et celui-ci devra décider d'ouvrir ou de ne pas ouvrir des poursuites. Ces décisions seront susceptibles de contrôle juridictionnel.

127. Les requérants allèguent en outre que certaines anomalies passées et les retards constatés à ce jour ont déjà compromis les procédures d'investigation et d'enquête judiciaire. Dans l'affaire *Hugh Jordan*, la

Cour avait elle aussi constaté un certain nombre de dysfonctionnements procéduraux qui s'étaient produits avant même que l'enquête judiciaire n'ait eu lieu. Toutefois, la Cour observe que, depuis l'arrêt rendu en mai 2011 par la Cour suprême, le droit interne impose que l'enquête soit conforme aux exigences procédurales de l'article 2, ce qui n'était pas le cas dans l'affaire *Hugh Jordan*, que le coroner est déterminé à respecter cette exigence, et que l'action en contrôle juridictionnel pendante donnera lieu à un examen de certains aspects fondamentaux de l'enquête au regard des garanties procédurales découlant de l'article 2. Tant que la procédure interne est en instance, la Cour ne peut rechercher si des déficiences ou des retards constatés dans des investigations antérieures ont privé l'enquête judiciaire de sa capacité à établir les faits et à déterminer si les décès litigieux sont survenus dans des circonstances légales ou non (*McKerr*, § 117, *Hugh Jordan*, § 111, et *McShane*, § 103, tous précités).

128. Eu égard à l'ensemble des circonstances exposées ci-dessus, la Cour déclare les griefs formulés par les intéressés sur le terrain de l'article 2 irrecevables comme étant prématurés et/ou pour non-épuisement des voies de recours internes au sens de l'article 35 § 1, exception faite du grief tiré des retards apportés aux investigations considéré en lui-même. Dès lors, le grief connexe tiré de l'article 13 doit lui aussi être rejeté, conformément à l'article 35 §§ 3 a) et 4. La Cour relève qu'il serait loisible aux requérants de réintroduire leurs griefs sous l'angle des volets matériel et procédural de l'article 2 si l'évolution ou l'issue de la procédure interne devait se révéler insatisfaisante pour eux.

129. Toutefois, l'existence d'une procédure de contrôle juridictionnel pendante a pour conséquence que les investigations ouvertes sur la fusillade ayant causé la mort des proches des requérants – notamment l'enquête judiciaire – ne sont toujours pas terminées, vingt-trois ans après les faits. S'agissant de la recevabilité de ce grief tiré des retards apportés aux investigations considéré en lui-même, la Cour relève que le Gouvernement n'a pas expliqué comment les décisions de la *High Court* et les arrêts de la Cour suprême sur lesquels il s'est appuyé pourraient y remédier de manière effective. En conséquence, elle estime que, considéré en lui-même, le grief critiquant ces retards sous l'angle de l'article 2 n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention, et elle observe qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient dès lors de le déclarer recevable, de même que le grief connexe tiré de l'article 13 de la Convention.

C. Sur le fond

130. En ce qui concerne le fond du grief recevable, la Cour rappelle que l'article 2 exige que les investigations soient ouvertes promptement et qu'elles progressent avec une célérité raisonnable (voir les six arrêts concernant l'Irlande du Nord mentionnés au paragraphe 86 ci-dessus), indépendamment de la question de savoir si les retards allégués en ont réellement compromis l'effectivité. S'il peut arriver que des obstacles ou difficultés empêchent une enquête de progresser dans une situation particulière, il reste que la prompte ouverture d'une enquête par les autorités sur un cas d'usage de la force létale peut, d'une manière générale, être considérée comme 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 (*Hugh Jordan*, précité, §§ 108 et 136-140).

131. En l'espèce, il est frappant de constater que l'enquête judiciaire à proprement parler n'a été ouverte qu'en mars 2012, plus de vingt et un ans après les décès litigieux, survenus en 1990. Les retards que le Gouvernement n'a pas cherché à justifier sont énumérés ci-après.

132. Le non-lieu n'a été prononcé par le DPP que deux ans et demi après les décès de MM. McCaughey et Grew. Si l'on ne sait pas au juste à quel moment les requérants ont appris l'existence de cette décision – étant entendu que le droit interne en vigueur à l'époque pertinente n'obligeait pas le DPP à la notifier directement aux proches des défunts –, il est certain qu'ils en ont pris connaissance quelque temps après.

133. Pour sa part, la RUC n'a adressé les premières pièces au coroner que quatre ans après la survenance des décès. Elle a procédé à une autre communication de pièces un an plus tard, fin 1995. Il s'écoula ensuite deux ans avant que le coroner ne prenne contact pour la première fois avec les requérants – et seulement pour les informer que la RUC lui avait communiqué des documents quelques années auparavant –, puis quatre ans et demi avant qu'il n'invite la PSNI à lui communiquer les dépositions des militaires concernés, que la RUC lui adressa mi-2002 tout en refusant de lui fournir certains autres documents. À ce stade, près de douze années s'étaient écoulées depuis les faits litigieux.

134. Par la suite, il y eut de longs échanges de correspondance entre les requérants, le coroner et la PSNI au sujet de la communication des pièces. Ce n'est qu'après que les intéressés eurent introduit une procédure de contrôle juridictionnel, en octobre 2002, que la PSNI leur adressa, en février 2003, les documents que le coroner avait déjà reçus. Certes, l'action en contrôle juridictionnel a été examinée par trois degrés de juridiction,

mais la procédure a duré au total quatre ans et demi et s'est achevée en mars 2007 par un arrêt de la Chambre des lords en faveur des requérants.

135. La question de la communication des pièces demeura litigieuse par la suite : en juillet 2009, soit plus de deux ans après l'arrêt susmentionné de la Chambre des lords, la PSNI n'avait toujours pas communiqué certaines pièces au coroner. Malgré les nombreuses lettres de rappel envoyées par les requérants, la première audience préliminaire de l'enquête judiciaire ne se tint qu'en septembre 2009, et la PSNI ne fournit des documents expurgés aux intéressés qu'en décembre 2009. En outre, l'étendue de l'enquête donna lieu à un échange de vues entre le coroner et les requérants à l'initiative de ces derniers. Les questions de la communication des pièces, des preuves expertales et de l'inspection des lieux furent réservées jusqu'à ce qu'elles fussent tranchées en faveur des requérants par un arrêt de la Cour suprême rendu en mai 2011. Bien que la seconde action engagée par les requérants eût été tranchée rapidement et en leur faveur après avoir été examinée par trois degrés de juridiction, elle retarda de deux ans l'ouverture de l'enquête. Il fallut encore neuf à dix mois avant que les requérants obtiennent – en février et mars 2012 – les nouvelles dépositions des militaires concernés, juste avant l'ouverture de l'enquête en mars 2012. L'enquête progressa rapidement par la suite, s'achevant en mai 2012 par l'adoption d'un verdict détaillé.

136. Cette période globale de vingt-deux ans peut être divisée en trois grandes phases qui illustrent la nature des retards auxquels les requérants ont été confrontés.

137. La première, de 1990 à 2002, a été marquée par des périodes d'inactivité excessivement longues durant lesquelles la RUC et la PSNI procédèrent à des communications de documents qui se révélèrent par la suite incomplètes.

138. La deuxième phase, de 2002 à l'ouverture de l'enquête en mars 2012, a été caractérisée par des actions et démarches juridiques des requérants et de tiers qui étaient manifestement nécessaires pour faire progresser les investigations et faire clarifier certains aspects importants du droit et de la pratique en matière d'enquêtes judiciaires, notamment du point de vue des droits des proches. À cet égard, la Cour relève que les principes découlant de ses arrêts du 4 mai 2001 ont reçu application en droit interne, non par la voie législative mais à l'issue d'une série d'actions en contrôle juridictionnel complexes et se recoupant partiellement. L'entrée en vigueur de la loi sur les droits de l'homme en 2000 donna lieu à des questions nouvelles et capitales portant sur le droit des enquêtes judiciaires, notamment celle de l'applicabilité de ce texte aux enquêtes relatives à des décès survenus avant son entrée en vigueur, point crucial qui ne fut définitivement tranché qu'en mai 2011 par un arrêt de la Cour suprême rendu en faveur des requérants

qui revint sur la jurisprudence de la Chambre des lords établie par l'affaire *McKerr* (paragraphe 40 ci-dessus). Les intéressés jouèrent un rôle central dans cette importante évolution du droit. L'enquête qui les concernait fut ajournée – de 2002 à 2012 en pratique – en attendant l'issue des deux principales actions en contrôle juridictionnel qu'ils avaient engagées. Comme il a été déjà indiqué, ces actions ont permis de clarifier des questions cruciales touchant au droit des enquêtes judiciaires et se sont conclues à l'avantage des intéressés.

Toutefois, ce processus a entraîné des retards inévitables et importants dans la conduite des investigations et de l'enquête judiciaire sur les homicides imputés aux forces de sécurité en Irlande du Nord, retards que la Cour d'appel avait décrits de manière précise dans une décision rendue sur l'une des nombreuses actions en contrôle juridictionnel engagées par M. Hugh Jordan dans le cadre de l'affaire portant sur la mort de son fils, M. Pearse Jordan (paragraphe 82 ci-dessus). Le fait qu'il ait fallu ajourner l'enquête judiciaire si fréquemment et pendant si longtemps dans l'attente de l'issue des actions en contrôle juridictionnel démontre, aux yeux de la Cour, que la procédure d'enquête judiciaire n'était pas, à l'époque des faits, structurellement capable de garantir aux requérants un accès à une enquête effective pouvant être ouverte promptement et menée avec la célérité voulue (*Hugh Jordan* et *McKerr*, précités, §§ 138 et 155 respectivement).

139. À l'ouverture de la troisième et dernière phase de l'enquête, marquée par la tenue d'une audience, le retard était tel que la *High Court* a estimé devoir durcir les conditions d'octroi de l'autorisation de solliciter un contrôle juridictionnel, exigeant que les demandeurs démontrent l'existence de « circonstances exceptionnelles ». Cette décision a rendu extrêmement difficile la clarification des droits procéduraux des requérants et a conduit, de manière presque inévitable, à l'introduction d'une nouvelle action en contrôle juridictionnel après l'enquête judiciaire. Cette action est toujours pendante devant la *High Court*.

140. Les retards constatés ne sauraient passer pour compatibles avec l'obligation que l'article 2 de la Convention fait à l'État de veiller à l'effectivité des investigations portant sur des morts suspectes puisque, quelle que soit la manière dont elle est organisée en droit interne, la procédure d'enquête doit être ouverte promptement et être menée avec une célérité raisonnable. Dans cette mesure, le constat de retards excessifs dans l'enquête judiciaire implique par lui-même que l'enquête n'a pas été effective aux fins de l'article 2. Il s'ensuit qu'il y a eu violation du volet procédural de l'article 2 de la Convention du fait des retards excessifs apportés à l'enquête. Par ailleurs, aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 13 de la Convention à cet égard (*Hugh Jordan*, précité, §§ 163-165).

II. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 46 DE LA CONVENTION

141. Les passages pertinents de l'article 46 de la Convention sont ainsi libellés :

« 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.

(...)»

142. La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 46 les Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs rendus par la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe étant chargé de surveiller l'exécution de ces arrêts. Il en découle notamment que l'État défendeur reconnu responsable d'une violation de ses obligations conventionnelles est appelé à choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer dans la mesure du possible les conséquences, que le requérant ait ou non sollicité l'octroi d'une satisfaction équitable. L'État défendeur reste libre, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens de s'acquitter de son obligation juridique au regard de l'article 46 de la Convention pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour (*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], n^{os} 39221/98 et 41963/98, § 249, CEDH 2000-VIII, *Broniowski c. Pologne* [GC], n^o 31443/96, § 192, CEDH 2004-V, *Lukenda c. Slovaquie*, n^o 23032/02, §§ 89-98, CEDH 2005-X, *Apostol c. Géorgie*, n^o 40765/02, §§ 70-71, CEDH 2006-XIV, *Abuyeva et autres c. Russie*, n^o 27065/05, §§ 235-243, 2 décembre 2010).

143. Les requérants et le CAJ estiment que les retards affectant les enquêtes sur les homicides imputés aux forces de sécurité en Irlande du Nord constituent un problème endémique. Le CAJ invite notamment la Cour à indiquer une mesure au titre de l'article 46.

144. La Cour a conclu en l'espèce que les retards apportés à l'enquête n'étaient pas compatibles avec les garanties procédurales contenues dans l'article 2. Pour se prononcer ainsi, elle a jugé que, à l'époque des faits, la procédure d'enquête judiciaire n'était pas structurellement capable de garantir aux requérants un accès à une enquête effective pouvant être ouverte promptement et menée avec la célérité voulue (paragraphes 136-140 ci-dessus). La Cour prend note des informations fournies par le service du

coroner d'Irlande du Nord à la Cour suprême en avril 2011, et au CAJ en juillet 2011 (paragraphe 41 et 116 ci-dessus). Elle estime que le déroulement des investigations sur les homicides imputés aux forces de sécurité en Irlande du Nord, y compris la conduite des enquêtes judiciaires, se caractérise par d'importants retards. En outre, elle considère que les retards en question représentent un problème grave et répandu en Irlande du Nord. Tout en prenant note de la résolution adoptée en 2008 par le Comité des Ministres, la Cour observe que, plus récemment (résolution de mars 2009), celui-ci s'est déclaré préoccupé par les retards intervenus dans les enquêtes en ce qui concerne quatre des six arrêts précités rendus par la Cour au sujet de ce problème en Irlande du Nord (paragraphe 86-89). Les affaires sur lesquelles portent ces quatre arrêts se caractérisent par une succession de retards très similaires à ceux constatés en l'espèce (voir, notamment, *McKerr* et *Hugh Jordan*). Près de douze ans après le prononcé de ces quatre arrêts, le Comité des Ministres continue à surveiller l'exécution des mesures individuelles relatives aux délais d'enquête indiqués par la Cour.

145. La Cour rappelle que c'est au Comité des Ministres qu'il incombe, en vertu de l'article 46 de la Convention, de décider quelles mesures s'imposent concrètement au gouvernement défendeur dans le cadre de l'exécution de l'arrêt de la Cour (*Abuyeva et autres*, précité, § 243). Toutefois, quelles que soient les mesures concrètes choisies, l'observation de l'arrêt de la Cour implique que l'État défendeur prenne de manière prioritaire, en l'espèce et dans les affaires analogues où sont en cause des homicides imputés aux forces de l'ordre en Irlande du Nord et dans lesquelles des enquêtes judiciaires sont pendantes, toutes les dispositions nécessaires et appropriées pour garantir sans tarder le respect des exigences procédurales de l'article 2.

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

146. 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

147. La Cour constate que les requérants n'ont pas présenté de demande de réparation d'un dommage matériel ou moral. Dès lors, elle estime qu'il n'y a pas lieu de leur accorder une somme quelconque à ce titre.

B. Frais et dépens

148. Les requérants sollicitent 42 811,27 livres sterling au titre des frais et dépens engagés pour les besoins de la procédure devant la Cour et produisent des factures et des reçus à l'appui de leurs prétentions. Le Gouvernement juge que celles-ci sont excessives, notamment en ce qui concerne le nombre d'heures facturées par le *solicitor*, la requête et les observations des requérants ayant été rédigées par l'avocat principal.

149. 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, des critères ci-dessus, des deux séries d'observations demandées aux requérants et du nombre total d'heures de travail indiqué par eux, la Cour estime raisonnable d'allouer aux intéressés 14 000 euros pour frais et dépens, à convertir en livres sterling au taux applicable à la date du règlement, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt.

C. Intérêts moratoires

150. 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* recevables, à la majorité, les griefs fondés sur les articles 2 et 13 de la Convention et tirés du retard apporté aux investigations, et irrecevable le surplus de la requête;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation des exigences procédurales de l'article 2 de la Convention en raison des retards excessifs apportés aux investigations;
3. *Dit*, par six voix contre une, qu'aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 2 en ce qui concerne les retards en question;
4. *Dit*, à l'unanimité,
 - a) que l'État défendeur doit verser aux requérants, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, 14 000 EUR (quatorze mille euros) pour frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, à convertir en livres sterling au taux applicable à la date du règlement;

- b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ce montant sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
- c) que le Gouvernement doit prendre de manière prioritaire, en l'espèce et dans les affaires analogues où sont en cause des homicides imputés aux forces de l'ordre en Irlande du Nord et dans lesquelles des enquêtes judiciaires sont pendantes, toutes les dispositions nécessaires et appropriées pour garantir sans tarder le respect des exigences procédurales de l'article 2 de la Convention.
5. *Rejet*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 16 juillet 2013, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Françoise Elens-Passos
Greffière

Ineta Ziemele
Présidente

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion concordante de la juge Kalaydjieva ;
- opinion concordante du juge Mahoney.

I.Z.
E.E.P.

OPINION CONCORDANTE DE LA JUGE KALAYDJIEVA¹

(Traduction)

Il serait difficile de ne pas souscrire à la conclusion de la majorité selon laquelle les griefs des requérants tirés d'un manquement aux exigences de l'article 2 de la Convention ne sont pas manifestement mal fondés puisque « les investigations (...) ne sont toujours pas terminées, vingt-trois ans après les faits » dans l'affaire *McCaughy et autres* (paragraphe 129 de l'arrêt), et que la Cour est parvenue à la même conclusion dans l'affaire *Collette et Michael Hemsworth* à propos d'une procédure en cours depuis quinze ans (*Collette et Michael Hemsworth*, § 68). Le manquement de l'État défendeur à son obligation d'enquêter « promptement » est ici flagrant. Toutefois, cette circonstance ne justifie pas à elle seule le raisonnement suivi par la majorité, qui consiste à ramener l'analyse ordinairement opérée dans les affaires relevant de l'article 2 à celle qui s'applique aux affaires dites « de durée excessive de procédure ».

Ce raisonnement repose sur le postulat erroné selon lequel l'article 2 exige que les investigations « soient ouvertes promptement et qu'elles progressent avec une célérité raisonnable » « indépendamment de la question de savoir si les retards allégués en ont réellement compromis l'effectivité ». Ce postulat ne semble guère correspondre à la position adoptée par la Cour dans des centaines d'autres affaires où elle a jugé que « toute carence de l'enquête affaiblissant sa capacité à établir les circonstances de l'espèce ou à identifier les responsables risque de faire conclure qu'elle ne présente pas le niveau d'effectivité requis » (voir, parmi beaucoup d'autres, *Kelly et autres c. Royaume-Uni*, n° 30054/96, §§ 96-97, 4 mai 2001, *Anguelova c. Bulgarie*, n° 38361/97, § 139, CEDH 2002-IV, et *Mojsiejew c. Pologne*, n° 11818/02, 24 mars 2009). En outre, il ressort clairement de la jurisprudence que, dans certains cas, la conduite d'une enquête pénale s'impose indépendamment de la question de savoir si une action civile visant à la réparation du préjudice allégué a été exercée ou non. À cet égard, les deux affaires ici en cause sont à distinguer de l'affaire *Hugh Jordan c. Royaume-Uni* (n° 24746/94, 4 mai 2001), où le requérant n'avait pas engagé de procédure civile, et de l'affaire *Caraher c. Royaume-Uni* ((déc.), n° 24520/94, 4 mai 2000), où le requérant avait conclu un accord d'indemnisation. En tout état de cause, la procédure

1. La présente opinion porte sur les arrêts *McCaughy et autres c. Royaume-Uni* (n° 43098/09, CEDH 2013) et *Collette et Michael Hemsworth c. Royaume-Uni* (n° 58559/09, 16 juillet 2013), adoptés le même jour.

civile indemnitaire n'a jamais été considérée par la Cour comme étant le seul forum approprié pour statuer sur une allégation de violation de l'article 2 ou de l'article 3 de la Convention.

Le raisonnement de la majorité s'arrête ensuite sur les retards « imputables » à la complexité « exceptionnelle » de l'étendue traditionnelle et du champ de l'enquête judiciaire et/ou au temps qu'il a fallu aux juridictions internes pour y remédier à la demande des requérants (paragraphe 126 de l'arrêt, et *Collette et Michael Hemsworth*, §§ 69-70). Or la Convention n'indique nullement comment l'enquête prompte qu'elle exige doit être menée. La manière dont les faits sont établis est sans importance dès lors qu'ils sont portés à la connaissance des personnes concernées par des mesures promptes et raisonnables des autorités (voir, parmi beaucoup d'autres, *Stoyanovi c. Bulgarie*, n° 42980/04, §§ 64-69, 9 novembre 2010).

Dans ces conditions, je ne suis pas convaincue que le gouvernement défendeur soit fondé à invoquer les dysfonctionnements ou la « complexité » de la procédure interne – que les autorités connaissent vraisemblablement depuis les premiers arrêts rendus il y a des années par la Cour dans des affaires analogues dirigées contre le Royaume-Uni – ou le temps qu'il lui a fallu pour résoudre les difficultés d'interprétation soulevées par la question de savoir si le droit interne exigeait ou non que « l'enquête [fût] conforme aux exigences procédurales de l'article 2 » de la Convention (paragraphe 127 de l'arrêt, et *Collette et Michael Hemsworth*, § 70). Toujours est-il que le Gouvernement n'a pas démontré avoir adopté de son propre chef une quelconque mesure – et moins encore « toutes les mesures raisonnables » – en vue de l'établissement des faits.

Le raisonnement de la majorité semble aussi se fonder sur les retards « imputables » à la conduite « compréhensible » des intéressés. Le fait que les requérants des deux affaires dont il est ici question aient dû consentir de longs et pénibles efforts pour que le décès de leurs proches donne lieu à des investigations appropriées et effectives et que l'étendue de l'enquête judiciaire ait été élargie de manière à satisfaire aux exigences de l'article 2 ne saurait dénaturer l'obligation positive d'enquêter d'office qui pèse sur les États en une voie de recours à épuiser par les parties lésées. Le devoir des États contractants de fournir aux proches un accès effectif à l'enquête ne modifie en rien l'obligation qui leur est faite d'enquêter d'office et ne la réduit pas à « garantir aux requérants un accès à une enquête effective pouvant être menée promptement et avec la célérité voulue (paragraphe 138 de l'arrêt, et *Collette et Michael Hemsworth*, § 73). Le fait que les requérants aient « naturellement » exercé toutes les voies de droit qui leur étaient ouvertes et accessibles ne saurait leur être opposé.

Ce raisonnement conduit inévitablement la majorité à conclure, de manière lacunaire, que le « processus d'établissement des faits inusité » à laquelle l'enquête judiciaire avait donné lieu n'était pas « structurellement capable de garantir aux requérants un accès à une enquête effective pouvant être ouverte promptement et menée avec la célérité voulue ». Je souscris pleinement à cette conclusion. Toutefois, je doute de son utilité alors que plus de dix ans se sont écoulés depuis l'adoption des premiers arrêts analogues rendus contre le Royaume-Uni (paragraphe 85 de l'arrêt, et *Collette et Michael Hemsworth*, § 14). Les principes applicables à l'obligation d'enquêter avaient déjà été énoncés dans l'arrêt *Hugh Jordan* (§§ 72-74) et ont été appliqués à tous les autres états contractants.

L'objet des deux affaires ici en cause porte sur l'objectif premier que l'article 2 assigne à l'enquête, à savoir l'établissement et la divulgation des faits et circonstances dont seules les autorités ont connaissance. La recherche d'un remède approprié et effectif, qui peut notamment prendre la forme de la mise en cause de la responsabilité administrative, disciplinaire, pénale ou pécuniaire, n'est possible que si cette divulgation a été effectuée (voir, par exemple, *Iliya Petrov c. Bulgarie*, n° 19202/03, 24 avril 2012, ou *Nencheva et autres c. Bulgarie*, n° 48609/06, 18 juin 2013). La conduite d'une enquête ne paraît pas s'imposer lorsque les parties lésées connaissent dès l'origine les faits dont découlent leurs griefs défendables (*Nencheva et autres*, précité).

Rien n'explique – et moins encore ne justifie – que les autorités internes ne se soient pas acquittées de leurs obligations par des moyens plus adéquats et plus rapides à leur convenance, notamment par le choix « prioritaire » de toute autre « mesure concrète » introduite au moyen d'une modification de la loi.

Il reste cependant à savoir si, en présence d'une enquête interne manifestement ineffective assimilable à un refus d'enquêter, la Cour pourrait se trouver dans l'impossibilité d'exercer le moindre contrôle sur des griefs aussi graves ou contrainte de déclarer les autorités internes « libres en définitive » de s'acquitter de leurs obligations comme elles l'entendent.

Les autorités n'ayant pas saisi les nombreuses occasions qui leur ont été offertes depuis plus d'une quinzaine ou d'une vingtaine d'années d'accomplir leur devoir, je ne suis pas convaincue que l'état défendeur doive « reste[r] libre, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens de s'acquitter de son obligation juridique » au titre de l'article 2 de la Convention. Cette position me paraît être très en recul au regard de celle qui avait été adoptée par la Cour il y a plus de dix ans dans des arrêts rendus contre le Royaume-Uni, où elle avait déclaré qu'« une réponse rapide des autorités p[ouvait] généralement être considérée comme essentielle pour préserver la confiance du public dans le respect du principe de légalité et

pour éviter toute apparence de complicité ou de tolérance relativement à des actes illégaux» (*Hugh Jordan*, précité, §§ 108 et 136-140). Les conclusions auxquelles la Cour est parvenue dans cette affaire se fondaient sur l'absence de raison de croire que le requérant ne pourrait pas faire valoir ses droits au niveau interne. Elles ne valent que dans les situations où, contrairement aux requérants des affaires *McCaughey et autres* et *Collette et Michael Hemsworth*, les parties lésées ne sont pas confrontées à des difficultés constantes pour prendre connaissance des faits et obtenir qu'ils soient établis.

Dans les deux affaires ici en cause, la majorité n'a pas recherché si, au cours des vingt dernières années, les autorités avaient véritablement essayé d'établir les faits et de les divulguer – objectif premier de leur obligation d'enquête – ni dans quelle mesure elles y étaient parvenues, étant entendu que la réalisation de cet objectif aurait elle-même permis l'adoption des mesures nécessaires à l'établissement des responsabilités disciplinaire, pénale ou pécuniaire éventuelles. Sur ce point, la majorité s'est bornée à prendre acte de l'absence de certains témoins et pièces, et à observer que «la procédure pénale et la procédure disciplinaire, qui revêtent une importance cruciale pour l'obligation d'enquêter découlant de l'article 2, peuvent désormais être engagées» (*Collette et Michael Hemsworth*, § 63), et que «toute autre procédure pénale ou disciplinaire (...) seraient certainement de nature à éclairer l'action civile» (introduite en 2001 dans l'affaire *Collette et Michael Hemsworth*, § 61). Par le passé, la Cour avait déclaré que la reconnaissance d'un retard par les autorités internes (paragraphe 92 de l'arrêt) ne suffisait pas à priver la partie lésée de sa qualité de victime en l'absence de redressement à cet égard (*Scordino c. Italie (n° 1)* [GC], n° 36813/97, §§ 178 et suiv., et § 193, CEDH 2006-V).

Il convient de garder à l'esprit que ce sont précisément des situations dans lesquelles les autorités nationales n'avaient pas pris de mesures promptes et effectives visant à établir les faits et à les divulguer au public et aux parties lésées qui ont conduit la Cour à élaborer sa jurisprudence sur les obligations positives d'enquête. À chaque fois que les autorités sont défailtantes sur ce point, la Cour doit examiner les faits exposés par les parties comme le ferait un tribunal de première instance. Dans les affaires *McCaughey et autres* et *Collette et Michael Hemsworth*, le Gouvernement a manqué à son obligation d'ouvrir promptement une enquête officielle et n'a pas non plus estimé nécessaire de faire connaître à la Cour son point de vue sur la question de savoir si les faits dont il avait connaissance révélaient ou non une violation de l'article 2.

Dans l'affaire *Collette et Michael Hemsworth*, les requérants se sont heurtés pendant des décennies à la réticence avérée des autorités internes et à des agissements assimilables à une tentative d'entrave à la justice (*Collette et*

Michael Hemsworth, § 23) avant de se voir informer que le DPP « examinait sérieusement » la question de savoir s'il convenait de donner des suites pénales à l'emploi de la force contre une personne qui n'était même pas soupçonnée d'activités terroristes (*Collette et Michael Hemsworth*, § 31), tandis que dans l'affaire *McCaughey et autres*, il a été indiqué que le DPP pourrait encore devoir reconsidérer sa position initiale et rendre une décision « susceptible elle-même de contrôle juridictionnel » (paragraphe 100 de l'arrêt).

À vrai dire, en déclarant « ne [pouvoir] examiner au fond les allégations de violation des volets procédural et matériel de l'article 2 [contrairement à la pratique suivie dans les affaires dirigées contre d'autres pays], hormis le grief critiquant la durée excessive de l'enquête » (paragraphe 121 de l'arrêt), la majorité enjoint aux requérants de se tourner vers d'autres procédures d'une durée inconnue, leur indiquant par ailleurs que « si l'évolution ou l'issue de la procédure interne devait se révéler insatisfaisante pour [eux], il leur serait loisible de réintroduire leurs griefs [devant la Cour] » (*Collette et Michael Hemsworth*, § 67).

Dans ces conditions, je ne suis pas certaine que l'enquête interne ait eu pour objectif de « conduire à l'identification et au châtiement des responsables » (voir l'arrêt *Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, § 102, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII, qui renvoie aux arrêts *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, § 161, série A n° 324, *Kaya c. Turquie*, 19 février 1998, § 86, *Recueil* 1998-I, et *Yaşa c. Turquie*, 2 septembre 1998, § 98, *Recueil* 1998-VI).

L'absence de toute explication plausible au fait que les autorités n'aient pas recueilli des preuves cruciales pendant qu'il en était encore temps et qu'elles aient même essayé de faire obstacle à la collecte des preuves appelle une vigilance particulière. En réalité, la durée pendant laquelle il est avéré que les autorités ont systématiquement – voire délibérément – refusé ou omis de procéder en temps utile à des investigations appropriées et de prendre toutes les mesures nécessaires pour enquêter sur des allégations plausibles de violation des articles 2 et 3 donne à penser que l'écoulement du temps peut théoriquement conférer une immunité virtuelle à certains au moins des agents de l'état.

Je renvoie à mon opinion séparée jointe à l'arrêt *Oleksiy Mykhaylovych Zakharkin c. Ukraine* (n° 1727/04, 24 juin 2010). « En pareilles circonstances, le fait que les autorités aient ouvertement refusé de mener une enquête et qu'elles aient empêché la Cour d'exercer son contrôle, la plaçant ainsi dans la situation d'un simple témoin – ou, à plus proprement parler, dans une situation de « complicité ou de tolérance relativement à des actes illégaux » – constituera une humiliation supplémentaire pour les victimes des [violations] alléguées. »

Je préfère m'abstenir de tout commentaire sur le montant de l'indemnisation accordée aux requérants, qui paraît inapproprié même pour « les seuls retards », et/ou sur l'impression de cynisme qui risque de s'en dégager. En revanche, je suis préoccupée par le fait que le présent arrêt ait pour effet général non seulement d'aggraver l'ineffectivité déjà constatée, mais de rendre aussi le rôle subsidiaire de la Cour manifestement redondant. La Cour n'aurait pas eu à intervenir à ce titre si les autorités internes avaient rempli leur rôle premier en temps utile.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE MAHONEY

(Traduction)

Les opinions exprimées ci-après ne visent nullement à critiquer le raisonnement suivi par la chambre, auquel je souscris entièrement, mais seulement à ajouter quelques observations sur un point que le présent arrêt aborde sans l'approfondir, et qui porte sur les rapports qu'entretiennent deux courants jurisprudentiels ayant trait à l'interaction entre les exigences matérielles et procédurales de la clause de la Convention protégeant le droit à la vie, c'est-à-dire l'article 2.

Deux courants jurisprudentiels

Le Gouvernement s'appuie sur une jurisprudence issue d'une série d'affaires britanniques illustrée par l'affaire *Caraher c. Royaume-Uni* ((déc.), n° 24520/94, CEDH 2000-I) (paragraphe 86 et 93 de l'arrêt). Généralement, ce courant jurisprudentiel est résumé comme impliquant que, lorsqu'une violation de l'article 2 ou de l'article 3 – la clause prohibant la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants – a été reconnue et réparée de manière adéquate dans le cadre d'une procédure civile interne, ou qu'une telle procédure est disponible ou pendante, la Cour de Strasbourg doit se borner, dans le cadre de la procédure internationale dont elle est saisie, à examiner les griefs plausibles de violation du volet procédural de l'article 2 (ou 3), étant entendu que le versement de dommages et intérêts au niveau national ne dispense pas l'état de son obligation conventionnelle d'établir la responsabilité de ses agents pour les actes ou omissions contraires à l'article 2 (ou 3).

Les requérants se prévalent au contraire d'une jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Nikolova et Velitchkova c. Bulgarie* (n° 7888/03, §§ 55-56, 20 décembre 2007) (paragraphe 103 de l'arrêt), qui paraît indiquer que l'examen d'un grief matériel tiré de l'article 2 (ou 3) doit être lié à l'appréciation par la Cour de toutes les garanties procédurales disponibles, y compris les procédures d'enquête, et non des seules actions civiles exercées ou disponibles. Or selon une interprétation de cette jurisprudence, celle-ci exigerait qu'une procédure interne susceptible de conduire à l'identification et à la punition de l'auteur de la violation soit disponible pour que la Cour s'abstienne d'examiner le grief matériel soulevé dans le cadre du recours international exercé devant elle, non que la procédure en question ait effectivement abouti à ce résultat (voir, par exemple, les termes utilisés dans

les arrêts *Fadime et Turan Karabulut c. Turquie*, n° 23872/04, § 39, 27 mai 2010, et *Ablyazov c. Russie*, n° 22867/05, § 54, 30 octobre 2012).

Rapprochement de ces deux courants jurisprudentiels

J'estime que ces deux courants jurisprudentiels peuvent parfaitement être compris comme étant conciliables plutôt que divergents.

L'arrêt *Nikolova et Velitchkova* porte sur le contenu de l'obligation imposée aux États contractants par l'article 2 et sur les conséquences qui en découlent pour le contrôle strict que la Cour doit exercer lorsqu'elle est appelée à examiner des griefs fondés sur l'article 2: en cas de mauvais traitements volontaires ayant entraîné la mort infligés par des agents de l'état, celui-ci ne peut remédier à la violation de l'article 2 exclusivement par l'octroi d'une indemnisation aux proches de la victime. Selon cet arrêt (précité, § 55), si les autorités n'étaient pas tenues de poursuivre et de punir comme il se doit les responsables d'une telle violation, elles pourraient s'« offrir » la violation commise par ceux-ci, ou encore « acheter » leur immunité. Dans l'arrêt *Fadime et Turan Karabulut* (précité), la Cour a exprimé la même idée, dans les termes suivants :

« 39. (...) Si les autorités pouvaient se borner à réagir à des atteintes à la vie par l'octroi d'une simple indemnité (...) les agents de l'État pourraient dans certains cas enfreindre les droits des personnes soumises à leur contrôle pratiquement en toute impunité (...)

44. (...) [L]'article 2 impose à l'état le devoir d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations (...). Le respect par l'État des obligations positives qui lui incombent en vertu de l'article 2 de la Convention exige que l'ordre juridique interne montre sa capacité à faire appliquer la loi pénale contre les auteurs d'un meurtre (...)

45. S'il n'existe pas d'obligation de résultat supposant que toute poursuite doit se solder par une condamnation, voire par le prononcé d'une peine déterminée, les juridictions nationales ne sauraient en aucun cas se montrer disposées à laisser impunies des atteintes à la vie. Cela est indispensable pour maintenir la confiance du public et assurer son adhésion à l'État de droit ainsi que pour prévenir toute apparence de tolérance d'actes illégaux, ou de collusion dans leur perpétration (...)

Ce point a aussi été souligné, de manière concise, dans l'arrêt *Beganović c. Croatie* (n° 46423/06, § 56, 25 juin 2009), où étaient en cause des griefs tirés de l'article 3 :

« (...) Dans des affaires telles que la présente espèce, les recours civils invoqués par le Gouvernement ne sont pas suffisants pour qu'un État contractant puisse passer pour avoir satisfait à ses obligations au titre de l'article 3 de la Convention, car ils

visent à l'octroi de dommages et intérêts et non à l'identification et à la punition des responsables (...)»

Par conséquent, un grief tiré de l'article 2 et relatif à la protection procédurale que l'ordre juridique interne doit assurer en cas d'homicide par des agents de l'état subsistera même lorsqu'il a été reconnu au niveau interne que le comportement incriminé était constitutif d'une violation matérielle et que celle-ci a déjà donné lieu à une réparation suffisante, ou qu'un recours interne effectif susceptible de conduire à une telle reconnaissance et à une telle réparation est disponible. La possibilité, pour les proches des victimes, de solliciter et d'obtenir réparation ne représente qu'une partie des mesures que l'article 2 exige du système juridique national en cas de décès résultant d'actes commis par des agents de l'état, en particulier lorsqu'il s'agit de mauvais traitements volontaires.

En résumé, l'article 2 met à la charge des états une obligation procédurale qui leur impose de mener une enquête adéquate – et, le cas échéant, de poursuivre les responsables – et qui demeure soumise à un contrôle strict de la part de la Cour même lorsque l'existence d'une violation matérielle a été reconnue au niveau interne et qu'une réparation suffisante a été accordée ou qu'un recours interne susceptible de conduire à une telle reconnaissance et à une telle réparation est disponible. En d'autres termes, le fait que cette obligation subsiste implique, sur le plan international, qu'une requête dénonçant une violation d'ordre procédural doit être examinée au fond par la Cour même lorsque la violation matérielle a été reconnue et redressée ou peut l'être au niveau interne.

Cependant, ces conclusions interdépendantes n'ont pas en elles-mêmes et par elles-mêmes pour effet de dispenser les requérants de l'obligation que leur impose l'article 35 § 1 d'épuiser les recours internes adéquats, par exemple en exerçant une action civile tendant au redressement de la violation matérielle, dès lors qu'un tel recours est disponible et que l'absence d'enquête adéquate n'a pas compromis son effectivité. Les obligations distinctes découlant des articles 2 (ou 3) et 35 § 1, qui pèsent respectivement sur les états et sur les requérants potentiels, ne doivent pas être confondues et amalgamées.

La Cour l'a d'ailleurs précisé dans un arrêt rendu par la Grande Chambre en 1996 dans l'affaire *Akdivar et autres c. Turquie* (16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV), l'un des premiers à avoir énoncé que la Convention impose à l'état un devoir d'enquête (voir, pour un raisonnement similaire suivi dans des « affaires turques », *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI, et *Menteş et autres c. Turquie*, 28 novembre 1997, *Recueil* 1997-VIII; par la suite, la Cour a développé la jurisprudence « turque » ainsi établie en déduisant l'obligation d'enquête directement

de l'article 2 dans l'affaire *Kaya c. Turquie* (19 février 1998, §§ 86-87, *Recueil* 1998-I.), qui s'appuie sur l'affaire britannique antérieure dite de « la mort sur le Rocher », *McCann et autres c. Royaume-Uni* (27 septembre 1995, §§ 161-163, série A n° 324). Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Akdivar et autres*, la répartition de la charge de la preuve s'oppose à ce qu'un grief puisse être rejeté au seul motif qu'il existe un recours civil théoriquement adéquat dès lors que le requérant parvient à établir que, pour une raison quelconque, le recours en question n'était ni adéquat ni effectif eu égard aux faits de l'espèce, ou encore que certaines circonstances particulières le dispensaient de l'obligation d'épuiser ce recours. L'une de ces raisons peut être le manquement des autorités nationales à mener des investigations face à des allégations sérieuses selon lesquelles des agents de l'État ont commis des fautes ou causé un préjudice (§ 68). La Cour a reconnu que, eu égard à la situation que connaissait le Sud-Est de la Turquie à l'époque pertinente,

« (...) les difficultés que présent[ait] la recherche de preuves concluantes aux fins de la procédure judiciaire interne, inévitables en cas de troubles, p[ouvaient] rendre vain l'emploi de recours en justice et empêcher la tenue des enquêtes administratives dont dépend[ai]ent ces recours. » (§ 70)

Les conclusions de la Cour tirées des faits de l'espèce se lisent ainsi :

« (...) Dans ces conditions [qui se caractérisaient par de graves troubles civils ainsi que par l'insécurité et la vulnérabilité dans lesquelles se trouvaient les requérants depuis la destruction de leurs maisons], les perspectives de succès d'une procédure civile fondée sur des allégations contre les forces de sécurité ne peuvent qu'être jugées négligeables en l'absence de toute enquête officielle sur ces allégations, même en supposant que les requérants aient pu s'assurer les services d'avocats prêts à défendre leur cause devant les tribunaux (...) » (§ 73)

Déduire du courant jurisprudentiel inauguré par l'arrêt *Nikolova et Velitchkova* une règle absolue selon laquelle l'absence d'enquête et de poursuites effectives requises par l'article 2 (ou 3) oblige nécessairement et automatiquement la Cour à examiner au fond un grief matériel tiré de cet article ne cadrerait guère avec l'aversion que la Cour manifeste à l'égard des restrictions totales et heurterait de front la jurisprudence *Adkivar et autres*. Comme la Cour a pris soin de le préciser dans l'arrêt *Adkivar et autres* :

« La Cour tient à souligner que sa décision se limite aux circonstances de l'espèce et ne doit pas s'interpréter comme une déclaration générale signifiant que les recours ne sont pas effectifs dans cette région de la Turquie ou que les requérants sont dispensés de l'obligation (...) de faire normalement usage des recours qui existent en droit comme en fait. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles, comme celles dont la présence a été prouvée en l'espèce, que la Cour peut accepter que des requérants s'adressent directement aux institutions de Strasbourg pour faire redresser leurs griefs sans avoir auparavant fait la moindre tentative pour obtenir réparation devant les juridictions internes. » (§ 77)

En revanche, il découle nécessairement des arrêts *Nikolova et Velitchkova* et *Akdivar et autres* que, pour rejeter un grief matériel pour non-épuisement des voies de recours internes, la Cour doit examiner toutes les garanties procédurales disponibles – notamment la question de savoir si une enquête adéquate a été menée ou non – afin d’apprécier si le requérant disposait vraiment en pratique d’un recours effectif pour se plaindre de la violation matérielle alléguée. On admettra volontiers que, dans bien des cas, l’approche adoptée dans l’arrêt *Nikolova et Velitchkova* oblige effectivement la Cour à examiner au fond le grief matériel.

Du point de vue de la procédure suivie devant la Cour, il peut en résulter, comme dans l’affaire *Akdivar et autres*, que le constat de l’ineffectivité pratique du recours invoqué par le gouvernement défendeur s’impose d’emblée tant les déficiences de l’enquête sont flagrantes, ou que la question de l’épuisement des recours internes doit être jointe au fond en présence d’un grief plausible de nature procédurale tiré du caractère inadéquat d’une enquête. Mais on ne peut et ne doit pas exclure que, dans certains cas, les preuves établissent clairement que la capacité d’un recours interne disponible permettant l’examen d’un grief matériel dénonçant un homicide injustifié imputé à des agents de l’État n’est pas compromise au point de rendre inefficace le recours en question. En pareils cas, on ne voit pas pourquoi i) le requérant devrait être dispensé de son obligation, normale au regard de l’article 35 § 1, d’épuiser un recours disponible et effectif se rapportant à ce grief précis, d’ordre matériel, ni pourquoi ii) la Cour ne devrait pas autoriser le système national à accomplir sa tâche subsidiaire.

Il y a lieu d’établir une distinction entre deux aspects du mécanisme de la Convention. Le premier impose à la Cour d’exercer systématiquement un contrôle strict sur les griefs tirés de l’article 2, au regard notamment des garanties procédurales relatives au caractère approprié de l’enquête et des poursuites, à la fois comme étant susceptibles en eux-mêmes de conduire à un constat de violation de cette disposition, et comme facteurs susceptibles de nuire à l’effectivité d’un recours judiciaire ou d’une autre nature ouvert aux proches des victimes. Le second impose au requérant, au titre de l’article 35 § 1, l’obligation – découlant du principe de « subsidiarité » – d’épuiser les recours internes, même si ceux-ci ne couvrent que l’un des volets de son grief tiré de l’article 2, c’est-à-dire le volet matériel. Ces deux aspects du mécanisme de la Convention se recoupent et sont liés, quoiqu’ils ne coïncident pas à 100 %. Comme l’arrêt *Akdivar et autres* le laisse entendre, le constat de l’insuffisance de l’enquête et des poursuites n’a pas pour effet automatique et absolu de rendre inopérante l’obligation du requérant d’épuiser un recours civil interne disponible et effectif tendant à la réparation d’une violation matérielle de l’article 2 ou de l’article 3 (selon

le cas). Le constat éventuel de l'insuffisance de l'enquête et des poursuites peut être un indice convaincant de l'ineffectivité d'un recours interne indemnitaire dans certaines circonstances, mais il n'est pas déterminant en lui-même ou dans tous les cas.

En conclusion de cette question de principe d'ordre général, je dirais qu'il serait simpliste et faux d'interpréter la jurisprudence *Nikolova et Velitchkova* comme imposant systématiquement à la Cour, en l'absence d'enquête et de poursuites adéquates, l'obligation d'examiner l'intégralité des moyens de fond – matériels et procéduraux – soulevés dans les requêtes portant sur le droit à la vie.

Les recours civils en Irlande du Nord

Les juridictions d'Irlande du Nord disposent de plusieurs mécanismes procéduraux pour établir les faits. Elles peuvent notamment contraindre les témoins à comparaître, ordonner la divulgation et la communication de documents, et traiter les preuves jugées sensibles pour la sécurité nationale de manière à ménager un juste équilibre entre les exigences légitimes de la sûreté publique et l'intérêt légitime du plaignant à l'établissement des faits. Le niveau de preuve requis en droit civil pour établir la responsabilité est celui de la plus forte probabilité, et non le critère plus rigoureux de la preuve au-delà de tout doute raisonnable applicable en droit pénal ou dans le droit de la Convention. À mon sens, la logique sous-jacente aux arrêts antérieurs concernant l'Irlande du Nord – notamment l'arrêt *Hugh Jordan c. Royaume-Uni* (n° 24746/94, 4 mai 2001) – postule que les voies de recours civiles disponibles en Irlande du Nord (comme d'ailleurs au Royaume-Uni de manière générale) présentent des capacités et une solidité suffisantes pour constituer, en principe, un moyen effectif pour établir les faits ainsi que les responsabilités et obtenir, le cas échéant, une réparation adéquate en cas d'homicides ou de sévices imputés à des agents de l'État. En conséquence – et conformément au raisonnement suivi dans l'arrêt *Akdivar et autres* –, les requérants qui formulent un grief matériel tiré de l'article 2 et dénonçant un homicide illégal doivent en principe épuiser les recours civils. Il faudrait démontrer, dans telle ou telle affaire portée devant la Cour, que les carences de l'enquête ou des poursuites dirigées contre les responsables de la violation sont d'une gravité telle que la voie civile s'en trouve compromise au point qu'il serait déraisonnable d'exiger que le requérant l'épuise. Tel pourrait être le cas, notamment, lorsque, en raison des retards pris, des preuves de première importance ont été perdues ou détruites, ou que des témoins clés sont décédés ou introuvables, etc. On retrouve la même logique à l'œuvre dans d'autres affaires dirigées contre d'autres pays, quoiqu'elle ait conduit à une solution différente, la Cour ayant conclu que les recours civils

disponibles n'offraient aucune chance réelle d'établir les circonstances des décès en cause ou les responsabilités des agents de l'État.

Les particularités de la présente affaire

La chambre constate, au paragraphe 122 de son arrêt, qu'« il n'a pas été démontré que les juridictions civiles ne sont pas en mesure d'établir les faits et de déterminer (...) si les décès (...) sont survenus dans des circonstances légales ou non ». Il ressort des pièces du dossier que les requérants sont désormais bien informés de l'identité des autorités responsables de la planification de l'opération, ainsi que de celle des militaires et des agents de police qui ont pris part à cette opération et, par la suite, aux investigations. De très nombreuses informations portant sur les faits dénoncés par les requérants ont été divulguées et leur sont accessibles. À ce stade, on ne saurait dire que l'absence – alléguée par les requérants – d'investigations et de poursuites adéquates ait rendu inefficace l'exercice d'une action civile. Comme le relève l'arrêt de la chambre, « [s]i le temps écoulé depuis les faits risque de compliquer pour les juridictions civiles la collecte des preuves, celle-ci doit en principe se faire sous l'égide des tribunaux internes et non d'une juridiction internationale ». L'action civile exercée par les requérants devant les juridictions internes peut aboutir au même constat que celui qu'ils cherchent à obtenir de la Cour – le constat du fait que certaines autorités publiques qu'ils tiennent pour responsables ont commis des homicides injustifiés –, et le même type de redressement, c'est-à-dire l'octroi d'une indemnisation. De manière générale, et sous réserve, le cas échéant, des particularités des garanties procédurales contenues dans l'article 2 de la Convention, c'est précisément le type de situation que vise la règle de l'épuisement des voies de recours internes énoncée à l'article 35 § 1.

Dans l'affaire *Nikolova et Velitchkova*, comme dans d'autres affaires analogues, la Cour a jugé qu'un recours civil indemnitaire qui avait déjà été épuisé était incapable de fournir un redressement approprié à des mauvais traitements volontaires ayant entraîné la mort infligés par des agents de l'État, après avoir relevé de graves déficiences dans l'enquête et les poursuites pénales et/ou disciplinaires clôturées qui avaient été engagées contre les responsables. Elle avait en effet constaté que les poursuites en question s'étaient soldées par un résultat comportant « une disproportion manifeste entre la gravité de l'infraction [dont la commission avait été démontrée] et la sanction infligée » (voir, par exemple, *Nikolova et Velitchkova*, précité, §§ 62-63, et *Fadime et Turan Karabulut*, précité, § 47; voir aussi *Gäfgen c. Allemagne* [GC], n° 22978/05, §§ 123-125, CEDH 2010, pour des actes contraires à l'article 3). Loin d'assurer la protection procédurale exigée par l'article 2, l'issue de la procédure d'enquête et de poursuite a été jugée

susceptible de favoriser un sentiment d'impunité chez les agents de l'État responsables de l'homicide (voir, par exemple, *Nikolova et Velitchkova*, précité, § 63 *in fine*).

De ce point de vue, les griefs formulés sur le terrain de la Convention en l'espèce sont prématurés, contrairement à ceux qui avaient été soulevés dans les affaires susmentionnées puisque, « en raison de la procédure de contrôle juridictionnel en instance, l'ouverture de nouvelles procédures d'enquête – notamment pénales et/ou disciplinaires – demeure possible » (paragraphe 121 de l'arrêt), et que les griefs portés par les intéressés devant la Cour, notamment leurs griefs procéduraux sur lesquels il n'a pas été statué, peuvent être examinés et, s'ils sont déclarés bien fondés, redressés au niveau interne dans le cadre de cette instance en cours de déroulement (paragraphe 123-127 de l'arrêt). En particulier, dès lors que « l'action en contrôle juridictionnel pendante donnera lieu à un examen de certains aspects fondamentaux de l'enquête au regard des garanties procédurales découlant de l'article 2 », « la Cour ne peut rechercher [avant de connaître l'issue de l'action en question] si des déficiences ou des retards constatés dans des investigations antérieures ont privé l'enquête judiciaire de sa capacité à établir les faits et à déterminer si les décès litigieux sont survenus dans des circonstances légales ou non » (paragraphe 127 *in fine* de l'arrêt).

Ainsi qu'il est indiqué dans l'arrêt (paragraphe 128 *in fine*), il serait loisible aux requérants de réintroduire devant la Cour leurs griefs matériels et leurs griefs procéduraux non résolus tirés de l'article 2 si l'évolution ou l'issue des diverses procédures internes non encore achevées devait se révéler insatisfaisante pour eux.

Observations finales

Il paraîtra sans doute anormal, vingt-trois ans après le décès des proches des requérants, que les griefs matériels formulés par ces derniers et la plupart de leurs griefs procéduraux dénonçant une violation de l'article de la Convention qui protège le droit à la vie puissent être qualifiés juridiquement de « prématurés ». Toutefois, il en va ainsi précisément parce que les retards innombrables et excessifs ayant marqué l'enquête judiciaire ont fait obstacle à une prompt ouverture et à un déroulement raisonnablement diligent des investigations. C'est pourquoi, avant même que ne se termine l'action civile et la dernière en date des procédures de contrôle juridictionnel engagées par les intéressés, la Cour ne peut que conclure à une violation du volet procédural de l'article 2 de la Convention, le Royaume-Uni ayant, en raison du non-respect de cette exigence de promptitude et de diligence, manqué à son obligation de garantir aux requérants, par l'intermédiaire du système

judiciaire d'Irlande du Nord, l'effectivité des investigations portant sur la mort infligée à leurs proches par les forces de sécurité.

