

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



REPORTS
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2013-V



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-V



Published by/Publié par

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

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

ISBN: 978-9-462-40244-7

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2015

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2015

The *Reports of Judgments and Decisions* is an official publication of the European Court of Human Rights containing a selection of key judgments and decisions of the Court with summaries prepared by the Registry. For the years 2007 and onwards the selection has been made by the 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>Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie</i> [GC], n° 2330/09, arrêt du 9 juillet 2013 (extraits)	1
<i>Sindicatul “Păstorul cel Bun” v. Romania</i> [GC], no. 2330/09, judgment of 9 July 2013 (extracts)	41
<i>I.B. c. Grèce</i> , n° 552/10, arrêt du 3 octobre 2013	81
<i>I.B. v. Greece</i> , no. 552/10, judgment of 3 October 2013	113
<i>Gutsanovi c. Bulgarie</i> , n° 34529/10, arrêt du 15 octobre 2013 (extraits)	143
<i>Gutsanovi v. Bulgaria</i> , no. 34529/10, judgment of 15 October 2013 (extracts)	173
<i>Janowiec and Others v. Russia</i> [GC], nos. 55508/07 and 29520/09, judgment of 21 October 2013	203
<i>Janowiec et autres c. Russie</i> [GC], n ^{os} 55508/07 et 29520/09, arrêt du 21 octobre 2013	305

Subject matter/Objet des affaires

Article 3

Heavy-handed nature of police operation to arrest politician at his home in the presence of his wife and minor children

Gutsanovi v. Bulgaria, p. 173

Caractère excessif d'une opération policière menée au domicile d'un homme politique en présence de son épouse et de ses enfants mineurs aux fins de son arrestation

Gutsanovi c. Bulgarie, p. 143

Alleged failure adequately to account for fate of Polish prisoners executed by Soviet secret police at Katyn in 1940

Janowiec and Others v. Russia [GC], p. 203

Allégations de défaut d'enquête adéquate sur le sort de prisonniers de guerre exécutés par la police secrète soviétique à Katyn en 1940

Janowiec et autres c. Russie [GC], p. 305

Article 11

Refusal to register a trade union for priests on account of the autonomy of religious communities

Sindicatul "Păstorul cel Bun" v. Romania [GC], p. 41

Refus d'enregistrer un syndicat de prêtres au nom du respect de l'autonomie des cultes

Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie [GC], p. 1

Article 14 in conjunction with Article 8/

Article 14 combiné avec l'article 8

Dismissal of HIV-infected person owing to pressure exerted by his colleagues

I.B. v. Greece, p. 113

Licenciement d'une personne atteinte du VIH en raison des pressions exercées par ses collègues

I.B. c. Grèce, p. 81

Article 35**Article 35 § 3**

Court's temporal jurisdiction in respect of deaths that occurred fifty-eight years before the Convention came into force in the respondent State

Janowiec and Others v. Russia [GC], p. 203

Compétence temporelle de la Cour à l'égard de décès survenus cinquante-huit ans avant l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'État défendeur

Janowiec et autres c. Russie [GC], p. 305

Article 38

Refusal on grounds of national security to provide copy of domestic-court decision to discontinue criminal investigation into Katyn massacre

Janowiec and Others v. Russia [GC], p. 203

Refus pour des raisons de sécurité nationale de produire copie d'une décision d'une juridiction interne classant sans suite l'enquête pénale sur le massacre de Katyn

Janowiec et autres c. Russie [GC], p. 305

SINDICATUL «PĂSTORUL CEL BUN» c. ROUMANIE
(*Requête n° 2330/09*)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 9 JUILLET 2013¹

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

SOMMAIRE¹**Refus d'enregistrer un syndicat de prêtres au nom du respect de l'autonomie des cultes**

Compte tenu de l'absence de consensus européen sur la question des relations entre les États et les cultes, la marge d'appréciation accordée à l'État est plus large dans ce domaine et englobe le droit de reconnaître ou non, au sein des communautés religieuses, des organisations syndicales poursuivant des buts susceptibles d'entraver l'exercice de l'autonomie des cultes. Partant, dès lors que le statut de la communauté religieuse en question ne prévoit pas d'interdiction absolue de constituer des syndicats, le refus d'enregistrer un syndicat de prêtres poursuivant de tels buts n'est pas disproportionné et donc pas contraire à l'article 11 de la Convention (paragraphe 171 et 172 de l'arrêt).

Article 11

Liberté d'association – Applicabilité – Refus d'enregistrer un syndicat de prêtres au nom du respect de l'autonomie des cultes – Protection des droits d'autrui – Absence de consensus européen sur la question des relations entre les États et les cultes – Large marge d'appréciation – Proportionnalité

*

* *

En fait

En avril 2008, trente-cinq membres du clergé et du personnel laïque de l'Église orthodoxe roumaine décidèrent de fonder un syndicat. Le président élu sollicita auprès du tribunal de première instance l'octroi au syndicat de la personnalité morale et son inscription au registre des syndicats, mais le représentant de l'archevêché s'y opposa. Le représentant du syndicat réitéra sa demande et le ministère public se joignit à celle-ci. En mai 2008, le tribunal accueillit la demande et ordonna son inscription au registre, lui conférant ainsi la personnalité morale. L'archevêché forma un pourvoi contre ce jugement. Par un arrêt définitif de juillet 2008, le tribunal départemental accueillit le pourvoi, annula le jugement rendu en première instance et, sur le fond, rejeta la demande d'octroi de la personnalité morale et d'inscription au registre des syndicats.

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

En droit

Article 11 :

a) *Applicabilité* – Les fonctions exercées par les membres du syndicat litigieux et leur rémunération constituent de nombreux aspects caractéristiques d'une relation de travail. Cependant, le travail des membres du clergé présente des particularités telles que sa finalité spirituelle, son accomplissement dans le cadre d'une Église pouvant prétendre à un certain degré d'autonomie et un devoir accru de loyauté envers l'Église. Il peut donc être délicat de distinguer précisément les activités strictement religieuses des activités de nature plutôt économique. Or, nonobstant les particularités de leur situation, les membres du clergé accomplissent leur mission dans le cadre d'une relation de travail relevant de l'article 11 de la Convention. Cette disposition s'applique dès lors aux faits de la cause.

b) *Fond* – Le refus d'enregistrer le syndicat requérant s'analyse en une ingérence se fondant sur les dispositions du statut de l'Église orthodoxe roumaine. Les juridictions internes en ont déduit que la création d'associations et de fondations ecclésiastiques est l'attribut du Saint-Synode et que l'autorisation de l'archevêque est requise pour la participation de membres du clergé à quelque forme d'association que ce soit. L'ingérence poursuivait l'objectif légitime de la protection des droits d'autrui, en l'occurrence ceux de l'Église orthodoxe roumaine.

Au vu des arguments soutenus par l'archevêché devant les juridictions nationales à l'appui de son opposition à la reconnaissance du syndicat, le tribunal départemental pouvait raisonnablement considérer qu'une décision autorisant l'enregistrement du syndicat aurait fait peser un risque réel sur l'autonomie de l'organisation religieuse en cause. À cet égard, en Roumanie, chaque culte a le droit d'adopter son propre statut et ainsi de décider librement de son fonctionnement, du recrutement de son personnel et des rapports qu'il entretient avec son clergé. Le principe de l'autonomie des organisations religieuses représente la clé de voûte des relations entre l'État roumain et les cultes reconnus sur son territoire. L'Église orthodoxe roumaine a choisi de ne pas transposer dans son statut les dispositions du droit du travail pertinentes en la matière, choix entériné par un arrêté du gouvernement au nom du respect du principe de l'autonomie du culte. Or à la lecture des objectifs poursuivis par le syndicat requérant dans son statut – qui consistaient notamment à promouvoir la libre initiative, la concurrence et la liberté d'expression de ses membres, à assurer la participation au Saint-Synode d'un membre du syndicat, à demander à l'archevêque de produire un rapport financier annuel et à utiliser la grève comme moyen de défense des intérêts de ses membres –, la décision juridictionnelle refusant l'enregistrement dudit syndicat au nom du respect de l'autonomie des cultes n'apparaît pas déraisonnable, eu égard notamment au rôle de l'État dans la préservation de ladite autonomie. En refusant d'enregistrer le syndicat requérant, l'État s'est simplement abstenu de s'impliquer dans l'organisation et le fonctionnement de l'Église orthodoxe roumaine, respectant ainsi l'obligation de neutralité que lui impose l'article 9 de la Convention.

Le tribunal départemental a refusé d'enregistrer le syndicat requérant après avoir constaté que sa demande ne répondait pas aux exigences du statut de l'Église, car ses membres n'avaient pas respecté la procédure spéciale prévue pour la création d'une association. Il n'a ainsi fait qu'appliquer le principe de l'autonomie des organisations religieuses. Il a conclu, en faisant siens les motifs avancés par l'archevêché, que, s'il autorisait la création du syndicat, les structures de consultation et de délibération prévues par le statut de l'Église se trouveraient remplacées ou contraintes de collaborer avec un nouvel organisme – le syndicat – étranger à la tradition de l'Église et aux règles canoniques de consultation et de prise de décision. Le contrôle effectué par le tribunal a ainsi permis de vérifier que le risque invoqué par les autorités ecclésiastiques était probable et sérieux, que les motifs avancés par elles ne servaient pas un but étranger à l'exercice de l'autonomie du culte en question et que le refus d'enregistrer le syndicat requérant n'allait pas au-delà de ce qui était nécessaire pour écarter ce risque.

De manière plus générale, le statut de l'Église orthodoxe roumaine ne prévoit pas d'interdiction absolue, pour les membres de son clergé, de constituer des syndicats pour protéger leurs droits et leurs intérêts légitimes. Rien n'empêche donc les membres du syndicat requérant de jouir de leur droit garanti par l'article 11 en fondant une telle association dont les objectifs seraient compatibles avec le statut de l'Église et qui ne remettrait pas en question la structure hiérarchique traditionnelle de celle-ci et la manière dont les décisions y sont prises. Il est loisible, par ailleurs, aux membres du syndicat requérant d'adhérer librement à l'une ou l'autre des associations existantes à ce jour au sein de l'Église orthodoxe roumaine qui ont été autorisées par les juridictions nationales et qui exercent leurs activités en conformité avec les exigences de son statut.

Enfin, il existe une grande variété des modèles constitutionnels qui régissent en Europe les relations entre les États et les cultes. Compte tenu de l'absence de consensus européen sur la question, la marge d'appréciation de l'État est plus large dans ce domaine et englobe le droit de reconnaître ou non, au sein des communautés religieuses, des organisations syndicales poursuivant des buts susceptibles d'entraver l'exercice de l'autonomie des cultes. En conclusion, le refus du tribunal départemental d'enregistrer le syndicat requérant n'a pas outrepassé la marge d'appréciation dont bénéficient les autorités nationales en la matière et, dès lors, il n'est pas disproportionné.

Conclusion: non-violation (onze voix contre six).

Jurisprudence citée par la Cour

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

Demir et Baykara c. Turquie [GC], n° 34503/97, CEDH 2008

Église métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova, n° 45701/99, CEDH 2001-XII

Evans c. Royaume-Uni [GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I

Hassan et Tchaouch c. Bulgarie [GC], n° 30985/96, CEDH 2000-XI

Leyla Şahin c. Turquie [GC], n° 44774/98, CEDH 2005-XI
Miroşubovs et autres c. Lettonie, n° 798/05, 15 septembre 2009
Rekvényi c. Hongrie [GC], n° 25390/94, CEDH 1999-III
Rotaru c. Roumanie [GC], n° 28341/95, CEDH 2000-V
Saint-Synode de l'Église orthodoxe bulgare (métropolitaine Innocent) et autres c. Bulgarie,
n°s 412/03 et 35677/04, 22 janvier 2009
Schüth c. Allemagne, n° 1620/03, CEDH 2010
Siebenhaar c. Allemagne, n° 18136/02, 3 février 2011
Sørensen et Rasmussen c. Danemark [GC], n°s 52562/99 et 52620/99, CEDH 2006-I
Syndicat national de la police belge c. Belgique, 27 octobre 1975, série A n° 19
Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède, 6 février 1976, série A n° 20
Tüm Haber Sen et Çınar c. Turquie, n° 28602/95, CEDH 2006-II

En l'affaire Sindicatul «Păstorul cel Bun» c. Roumanie,

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

Dean Spielmann, *président*,

Guido Raimondi,

Mark Villiger,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Boštjan M. Zupančič,

Elisabeth Steiner,

Danutė Jočienė,

Dragoljub Popović,

George Nicolaou,

Luis López Guerra,

Ledi Bianku,

Vincent A. De Gaetano,

Angelika Nußberger,

Linos-Alexandre Sicilianos,

Erik Møse,

Helena Jäderblom,

Krzysztof Wojtyczek, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 7 novembre 2012 et le 5 juin 2013,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 2330/09) dirigée contre la Roumanie et dont le syndicat *Păstorul cel Bun* (le Bon Pasteur – «le syndicat requérant») a saisi la Cour le 30 décembre 2008 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»). Le président de la Grande Chambre a accédé à la demande de non-divulgateion de leur identité formulée par les membres du syndicat requérant (article 47 § 3 du règlement de la Cour – «le règlement»).

2. Le syndicat requérant, qui a été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, a été représenté par M^e R. Chiriță, avocat à Cluj Napoca. Le gouvernement roumain («le Gouvernement») a été représenté par son agent, M^{me} C. Brumar, du ministère des Affaires étrangères.

3. Le syndicat requérant alléguait que le rejet de sa demande d'enregistrement en tant que syndicat avait porté atteinte au droit de ses membres de fonder un syndicat garanti par l'article 11 de la Convention.

4. La requête a été attribuée à la troisième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 31 janvier 2012, une chambre de ladite section, composée des juges Josep Casadevall, Egbert Myjer, Ján Šikuta, Ineta Ziemele, Nona Tsotsoria, Mihai Poalelungi et Kristina Pardalos, ainsi que de Santiago Quesada, greffier de section, a rendu un arrêt. À l'unanimité, elle a déclaré la requête recevable et, par une majorité de cinq voix contre deux, elle a jugé qu'il y avait eu violation de l'article 11 de la Convention.

5. Le 9 juillet 2012, à la suite d'une demande formée par le Gouvernement le 27 avril 2012, le collège de la Grande Chambre a décidé de renvoyer l'affaire devant la Grande Chambre en vertu de l'article 43 de la Convention.

6. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement. À la suite du départ de M. Corneliu Bîrsan, juge élu au titre de la Roumanie (article 28 du règlement), le président de la Grande Chambre a désigné M^{me} Angelika Nußberger pour siéger en qualité de juge *ad hoc* (articles 26 § 4 de la Convention et 29 § 1 du règlement).

7. Tant le syndicat requérant que le Gouvernement ont déposé des observations écrites complémentaires (article 59 § 1 du règlement).

8. Ont été autorisés à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement) l'organisation non gouvernementale *European Centre for Law and Justice* et l'archevêché orthodoxe de Craiova, qui s'étaient déjà portés tiers intervenants devant la chambre, le patriarcat de Moscou, les organisations non gouvernementales *Becket Fund* et *International Center for Law and Religion Studies*, ainsi que les gouvernements moldave, polonais, géorgien et grec.

9. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 7 novembre 2012 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M^{me} C. Brumar,

agent,

M^{me} I. Cambrea,

coagent,

M. D. Dumitrache,

M^{me} A. Neagu,

conseillers;

– *pour le syndicat requérant*

M^e R. Chiriță, avocat,

M^e I. Gruia, avocat,

M^{me} O. Chiriță,

*conseils,
conseiller.*

La Cour a entendu en leurs déclarations M^e Chiriță, M^{me} Brumar et M^{me} Neagu.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

10. Le 4 avril 2008, trente-deux prêtres orthodoxes des paroisses de la métropole d'Olténie, dont une majorité relevaient de l'archevêché de Craiova (région du sud-ouest de la Roumanie), et trois employés laïcs du même archevêché, réunis en assemblée générale, décidèrent de fonder le syndicat *Păstorul cel Bun*. (...)

11. En vertu de la loi n° 54/2003 sur la liberté syndicale (« la loi sur la liberté syndicale »), le président élu du syndicat sollicita auprès du tribunal de première instance de Craiova l'octroi au syndicat de la personnalité morale et son inscription au registre des syndicats, soutenant que la demande d'enregistrement était conforme à ladite loi et faisant valoir que la loi n° 489/2006 sur la liberté religieuse (« la loi sur la liberté religieuse ») n'interdisait pas la création d'un syndicat.

12. Le ministère public, représentant l'État dans la procédure, se prononça en faveur de la demande d'enregistrement, estimant que la création d'un syndicat de membres du personnel clérical et laïc n'était contraire à aucune disposition légale. Il ajouta que, les membres du syndicat étant des employés qui exerçaient leurs fonctions en vertu de contrats de travail, ils avaient, à l'instar de tout autre employé, le droit de s'associer au sein d'un syndicat pour la défense de leurs droits.

13. L'archevêché de Craiova, tiers intervenant dans la procédure, confirma que les membres du syndicat étaient employés par l'archevêché, mais affirma que la création du syndicat sans l'accord et la bénédiction de l'archevêque (ci-après « l'autorisation ») était interdite par le statut de l'Église orthodoxe roumaine, qui avait été approuvé par l'arrêté n° 53/2008 du gouvernement. Il ajouta qu'en vertu dudit statut, les prêtres ne pouvaient pas comparaître devant les tribunaux civils, même dans le cadre d'un litige personnel, sans l'autorisation écrite préalable de l'archevêque. Précisant qu'ils présidaient les assemblées et les conseils de direction de leurs paroisses, il soutint que, dès lors, ils ne pouvaient pas créer de syndicat, la loi sur

la liberté syndicale l'interdisant aux personnes exerçant des fonctions de direction. Enfin, il versa au dossier des déclarations écrites par lesquelles huit membres du syndicat exprimaient leur souhait de ne plus en faire partie.

14. Ayant constaté que la demande d'enregistrement remplissait les conditions de forme requises par la loi sur la liberté syndicale, le tribunal estima qu'il convenait d'analyser la demande à la lumière des articles 2 et 3 de ladite loi, de l'article 39 du code du travail, de l'article 40 de la Constitution, de l'article 22 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme.

15. Par un jugement du 22 mai 2008, le tribunal accueillit la demande du syndicat et ordonna son inscription au registre des syndicats, lui conférant ainsi la personnalité morale.

(...)

17. L'archevêché contesta ce jugement, soutenant que les dispositions du droit interne et du droit international sur lesquelles il était fondé étaient inapplicables au cas d'espèce. Invoquant l'article 29 de la Constitution, qui garantit la liberté religieuse et l'autonomie des cultes, il arguait que le principe de la liberté religieuse ne pouvait pas s'effacer devant d'autres principes constitutionnels, notamment celui de la liberté d'association, y compris la liberté syndicale.

18. Il estimait que l'apparition dans la structure de l'Église d'une organisation de type syndical pour le personnel clérical portait gravement atteinte à la liberté des cultes de s'organiser selon leur propre tradition. Selon lui, le jugement du tribunal avait ajouté aux institutions ecclésiastiques existantes une nouvelle institution, le syndicat des prêtres, portant ainsi atteinte à l'autonomie des cultes reconnue par la Constitution.

19. Il critiquait également les objectifs du syndicat, estimant qu'ils étaient contraires aux obligations énoncées dans la « fiche descriptive de l'emploi » et acceptées par les prêtres en vertu de la « profession de foi ». Il soulignait que tous les prêtres s'étaient engagés lors de leur ordination à respecter toutes les dispositions du statut, les règles de fonctionnement des instances de discipline et de jugement de l'Église, ainsi que les décisions du Saint-Synode de l'Église orthodoxe roumaine, des assemblées ecclésiastiques locales et du conseil paroissial.

20. En juin 2008, le Saint-Synode déclara les initiatives des prêtres de diverses régions du pays visant à constituer des syndicats contraires à la loi, aux canons et au statut de l'Église.

21. Par un arrêt définitif du 11 juillet 2008, le tribunal départemental de Dolj accueillit l'appel de l'archevêché et annula l'enregistrement du syndicat.

(...)

23. Le 29 septembre 2008, la tentative de constitution du syndicat requérant fit l'objet de discussions au sein du synode de la métropole d'Olténie. Celui-ci décida que si les membres du syndicat introduisaient une requête devant la Cour, ils devraient être sanctionnés et traduits devant les instances disciplinaires. En conséquence, les intéressés furent convoqués au siège de l'archevêché, où certains d'entre eux signèrent des déclarations de renonciation à la requête.

24. Par une lettre du 21 juin 2010, la chancellerie du patriarcat roumain orthodoxe, rappelant à l'archevêché qu'il était interdit aux prêtres de saisir les juridictions internes et internationales sans l'accord de leur hiérarchie, lui demanda d'exiger des prêtres des déclarations écrites de renonciation à la requête et, en cas de refus, de les traduire devant les instances disciplinaires. Bien qu'ils aient signé ces déclarations, certains prêtres ont fait savoir à la Cour qu'ils maintenaient la requête introduite au nom du syndicat.

25. Le 19 avril 2010, trois prêtres qui avaient fait partie des membres du syndicat requérant créèrent, avec cinq autres personnes, l'association *Apostolia*. Celle-ci reçut l'autorisation de l'archevêque de Craiova, qui mit à sa disposition un siège social. Elle fut enregistrée auprès du tribunal de première instance de Craiova le 8 juin 2010.

26. Les objectifs de l'association tels qu'ils sont énoncés dans son statut sont : l'éducation du peuple dans l'esprit de la morale orthodoxe ; la promotion de l'esprit de solidarité entre clercs et fidèles ; la levée de fonds en vue de la publication de documents pour la défense de la foi et des traditions ; l'organisation et le soutien d'activités culturelles, religieuses et sociales ; la prise de position contre les événements, les initiatives et les manifestations qui dénigrent la morale chrétienne, la foi orthodoxe, l'identité nationale et les traditions ; l'utilisation des moyens légaux pour faire connaître ses décisions relatives à la défense des intérêts pastoraux, sociaux et professionnels.

(...)

EN DROIT

(...)

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 11 DE LA CONVENTION

81. Le syndicat requérant estime qu'en rejetant sa demande d'enregistrement, le tribunal départemental de Dolj a méconnu son droit à la liberté syndicale garanti par l'article 11 de la Convention, qui 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. »

A. L'arrêt de chambre

82. Dans son arrêt du 31 janvier 2012, la chambre a conclu à la violation de l'article 11 de la Convention. Observant que les prêtres et le personnel laïc exerçaient leurs fonctions au sein de l'Église orthodoxe roumaine dans le cadre d'un contrat de travail, qu'ils percevaient une rémunération financée en majorité par le budget de l'État et qu'ils relevaient du régime général d'assurances sociales, elle a jugé que la relation fondée sur un contrat de travail ne pouvait être soustraite à toute règle de droit civil. Elle a conclu que les membres du clergé et, à plus forte raison, les employés laïcs de l'Église, ne pouvaient être exclus du champ d'application de l'article 11.

83. Examinant ensuite le refus d'enregistrer le syndicat requérant à la lumière des principes généraux du droit syndical, elle a admis que la mesure était prévue par la législation interne (à savoir les lois sur la liberté syndicale et la liberté religieuse, interprétées par le tribunal départemental à la lumière du statut de l'Église orthodoxe) et poursuivait un objectif légitime (à savoir la défense de l'ordre public, qui comprend la liberté et l'autonomie des communautés religieuses) en ce qu'elle visait à empêcher qu'il n'y ait une disparité entre la loi et la pratique en matière de création de syndicats au sein du personnel ecclésiastique.

84. Puis elle a constaté que le tribunal départemental avait fondé son rejet de la demande d'enregistrement du syndicat requérant principalement sur la nécessité de protéger la tradition chrétienne orthodoxe, ses dogmes fondateurs et le mode canonique de prise des décisions. À cet égard, elle a

estimé que les critères définissant le « besoin social impérieux » n'étaient pas réunis en l'espèce, le tribunal n'ayant pas établi que le programme que le syndicat s'était fixé dans son statut ou les prises de position de ses membres étaient incompatibles avec une « société démocratique » et encore moins qu'ils représentaient une menace pour la démocratie.

85. Les motifs invoqués par le tribunal départemental pour justifier le refus d'enregistrement étant exclusivement d'ordre religieux, elle a considéré par ailleurs qu'il n'avait suffisamment tenu compte ni des intérêts des employés de l'Église orthodoxe roumaine, en particulier de l'existence d'un contrat de travail entre eux et l'Église, ni de la distinction entre les membres du clergé et les employés laïcs de l'Église, ni de la question de la compatibilité entre les réglementations internes et internationales qui consacrent le droit des travailleurs de se syndiquer et les règles de nature ecclésiastique l'interdisant.

86. Enfin, notant que la liberté syndicale des employés de l'Église orthodoxe avait déjà été reconnue par les juridictions internes au profit d'autres syndicats, la chambre a conclu qu'une mesure aussi radicale que le rejet de la demande d'enregistrement du syndicat requérant était disproportionnée au but visé et que, partant, elle n'était pas nécessaire dans une société démocratique.

B. Thèses des parties

1. Le syndicat requérant

87. Le syndicat requérant soutient que les prêtres et le personnel clérical de l'Église orthodoxe roumaine ont un statut similaire à celui des fonctionnaires de l'État. Comme eux, en effet, ils seraient recrutés sur concours. Ils seraient ensuite nommés par l'archevêché, dans le cadre d'une décision prévoyant leurs droits et leurs obligations. Ils prêteraient serment à l'occasion de leur ordination et leur salaire serait déterminé par la loi fixant la rémunération de l'ensemble des fonctionnaires et réduit dans les mêmes proportions en cas de crise économique. Ils cotiseraient au régime général de sécurité sociale et auraient droit à l'ensemble des prestations sociales. En outre, l'Église orthodoxe roumaine recevrait une allocation budgétaire similaire à celle versée aux universités, destinée à financer le paiement de leurs salaires. En conséquence, le syndicat requérant estime que ni la pratique de l'Église orthodoxe roumaine consistant à ne pas conclure de contrats de travail avec ses employés ni le fait qu'elle finance sur ses fonds propres une partie de leur rémunération ne peuvent modifier la réalité de la relation existant entre elle et ses employés, cette relation comportant

tous les éléments d'un contrat de travail et étant similaire à celle qui lie un fonctionnaire à l'institution qui l'emploie.

88. Il allègue que, contrairement à d'autres catégories professionnelles qui sont également soumises à des obligations de loyauté spécifiques et dont les intérêts sont défendus par des syndicats, les employés de l'Église orthodoxe roumaine, soit environ 15 000 personnes, sont dépourvus de toute forme de protection face aux éventuels abus concernant notamment la rémunération ou les mutations.

89. Il ajoute que l'atteinte portée au droit à la liberté d'association de ses membres n'était pas prévue par le droit interne. À cet égard, il invoque les articles 40, 53 et 73 de la Constitution, qui garantissent aux citoyens le droit de s'associer librement pour former des partis politiques, des syndicats, des organisations patronales ou d'autres formes d'association et prévoient que ce droit ne peut être restreint que par une loi organique. Il estime qu'il découle de ces dispositions qu'aucun texte normatif n'interdit aux prêtres de se syndiquer, le refus d'enregistrement dont il a fait l'objet ayant pour seule base l'article 123 § 8 du statut de l'Église: le seul fait que ce statut ait été approuvé par le Gouvernement ne lui conférerait pas le statut d'acte normatif de droit interne, encore moins celui de loi organique apte à restreindre une liberté constitutionnelle. Estimant que l'article 123 § 8 du statut est contraire à la Constitution, il conclut que l'interdiction qui lui a été imposée était contraire au droit interne. Cette décision serait donc dépourvue de base légale et, partant, emporterait violation de l'article 11 de la Convention.

90. Le syndicat requérant admet que la mesure litigieuse poursuivait un but légitime, à savoir la protection des intérêts de l'Église, mais il soutient qu'elle n'était pas nécessaire dans une société démocratique pour protéger l'autonomie religieuse de l'Église.

91. Selon lui, dans les rapports entre l'État et les cultes, il faut distinguer les activités religieuses des communautés de leurs actes civils et commerciaux. Ainsi, si toute ingérence de l'État dans les activités religieuses devrait être strictement interdite, les actes civils et commerciaux de l'Église n'auraient aucun rapport avec la religion ou avec la mission spirituelle de l'Église. Dès lors, ils devraient être soumis à la loi civile. À cet égard, le syndicat requérant précise qu'il ne souhaite modifier ni le dogme chrétien ni le service religieux et qu'il veut seulement lutter pour la protection des droits légaux de ses membres, dont le droit de recevoir le salaire garanti par la loi et celui de ne pas faire l'objet d'un licenciement arbitraire. Par ailleurs, il affirme que les membres avaient demandé – et obtenu – oralement l'autorisation de fonder le syndicat, mais que par la suite l'archevêque est revenu sur son accord initial en raison de l'opposition manifestée par le Saint-Synode.

92. Le syndicat requérant admet que certains des objectifs qu'il s'était fixés dans ses statuts peuvent paraître contraires à l'activité des prêtres, mais il affirme qu'ils ont été « recopiés tels quels de la loi sur les syndicats » et il soutient qu'ils visaient également la défense des intérêts des employés laïcs de l'Église, qui n'étaient pas soumis aux mêmes obligations que les prêtres. Il fait valoir par ailleurs qu'en toute hypothèse, toutes ses actions, qu'il s'agisse d'une grève ou d'autres activités similaires, auraient pu être soumises au contrôle des autorités judiciaires, lesquelles peuvent infliger des sanctions allant jusqu'à la dissolution. Il ajoute que, de surcroît, à supposer que les prêtres décident de se mettre en grève ou d'organiser d'autres activités dépassant leur mission sacerdotale, ils demeureraient soumis à la discipline ecclésiastique et à l'application du statut de l'Église, qui prévoirait également des sanctions.

93. Enfin, il rappelle que deux autres syndicats ont déjà été constitués au sein de l'Église sans que leur reconnaissance par l'État n'affecte l'organisation interne de celle-ci ni ne conduise à l'instauration de règles parallèles de gouvernance. Il fait valoir également que, dans plusieurs États membres du Conseil de l'Europe, des syndicats de membres du personnel ecclésiastique fonctionnent librement.

94. En conclusion, il considère que l'interdiction préventive du syndicat, fondée uniquement sur des présuppositions extraites de son statut, n'est pas proportionnée au but visé et emporte violation à son égard de l'article 11 de la Convention.

2. Le Gouvernement

95. Le Gouvernement ne soulève aucune exception d'irrecevabilité et admet que le refus d'enregistrer le syndicat requérant a constitué une ingérence dans son droit à la liberté d'association. Par ailleurs, il précise qu'aucun obstacle juridique ne s'oppose à ce que le personnel laïc de l'Église orthodoxe roumaine crée un syndicat.

96. Pour ce qui est des membres du clergé, il arguë qu'en vertu du statut de l'Église orthodoxe roumaine et de la loi sur la liberté religieuse, leur rapport avec l'Église est un « rapport de service et de mission librement assumé » qui se place en dehors de la sphère du droit du travail et donc du champ d'application du code du travail. Il souligne que les prêtres exercent leurs fonctions en vertu d'une décision de l'évêque qui établit leurs droits et leurs obligations et d'une profession de foi et d'obéissance prononcée à l'occasion de l'ordination. Il ajoute que les contrats de travail signés en 2004 par l'archevêché de Craiova étaient la conséquence d'une erreur d'interprétation de la loi et qu'ils n'ont jamais été enregistrés auprès de l'inspection du Travail, qui aurait d'ailleurs confirmé que la législation

du travail n'était pas applicable aux rapports entre l'Église orthodoxe et son personnel ecclésiastique. Cette position serait également celle de la Haute Cour de cassation et de justice et celle de la Cour constitutionnelle, qui auraient jugé qu'en vertu de l'autonomie des cultes, les juridictions internes ne sont pas compétentes pour contrôler les décisions des tribunaux ecclésiastiques au regard des dispositions du code du travail.

97. Le Gouvernement affirme par ailleurs que l'État ne rémunère pas les prêtres, son rôle à cet égard se limitant à l'octroi d'une aide financière calculée en fonction du nombre de fidèles de l'Église et de ses besoins réels. Ce serait bel et bien à l'Église qu'il appartiendrait de redistribuer à son personnel l'argent reçu de l'État. Ainsi, l'État verserait à l'Église orthodoxe un total de 12 765 aides financières différentes, d'un montant compris entre 163 et 364 EUR, tandis que celle-ci rémunérerait sur ses fonds propres 1005 prêtres et 1408 employés laïcs. Quant à l'intégration des prêtres et des autres employés de l'Église dans le système public d'assurances sociales, le Gouvernement soutient qu'il s'agit là d'un choix du législateur national, lequel bénéficierait en la matière d'une ample marge d'appréciation, mais que cette intégration ne change pas leur statut et n'en fait pas des fonctionnaires de l'État.

98. À titre subsidiaire, le Gouvernement rappelle que les prêtres sont les administrateurs de leur paroisse et qu'à ce titre, ils exercent des fonctions de direction qui, en vertu de la loi sur la liberté syndicale, leur interdisent de se syndiquer.

99. Au vu de ces éléments, le Gouvernement se dit préoccupé par l'idée d'une applicabilité de l'article 11 à la présente affaire compte tenu de l'inapplicabilité des dispositions du droit du travail aux membres du syndicat requérant.

100. En tout état de cause, il estime que l'ingérence était prévue par la loi, qu'elle poursuivait un but légitime et qu'elle était nécessaire dans une société démocratique.

101. Selon lui, la base légale de la mesure litigieuse était l'article 123 § 8 du statut de l'Église, qui subordonne à l'accord préalable de l'archevêque la participation du personnel clérical à quelque forme d'association que ce soit. Cette disposition ferait partie du droit interne depuis que le statut a été approuvé par un arrêté du gouvernement; et elle ne serait pas contraire à la Constitution, celle-ci garantissant certes la liberté d'association, y compris la liberté syndicale, mais dans les conditions prévues par la loi. Or, en l'espèce, la loi applicable serait le statut de l'Église. Par ailleurs, l'absence dans la loi sur la liberté syndicale d'une interdiction expresse pour les prêtres de former un syndicat n'équivaudrait pas à la reconnaissance implicite de ce droit alors que, dans l'exercice de son autonomie, l'Église aurait choisi de

faire dépendre l'activité de son personnel d'autres règles que celles du droit du travail.

102. En ce qui concerne le but légitime de l'ingérence, le Gouvernement invite la Grande Chambre à s'éloigner de l'analyse de la chambre, qui a considéré que la mesure litigieuse visait à défendre l'ordre public, en protégeant la liberté et l'autonomie des communautés religieuses. Il soutient qu'elle visait exclusivement à protéger les droits et libertés d'autrui, en l'espèce ceux de l'Église orthodoxe roumaine. Dès lors, la référence spécifique à l'ordre public ne serait pas pertinente en l'espèce.

103. Pour ce qui est de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure, le Gouvernement souligne d'emblée que l'interdiction de constituer des syndicats sans l'accord de l'archevêque ne concerne que le personnel clérical de l'Église, ses employés laïcs demeurant libres de s'associer selon les conditions et les critères prévus par la loi sur la liberté syndicale.

104. Quant à la liberté d'association du personnel clérical, elle serait pleinement respectée au sein de l'Église orthodoxe roumaine, qui compterait plusieurs centaines d'associations et de fondations, et notamment, dans l'archevêché de Craiova, l'association *Apostolia*.

105. Pour le Gouvernement, l'autorisation de l'archevêque exigée pour toute forme d'association des clercs est une condition légitime : il s'agirait d'une manifestation du principe de l'autonomie de l'Église. En l'espèce, il s'étonne que le syndicat requérant ne l'ait pas demandée et affirme que les tribunaux de l'ordre judiciaire auraient pu le cas échéant censurer le caractère abusif d'un éventuel refus.

106. Il indique qu'en raison de leur statut les prêtres membres du syndicat sont tenus à une obligation accrue de loyauté envers l'Église orthodoxe. Selon lui, il n'existe pas de droit à la dissidence : les prêtres mécontents pourraient à tout moment quitter l'Église mais, tant qu'ils choisissent d'y rester, ils devraient être considérés comme ayant librement consenti à se conformer à ses règles et à renoncer à certains de leurs droits.

107. En ce qui concerne les effets possibles de la création d'un syndicat sur le mode de fonctionnement de l'Église, il arguë qu'il ressort du statut du syndicat requérant que celui-ci s'efforcerait s'il était effectivement constitué d'obtenir la mise en place de règles parallèles à celles de l'Église. Cela apparaîtrait clairement à la lecture des passages concernant le recrutement du personnel, la promotion de la libre initiative, de la concurrence et de la liberté d'expression, la signature des conventions collectives et des contrats de travail, le respect de la législation civile sur le temps de travail, la représentation dans les structures de décision, ou encore le droit de grève. Le Gouvernement estime donc que la reconnaissance du syndicat aurait nécessairement abouti à l'émergence au sein de l'Église orthodoxe roumaine

d'un système de codirection qui aurait été source de conflits entre le syndicat et la hiérarchie, conflits que les autorités internes auraient dû arbitrer, au mépris de l'obligation de neutralité et d'impartialité de l'État et en violation de l'autonomie des cultes.

108. Il explique que l'État était soucieux en l'espèce de couper court à toute initiative de syndicalisation avant que le syndicat requérant ne déploie son activité et que cette démarche était justifiée par le fait que le syndicat aurait pu faire usage des droits prévus par la loi sur la liberté syndicale dès son enregistrement et sans aucune forme de contrôle judiciaire préventif.

109. Enfin, le Gouvernement fait valoir la grande diversité des règles relatives au statut des prêtres et à leur droit à la liberté d'association au sein des États membres du Conseil de l'Europe : l'absence de consensus européen en la matière plaiderait pour que soit laissée aux autorités nationales une large marge d'appréciation.

C. Les tiers intervenants

110. Les gouvernements et les organisations non gouvernementales intervenants déclarent partager le point de vue du gouvernement défendeur.

1. Le gouvernement grec

111. Le gouvernement grec estime qu'en cas de conflit entre les droits garantis respectivement par les articles 9 et 11 de la Convention, la Cour doit commencer par rechercher si la reconnaissance d'un droit à la liberté d'association au sein d'une organisation religieuse ne porte pas atteinte au droit à l'autonomie de l'organisation en question. Selon lui, c'est l'autonomie des organisations religieuses qui doit prévaloir, et ces organisations doivent jouir du droit de régler leurs relations avec leur personnel sur la base de leurs propres statuts, même si ceux-ci apportent des restrictions ou des limitations à l'exercice de certains droits.

112. De l'avis du gouvernement grec, l'activité des prêtres étant essentiellement religieuse, la distinction entre les activités religieuses et celles non religieuses n'est pas pertinente. De plus, les juridictions internes seraient mieux placées qu'une juridiction internationale pour trancher les conflits apparaissant dans ce domaine.

2. Le gouvernement moldave

113. Le gouvernement moldave estime que la chambre n'a pas suffisamment mis en balance la liberté d'association revendiquée par le syndicat requérant avec la liberté de religion et le droit à l'autonomie de l'Église orthodoxe. Il estime que l'on ne peut pas déduire de l'article 11

de la Convention une obligation positive pour l'État de reconnaître une association laïque au sein d'une organisation religieuse lorsque cette reconnaissance irait à l'encontre de l'obligation de neutralité de l'État envers les cultes.

114. Il considère par ailleurs qu'en vertu de l'article 9 de la Convention les membres d'une organisation religieuse doivent être considérés comme ayant choisi librement, lorsqu'ils y ont adhéré, de renoncer à certains des droits civils qu'ils pourraient tirer de l'article 11.

3. Le gouvernement polonais

115. Le gouvernement polonais est d'avis que la chambre aurait dû se pencher davantage sur la nature particulière de la relation qui unit l'Église à son clergé. Selon lui, le caractère économique, social ou culturel des droits revendiqués par une partie du clergé ne permet pas de conclure que la reconnaissance d'un syndicat de membres du clergé ne risquerait pas de porter atteinte au fonctionnement autonome de l'organisation religieuse.

116. Il considère qu'il appartient en premier lieu aux organisations religieuses de décider elles-mêmes quelles sont les activités qui relèvent de la pratique religieuse ou qui ont une incidence sur leur organisation interne ou sur leur mission, et que confier ce rôle aux juridictions internes serait source de conflits et érigerait le juge interne en arbitre des questions religieuses, au mépris de l'autonomie des cultes et du devoir de neutralité de l'État.

117. Enfin, il estime que, de par leur formation et leur choix de rejoindre le clergé, les prêtres ont un devoir accru de loyauté envers l'Église et doivent être conscients des exigences de leur mission, qui limitent l'exercice de certains droits.

4. Le gouvernement géorgien

118. Le gouvernement géorgien souligne que les rapports entre l'État et l'Église sont réglés de manière différente d'un pays à l'autre et qu'il n'y a pas de consensus européen en la matière.

119. Dès lors, il estime que les États contractants et leurs juridictions doivent jouir d'une ample marge d'appréciation lorsqu'il s'agit de protéger contre toute atteinte l'autonomie des organisations religieuses. Selon lui, l'État doit s'abstenir d'encourager toute forme de dissidence au sein de ces organisations.

5. L'archevêché de Craiova

120. Selon l'archevêché de Craiova, dans l'Église orthodoxe roumaine, la figure canonique du prêtre est directement liée à celle de l'évêque. Le

rapport entre l'évêque et son clergé serait basé sur la confiance réciproque et l'unité de la mission de l'Église, et il ne serait pas concevable en droit canonique qu'il puisse y avoir un antagonisme entre, d'une part, l'autorité ecclésiastique représentée par le Saint-Synode et, d'autre part, les évêques et les membres du clergé. Ceux-ci participeraient à l'exercice démocratique de l'autorité ecclésiastique et pourraient se prévaloir des règles internes de l'Église pour se défendre en cas d'abus d'autorité. De plus, un éventuel refus de l'archevêque d'autoriser la constitution d'une association pourrait être contesté devant le Saint-Synode.

121. L'archevêché conclut que la création d'un syndicat de prêtres et de membres du personnel laïc bouleverserait les rapports qui existent entre l'Église et le clergé et représenterait une menace pour l'ordre public et pour la paix sociale.

6. *Le patriarcat de Moscou*

122. Le patriarcat de Moscou insiste sur la spécificité des relations hiérarchiques de service qui existent dans les groupements religieux et sur le degré élevé de loyauté que ces relations impliquent. L'État devrait garantir aux organisations religieuses, en vertu de leur autonomie, la compétence exclusive de décider de leur structure et de leurs normes internes de fonctionnement.

123. L'élément fondamental de la relation de service des prêtres serait l'accomplissement du service religieux, et cette relation ne pourrait pas être réduite de manière abstraite et artificielle à une relation de travail soumise aux règles civiles. Selon le patriarcat de Moscou, il est impossible en pratique d'étendre le champ d'application de la législation civile aux organisations religieuses, et une telle démarche confronterait ces organisations, y compris l'Église orthodoxe russe, à des problèmes insolubles.

7. *L'organisation non gouvernementale European Centre for Law and Justice (ECLJ)*

124. L'ECLJ estime que les prêtres sont tenus à une obligation de loyauté accrue envers l'Église. Cette obligation aurait été reconnue aussi bien dans la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 que dans la jurisprudence de la Cour.

125. Il ajoute que les prêtres ne relèvent pas du champ d'application de la liberté syndicale car ils ne sont pas des « employés » mais ont une mission exclusivement religieuse et leur relation avec l'Église n'est pas fondée sur un contrat de travail.

126. Enfin, il considère que si, comme en l'espèce, les faits litigieux sont de nature religieuse, l'ingérence ne peut pas faire l'objet d'un contrôle

de proportionnalité qui mettrait en balance les intérêts des organisations religieuses avec ceux que des particuliers pourraient invoquer en vertu des articles 8 à 12 de la Convention car il s'agit alors de droits que ces particuliers ont librement décidé de ne pas exercer.

8. *Les organisations non gouvernementales* Becket Fund et International Center for Law and Religion Studies

127. Ces organisations renvoient à la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis concernant l'autonomie des cultes. Dans l'affaire *National Labor Relations Board v. Catholic Bishop of Chicago* (440 U.S. 490 (1979)), la haute juridiction a jugé que les autorités internes ne pouvaient pas passer outre la volonté de l'évêque et reconnaître un syndicat des professeurs des écoles catholiques, estimant que pareille reconnaissance aurait porté atteinte au fonctionnement autonome des cultes. Dans l'affaire *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission et al.* (n° 10-553 (2012)), elle a appliqué la doctrine de l'« exception cléricale » (*ministerial exception*) et a jugé que les dispositions du droit du travail n'étaient applicables ni au personnel cléricale ni au personnel laïc des organisations religieuses.

128. Il y aurait une convergence de points de vue entre la position de la Cour suprême des États-Unis et celle de la Cour européenne en matière de protection de l'autonomie des cultes dans leurs relations avec leur personnel cléricale. La chambre aurait donc commis une erreur en s'écartant de cette position, et cette erreur aurait des conséquences négatives sur l'autonomie des cultes en ce que l'État risquerait, si l'arrêt de la chambre était confirmé, de devoir arbitrer des conflits entre les organisations religieuses et leurs membres.

D. Appréciation de la Grande Chambre

129. Le Gouvernement met en cause l'applicabilité au personnel cléricale de l'Église de l'article 11 de la Convention. La Grande Chambre estime que cette question relève de l'examen au fond du litige et, par conséquent, elle l'examinera ci-dessous.

1. Principes généraux

a) Sur le droit de fonder des syndicats

130. Tout d'abord, la Cour observe, eu égard à l'évolution du droit international du travail, que la liberté syndicale est un élément essentiel du

dialogue social entre travailleurs et employeurs et, par là même, un outil important dans la recherche de la justice et de la paix sociales.

131. Ensuite, elle rappelle que l'article 11 de la Convention présente la liberté syndicale comme un aspect particulier de la liberté d'association et que, si cet article a pour objectif essentiel de protéger l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics dans l'exercice des droits qu'il consacre, il peut impliquer en outre l'obligation positive d'en assurer la jouissance effective (*Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, §§ 109 et 110, CEDH 2008).

132. La frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'État au titre de l'article 11 de la Convention ne se prête pas à une définition précise. Les principes applicables sont néanmoins comparables. Que l'on analyse l'affaire sous l'angle d'une obligation positive à la charge de l'État ou sous celui d'une ingérence des pouvoirs publics demandant une justification, les critères à appliquer ne sont pas différents en substance. Dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble.

133. Vu le caractère sensible des questions sociales et politiques liées à la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts respectifs des salariés et des employeurs et compte tenu du fort degré de divergence entre les systèmes nationaux à cet égard, les États contractants bénéficient d'une ample marge d'appréciation quant à la manière d'assurer la liberté syndicale et la possibilité pour les syndicats de protéger les intérêts professionnels de leurs membres (*Sørensen et Rasmussen c. Danemark* [GC], n°s 52562/99 et 52620/99, § 58, CEDH 2006-1).

134. L'article 11 de la Convention garantit aux membres d'un syndicat, en vue de la défense de leurs intérêts, le droit à ce que leur syndicat soit entendu, mais il ne leur garantit pas un traitement précis de la part de l'État. Ce qu'exige la Convention, c'est que la législation permette aux syndicats, selon des modalités conformes à l'article 11, de lutter pour la défense des intérêts de leurs membres (*Syndicat national de la police belge c. Belgique*, 27 octobre 1975, §§ 38 et 39, série A n° 19, et *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, 6 février 1976, §§ 39-40, série A n° 20).

135. Au fil de sa jurisprudence, la Cour a dégagé une liste non exhaustive d'éléments constitutifs du droit syndical, parmi lesquels figurent le droit de former un syndicat ou de s'y affilier, l'interdiction des accords de monopole syndical et le droit pour un syndicat de chercher à persuader l'employeur d'écouter ce qu'il a à dire au nom de ses membres. Récemment, elle a estimé, compte tenu des évolutions du monde du travail, qu'en principe et mis à part des cas très particuliers, le droit de mener des négociations collectives

avec l'employeur est devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts (*Demir et Baykara*, précité, §§ 145 et 154).

b) Sur l'autonomie des organisations religieuses

136. La Cour rappelle que les communautés religieuses existent traditionnellement et universellement sous la forme de structures organisées. Lorsqu'est en cause l'organisation de la communauté religieuse, l'article 9 de la Convention doit s'interpréter à la lumière de l'article 11, qui protège la vie associative contre toute ingérence injustifiée de l'État. Vu sous cet angle, le droit des fidèles à la liberté de religion suppose que la communauté puisse fonctionner paisiblement, sans ingérence arbitraire de l'État. L'autonomie des communautés religieuses est indispensable au pluralisme dans une société démocratique et se trouve au cœur même de la protection offerte par l'article 9. Elle présente un intérêt direct non seulement pour l'organisation de ces communautés en tant que telle, mais aussi pour la jouissance effective par l'ensemble de leurs membres actifs du droit à la liberté de religion. Si l'organisation de la vie de la communauté n'était pas protégée par l'article 9, tous les autres aspects de la liberté de religion de l'individu s'en trouveraient fragilisés (*Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], n° 30985/96, § 62, CEDH 2000-XI, *Église métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, n° 45701/99, § 118, CEDH 2001-XII, *Saint-Synode de l'Église orthodoxe bulgare (métropolitaine Innocent) et autres c. Bulgarie*, nos 412/03 et 35677/04, § 103, 22 janvier 2009).

137. Le principe d'autonomie interdit à l'État d'obliger une communauté religieuse à admettre en son sein de nouveaux membres ou d'en exclure d'autres. De même, l'article 9 de la Convention ne garantit aucun droit à la dissidence à l'intérieur d'un organisme religieux; en cas de désaccord doctrinal ou organisationnel entre une communauté religieuse et l'un de ses membres, la liberté de religion de l'individu s'exerce par sa faculté de quitter librement la communauté (*Miroşubovs et autres c. Lettonie*, n° 798/05, § 80, 15 septembre 2009).

138. Enfin, lorsque se trouvent en jeu des questions relatives aux rapports entre l'État et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national (*Leyla Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98, § 109, CEDH 2005-XI). C'est le cas notamment lorsqu'il existe, dans la pratique des États européens, une grande variété de modèles constitutionnels régissant les relations entre l'État et les cultes.

2. *Application de ces principes dans le cas d'espèce*

139. La Cour recherchera si, compte tenu de leur appartenance au clergé, les membres du syndicat requérant peuvent bénéficier des dispositions de l'article 11 de la Convention et, dans l'affirmative, si le refus d'enregistrer le syndicat a porté atteinte à la substance même de leur droit d'association.

a) **Sur l'applicabilité de l'article 11 aux faits de la cause**

140. Le point de savoir si les membres du syndicat requérant avaient le droit de créer celui-ci pose la question de l'applicabilité de l'article 11 à leur égard. Ici, la Grande Chambre ne partage pas la thèse du Gouvernement selon laquelle les membres du clergé doivent être exclus de la protection de l'article 11 de la Convention au motif qu'ils exercent leur activité sur la base d'un mandat de l'évêque et donc en dehors du champ d'application des normes internes du droit du travail.

141. Il n'appartient pas à la Cour de trancher la controverse qui oppose les membres du syndicat à leur hiérarchie au sujet de la nature exacte des fonctions qu'ils exercent. La seule question qui se pose ici, en effet, est celle de savoir si les fonctions dont il s'agit, malgré leur éventuelle spécificité, sont constitutives d'une relation de travail entraînant l'applicabilité du droit de fonder un syndicat au sens de l'article 11.

142. Pour y répondre, la Grande Chambre appliquera les critères prévus par les instruments internationaux pertinents (voir, *mutatis mutandis*, *Demir et Baykara*, précité, § 85). À cet égard, elle note que, dans sa Recommandation n° 198 sur la relation de travail (...), l'Organisation internationale du travail considère que la détermination de l'existence d'une telle relation doit être guidée, en premier lieu, par les faits ayant trait à l'exécution du travail et à la rémunération du travailleur, nonobstant la manière dont la relation de travail est caractérisée dans tout arrangement contraire, contractuel ou autre, éventuellement convenu entre les parties. Par ailleurs, la Convention n° 87 de l'Organisation internationale du travail (...), qui est le principal instrument juridique international garantissant le droit à la liberté syndicale, prévoit en son article 2 que « les travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte », ont le droit de constituer des organisations de leur choix. Enfin, si la directive 2000/78/CE du Conseil (...) admet l'existence d'un devoir de loyauté accru eu égard à l'éthique de l'employeur, elle précise qu'il ne peut pas y avoir d'atteinte à la liberté d'association et en particulier au droit de toute personne de fonder des syndicats.

143. Eu égard à ces éléments, la Cour observe que les fonctions exercées par les membres du syndicat litigieux présentent de nombreux aspects caractéristiques d'une relation de travail. Ainsi, ils exercent leur activité sur

la base d'une décision de l'évêque qui prononce leur nomination et précise leurs droits et leurs obligations. Sous la direction et la supervision de l'évêque, ils s'acquittent des tâches qui leur sont assignées, parmi lesquelles figurent, outre l'accomplissement des rites du culte et les contacts avec les fidèles, l'enseignement et la gestion du patrimoine de la paroisse, les membres du clergé étant responsables de la vente d'objets religieux (...) De plus, la loi nationale prévoit un nombre précis de postes ecclésiastiques et laïcs financés majoritairement par le budget de l'État et des collectivités locales, la rémunération des personnes occupant ces postes étant par ailleurs fixée par rapport à celle des fonctionnaires du ministère de l'Éducation nationale (...) L'Église orthodoxe roumaine paie des cotisations patronales sur les rémunérations versées aux membres de son clergé, et les prêtres s'acquittent de l'impôt sur le revenu, cotisent à la caisse nationale de sécurité sociale et bénéficient de l'ensemble des prestations sociales ouvertes aux salariés ordinaires, dont l'assurance santé, le versement d'une pension à partir de l'âge légal de départ à la retraite, ou encore l'assurance chômage.

144. Certes, comme le souligne le Gouvernement, le travail des membres du clergé présente la particularité de poursuivre aussi une finalité spirituelle et d'être accompli dans le cadre d'une Église pouvant prétendre à un certain degré d'autonomie. Il en résulte que les obligations des membres du clergé sont d'une nature particulière en ce que ceux-ci sont soumis à un devoir de loyauté accru, lui-même fondé sur un engagement personnel de chacun de ses membres qui est censé être définitif. Il peut donc être délicat de distinguer précisément les activités strictement religieuses des membres du clergé de leurs activités de nature plutôt économique.

145. Cela étant, la question est plutôt de savoir si de telles particularités suffisent à soustraire au champ d'application de l'article 11 la relation qui unit les membres du clergé à leur église. Sur ce point, la Cour rappelle que l'article 11 § 1 envisage la liberté syndicale comme une forme ou un aspect particulier de la liberté d'association et que le paragraphe 2 n'exclut aucune catégorie professionnelle de la portée de l'article 11. Tout au plus les autorités nationales peuvent-elles imposer à certains de leurs employés des « restrictions légitimes » conformes à l'article 11 § 2 (*Tüm Haber Sen et Çınar c. Turquie*, n° 28602/95, §§ 28 et 29, CEDH 2006-II). D'ailleurs, d'autres catégories professionnelles, par exemple la police ou la fonction publique, se trouvent soumises, elles aussi, à des contraintes particulières et à des obligations spéciales de loyauté, sans pour autant que le droit à la liberté syndicale de leurs membres ne soit remis en cause (voir, par exemple, *Syndicat national de la police belge*, précité, § 40, et *Demir et Baykara*, précité, § 107).

146. De plus, à supposer même que les membres du clergé orthodoxe roumain puissent renoncer aux droits qu'ils tirent de l'article 11 de la Convention, la Cour constate qu'en l'espèce, il n'apparaît pas qu'au moment de leur engagement, les membres du syndicat aient accepté une telle renonciation.

147. Par ailleurs, la Cour observe que les juridictions internes ont déjà expressément reconnu aux membres du clergé et aux employés laïcs de l'Église orthodoxe roumaine le droit de se syndiquer (...)

148. Au vu de l'ensemble de ces éléments, la Cour estime que nonobstant les particularités de leur situation, les membres du clergé accomplissent leur mission dans le cadre d'une relation de travail relevant de l'article 11 de la Convention. Cette disposition trouve dès lors à s'appliquer aux faits de la cause.

149. Comme les parties, la Grande Chambre considère que le refus d'enregistrer le syndicat requérant s'analyse en une ingérence de l'État défendeur dans l'exercice des droits garantis par l'article 11 de la Convention.

150. Pour être compatible avec le paragraphe 2 de l'article 11, pareille ingérence doit être « prévue par la loi », inspirée par un ou plusieurs buts légitimes et « nécessaire, dans une société démocratique », à la poursuite de ce ou ces buts.

b) Sur le point de savoir si l'ingérence était « prévue par la loi » et si elle poursuivait un ou des buts légitimes

151. Les parties s'accordent à reconnaître que l'ingérence litigieuse se fondait sur les dispositions du statut de l'Église orthodoxe roumaine. Cependant, leurs positions divergent sur le point de savoir si elle était « prévue par la loi ».

152. Le syndicat requérant considère que l'ingérence n'avait pas de base légale en droit interne car les dispositions du statut de l'Église, n'ayant pas valeur de loi organique, ne pouvaient pas déroger aux dispositions de la Constitution garantissant la liberté syndicale. Le Gouvernement conteste cette analyse, estimant que, dès lors que le statut avait été approuvé par un arrêté du Gouvernement, il faisait partie du droit interne.

153. La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle l'expression « prévue par la loi » impose non seulement que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais vise aussi la qualité de la loi en cause, qui doit être accessible au justiciable et prévisible (*Rotaru c. Roumanie* [GC], n° 28341/95, § 52, CEDH 2000-V). Elle rappelle également que l'expression « prévue par la loi » renvoie d'abord au droit interne et qu'il ne lui appartient pas en principe de contrôler la régularité de la « législation

déléguée» : pareille tâche incombe au premier chef aux cours et tribunaux nationaux (*Campbell c. Royaume-Uni*, 25 mars 1992, § 37, série A n° 233).

154. En l'espèce, elle constate que ni la Constitution ni les lois organiques sur la liberté syndicale et la liberté religieuse, pas plus que le statut de l'Église, n'interdisent expressément la constitution de syndicats par des membres du personnel clérical ou laïc de l'Église. Les juridictions internes ont déduit cette interdiction des dispositions du statut de l'Église en vertu desquelles la création d'associations et de fondations ecclésiastiques est l'attribut du Saint-Synode et l'autorisation de l'archevêque est requise pour la participation de membres du clergé à quelque forme d'association que ce soit.

155. La Cour note que la prévisibilité et l'accessibilité des dispositions litigieuses susmentionnées ne sont pas ici en cause. En effet, il n'est pas contesté que les membres du syndicat requérant avaient connaissance de ces dispositions du statut et qu'en l'absence de l'autorisation de l'archevêque, ils devaient s'attendre à ce que l'Église s'oppose à la demande d'enregistrement de leur syndicat. Ils affirment d'ailleurs avoir demandé cette autorisation, qui leur aurait été refusée sur intervention du Saint-Synode.

156. Quant à l'argument principal du syndicat requérant, qui consiste à dire que bien que le statut de l'Église ait été approuvé par le Gouvernement ses dispositions ne pouvaient pas déroger aux normes constitutionnelles, la Grande Chambre estime qu'il s'apparente à une exception d'irrégularité de la législation interne fondée sur l'inconstitutionnalité des dispositions en cause et sur le non-respect de la hiérarchie des normes. Or il n'appartient pas à la Cour d'examiner le bien-fondé de ce moyen, qui concerne la régularité d'une forme de « législation déléguée ». En effet, l'interprétation du droit interne des Parties contractantes incombe au premier chef aux juridictions nationales (voir, parmi d'autres, *Rekvenyi c. Hongrie* [GC], n° 25390/94, § 35, CEDH 1999-III). À cet égard, force est de constater que le tribunal départemental, statuant en dernière instance, s'est limité à noter de manière générale que la loi sur la liberté syndicale ne permettait pas d'inclure dans les statuts des dispositions contraires à la Constitution ou aux autres lois. Contrairement au tribunal de première instance, il n'a pas examiné *in concreto* le point de savoir si l'interdiction de fonder un syndicat sans l'autorisation de l'archevêque était compatible ou non avec les normes constitutionnelles. Pour autant, la Cour estime que dès lors qu'il s'est appuyé dans son arrêt sur le statut de l'Église, le tribunal départemental a implicitement considéré que ses dispositions n'étaient pas contraires aux normes constitutionnelles.

157. Par conséquent, la Cour est disposée à admettre, comme les juridictions nationales, que l'ingérence litigieuse avait pour base légale les dispositions pertinentes du statut de l'Église orthodoxe roumaine et que ces

dispositions répondaient aux critères de « légalité » qu'elle a définis dans sa jurisprudence (voir, *mutatis mutandis*, *Miroşubovs et autres*, précité, § 78).

158. Enfin, comme les parties, la Grande Chambre considère que l'ingérence poursuivait un objectif légitime au regard du paragraphe 2 de l'article 11, à savoir la protection des droits d'autrui, en l'occurrence ceux de l'Église orthodoxe roumaine. Elle n'aperçoit pas de raison d'ajouter à ce but, à l'instar de la chambre, celui de la défense de l'ordre.

c) Sur le point de savoir si l'ingérence était « nécessaire dans une société démocratique »

159. De l'avis de la Cour, il incombe aux juridictions nationales de veiller à ce qu'au sein des organisations religieuses, tant la liberté d'association que l'autonomie des cultes puissent s'exercer dans le respect du droit en vigueur, en ce compris la Convention. En ce qui concerne les ingérences dans l'exercice du droit à la liberté d'association, il découle de l'article 9 de la Convention que les cultes sont en droit d'avoir leur propre opinion sur les activités collectives de leurs membres qui pourraient menacer leur autonomie et que cette opinion doit en principe être respectée par les autorités nationales. Pour autant, il ne suffit pas à une organisation religieuse d'alléguer l'existence d'une atteinte réelle ou potentielle à son autonomie pour rendre conforme aux exigences de l'article 11 de la Convention toute ingérence dans le droit à la liberté syndicale de ses membres. Il lui faut aussi démontrer, à la lumière des circonstances du cas d'espèce, que le risque invoqué est réel et sérieux, que l'ingérence litigieuse dans la liberté d'association ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'écarter et qu'elle ne sert pas non plus un but étranger à l'exercice de l'autonomie de l'organisation religieuse. Il appartient aux juridictions nationales de s'en assurer, en procédant à un examen approfondi des circonstances de l'affaire et à une mise en balance circonstanciée des intérêts divergents en jeu (voir, *mutatis mutandis*, *Schüth c. Allemagne*, n° 1620/03, § 67, CEDH 2010, et *Siebenhaar c. Allemagne*, n° 18136/02, § 45, 3 février 2011).

160. Si, dans des cas tels que celui de la présente affaire, qui nécessitent une mise en balance d'intérêts privés concurrents ou de différents droits protégés par la Convention, l'État jouit généralement d'une ample marge d'appréciation (voir, *mutatis mutandis*, *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 77, CEDH 2007-I), l'issue de la requête ne peut en principe varier selon qu'elle a été portée devant la Cour sous l'angle de l'article 11 de la Convention, par la personne dont l'exercice de la liberté d'association a été restreint, ou sous celui des articles 9 et 11, par l'organisation religieuse qui s'estime victime d'une atteinte à son droit à l'autonomie.

161. En l'espèce, la question qui se trouve au centre du litige est celle de la non-reconnaissance du syndicat requérant. Devant les tribunaux compétents pour examiner la demande d'enregistrement du syndicat, l'archevêché, qui s'opposait à cette reconnaissance, a soutenu que les objectifs prévus dans le statut du syndicat étaient incompatibles avec les obligations assumées par les prêtres au titre de leur sacerdoce et de leur engagement envers l'archevêque. Il estimait que l'apparition dans la structure de l'Église d'un tel organisme nouveau aurait porté gravement atteinte à la liberté des cultes de s'organiser selon leurs propres traditions, et que la création du syndicat aurait donc été susceptible de remettre en question la structure hiérarchique traditionnelle de l'Église – d'où la nécessité, selon lui, de limiter la liberté syndicale réclamée par le syndicat requérant.

162. Au vu des différents arguments avancés devant les juridictions nationales par les représentants de l'archevêché de Craiova, la Cour estime que le tribunal départemental pouvait raisonnablement considérer qu'une décision autorisant l'enregistrement du syndicat aurait fait peser un risque réel sur l'autonomie de l'organisation religieuse en cause.

163. À cet égard, la Cour relève qu'en Roumanie, chaque culte a le droit d'adopter son propre statut et ainsi de décider librement de son fonctionnement, du recrutement de son personnel et des rapports qu'il entretient avec son clergé (...) Le principe de l'autonomie des organisations religieuses représente la clé de voûte des relations entre l'État roumain et les cultes reconnus sur son territoire, dont l'Église orthodoxe roumaine. Comme l'indique le Gouvernement, les membres du clergé orthodoxe roumain, y compris donc les prêtres membres du syndicat requérant, exercent leurs activités en vertu de leur sacerdoce, de leur engagement envers l'évêque et de la décision de celui-ci, l'Église orthodoxe roumaine ayant choisi de ne pas transposer dans son statut les dispositions du droit du travail pertinentes en la matière, choix entériné par un arrêté du gouvernement au nom du respect du principe de l'autonomie du culte.

164. Or à la lecture des objectifs poursuivis par le syndicat requérant dans son statut, objectifs qui consistaient notamment à promouvoir la libre initiative, la concurrence et la liberté d'expression de ses membres, à assurer la participation au Saint-Synode d'un membre du syndicat, à demander à l'archevêque de produire un rapport financier annuel et à utiliser la grève comme moyen de défense des intérêts de ses membres, la décision juridictionnelle refusant l'enregistrement dudit syndicat au nom du respect de l'autonomie des cultes n'apparaît pas déraisonnable aux yeux de la Cour, eu égard notamment au rôle de l'État dans la préservation de ladite autonomie.

165. Dans ce contexte, la Cour rappelle qu'elle a eu à maintes reprises l'occasion de souligner le rôle de l'État en tant qu'organisateur neutre et impartial de la pratique des religions, cultes et croyances, et d'indiquer que ce rôle contribuait à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique, particulièrement entre des groupes opposés (voir, parmi d'autres, *Hassan et Tchaouch*, précité, § 78, et *Leyla Şahin*, précité, § 107). Elle ne peut en l'espèce que confirmer cette jurisprudence. Le respect de l'autonomie des communautés religieuses reconnues par l'État implique, en particulier, l'acceptation par celui-ci du droit pour ces communautés de réagir conformément à leurs propres règles et intérêts aux éventuels mouvements de dissidence qui surgiraient en leur sein et qui pourraient présenter un danger pour leur cohésion, pour leur image ou pour leur unité. Il n'appartient donc pas aux autorités nationales de s'ériger en arbitre entre les organisations religieuses et les différentes entités dissidentes qui existent ou qui pourraient se créer dans leur sphère.

166. À la lumière de l'ensemble des éléments dont elle dispose, la Cour partage l'avis du gouvernement défendeur selon lequel, en refusant d'enregistrer le syndicat requérant, l'État s'est simplement abstenu de s'impliquer dans l'organisation et le fonctionnement de l'Église orthodoxe roumaine, respectant ainsi l'obligation de neutralité que lui impose l'article 9 de la Convention. Il reste à rechercher si l'examen auquel le tribunal départemental s'est livré pour rejeter la demande du syndicat requérant répondait aux exigences permettant de vérifier si le refus d'enregistrement était nécessaire dans une société démocratique (paragraphe 159 ci-dessus).

167. La majorité de la chambre a répondu à cette question par la négative. Elle a estimé que le tribunal départemental n'avait pas suffisamment tenu compte de tous les arguments pertinents, n'avançant pour justifier son refus d'enregistrer le syndicat que des motifs d'ordre religieux tirés des dispositions du statut de l'Église (paragraphe 77 et suivants de l'arrêt de la chambre).

168. La Grande Chambre ne souscrit pas à cette conclusion. Elle relève que le tribunal départemental a refusé d'enregistrer le syndicat requérant après avoir constaté que sa demande ne répondait pas aux exigences du statut de l'Église car ses membres n'avaient pas respecté la procédure spéciale prévue pour la création d'une association. Elle estime qu'en procédant ainsi, le tribunal départemental n'a fait qu'appliquer le principe de l'autonomie des organisations religieuses: son refus d'autoriser l'enregistrement du syndicat requérant en raison du non-respect de la condition d'obtention de l'autorisation de l'archevêque était une conséquence directe du droit de la communauté religieuse en cause de s'organiser librement et de fonctionner conformément aux dispositions de son statut.

169. Par ailleurs, le syndicat requérant n'a avancé aucune raison pour justifier l'absence de demande formelle d'autorisation auprès de l'archevêque. Néanmoins, les juridictions nationales ont pallié cette omission, en recueillant l'avis de l'archevêché de Craiova et en se livrant à un examen des motifs avancés par lui. Le tribunal départemental a conclu, en faisant siens les motifs avancés par l'archevêché de Craiova, que, s'il autorisait la création du syndicat, les structures de consultation et de délibération prévues par le statut de l'Église se trouveraient remplacées ou contraintes de collaborer avec un nouvel organisme – le syndicat – étranger à la tradition de l'Église et aux règles canoniques de consultation et de prise de décision. Le contrôle effectué par le tribunal a ainsi permis de vérifier que le risque invoqué par les autorités ecclésiastiques était probable et sérieux, que les motifs avancés par elles ne servaient pas un but étranger à l'exercice de l'autonomie du culte en question et que le refus d'enregistrer le syndicat requérant n'allait pas au-delà de ce qui était nécessaire pour écarter ce risque.

170. De manière plus générale, la Cour relève que le statut de l'Église orthodoxe roumaine ne prévoit pas d'interdiction absolue, pour les membres de son clergé, de constituer des syndicats pour protéger leurs droits et leurs intérêts légitimes. Rien n'empêche donc les membres du syndicat requérant de jouir de leur droit garanti par l'article 11 de la Convention en fondant une telle association dont les objectifs seraient compatibles avec le statut de l'Église et qui ne remettrait pas en question la structure hiérarchique traditionnelle de l'Église et la manière dont les décisions y sont prises. La Cour note qu'il est loisible, par ailleurs, aux membres du syndicat requérant d'adhérer librement à l'une ou l'autre des associations existantes à ce jour au sein de l'Église orthodoxe roumaine qui ont été autorisées par les juridictions nationales et qui exercent leurs activités en conformité avec les exigences de son statut (...)

171. Enfin, la Cour prend note de la grande variété des modèles constitutionnels qui régissent en Europe les relations entre les États et les cultes. Compte tenu de l'absence de consensus européen sur la question (...), elle estime que la marge d'appréciation de l'État est plus large dans ce domaine et englobe le droit de reconnaître ou non, au sein des communautés religieuses, des organisations syndicales poursuivant des buts susceptibles d'entraver l'exercice de l'autonomie des cultes.

172. En conclusion, eu égard aux motifs qu'il a exposés, le refus du tribunal départemental d'enregistrer le syndicat requérant n'a pas outrepassé la marge d'appréciation dont bénéficient les autorités nationales en la matière et, dès lors, il n'est pas disproportionné.

173. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 11 de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

(...)

3. *Dit*, par onze voix contre six, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 11 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 9 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 du juge Wojtyczek ;
- opinion en partie dissidente commune aux juges Spielmann, Villiger, López Guerra, Bianku, Møse et Jäderblom.

D.S.
M.O'B.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE WOJTYCZEK

1. Je souscris entièrement à la conclusion de la majorité selon laquelle il n'y a pas eu violation de la Convention dans la présente affaire. En revanche, je ne partage pas la totalité des opinions exprimées dans la motivation de l'arrêt. Mes doutes portent en particulier sur l'applicabilité aux membres du clergé de la liberté syndicale, telle que définie par l'article 11 de la Convention.

2. Dans la présente affaire, il est nécessaire de rappeler trois principes importants d'interprétation de la Convention.

Premièrement, l'interprétation d'une disposition de ce traité international se fonde sur le principe de son unité. Ainsi, tout article de la Convention doit être interprété à la lumière de l'ensemble de ses dispositions et des dispositions des Protocoles additionnels qui ont été ratifiés par tous les États membres du Conseil de l'Europe. Sans exclure tous les conflits de droits dans des situations concrètes, une telle approche en réduit cependant le nombre.

Deuxièmement, comme la majorité l'a relevé à juste titre, il y a une grande diversité de régimes régissant les cultes au sein des Hautes Parties contractantes. Cette diversité constitue un argument important pour reconnaître aux États une large marge d'appréciation dans ce domaine. De plus, pour déterminer l'ampleur de cette marge, il faut tenir compte de la diversité confessionnelle en Europe. Le pluralisme confessionnel se traduit notamment par la multiplicité des définitions de la mission de ministre du culte dans les différentes religions.

Troisièmement, selon le préambule de la Convention, le maintien des libertés fondamentales repose essentiellement sur un « régime politique véritablement démocratique ». De plus, les restrictions apportées aux différentes libertés protégées par la Convention doivent être « nécessaires dans une société démocratique ». L'interprétation de la Convention doit donc tenir compte de l'idéal démocratique. Parmi les différentes caractéristiques d'un État démocratique, il ne faut pas négliger le principe de la subsidiarité de l'État. La société démocratique s'épanouit pleinement dans le cadre d'un État subsidiaire qui respecte l'autonomie des différentes communautés qui la composent. Cette autonomie légitime peut se traduire notamment par une autorégulation au moyen de règles de conduite extra-juridiques, produites ou acceptées par les différents groupes sociaux.

3. En vertu de l'article 11 § 1 de la Convention, 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. Il ne fait aucun doute que les membres du clergé sont titulaires de la liberté de réunion pacifique et de la liberté d'association en général. La question qui se pose est celle du champ d'application personnel du droit de fonder des syndicats ou de s'y affilier.

La liberté syndicale est une liberté fondamentale, protégée par la Convention. Les syndicats sont des associations formées en vue de la défense des droits et intérêts des travailleurs et des employés avant tout face aux employeurs et ensuite face aux pouvoirs publics. Si l'article 11 de la Convention n'exclut expressément aucune catégorie professionnelle particulière, il est clair que la liberté syndicale consacrée par cette disposition s'applique aux personnes exerçant une activité professionnelle rémunérée, dans le cadre d'une relation de subordination à l'égard d'une autre personne et pour le compte de celle-ci.

4. L'article 9 § 1 de la Convention stipule que toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. La liberté de religion a une dimension collective et présuppose notamment l'autonomie des cultes. Cette autonomie inclut en particulier le droit de chaque communauté religieuse de définir librement sa structure interne, la mission des membres de son clergé et leur statut au sein de la communauté. Toute restriction à l'autonomie des cultes doit être justifiée par la nécessité de mettre en œuvre les valeurs protégées par la Convention. L'Église orthodoxe roumaine, tout comme les autres cultes, jouit d'une très large autonomie, protégée par la Convention.

5. La liberté syndicale, protégée par l'article 11 de la Convention, doit être interprétée en tenant compte notamment de l'article 9 de la Convention. La mission des membres du clergé a une dimension spirituelle, définie par la doctrine des différentes religions. Si cette définition varie considérablement selon les religions, il est néanmoins nécessaire d'en tenir compte dans l'analyse du lien juridique qui unit les membres du clergé à leur communauté religieuse. Comme le note la majorité, ce lien résulte d'un engagement personnel des membres du clergé. Il faut ajouter que cet engagement est consenti librement et dépasse par sa nature et sa profondeur tout engagement professionnel contracté dans le cadre d'une relation de droit du travail. De plus, lorsqu'elle demande à la communauté religieuse de lui confier la mission de membre de clergé, la personne concernée s'engage librement à respecter le droit interne édicté par cette communauté. Ainsi, les membres ecclésiastiques du syndicat requérant se sont engagés librement, notamment, à ne pas former de syndicat sans la bénédiction de leur évêque. Certes, comme le note la majorité, l'engagement d'un membre du clergé est censé, en principe, être définitif, cependant chacun reste libre de ses choix et

peut en pratique décider unilatéralement d'abandonner ses fonctions, quitte à enfreindre les règles du droit religieux.

6. La majorité a examiné la spécificité du lien juridique qui unit les membres du clergé à leur Église à la lumière des différents critères permettant d'établir l'existence d'une relation de travail. Ce faisant, elle a relevé à juste titre que le travail des membres du clergé présentait un certain nombre de particularités.

Il faut noter que la relation de travail a un caractère synallagmatique et une nature économique particulière : la rémunération versée par l'employeur est la contrepartie des richesses économiques produites par l'employé.

L'analyse du travail des membres du clergé doit tenir compte de la dimension spirituelle de leur mission. La valeur de ce travail échappe à l'appréciation économique. De plus, si l'exercice d'une activité salariée a pour but principal de procurer des revenus, la mission d'un membre du clergé a un caractère différent. Il faut noter à cet égard que si, en Roumanie et dans un certain nombre d'autres pays, l'État finance les traitements versés aux ministres du culte, dans d'autres pays européens, les mêmes missions sont réalisées sans aucune rémunération, que ce soit de la part de l'État ou de la part de la communauté religieuse. Dans beaucoup de communautés monastiques, les membres font vœu de pauvreté. La relation juridique entre un membre du clergé et sa communauté religieuse n'est pas de nature synallagmatique.

Dans ce contexte, il est difficile d'assimiler la mission d'un membre du clergé, qui est très spécifique, à une activité professionnelle exercée pour le compte et pour le bénéfice d'une autre personne physique ou morale. Le fait que, dans certains États, des communautés religieuses, pour différentes raisons, appliquent certaines dispositions du droit du travail à leurs relations avec les membres de leur clergé n'estompe pas cette différence fondamentale.

Par ailleurs, il faut ajouter que les systèmes de sécurité sociale peuvent s'étendre à différentes catégories de personnes qui n'exercent pas d'activité salariée. Le fait qu'une personne relève d'un système de sécurité sociale ne constitue pas un argument permettant de conclure qu'elle est engagée dans une relation juridique soumise au droit du travail.

7. Étant donné la spécificité de la mission des membres du clergé, il est difficile de conclure que l'article 11 de la Convention, dans sa partie relative à la liberté syndicale, trouve à s'appliquer en l'espèce. L'application des dispositions du droit du travail aux relations entre la communauté religieuse et les membres de son clergé faite dans certains États ne résulte pas d'une obligation imposée par la Convention.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE AUX
JUGES SPIELMANN, VILLIGER, LÓPEZ GUERRA, BIANKU,
MØSE ET JÄDERBLOM

(Traduction)

1. Nous ne sommes pas en désaccord avec la Grande Chambre lorsqu'elle reconnaît que les membres du clergé orthodoxe roumain s'acquittent de leur mission dans le cadre d'une relation de travail avec l'Église et que, en conséquence, 1) les garanties de l'article 11 concernant le droit de former des syndicats pour la défense des intérêts des employés et de s'y affilier trouvent à s'appliquer en l'espèce, et 2) le refus des juridictions roumaines d'enregistrer le syndicat requérant constitue donc une atteinte à l'exercice de ce droit (paragraphe 149 et 150 de l'arrêt).

2. Cependant, dans son arrêt, la Grande Chambre ne parvient pas à la conclusion qui s'impose dans les circonstances de l'espèce au vu de ces deux constats, à savoir que le refus des juridictions roumaines d'enregistrer le syndicat requérant a emporté violation de son droit à la liberté d'association garanti par l'article 11 de la Convention.

3. La liberté de s'affilier à un syndicat, élément essentiel du dialogue social entre travailleurs et employeurs, est reconnue dans la Convention en tant qu'aspect particulier de la liberté d'association qui doit être protégée contre l'ingérence arbitraire des autorités publiques. En vertu de la jurisprudence de la Cour, les exceptions prévues à l'article 11 § 2 sont d'interprétation stricte. Seules des raisons convaincantes et impératives peuvent justifier l'apport de restrictions à la liberté d'association (*Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, §§ 96 et suiv., CEDH 2008). Cette liberté comprend assurément le droit de former des syndicats. À cet égard, il y a lieu de noter que l'article 7 de la Convention n° 87 de l'Organisation internationale du travail sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical prévoit que l'acquisition de la personnalité juridique par les organisations de travailleurs ne peut être subordonnée à des conditions de nature à porter atteinte à ce droit.

4. En l'espèce, le tribunal départemental de Dolj a rejeté la demande d'enregistrement du syndicat requérant en des termes très généraux et succincts. Ce faisant, il a infirmé un jugement par lequel le tribunal de première instance de Craiova avait accueilli la demande d'inscription au registre des syndicats introduite par l'intéressé et soutenue par le ministère public (paragraphe 12 et 15 de l'arrêt). Il a ainsi souscrit à la position de l'appelant, l'archevêché de Craiova, en se fondant sur le fait que l'archevêque

n'avait pas autorisé la formation du syndicat et sur la liberté des cultes de s'organiser (paragraphe 18 de l'arrêt).

5. Dans ses observations devant la Grande Chambre, le Gouvernement soutenait que la décision du tribunal départemental avait une base légale, qu'elle poursuivait un but légitime (celui de préserver l'autonomie des communautés religieuses) et qu'elle était proportionnée à ce but et nécessaire dans une société démocratique. Nous pouvons admettre, comme l'a fait la majorité de la Grande Chambre, que la décision du tribunal départemental reposait sur une base légale et poursuivait un but légitime. Cependant, nous ne sommes pas d'accord pour dire qu'elle était proportionnée à ce but ni qu'elle était nécessaire pour préserver l'autonomie de l'Église orthodoxe roumaine. Dans les circonstances de l'espèce, en embrassant sans réserve la position de l'archevêché, le tribunal départemental n'a pas tenu compte des intérêts en présence et n'a pas procédé à leur mise en balance afin d'apprécier la proportionnalité de l'atteinte portée aux droits du syndicat requérant. Nous considérons que pareil exercice l'aurait conduit à conclure que la reconnaissance du syndicat requérant n'aurait mis en péril ni l'autonomie de l'Église orthodoxe roumaine ni le droit de celle-ci de ne pas subir d'ingérences externes ou internes, que ce soit quant à sa doctrine (principes et convictions) ou quant à son fonctionnement.

6. En ce qui concerne l'autonomie de l'Église dans l'établissement de sa doctrine, le statut du syndicat requérant indiquait expressément que celui-ci voulait respecter et appliquer intégralement les règles ecclésiastiques, y compris le statut et les canons de l'Église. Par ailleurs, ni le statut du syndicat ni les déclarations de ses membres ne contenaient de propos critiques à l'égard de la doctrine ou de l'Église orthodoxes. Le syndicat plaçait ses revendications exclusivement sur le terrain de la défense des droits et des intérêts professionnels, économiques, sociaux et culturels de ses adhérents.

7. En ce qui concerne l'autonomie de l'Église quant à son fonctionnement interne, le Gouvernement et les tiers intervenants considèrent que les activités du syndicat nuiraient à l'autonomie institutionnelle de l'Église orthodoxe roumaine en créant une autorité parallèle au sein de sa structure. Or le programme du syndicat indiquait clairement que celui-ci aurait eu pour seul but de défendre les intérêts de ses membres en proposant l'adoption de mesures en ce sens, et non en revendiquant un quelconque pouvoir de décision au sein de l'Église. Le programme prévoyait la représentation du syndicat au sein de certains organes de l'Église, et les objectifs déclarés du syndicat n'étaient pas de substituer sa propre structure à celles de l'Église mais de présenter et de défendre des propositions devant ces structures au nom de ses adhérents, et en aucun cas d'assumer les fonctions de l'Église.

8. Le Gouvernement soutenait aussi que les activités du syndicat auraient risqué de perturber le fonctionnement de l'Église, par exemple en cas de grève. Mais il s'agit là d'une question différente de celle de l'enregistrement par les autorités roumaines du syndicat, dont elle concerne une conduite potentielle future. Cet argument, que l'on ne retrouve pas dans l'appréciation des juridictions nationales qui ont examiné la demande d'enregistrement du syndicat requérant, est hautement spéculatif. Une mesure aussi radicale que le refus d'autoriser la création d'un syndicat sur la seule base d'une partie de son programme ne se justifie qu'en présence de menaces graves ou si le programme contient des objectifs incompatibles avec les principes démocratiques ou manifestement illégaux (voir, *mutatis mutandis*, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, § 58, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* [GC], n^{os} 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, §§ 107 et suiv., CEDH 2003-II, et *Gorzelik et autres c. Pologne* [GC], n^o 44158/98, § 103, CEDH 2004-I). Au surplus, même dans l'hypothèse où le syndicat aurait été enregistré, ses adhérents seraient restés intégrés dans la structure administrative de l'Église et soumis à sa réglementation interne, qui leur imposait des obligations spécifiques en tant que membres du clergé. L'Église et les autorités nationales ne se seraient pas non plus trouvées désarmées face à d'éventuels écarts de conduite des adhérents du syndicat par rapport à ces obligations spécifiques : elles auraient pu appliquer des mesures compatibles avec le paragraphe 2 de l'article 11 de la Convention. En particulier, pour répondre à la crainte exprimée par le Gouvernement roumain relativement à l'exercice potentiel par le syndicat requérant d'un droit de grève – quoiqu'il s'agisse là certainement de l'un des droits syndicaux les plus importants – la Grande Chambre aurait dû tenir compte dans son arrêt de deux aspects de la jurisprudence de la Cour : 1) le droit de grève n'est pas un droit absolu (*Schmidt et Dahlström c. Suède*, 6 février 1976, § 36, série A n^o 21, et *Dilek et autres c. Turquie*, n^{os} 74611/01, 26876/02 et 27628/02, § 68, 17 juillet 2007), et 2) la limitation du droit de grève peut, dans certains cas, être admissible dans une société démocratique (*UNISON c. Royaume-Uni* (déc.) n^o 53574/99, CEDH 2002-I, *Fédération des syndicats des travailleurs offshore et autres c. Norvège* (déc.), n^o 38190/97, CEDH 2002-VI, et *Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquie*, n^o 68959/01, § 32, 21 avril 2009).

9. Il y a encore d'autres raisons pour écarter l'argument selon lequel l'enregistrement du syndicat requérant aurait pu de quelque manière que ce soit compromettre les activités de l'Église ou menacer son autonomie. D'abord et avant tout, les juridictions internes avaient déjà reconnu le droit des employés de l'Église orthodoxe, clercs et laïcs, de se syndiquer, en octroyant la personnalité morale aux deux syndicats du clergé *Solidaritatea*

et *Sfântul Mare Mucenic Gheorghe* (...); et rien, ni dans les observations du Gouvernement ni dans les informations dont la Cour dispose, n'indique que l'existence de ces deux syndicats ait de quelque manière que ce soit porté atteinte au fonctionnement autonome de l'Église orthodoxe roumaine.

10. Ensuite, d'un point de vue plus général, le refus d'enregistrer le syndicat requérant était d'autant moins nécessaire et proportionné que même si les modèles constitutionnels qui régissent les relations entre les différents États européens et les cultes sont très divers, aucun d'entre eux n'exclut les membres du clergé du droit de former des syndicats. Dans certains pays, ce droit leur est même expressément garanti (...)

11. Eu égard à ce qui précède, la Grande Chambre aurait dû conclure que la décision par laquelle le tribunal départemental de Dolj a rejeté la demande d'enregistrement du syndicat requérant en raison de l'absence d'autorisation de l'archevêque a bel et bien emporté violation du droit à la liberté d'association garanti par l'article 11 de la Convention.

SINDICATUL “PĂSTORUL CEL BUN” v. ROMANIA
(Application no. 2330/09)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 9 JULY 2013¹

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following referral of the case in accordance with Article 43 of the Convention. Extracts.

SUMMARY¹**Refusal to register a trade union for priests on account of the autonomy of religious communities**

In view of the lack of a European consensus on the question of relations between States and religious denominations, the State is afforded a wider margin of appreciation in this sphere, encompassing the right to decide whether or not to recognise trade unions that operate within religious communities and pursue aims that might hinder the exercise of such communities’ autonomy. Accordingly, since the internal regulations of the religious community in question did not provide for an absolute ban on forming trade unions, the refusal to register a union of priests pursuing such aims was not disproportionate and thus did not breach Article 11 of the Convention (see paragraphs 171-72 of the judgment).

Article 11

Freedom of association – Applicability – Refusal to register a trade union for priests on account of the autonomy of religious communities – Protection of the rights of others – Lack of European consensus on relations between States and religious communities – Wide margin of appreciation – Proportionality

*

* *

Facts

In April 2008 thirty-five clergy members and lay employees of the Romanian Orthodox Church decided to form a trade union. The elected president applied to the court of first instance for the union to be granted legal personality and entered in the register of trade unions. However, the representative of the archdiocese lodged an objection. The union’s representative maintained the application, which was supported by the public prosecutor’s office. In May 2008 the court allowed the union’s application and ordered its entry in the register, thereby granting it legal personality. The archdiocese appealed against that judgment. In a final judgment of July 2008 the county court allowed the appeal, quashed the first-instance judgment and, on the merits, refused the application for the union to be granted legal personality and entered in the register of trade unions.

Law

Article 11:

(a) *Applicability*: The duties performed by the members of the trade union and the manner of their remuneration entailed many of the typical features of an

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

employment relationship. However, the work of members of the clergy had certain special characteristics, such as its spiritual purpose, the fact that it was carried out within a church enjoying a certain degree of autonomy, and the heightened duty of loyalty towards the Church. It could therefore be a delicate task to make a precise distinction between strictly religious activities and activities of a more financial nature. However, notwithstanding their special circumstances, members of the clergy fulfilled their mission in the context of an employment relationship falling within the scope of Article 11 of the Convention, which was therefore applicable to the facts of the case.

(b) *Merits*: The refusal to register the applicant union amounted to interference, which had been based on the provisions of the Statute of the Romanian Orthodox Church. The domestic courts had inferred from the Statute that the establishment of Church associations and foundations was the prerogative of the Holy Synod and the archbishop's permission was required for members of the clergy to take part in any form of association whatsoever. The interference had pursued the legitimate aim of protecting the rights of others, and specifically those of the Romanian Orthodox Church.

Bearing in mind the arguments put forward by the archdiocese before the domestic courts in support of its objection to recognising the trade union, it had been reasonable for the county court to take the view that a decision to allow the union's registration would create a real risk to the autonomy of the religious community in question. In Romania, all religious denominations were entitled to adopt their own internal regulations and were thus free to make their own decisions concerning their operations, recruitment of staff and relations with their clergy. The principle of the autonomy of religious communities was the cornerstone of relations between the Romanian State and the religious communities recognised within its territory. The Romanian Orthodox Church had chosen not to incorporate into its Statute the labour-law provisions which were relevant in this regard, a choice that had been approved by a government ordinance in accordance with the principle of the autonomy of religious communities. Having regard to the aims set forth by the applicant union in its constitution – in particular those of promoting initiative, competition and freedom of expression among its members, ensuring that one of its members took part in the Holy Synod, requesting an annual financial report from the archbishop and using strikes as a means of defending its members' interests – the judicial decision refusing to register the union with a view to respecting the autonomy of religious denominations did not appear unreasonable, particularly given the State's role in preserving such autonomy. In refusing to register the applicant union, the State had simply declined to become involved in the organisation and operation of the Romanian Orthodox Church, thereby observing its duty of neutrality under Article 9 of the Convention.

The county court had refused to register the applicant union after noting that its application did not satisfy the requirements of the Church's Statute because its

members had not complied with the special procedure in place for setting up an association. The court had thus simply applied the principle of the autonomy of religious communities. It had concluded, endorsing the reasons put forward by the archdiocese, that if it were to authorise the establishment of the trade union, the consultative and deliberative bodies provided for by the Church's Statute would be replaced by or obliged to work together with a new body – the trade union – not bound by the traditions of the Church and the rules of canon law governing consultation and decision-making. The review undertaken by the court had thus confirmed that the risk alleged by the Church authorities was plausible and substantial, that the reasons they had put forward did not serve any other purpose unrelated to the exercise of the autonomy of the religious community in question, and that the refusal to register the applicant union did not go beyond what was necessary to eliminate that risk.

More generally, the Statute of the Romanian Orthodox Church did not provide for an absolute ban on members of its clergy forming trade unions to protect their legitimate rights and interests. Accordingly, there was nothing to stop the applicant union's members from availing themselves of their right under Article 11 of the Convention by forming such an association that pursued aims compatible with the Church's Statute and did not call into question the Church's traditional hierarchical structure and decision-making procedures. Moreover, the applicant union's members were free to join any of the associations currently existing within the Romanian Orthodox Church which had been authorised by the national courts and operated in accordance with the requirements of the Church's Statute.

Lastly, there was a wide variety of constitutional models governing relations between States and religious denominations in Europe. In view of the lack of a European consensus on this matter, the State enjoyed a wider margin of appreciation in this sphere, encompassing the right to decide whether or not to recognise trade unions that operated within religious communities and pursued aims that might hinder the exercise of such communities' autonomy. In conclusion, the county court's refusal to register the applicant union had not overstepped the margin of appreciation afforded to the national authorities in this sphere, and accordingly was not disproportionate.

Conclusion: no violation (eleven votes to six).

Case-law cited by the Court

Campbell v. the United Kingdom, 25 March 1992, Series A no. 233

Demir and Baykara v. Turkey [GC], no. 34503/97, ECHR 2008

Evans v. the United Kingdom [GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I

Hasan and Chaush v. Bulgaria [GC], no. 30985/96, ECHR 2000-XI

Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) and Others v. Bulgaria, nos. 412/03 and 35677/04, 22 January 2009

Leyla Şahin v. Turkey [GC], no. 44774/98, ECHR 2005-XI

Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova, no. 45701/99, ECHR 2001-XII

Miroļubovs and Others v. Latvia, no. 798/05, 15 September 2009

National Union of Belgian Police v. Belgium, 27 October 1975, Series A no. 19

Rekvényi v. Hungary [GC], no. 25390/94, ECHR 1999-III

Rotaru v. Romania [GC], no. 28341/95, ECHR 2000-V

Schüth v. Germany, no. 1620/03, ECHR 2010

Siebenhaar v. Germany, no. 18136/02, 3 February 2011

Sørensen and Rasmussen v. Denmark [GC], nos. 52562/99 and 52620/99, ECHR 2006-I

Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden, 6 February 1976, Series A no. 20

TİM Haber Sen and Çınar v. Turkey, no. 28602/95, ECHR 2006-II

In the case of Sindicatul “Păstorul cel Bun” v. Romania,

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

Dean Spielmann, *President*,

Guido Raimondi,

Mark Villiger,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Boštjan M. Zupančič,

Elisabeth Steiner,

Danutė Jočienė,

Dragoljub Popović,

George Nicolaou,

Luis López Guerra,

Ledi Bianku,

Vincent A. De Gaetano,

Angelika Nußberger,

Linos-Alexandre Sicilianos,

Erik Møse,

Helena Jäderblom,

Krzysztof Wojtyczek, *judges*,

and Michael O’Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 7 November 2012 and on 5 June 2013,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 2330/09) against Romania lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a trade union, Păstorul cel Bun (The Good Shepherd – “the applicant union”), on 30 December 2008. The President of the Grand Chamber acceded to a request by the members of the applicant union not to have their identity disclosed (Rule 47 § 3 of the Rules of Court).

2. The applicant union, which had been granted legal aid, was represented by Mr R. Chiriță, a lawyer practising in Cluj Napoca. The Romanian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms C. Brumar, of the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant union alleged that the refusal of its application for registration as a trade union had infringed its members' right to form a trade union, as guaranteed by Article 11 of the Convention.

4. The application was allocated to the Third Section of the Court (Rule 52 § 1). On 31 January 2012 a Chamber of that Section, composed of Josep Casadevall, Egbert Myjer, Ján Šikuta, Ineta Ziemele, Nona Tsotsoria, Mihai Poalelungi and Kristina Pardalos, judges, and Santiago Quesada, Section Registrar, delivered a judgment in which it unanimously declared the application admissible and held, by five votes to two, that there had been a violation of Article 11 of the Convention.

5. On 9 July 2012, following a request submitted by the Government on 27 April 2012, a panel of the Grand Chamber decided to refer the case to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention.

6. The composition of the Grand Chamber was determined in accordance with the provisions of Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24. Corneliu Bîrsan, the judge elected in respect of Romania, withdrew from sitting in the case (Rule 28). The President of the Grand Chamber accordingly appointed Angelika Nußberger to sit as an *ad hoc* judge in his place (Article 26 § 4 of the Convention and Rule 29 § 1).

7. The applicant union and the Government each filed further observations (Rule 59 § 1).

8. Leave to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2) was granted to the non-governmental organisation (NGO) European Centre for Law and Justice and the Orthodox Archdiocese of Craiova, both of which had already intervened as third parties in the proceedings before the Chamber, and also to the Moscow Patriarchate, the NGOs Becket Fund and International Center for Law and Religion Studies, and the Governments of the Republic of Moldova, Poland, Georgia and Greece.

9. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 7 November 2012 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms C. Brumar,

Ms I. Cambrea,

Mr D. Dumitrache,

Ms A. Neagu,

Agent,

Co-Agent,

Advisers;

(b) *for the applicant union*

Mr R. Chiriță,

Mr I. Gruia,
Ms O. Chiriță,

Counsel,
Adviser.

The Court heard addresses by Mr Chiriță, Ms Brumar and Ms Neagu.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

10. On 4 April 2008 thirty-two Orthodox priests from parishes of the Metropolis of Oltenia, most of which were within the jurisdiction of the Archdiocese of Craiova (a region of south-western Romania), and three lay employees of the same archdiocese held a general meeting at which they decided to form the Păstorul cel Bun trade union. ...

11. In accordance with the Trade Unions Act (Law no. 54/2003), the union's elected president applied to the Craiova Court of First Instance for the union to be granted legal personality and entered in the register of trade unions, submitting that the application for registration was in conformity with that Act and that the formation of a trade union was not prohibited by the Religious Freedom Act (Law no. 489/2006).

12. The public prosecutor's office, representing the State in the proceedings, supported the application for registration, submitting that the establishment of a trade union for members of the clergy and lay staff was not in breach of any provision of the law. It added that since the union's members were employees working under contracts of employment, they were entitled, like any other employees, to join together as part of a trade union to defend their rights.

13. The Archdiocese of Craiova, intervening in the proceedings as a third party, confirmed that the union's members were employed by the Archdiocese but argued that the establishment of the union, without the Archbishop's consent and blessing ("permission"), was prohibited by the Statute of the Romanian Orthodox Church, as approved by Government Ordinance no. 53/2008. It added that the Statute barred priests from taking part in proceedings in the civil courts, even in connection with personal disputes, without the archbishop's prior written permission. Pointing out that priests chaired parish assemblies and governing bodies, the Archdiocese submitted that they were thus unable to form trade unions since the Trade Unions Act prohibited anyone performing management functions from doing so. Lastly, it produced written statements from eight members of the union indicating that they no longer wished to be part of it.

14. Having observed that the application for registration satisfied the formal requirements of the Trade Unions Act, the court decided that the application should be examined in the light of Articles 2 and 3 of that Act, Article 39 of the Labour Code, Article 40 of the Constitution, Article 22 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Article 11 of the European Convention on Human Rights.

15. In a judgment of 22 May 2008, the court allowed the union's application and ordered its entry in the register of trade unions, thereby granting it legal personality.

...

17. The Archdiocese challenged that judgment, arguing that the provisions of domestic and international law on which it was based were not applicable to the case at hand. Relying on Article 29 of the Constitution, which guarantees religious freedom and the autonomy of religious communities, it contended that the principle of religious freedom could not be overridden by other constitutional principles such as freedom of association, including the right to organise.

18. It submitted that the emergence within the structure of the Church of a trade-union-type organisation for members of the clergy would seriously imperil the freedom of religious denominations to organise themselves in accordance with their own traditions. The first-instance court's judgment had added a new institution to the existing Church institutions, namely a trade union for priests, thereby jeopardising the autonomy of religious communities as guaranteed by the Constitution.

19. The Archdiocese also criticised the applicant union's stated aims, contending that they conflicted with the duties that were set out in the "job description" and accepted by priests by virtue of their "vow of faith". It pointed out that upon ordination, all priests had undertaken to abide by all the provisions of the Church's Statute, the rules of procedure of the Church's disciplinary and judicial bodies and the decisions of the Holy Synod of the Romanian Orthodox Church, local church assemblies and the parish council.

20. In June 2008 the Holy Synod declared that initiatives by priests from various regions of the country to set up trade unions were in breach of the law, the canons and the Church's Statute.

21. In a final judgment of 11 July 2008 the Dolj County Court allowed the appeal by the Archdiocese and revoked the registration of the trade union.

...

23. On 29 September 2008 the attempt to set up the applicant union was discussed within the Synod of the Metropolis of Oltenia. The Synod

decided that if the union's members were to lodge an application with the Court, they should be punished and referred to the disciplinary bodies. As a result, the members concerned were summoned to the Archdiocese headquarters, where some of them signed declarations to the effect that they no longer wished to pursue the application.

24. In a letter of 21 June 2010, the chancery of the Romanian Orthodox Patriarchate reminded the Archdiocese that priests were forbidden to apply to domestic and international courts without the consent of their hierarchy and asked it to obtain written declarations from the priests in question stating that they no longer wished to pursue the application and, in the event of their refusal, to refer them to the appropriate disciplinary bodies. Some of the priests, despite having signed the declarations, informed the Court that they intended to pursue the application lodged on behalf of the union.

25. On 19 April 2010 three priests who had been members of the applicant union set up an association called Apostolia together with five other people. The association received the approval of the Archbishop of Craiova, who made premises available for use as its headquarters. It was registered with the Craiova Court of First Instance on 8 June 2010.

26. The association's aims, as set out in its constitution, are: to educate the people in the spirit of Orthodox morality; to promote a sense of solidarity between the clergy and the faithful; to raise funds for the publication of documents to defend the faith and traditions; to organise and support cultural, religious and social activities; to take a stand against events, initiatives and demonstrations that denigrate Christian morality, the Orthodox faith, national identity and traditions; and to use all legal means to publicise its own decisions concerning the protection of pastoral, social and professional interests.

...

THE LAW

...

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 11 OF THE CONVENTION

81. The applicant union submitted that in refusing its application for registration, the Dolj County Court had infringed its right to organise as guaranteed by Article 11 of the Convention, which provides:

“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.”

A. The Chamber judgment

82. In its judgment of 31 January 2012 the Chamber found a violation of Article 11 of the Convention. Observing that priests and lay staff carried out their duties within the Romanian Orthodox Church under employment contracts, that they received salaries funded mainly from the State budget and that they were covered by the general social-insurance scheme, it considered that a contractual employment relationship could not be exempted from all rules of civil law. It concluded that members of the clergy, and *a fortiori* lay employees of the Church, could not be excluded from the scope of Article 11.

83. Next, examining the refusal to register the applicant union in relation to the general principles of trade-union law, it accepted that the measure had been prescribed by domestic law (namely, the Trade Unions Act (Law no. 54/2003) and the Religious Freedom Act (Law no. 489/2006), as interpreted by the County Court in the light of the Statute of the Orthodox Church) and had pursued a legitimate aim (namely, the preservation of public order, encompassing the freedom and autonomy of religious communities) in that it had sought to prevent a disparity between the law and practice concerning the establishment of trade unions for Church employees.

84. It then observed that the County Court’s decision to refuse the applicant union’s registration had been mainly based on the need to protect the Orthodox Christian tradition, its founding tenets and the rules of canon law concerning decision-making. In that connection it held that the criteria defining a “pressing social need” had not been met in the instant case, since the County Court had not established that the applicant union’s programme, as set out in its constitution, or the positions adopted by its members were incompatible with a “democratic society”, let alone that they represented a threat to democracy.

85. Observing that the reasons given by the County Court to justify the refusal to register the applicant union had been of a purely religious nature,

the Chamber further considered that that court had not had sufficient regard either to the interests of employees of the Romanian Orthodox Church – in particular, the existence of an employment contract between them and the Church – or to the distinction between members of the clergy and lay employees of the Church, or to the question whether the ecclesiastical rules prohibiting union membership were compatible with the domestic and international regulations enshrining workers’ trade-union rights.

86. Lastly, noting that the right of Orthodox Church employees to join a trade union had already been recognised by the domestic courts in the case of other trade unions, the Chamber concluded that a measure as drastic as the refusal to register the applicant union had been disproportionate to the aim pursued and consequently unnecessary in a democratic society.

B. The parties’ submissions

1. The applicant union

87. The applicant union submitted that priests and clerical staff of the Romanian Orthodox Church had a similar status to civil servants. Like civil servants, they were recruited by competitive examination. They were then appointed by the bishop by means of a decision setting out their rights and obligations. They took an oath upon their ordination and their salaries were set in the law governing the remuneration of all public servants and reduced by the same proportion in the event of an economic crisis. They paid contributions to the general social security scheme and were entitled to the full range of welfare benefits. Furthermore, similarly to universities, the Romanian Orthodox Church was allocated funds from the State budget to pay its employees’ wages. Accordingly, the applicant union submitted that neither the Romanian Orthodox Church’s practice of not signing employment contracts with its staff nor the fact that it paid part of their wages from its own funds could affect the actual nature of the relationship between the Church and its employees, since the relationship entailed all the aspects of an employment contract and was similar to that between civil servants and the institution employing them.

88. The applicant union alleged that, unlike other occupational groups which were likewise bound by specific duties of loyalty but had trade unions to defend their interests, employees of the Romanian Orthodox Church, numbering some 15,000, were deprived of any form of protection from potential abuses in relation to such matters as salaries or transfers.

89. It added that the interference with its members’ freedom of association had not been prescribed by domestic law. In that connection

it cited Articles 40, 53 and 73 of the Constitution, by which citizens were guaranteed the right to join together freely in forming political parties, trade unions, employers' associations or other kinds of association, a right that could be restricted only by an institutional Act. It submitted that it could be inferred from these provisions that there was no legislative instrument barring priests from forming a trade union, the refusal of its registration having been based solely on Article 123 § 8 of the Church's Statute; the mere fact that the Statute had been approved by the government did not give it the status of a domestic legislative instrument, let alone that of an institutional Act capable of restricting a constitutional freedom. Submitting that Article 123 § 8 of the Statute was at variance with the Constitution, the applicant union concluded that the decision to prohibit it was in breach of domestic law. The decision therefore had no legal basis and infringed Article 11 of the Convention.

90. The applicant union accepted that the measure in issue had pursued a legitimate aim, namely, protection of the Church's interests, but contended that the measure had not been necessary in a democratic society to preserve the Church's religious autonomy.

91. In its submission, where relations between the State and religious communities were concerned, a distinction needed to be made between a community's religious activities and its civil and commercial activities. Thus, while any State interference with religious activities should be strictly forbidden, the Church's civil and commercial activities were unconnected to religion or to the Church's spiritual mission and should therefore be governed by civil law. In that connection, the applicant union pointed out that it did not wish to alter either Christian dogma or the organisation of religious worship but that its sole aim was to fight for the protection of its members' statutory rights, including the right to receive the guaranteed legal wage and the right not to be wrongfully dismissed. It also asserted that its members had sought – and obtained – oral permission to form a trade union but that the archbishop had subsequently withdrawn his initial consent following opposition from the Holy Synod.

92. The applicant union accepted that some of the aims set out in its constitution might appear to conflict with the duties of priests, but contended that they had been "copied wholesale from the Trade Unions Act" and that they were also intended to protect the interests of the Church's lay employees, who were not bound by the same obligations as priests. It further submitted that in any event, any action it might have taken such as strikes or other similar activities would have been subject to review by the judicial authorities, which could impose sanctions up to and including dissolution. It added that even if priests did decide to go on strike or to

organise other activities outside the remit of their ministry, they would remain subject to the Church's disciplinary procedure and its Statute, which likewise provided for sanctions.

93. Lastly, the applicant union noted that two other trade unions had already been set up within the Church and that their recognition by the State had not affected its internal organisation or given rise to parallel rules of governance. It also submitted that trade unions for Church personnel operated freely in several other Council of Europe member States.

94. In conclusion, the applicant union contended that its prohibition, as a preventive measure based purely on assumptions made in the light of its constitution, had not been proportionate to the aim pursued and had amounted to a violation of Article 11 of the Convention.

2. The Government

95. The Government did not raise any pleas of inadmissibility and accepted that the refusal to register the applicant union had constituted interference with its right to freedom of association. They further pointed out that there was no legal impediment preventing lay staff of the Romanian Orthodox Church from forming a trade union.

96. As regards members of the clergy, the Government argued that by virtue of the Statute of the Romanian Orthodox Church and the Religious Freedom Act, their relationship with the Church was a “freely accepted service and mission relationship” falling outside the sphere of labour law, and hence outside the scope of the Labour Code. They observed that priests performed their duties in accordance with a decision by the bishop setting out their rights and obligations, and a vow of faith and obedience which they took upon their ordination. They added that the employment contracts signed in 2004 by the Archdiocese of Craiova were the result of an erroneous interpretation of the law and had never been registered by the Labour Inspectorate, which had in fact confirmed that labour law was not applicable to the relationship between the Orthodox Church and its ecclesiastical staff. That position was shared by the High Court of Cassation and Justice and the Constitutional Court, which had both held that in accordance with the autonomy of religious denominations, the ordinary domestic courts did not have jurisdiction to review decisions by the ecclesiastical courts in relation to the provisions of the Labour Code.

97. The Government further asserted that the State did not provide remuneration for priests, its role in this respect being limited to granting financial assistance calculated on the basis of the Church's number of adherents and actual needs. It was entirely the Church's responsibility to redistribute the funds received from the State among its staff. Thus, the

State made a total of 12,765 assistance payments to the Orthodox Church, the amounts of which varied between 163 and 364 euros, while the Church paid 1,005 priests and 1,408 lay employees entirely from its own funds. As regards the affiliation of priests and other Church employees to the State social-insurance scheme, the Government submitted that this was the choice of the national Parliament, which enjoyed a wide margin of appreciation in such matters; however, their affiliation did not affect their status and did not make them State officials.

98. In the alternative, the Government pointed out that priests were responsible for the administration of their parishes and, as such, performed management functions; pursuant to the Trade Unions Act, this barred them from trade-union activities.

99. Having regard to the above considerations, the Government expressed concern at the idea that Article 11 could be deemed applicable to the present case, seeing that the provisions of labour law did not apply to the applicant union's members.

100. In any event, they submitted that the interference had been prescribed by law, had pursued a legitimate aim and was necessary in a democratic society.

101. In their submission, the legal basis for the measure in issue was Article 123 § 8 of the Church's Statute, by which the participation of members of the clergy in any form of association was subject to the archbishop's prior consent. That provision formed part of domestic law following the approval of the Statute by a government ordinance, and did not conflict with the Constitution, which, while guaranteeing freedom of association, including trade-union freedom, made it subject to the conditions provided for by law – the applicable law in the present case being the Statute of the Church. Furthermore, the fact that the Trade Unions Act did not explicitly ban priests from forming a trade union did not amount to tacit recognition of that right; instead, exercising its autonomy, the Church had decided that the activities of its staff should be governed by rules other than those of labour law.

102. As to the legitimate aim pursued by the interference, the Government called on the Grand Chamber to depart from the analysis made by the Chamber, which had found that the measure in question was aimed at preserving public order by protecting the freedom and autonomy of religious communities. They asserted that the sole aim of the interference had been to protect the rights and freedoms of others, namely those of the Romanian Orthodox Church. That being so, the specific reference to public order was immaterial to the present case.

103. As to whether the measure had been necessary and proportionate, the Government pointed out, firstly, that the ban on forming trade unions without the archbishop's consent concerned only members of the clergy and that the Church's lay staff remained free to join together in accordance with the conditions and criteria set forth in the Trade Unions Act.

104. The freedom of association of members of the clergy, meanwhile, was fully respected by the Romanian Orthodox Church, within which there were several hundred associations and foundations, among them the Apostolia association in the Archdiocese of Craiova.

105. In the Government's submission, the requirement for the archbishop's permission to be obtained for any form of association involving members of the clergy was legitimate and reflected the principle of the Church's autonomy. The Government were surprised that in the present case the applicant union had not sought such permission and added that the ordinary courts could, in appropriate circumstances, have ruled that a denial of permission was wrongful.

106. The Government noted that on account of their status, priests belonging to the applicant union were bound by a heightened degree of loyalty towards the Orthodox Church. No right to dissent existed: disaffected priests could leave the Church at any time, but as long as they chose to remain, they were deemed to have freely consented to abide by its rules and to waive some of their rights.

107. As regards the possible effects of the establishment of a trade union on the Church's operational methods, the Government argued that the applicant union's constitution suggested that, should it actually be established, it would attempt to introduce a parallel set of rules to those of the Church. This was clearly apparent from a reading of the passages concerning the recruitment of staff, the promotion of initiative, competition and freedom of expression, the signing of collective agreements and employment contracts, observance of civil-law rules on working hours, representation on decision-making bodies or the right to strike. The Government therefore submitted that recognition of the applicant union would necessarily have led to the emergence of a system of joint management within the Romanian Orthodox Church; this would have been a source of conflict between the union and the Church hierarchy, requiring adjudication by the domestic authorities, in breach of the State's duty of neutrality and impartiality and the autonomy of religious denominations.

108. They explained that in the present case the State had been anxious to forestall any attempt at unionisation before the applicant union began to operate and that this approach had been justified by the fact that the union

would have been able to make use of its rights under the Trade Unions Act as soon as it was registered, without any form of prior judicial supervision.

109. Lastly, the Government drew attention to the wide variety of rules governing the status of priests and their right to freedom of association in the Council of Europe's member States, and submitted that the lack of a European consensus in this area indicated that the national authorities should be left a wide margin of appreciation.

C. The third parties' submissions

110. The third-party Governments and NGOs intervening in the proceedings all shared the respondent Government's position.

1. The Greek Government

111. The Greek Government submitted that in the event of a conflict between the rights protected by Articles 9 and 11 of the Convention, the Court should start by determining whether recognition of a right to freedom of association within a religious community infringed the right to autonomy of the community in question. In their view, the autonomy of religious communities should prevail and such communities should enjoy the right to determine their relations with their staff on the basis of their own internal regulations, even if these restricted or limited the exercise of certain rights.

112. The Greek Government contended that since priests performed an essentially religious function, the distinction between religious and non-religious activities was immaterial. Furthermore, the domestic courts were better placed than an international court to settle any disputes arising in this sphere.

2. The Government of the Republic of Moldova

113. The Government of the Republic of Moldova submitted that the Chamber had not struck a sufficient balance between the freedom of association claimed by the applicant union and the freedom of religion and right to autonomy of the Orthodox Church. They contended that Article 11 of the Convention could not be construed as imposing a positive obligation on the State to recognise a secular association within a religious community where such recognition would be at variance with the State's duty of denominational neutrality.

114. They further submitted that under Article 9 of the Convention, the members of a religious community should be regarded as having freely chosen, on joining the community, to give up some of the civil rights to which they might have laid claim under Article 11.

3. The Polish Government

115. The Polish Government submitted that the Chamber should have focused more on the special nature of the relationship between the Church and its clergy. The fact that the rights claimed by a group of clergymen were of an economic, social or cultural nature did not support the conclusion that recognition of their trade union would be unlikely to undermine the autonomous operation of the religious community in question.

116. They argued that it was in the first place for religious communities themselves to decide which activities were to be treated as part of religious practice or as having an impact on their internal organisation or mission, and that to entrust this role to the domestic courts would be a source of conflict and would require the courts to settle religious matters, in breach of the autonomy of religious denominations and the State's duty of neutrality.

117. Lastly, they submitted that, on account of their training and their decision to join the clergy, priests had a heightened duty of loyalty towards the Church and should be aware of the requirements of their mission, which limited the exercise of certain rights.

4. The Georgian Government

118. The Georgian Government pointed out that Church-State relations were dealt with differently from one country to another and that there was no European consensus in this area.

119. Accordingly, they submitted that the Contracting States and their courts should enjoy a wide margin of appreciation in safeguarding the autonomy of religious communities from any threats. The State should refrain from encouraging any form of dissent within such communities.

5. The Archdiocese of Craiova

120. The Archdiocese of Craiova submitted that in the Romanian Orthodox Church, the canonical figure of the priest was directly linked to that of the bishop. The relationship between the bishop and his clergy was founded on mutual trust and the unity of the Church's mission, and it would be inconceivable in canon law for there to be any antagonism between the

Church authorities, as represented by the Holy Synod, and bishops and members of the clergy. The latter played a part in the democratic exercise of ecclesiastical authority and were able to rely on the Church's internal rules to defend themselves against any abuse of authority. In addition, any refusal by the archbishop to grant permission to form an association could be referred to the Holy Synod.

121. In conclusion, the Archdiocese submitted that the formation of a trade union of priests and lay staff would upset the existing relationship between the Church and the clergy and would pose a threat to public order and social harmony.

6. The Moscow Patriarchate

122. The Moscow Patriarchate emphasised the special nature of the hierarchical service relationships within religious communities and the heightened degree of loyalty that such relationships entail. The State should guarantee religious communities, by virtue of their autonomy, the exclusive competence to determine their own structure and internal operating rules.

123. The fundamental element of the service relationship for priests was the performance of religious services, and this relationship could not be reduced in an abstract, artificial manner to an employment relationship subject to the rules of civil law. The Moscow Patriarchate argued that it was impossible in practice to extend the scope of the ordinary legislation to religious communities, and such an approach would cause intractable problems for such communities, including the Russian Orthodox Church.

7. The NGO European Centre for Law and Justice (ECLJ)

124. The ECLJ submitted that priests were bound by a heightened duty of loyalty towards the Church. This duty had been acknowledged both in Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 and in the Court's case-law.

125. The ECLJ added that priests fell outside the scope of the right to organise as they were not "employees" but had an exclusively religious vocation and their relationship with the Church was not based on an employment contract.

126. Lastly, it submitted that where, as in the present case, the facts in dispute were of a religious nature, the interference in issue could not be reviewed by means of a proportionality test weighing up the interests of religious communities against the interests which individuals could claim under Articles 8 to 12 of the Convention, since these Articles protected rights which the individuals concerned had freely chosen not to exercise.

8. *The NGOs Becket Fund and International Center for Law and Religion Studies*

127. These organisations referred to the case-law of the United States Supreme Court concerning the autonomy of religious institutions. In the case of *National Labor Relations Board v. Catholic Bishop of Chicago* (440 US 490 (1979)), the Supreme Court had held that the domestic authorities could not disregard the bishop’s will by recognising a trade union for teachers from Catholic schools, observing that such recognition would interfere with the autonomous operation of religious institutions. In *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission et al.* (no. 10-553 (2012)), the Supreme Court had applied the “ministerial exception” doctrine, holding that the provisions of labour law were not applicable to employees of religious institutions, whether members of the clergy or the laity.

128. The two organisations contended that the position of the United States Supreme Court was consistent with that of the European Court as regards protection of the autonomy of religious communities in their relations with the clergy. The Chamber had thus erred in departing from that position, and this error would have a negative impact on religious autonomy in that the State might be required, should the Chamber judgment be upheld, to adjudicate in disputes between religious communities and their members.

D. The Grand Chamber’s assessment

129. The Government questioned whether Article 11 of the Convention was applicable to members of the clergy. The Grand Chamber considers that this question forms part of the examination of the merits of the case and will therefore examine it below.

1. *General principles*

(a) **The right to form trade unions**

130. The Court observes at the outset, having regard to developments in international labour law, that trade-union freedom is an essential element of social dialogue between workers and employers, and hence an important tool in achieving social justice and harmony.

131. It further reiterates that Article 11 of the Convention presents trade-union freedom as a special aspect of freedom of association and that, although the essential object of that Article is to protect the individual against arbitrary interference by public authorities with the exercise of the

rights it protects, there may in addition be positive obligations on the State to secure the effective enjoyment of such rights (see *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, §§ 109-10, ECHR 2008).

132. The boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 11 of the Convention do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. Whether the case is analysed in terms of a positive duty on the State or in terms of interference by the public authorities which needs to be justified, the criteria to be applied do not differ in substance. In both contexts regard must be had to the fair balance to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole.

133. In view of the sensitive character of the social and political issues involved in achieving a proper balance between the respective interests of labour and management, and given the high degree of divergence between the domestic systems in this field, the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation as to how trade-union freedom and protection of the occupational interests of union members may be secured (see *Sørensen and Rasmussen v. Denmark* [GC], nos. 52562/99 and 52620/99, § 58, ECHR 2006-I).

134. Article 11 of the Convention affords members of a trade union the right for their union to be heard with a view to protecting their interests, but does not guarantee them any particular treatment by the State. What the Convention requires is that under national law trade unions should be enabled, in conditions not at variance with Article 11, to strive for the protection of their members' interests (see *National Union of Belgian Police v. Belgium*, 27 October 1975, §§ 38-39, Series A no. 19, and *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, 6 February 1976, §§ 39-40, Series A no. 20).

135. Through its case-law, the Court has built up a non-exhaustive list of the constituent elements of the right to organise, including the right to form or join a trade union, the prohibition of closed-shop agreements, and the right for a trade union to seek to persuade the employer to hear what it has to say on behalf of its members. It recently held, having regard to developments in labour relations, that the right to bargain collectively with the employer had in principle, except in very specific cases, become one of the essential elements of the right to form and join trade unions for the protection of one's interests (see *Demir and Baykara*, cited above, §§ 145 and 154).

(b) Autonomy of religious organisations

136. The Court reiterates that religious communities traditionally and universally exist in the form of organised structures. Where the organisation

of the religious community is at issue, Article 9 of the Convention must be interpreted in the light of Article 11, which safeguards associations against unjustified State interference. Seen from this perspective, the right of believers to freedom of religion encompasses the expectation that the community will be allowed to function peacefully, free from arbitrary State intervention. The autonomous existence of religious communities is indispensable for pluralism in a democratic society and is an issue at the very heart of the protection which Article 9 affords. It directly concerns not only the organisation of these communities as such but also the effective enjoyment of the right to freedom of religion by all their active members. Were the organisational life of the community not protected by Article 9, all other aspects of the individual's freedom of religion would become vulnerable (see *Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, § 62, ECHR 2000-XI; *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, no. 45701/99, § 118, ECHR 2001-XII; and *Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) and Others v. Bulgaria*, nos. 412/03 and 35677/04, § 103, 22 January 2009).

137. In accordance with the principle of autonomy, the State is prohibited from obliging a religious community to admit new members or to exclude existing ones. Similarly, Article 9 of the Convention does not guarantee any right to dissent within a religious body; in the event of a disagreement over matters of doctrine or organisation between a religious community and one of its members, the individual's freedom of religion is exercised through his freedom to leave the community (see *Miroşubovs and Others v. Latvia*, no. 798/05, § 80, 15 September 2009).

138. Lastly, where questions concerning the relationship between the State and religions are at stake, on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of the national decision-making body must be given special importance (see *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 109, ECHR 2005-XI). This will be the case in particular where practice in European States is characterised by a wide variety of constitutional models governing relations between the State and religious denominations.

2. *Application of the above principles in the present case*

139. The Court will ascertain whether, in view of their status as members of the clergy, the applicant union's members are entitled to rely on Article 11 of the Convention and, if so, whether the refusal to register the union impaired the very essence of their freedom of association.

(a) Applicability of Article 11 to the facts of the case

140. The question whether the applicant union's members were entitled to form the union raises the issue of whether Article 11 was applicable to them. On this point, the Grand Chamber does not share the Government's view that members of the clergy must be excluded from the protection afforded by Article 11 of the Convention on the ground that they perform their duties under the authority of the bishop, and hence outside the scope of the domestic rules of labour law.

141. It is not the Court's task to settle the dispute between the union's members and the Church hierarchy regarding the precise nature of the duties they perform. The only question arising here is whether such duties, notwithstanding any special features they may entail, amount to an employment relationship rendering applicable the right to form a trade union within the meaning of Article 11.

142. In addressing this question, the Grand Chamber will apply the criteria laid down in the relevant international instruments (see, *mutatis mutandis*, *Demir and Baykara*, cited above, § 85). In this connection, it notes that in Recommendation no. 198 concerning the employment relationship ..., the International Labour Organisation (ILO) considers that the determination of the existence of such a relationship should be guided primarily by the facts relating to the performance of work and the remuneration of the worker, notwithstanding how the relationship is characterised in any contrary arrangement, contractual or otherwise, that may have been agreed between the parties. In addition, the ILO's Convention no. 87 ..., which is the principal international legal instrument guaranteeing the right to organise, provides in Article 2 that "workers and employers, without distinction whatsoever" have the right to establish organisations of their own choosing. Lastly, although Council Directive 2000/78/EC ... accepts the existence of a heightened degree of loyalty on account of the employer's ethos, it specifies that this cannot prejudice freedom of association, in particular the right to establish unions.

143. Having regard to the above considerations, the Court observes that the duties performed by the members of the trade union in question entail many of the characteristic features of an employment relationship. For example, they discharge their activities on the basis of a decision by the bishop appointing them and setting out their rights and obligations. Under the bishop's leadership and supervision, they carry out the tasks assigned to them; besides performing liturgical rites and maintaining contact with parishioners, these tasks include teaching and the management of parish assets; members of the clergy are also responsible for the sale of liturgical

items ... In addition, domestic law provides for a specific number of posts for members of the clergy and laity which are largely funded from the State and local-authority budgets, the post-holders' wages being set with reference to the salaries of Ministry of Education employees ... The Romanian Orthodox Church pays employer's contributions on the wages paid to its clergy, and priests pay income tax, contribute to the national social security scheme and are entitled to all the welfare benefits available to ordinary employees, such as health insurance, a pension on reaching the statutory retirement age, or unemployment insurance.

144. Admittedly, as the Government pointed out, a particular feature of the work of members of the clergy is that it also pursues a spiritual purpose and is carried out within a church enjoying a certain degree of autonomy. Accordingly, members of the clergy assume obligations of a special nature in that they are bound by a heightened duty of loyalty, itself based on a personal, and in principle irrevocable, undertaking by each clergyman. It may therefore be a delicate task to make a precise distinction between the strictly religious activities of members of the clergy and their activities of a more financial nature.

145. However, the question to be determined is rather whether such special features are sufficient to remove the relationship between members of the clergy and their church from the ambit of Article 11. In this connection, the Court reiterates that paragraph 1 of Article 11 presents trade-union freedom as one form or a special aspect of freedom of association and that paragraph 2 does not exclude any occupational group from the scope of that Article. At most the national authorities are entitled to impose “lawful restrictions” on certain of their employees in accordance with Article 11 § 2 (see *Tüm Haber Sen and Çınar v. Turkey*, no. 28602/95, §§ 28-29, ECHR 2006-II). Moreover, other occupational groups, such as the police or the civil service, are likewise subject to particular constraints and special duties of loyalty without their members' right to organise being called into question (see, for example, *National Union of Belgian Police*, cited above, § 40, and *Demir and Baykara*, cited above, § 107).

146. Furthermore, even assuming that members of the Romanian Orthodox clergy may waive their rights under Article 11 of the Convention, the Court observes that there is no indication in the present case that the members of the applicant union agreed to do so on taking up their duties.

147. The Court further notes that the domestic courts have already explicitly recognised the right of members of the clergy and lay employees of the Romanian Orthodox Church to form a trade union ...

148. Having regard to all the above factors, the Court considers that, notwithstanding their special circumstances, members of the clergy fulfil

their mission in the context of an employment relationship falling within the scope of Article 11 of the Convention. Article 11 is therefore applicable to the facts of the case.

149. The Grand Chamber agrees with the parties that the refusal to register the applicant union amounted to interference by the respondent State with the exercise of the rights enshrined in Article 11 of the Convention.

150. Such interference will not be compatible with paragraph 2 of Article 11 unless it was “prescribed by law”, pursued one or more legitimate aims and was “necessary in a democratic society” to achieve those aims.

(b) Whether the interference was “prescribed by law” and pursued one or more legitimate aims

151. The parties agreed that the interference in issue had been based on the provisions of the Statute of the Romanian Orthodox Church. However, they differed as to whether it had been “prescribed by law”.

152. The applicant union submitted that the interference had had no legal basis in domestic law since the provisions of the Church’s Statute, not ranking as an institutional Act, could not override the provisions of the Constitution guaranteeing trade-union freedom. The Government disputed that argument, submitting that as the Statute had been approved by a government ordinance, it formed part of domestic law.

153. The Court reiterates its settled case-law to the effect that the expression “prescribed by law” not only requires that the impugned measures should have some basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, which must be sufficiently accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects (see *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, § 52, ECHR 2000-V). It further reiterates that the phrase “prescribed by law” refers in the first place to national law and that it is not, in principle, for the Court to examine the validity of “secondary legislation”, that being primarily a matter for the national courts (see *Campbell v. the United Kingdom*, 25 March 1992, § 37, Series A no. 233).

154. In the present case, it observes that neither the Constitution nor the institutional Acts on trade unions and religious freedom, nor indeed the Statute of the Church, expressly prohibit members of the clergy or lay staff of the Church from forming trade unions. The domestic courts have inferred such a prohibition from the provisions of the Church’s Statute by which the establishment of Church associations and foundations is the prerogative of the Holy Synod and the archbishop’s permission is required for members of the clergy to take part in any form of association whatsoever.

155. The Court notes that the foreseeability and accessibility of the above-mentioned provisions are not in issue here. It has not been disputed that the applicant union’s members were aware of the relevant provisions of the Statute, or that in the absence of permission from the archbishop it was only to be expected that the Church would oppose their request for registration of the union. Indeed, they maintained that they had sought the archbishop’s permission, which had been refused following intervention by the Holy Synod.

156. As to the applicant union’s main argument, namely that although the Church’s Statute had been approved by the Government, its provisions could not override those of the Constitution, the Grand Chamber considers that this amounts to challenging the validity of domestic legislation on the grounds that the provisions in issue are unconstitutional and disregard the hierarchy of norms. However, it is not for the Court to examine this argument, which concerns the validity of a form of “secondary legislation”. The interpretation of the Contracting Parties’ domestic law is primarily a matter for the national courts (see, among other authorities, *Rekvényi v. Hungary* [GC], no. 25390/94, § 35, ECHR 1999-III). In this connection, it must be pointed out that the County Court, sitting as the court of final instance, confined itself to a general observation that under the Trade Unions Act, internal regulations could not contain any provisions that were in breach of the Constitution or other laws. Unlike the Court of First Instance, it did not examine the specific issue of whether the prohibition on forming a trade union without the archbishop’s permission was compatible with the provisions of the Constitution. However, the Court considers that since the County Court relied on the Church’s Statute in its judgment, it implicitly took the view that the provisions of the Statute were not unconstitutional.

157. Accordingly, the Court is prepared to accept, as the national courts did, that the interference complained of had a legal basis in the relevant provisions of the Statute of the Romanian Orthodox Church and that these provisions satisfied the “lawfulness” requirements established in its case-law (see, *mutatis mutandis*, *Miroľubovs and Others*, cited above, § 78).

158. Lastly, the Grand Chamber agrees with the parties that the interference pursued a legitimate aim under paragraph 2 of Article 11, namely the protection of the rights of others, and specifically those of the Romanian Orthodox Church. Unlike the Chamber, it can see no reason to take into account the additional aim of preventing disorder.

(c) As to whether the interference was “necessary in a democratic society”

159. In the Court’s opinion, it is the domestic courts’ task to ensure that both freedom of association and the autonomy of religious communities

can be observed within such communities in accordance with the applicable law, including the Convention. Where interferences with the right to freedom of association are concerned, it follows from Article 9 of the Convention that religious communities are entitled to their own opinion on any collective activities of their members that might undermine their autonomy and that this opinion must in principle be respected by the national authorities. However, a mere allegation by a religious community that there is an actual or potential threat to its autonomy is not sufficient to render any interference with its members' trade-union rights compatible with the requirements of Article 11 of the Convention. It must also show, in the light of the circumstances of the individual case, that the risk alleged is real and substantial and that the impugned interference with freedom of association does not go beyond what is necessary to eliminate that risk and does not serve any other purpose unrelated to the exercise of the religious community's autonomy. The national courts must ensure that these conditions are satisfied, by conducting an in-depth examination of the circumstances of the case and a thorough balancing exercise between the competing interests at stake (see, *mutatis mutandis*, *Schüth v. Germany*, no. 1620/03, § 67, ECHR 2010, and *Siebenhaar v. Germany*, no. 18136/02, § 45, 3 February 2011).

160. While the State generally enjoys a wide margin of appreciation in cases such as the present one, where a balance has to be struck between competing private interests or different Convention rights (see, *mutatis mutandis*, *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007-I), the outcome of the application should not, in principle, vary according to whether it was lodged with the Court under Article 11 of the Convention, by the person whose freedom of association was restricted, or under Articles 9 and 11, by the religious community claiming that its right to autonomy was infringed.

161. The central issue in the present case is the non-recognition of the applicant union. In the proceedings before the courts with jurisdiction to examine the union's application for registration, the Archdiocese, which was opposed to its recognition, maintained that the aims set out in the union's constitution were incompatible with the duties accepted by priests by virtue of their ministry and their undertaking towards the archbishop. It asserted that the emergence within the structure of the Church of a new body of this kind would seriously imperil the freedom of religious denominations to organise themselves in accordance with their own traditions, and that the establishment of the trade union would therefore be likely to undermine the Church's traditional hierarchical structure; for these reasons, it argued that

it was necessary to limit the trade-union freedom claimed by the applicant union.

162. Having regard to the various arguments put forward before the domestic courts by the representatives of the Archdiocese of Craiova, the Court considers that it was reasonable for the County Court to take the view that a decision to allow the registration of the applicant union would create a real risk to the autonomy of the religious community in question.

163. In this connection, the Court observes that in Romania, all religious denominations are entitled to adopt their own internal regulations and are thus free to make their own decisions concerning their operations, recruitment of staff and relations with their clergy ... The principle of the autonomy of religious communities is the cornerstone of relations between the Romanian State and the religious communities recognised within its territory, including the Romanian Orthodox Church. As the Government indicated, members of the Romanian Orthodox clergy, and hence the priests belonging to the applicant union, perform their duties by virtue of their ministry, their undertaking towards the bishop and the decision issued by the latter; the Romanian Orthodox Church has chosen not to incorporate into its Statute the labour-law provisions which are relevant in this regard, a choice that has been approved by a government ordinance in accordance with the principle of the autonomy of religious communities.

164. Having regard to the aims set forth by the applicant union in its constitution, in particular those of promoting initiative, competition and freedom of expression among its members, ensuring that one of its members took part in the Holy Synod, requesting an annual financial report from the archbishop and using strikes as a means of defending its members' interests, the Court does not consider that the judicial decision refusing to register the union with a view to respecting the autonomy of religious denominations was unreasonable, particularly in view of the State's role in preserving such autonomy.

165. In this connection, the Court observes that it has frequently emphasised the State's role as the neutral and impartial organiser of the practice of religions, faiths and beliefs, and has stated that this role is conducive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society, particularly between opposing groups (see, among other authorities, *Hasan and Chaush*, cited above, § 78, and *Leyla Şahin*, cited above, § 107). It can only confirm this position in the present case. Respect for the autonomy of religious communities recognised by the State implies, in particular, that the State should accept the right of such communities to react, in accordance with their own rules and interests, to any dissident movements emerging within them that might pose a threat to their cohesion, image or unity.

It is therefore not the task of the national authorities to act as the arbiter between religious communities and the various dissident factions that exist or may emerge within them.

166. Having regard to all the information in its possession, the Court shares the Government's view that in refusing to register the applicant union, the State was simply declining to become involved in the organisation and operation of the Romanian Orthodox Church, thereby observing its duty of neutrality under Article 9 of the Convention. It remains to be determined whether the examination carried out by the County Court in refusing the union's application satisfied the conditions for ensuring that the refusal of its registration was necessary in a democratic society (see paragraph 159 above).

167. The majority of the Chamber answered this question in the negative. They held that the County Court had not taken sufficient account of all the relevant arguments, having justified its refusal to register the trade union on purely religious grounds based on the provisions of the Church's Statute (see paragraphs 77 et seq. of the Chamber judgment).

168. The Grand Chamber does not agree with that conclusion. It observes that the County Court refused to register the applicant union after noting that its application did not satisfy the requirements of the Church's Statute because its members had not complied with the special procedure in place for setting up an association. It considers that by taking this approach, the County Court was simply applying the principle of the autonomy of religious communities; its refusal of the applicant union's registration for failure to comply with the requirement of obtaining the archbishop's permission was a direct consequence of the right of the religious community concerned to make its own organisational arrangements and to operate in accordance with the provisions of its Statute.

169. Furthermore, the applicant union did not put forward any reasons to justify its failure to request permission formally from the archbishop. Nevertheless, the national courts compensated for this omission by obtaining the opinion of the Archdiocese of Craiova and examining the reasons it gave. The County Court concluded, endorsing the reasons put forward by the Archdiocese of Craiova, that if it were to authorise the establishment of the trade union, the consultative and deliberative bodies provided for by the Church's Statute would be replaced by or obliged to work together with a new body – the trade union – not bound by the traditions of the Church

and the rules of canon law governing consultation and decision-making. The review undertaken by the court thus confirmed that the risk alleged by the Church authorities was plausible and substantial, that the reasons they put forward did not serve any other purpose unrelated to the exercise of the autonomy of the religious community in question, and that the refusal to register the applicant union did not go beyond what was necessary to eliminate that risk.

170. More generally, the Court observes that the Statute of the Romanian Orthodox Church does not provide for an absolute ban on members of its clergy forming trade unions to protect their legitimate rights and interests. Accordingly, there is nothing to stop the applicant union's members from availing themselves of their right under Article 11 of the Convention by forming an association of this kind that pursues aims compatible with the Church's Statute and does not call into question the Church's traditional hierarchical structure and decision-making procedures. The Court notes that the applicant union's members are also free to join any of the associations currently existing within the Romanian Orthodox Church which have been authorised by the national courts and operate in accordance with the requirements of the Church's Statute ...

171. Lastly, the Court takes note of the wide variety of constitutional models governing relations between States and religious denominations in Europe. Having regard to the lack of a European consensus on this matter ..., it considers that the State enjoys a wider margin of appreciation in this sphere, encompassing the right to decide whether or not to recognise trade unions that operate within religious communities and pursue aims that might hinder the exercise of such communities' autonomy.

172. In conclusion, regard being had to the reasons set out in its judgment, the County Court's refusal to register the applicant union did not overstep the margin of appreciation afforded to the national authorities in this sphere, and accordingly was not disproportionate.

173. There has therefore been no violation of Article 11 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT

...

3. *Holds*, by eleven votes to six, that there has been no violation of Article 11 of the Convention.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 9 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 Wojtyczek;
- (b) joint partly dissenting opinion of Judges Spielmann, Villiger, López Guerra, Bianku, Møse and Jäderblom.

D.S.
M.O'B.

CONCURRING OPINION OF JUDGE WOJTYCZEK

(Translation)

1. I fully agree with the majority’s conclusion that there has been no violation of the Convention in the present case. However, I do not share all the opinions expressed in the reasoning of the judgment. My doubts concern in particular the applicability to members of the clergy of trade-union freedom as defined in Article 11 of the Convention.

2. In the present case, three important principles relating to the interpretation of the Convention need to be emphasised.

Firstly, the interpretation of a provision of this international treaty is based on the principle of its unity. Accordingly, any Article of the Convention must be interpreted in the light of all the provisions of the Convention and the Protocols thereto that have been ratified by all member States of the Council of Europe. While such an approach will not eliminate all conflicts between rights in concrete situations, it will nevertheless reduce their number.

Secondly, as the majority rightly note, the models governing religious denominations vary greatly within the High Contracting Parties. Such diversity is an important argument in favour of allowing States a wide margin of appreciation in this sphere. Furthermore, in defining the extent of this margin, regard should be had to religious diversity in Europe. Religious pluralism is reflected in particular through the varying definitions of the duties of a minister of religion in different faiths.

Thirdly, according to the Preamble to the Convention, fundamental freedoms are best maintained by an “effective political democracy”. In addition, any restrictions on the various freedoms safeguarded by the Convention must be “necessary in a democratic society”. The interpretation of the Convention must therefore have due regard for the democratic ideal. Among the different characteristics of a democratic State, the principle of State subsidiarity should not be overlooked. A democratic society will flourish in a subsidiary State which observes the autonomy of the various communities of which it is made up. Such legitimate autonomy may be reflected, for example, in self-regulation by means of extra-legal rules of conduct produced or accepted by different social groups.

3. Under Article 11 § 1 of the Convention, 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. It is not in doubt that members of the clergy are entitled to freedom of peaceful assembly and freedom of association in general. The

question arising is that of the personal scope of the right to form or join trade unions.

Trade-union freedom is a fundamental freedom safeguarded by the Convention. Trade unions are associations formed with a view to protecting the rights and interests of workers and employees in their dealings first and foremost with their employers and also with the public authorities. While Article 11 of the Convention does not explicitly exclude any particular occupational group, it is clear that trade-union freedom, as enshrined in that Article, applies to all those who carry on a gainful occupation involving a relationship of subordination *vis-à-vis* the person they are working for.

4. Article 9 § 1 of the Convention provides that everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion. Freedom of religion has a collective dimension and, among other things, presupposes the autonomy of religious denominations. This autonomy includes in particular the freedom of each religious community to define its internal structure, the duties of members of the clergy and their status within the community. Any restriction of the autonomy of religious communities must be justified by the need to implement the values safeguarded by the Convention. The Romanian Orthodox Church, like other denominations, enjoys a substantial degree of autonomy, which is protected by the Convention.

5. Trade-union freedom, as safeguarded by Article 11 of the Convention, must be interpreted in the light of Article 9 in particular. The mission pursued by members of the clergy has a spiritual dimension, which is defined by the doctrine of each different religion. While this definition varies considerably from one religion to another, it is nevertheless necessary to take it into account in analysing the legal bond between members of the clergy and their religious community. As the majority note, this bond results from a personal undertaking by members of the clergy. It should be added that the undertaking in question is given freely and, by its nature and depth, goes beyond any professional undertaking arising from a relationship governed by labour law. Furthermore, when asking the religious community to entrust him with the mission of a member of the clergy, the person concerned freely undertakes to abide by the internal regulations issued by the community. Thus, the ecclesiastical members of the applicant union freely undertook, among other things, not to form a trade union without the blessing of their bishop. Admittedly, as the majority note, the undertaking given by a member of the clergy is in principle supposed to be irrevocable, but everyone nevertheless retains freedom of choice and, in practice, may decide unilaterally to relinquish his duties, even if this means breaching the rules of religious law.

6. The majority have examined the special nature of the legal bond between members of the clergy and their church in the light of the various criteria for establishing the existence of an employment relationship. In so doing, they have rightly noted that the work done by members of the clergy has a number of special features.

It should be noted that an employment relationship is both reciprocal and economic in nature: the remuneration paid by the employer serves as consideration for the economic resources generated by the employee.

An analysis of the work done by members of the clergy must take into account the spiritual dimension of their mission. The value of their work does not lend itself to economic assessment. Moreover, whereas the main purpose of engaging in gainful employment is to secure income, the mission of a member of the clergy is of a different nature. It should be noted in this connection that while the State funds the salaries of members of the clergy in Romania and a number of other countries, the same duties are carried out in other European countries without any remuneration, whether from the State or the religious community. In many monastic communities, members take a vow of poverty. The legal relationship between a member of the clergy and the religious community is not of a reciprocal nature.

In this context it is difficult to treat the very specific mission of a member of the clergy as an occupation carried on for the benefit and on behalf of another individual or entity. The fact that religious communities in some States, for various reasons, apply certain provisions of labour law to their relations with members of the clergy does not erase this fundamental distinction.

It should also be noted that social security systems may extend to different groups of people who are not engaged in gainful employment. The fact that a person is covered by a social security system does not form a basis for concluding that the person has entered into a legal relationship governed by labour law.

7. In view of the specific nature of the mission undertaken by members of the clergy, it is difficult to conclude that the part of Article 11 of the Convention relating to trade-union freedom is applicable in the present case. The application of the provisions of labour law to the relationship between a religious community and its clergy in certain States does not result from an obligation under the Convention.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGES
SPIELMANN, VILLIGER, LÓPEZ GUERRA, BIANKU, MØSE
AND JÄDERBLOM

1. We are not in disagreement with the Grand Chamber's findings acknowledging that members of the Romanian Orthodox clergy fulfil their mission in the context of an employment relationship within the Church and that, as a consequence, (a) the Article 11 guarantees concerning the right to form and to join trade unions for the defence of employees' interests are applicable to this case, and (b) the Romanian courts' refusal to register the applicant union therefore constitutes an interference in the exercise of that right (see paragraphs 149-50 of the judgment).

2. However, in its judgment the Grand Chamber did not arrive at the conclusion that should have been drawn in the circumstances of the present case from the above-mentioned premises: that the Romanian courts' refusal to register the applicant union constituted a violation of its right to freedom of association under Article 11 of the Convention.

3. As an essential element of social dialogue between workers and employers, freedom to join trade unions is recognised in the Convention as a special aspect of freedom of association that must be protected against arbitrary interference from public authorities. According to the Court's case-law, the exceptions provided for in Article 11 § 2 must be strictly construed. Only convincing and compelling reasons can justify restricting freedom of association (see *Demir and Baykara v. Turkey*, no. 34503/97, §§ 96 et seq., ECHR 2008). This right certainly includes the right to form trade unions. In this connection it should be noted that Article 7 of ILO Convention No. 87 on Freedom of Association and Protection of the Right to Organise provides that the acquisition of legal personality by workers' organisations cannot be subject to conditions that would undermine that right.

4. In this case, the Dolj County Court refused the applicant union's application for registration in very general and succinct terms. In doing so it overturned a prior judgment of the Craiova Court of First Instance granting the union's application for registration in the register of trade unions, which had been supported by the public prosecutor (see paragraphs 12 and 15 of the judgment). The County Court thus endorsed the position of the appellant, the Archdiocese of Craiova, based on the absence of permission from the bishop to form the trade union and the freedom of religious denominations to organise themselves (see paragraph 18).

5. In their observations before the Grand Chamber, the Government alleged that the County Court's decision was based on existing law, pursued

a legitimate aim (preserving the autonomy of religious communities) and was proportionate and necessary in a democratic society. We can accept, as the majority of the Grand Chamber did, that the County Court's decision was based on existing law and pursued a legitimate aim. We do not agree, however, with the assertion that its decision was a proportionate or necessary measure for preserving the autonomy of the Romanian Orthodox Church. In the circumstances of the case, the County Court, by unreservedly adopting the Archdiocese's position, did not take into account the competing interests and did not perform a balancing exercise to assess the proportionality of the adopted measure in relation to the applicant union's rights. We consider that such an exercise would have concluded that the autonomy of the Romanian Orthodox Church and its freedom from any external or internal interference would not have been jeopardised by the recognition of the applicant union, with respect to either its doctrine (principles and beliefs) or its organisational operations.

6. Concerning the Church's autonomy in establishing its own doctrine, the applicant union's constitution explicitly specified that it intended to fully observe and apply ecclesiastical rules, including Church statutes and canons. Moreover, neither the applicant union's constitution nor its members' statements contain any criticism of the Church or of the Orthodox faith. The applicant union's demands were exclusively limited to protecting its members' professional, economic, social and cultural rights and interests.

7. Concerning the Church's autonomy with respect to its internal operations, the Government and the intervening third parties maintained that the union's activities would negatively affect the institutional autonomy of the Church by creating a parallel authority within the Romanian Orthodox organisation. However, the union's programme clearly indicates that its sole purpose would have been to defend the interests of its members, proposing a series of measures in that regard and not claiming any decision-making powers within the Church. The programme sought to represent the union within certain Church bodies. And the union's proclaimed objectives were not to replace Church authorities with union ones, but rather to present and defend proposals before those authorities on behalf of union members, on no account assuming Church functions.

8. The Government also claimed that the union's activities might disrupt Church operations, citing possible strikes as an example. But this is a different question from the Romanian authorities' registration of the union, since it addresses the union's possible future conduct. Indeed, this argument, which did not form part of the national courts' assessment of the applicant union's application for registration, is highly speculative. The drastic measure of refusing to register a trade union solely on the basis of

part of its programme can only be justified in cases of serious threats or if the programme's goals are incompatible with democratic principles or are manifestly unlawful (see, *mutatis mutandis*, *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, 30 January 1998, § 58, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I; *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, §§ 107 et seq., ECHR 2003-II; and *Gorzelik and Others v. Poland* [GC], no. 44158/98, § 103, ECHR 2004-I). Furthermore, even after registration, the union's members would still have remained within the administrative structure of the Church and subject to its internal regulations, which imposed special duties on them as members of the clergy. Nor would the Church or national authorities have been powerless to deal with any activities of the union contravening those special duties. Measures compatible with Article 11 § 2 of the Convention could certainly have been applied. Specifically, to address the perceived dangers alluded to by the Romanian Government regarding the applicant union's potential right to strike – although this is certainly one of the most important union rights – the Grand Chamber judgment should have taken into account two aspects of the Court's case-law: (a) the right to strike is not an absolute right (see *Schmidt and Dahlström v. Sweden*, 6 February 1976, § 36, Series A no. 21, and *Dilek and Others v. Turkey*, nos. 74611/01, 26876/02 and 27628/02, § 68, 17 July 2007); and (b) limitations on the right to strike may under certain circumstances be permissible in a democratic society (see *UNISON v. the United Kingdom* (dec.), no. 53574/99, ECHR 2002-I; *Federation of Offshore Workers' Trade Unions and Others v. Norway* (dec.), no. 38190/97, ECHR 2002-VI; and *Enerji Yapı-Yol Sen v. Turkey*, no. 68959/01, § 32, 21 April 2009).

9. There are additional reasons for discarding the argument that registering the applicant union would in any way have compromised the Church's activities or threatened its autonomy. First and foremost is the fact that the Romanian courts had already recognised the right of Church employees, both lay and clergy, to form trade unions, having granted legal personality to two unions for members of the Orthodox clergy, *Solidaritatea* and *Sfântul Mare Mucenic Gheorghe* ... And there is no indication, either in the Government's observations or in the information available to the Court, that the existence of these two unions has in any way undermined the autonomous operations of the Romanian Orthodox Church.

10. Furthermore, and from a more general point of view, the unnecessary and disproportionate nature of the refusal to register the applicant union is reinforced by the fact that although constitutional models governing relations between the different European States and religious denominations vary greatly, none of them excludes members of the clergy from the right to

form trade unions. In some countries, they are even expressly afforded that right ...

11. In view of the foregoing, the Grand Chamber should have found that the Dolj County Court's decision denying the applicant union registration on account of the lack of permission from the bishop did violate its right to freedom of association under Article 11 of the Convention.

I.B. c. GRÈCE
(*Requête n° 552/10*)

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 3 OCTOBRE 2013¹

1. Texte français original.

SOMMAIRE¹**Licenciement d'une personne atteinte du VIH en raison des pressions exercées par ses collègues**

En cas de conflit au sein d'une entreprise, le besoin de protéger les intérêts de l'employeur doit faire l'objet d'une mise en balance minutieuse avec le besoin de protéger ceux de l'employé, qui est la partie la plus faible au contrat, à plus forte raison lorsque celui-ci est séropositif. Le préjugé supposé ou exprimé des salariés, qui plus est fondé sur une prémisse manifestement inexacte, à savoir le caractère « contagieux » de la maladie, ne saurait, sans contrevenir à l'article 14 de la Convention combiné à l'article 8, être invoqué comme prétexte pour mettre fin au contrat d'un employé séropositif, en particulier lorsque ladite séropositivité n'a pas d'effet sur la capacité à exécuter le travail et ne laisse pas présager une incidence défavorable sur le contrat (paragraphe 87-88 de l'arrêt)

Article 14 combiné avec l'article 8

Discrimination – Vie privée – Licenciement d'une personne atteinte du VIH en raison des pressions exercées par ses collègues – Traitement moins favorable en l'unique raison de la séropositivité sans aucun effet sur la capacité à exécuter le travail – Marge d'appréciation étroite – Défaut de motivation suffisante par les tribunaux nationaux

*

* *

En fait

En février 2005, alors qu'il était en congé annuel, le requérant apprit qu'il avait contracté le virus de l'immunodéficience humaine (VIH). Cette information se répandit dans l'entreprise dans laquelle il travaillait. Le personnel commença à se plaindre auprès de l'employeur d'avoir à travailler avec une personne séropositive et demanda son renvoi. L'employeur du requérant invita alors un médecin du travail à venir sur place aux fins d'éclairer le personnel sur le VIH et sur son mode de transmission. Le médecin tenta de rassurer les employés en leur expliquant quelles étaient les précautions à prendre. Malgré cela, la moitié du personnel environ adressa à l'employeur du requérant une lettre par laquelle ils l'invitaient à se séparer du requérant afin de « protéger leur santé et leur droit au travail », faute de quoi le climat harmonieux qui régnait dans l'entreprise risquait de se dégrader. Deux jours avant le retour du requérant de son congé, son employeur le licencia en lui versant

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

l'indemnité prévue par le droit grec. Le requérant saisit les tribunaux. La Cour de cassation cassa l'arrêt de la cour d'appel, considérant que la résiliation du contrat de travail n'était pas abusive.

En droit

Article 14 combiné avec l'article 8 :

a) *Applicabilité* – Le requérant se plaint d'un manquement de la part des autorités à protéger sa sphère privée contre l'ingérence de son employeur, ce qui pourrait engager la responsabilité de l'État. Il ne fait aucun doute que les questions relatives à l'emploi, ainsi qu'à des situations impliquant des personnes atteintes du VIH entrent dans le champ d'application de la vie privée. L'affaire en cause présente une particularité : le licenciement d'un salarié atteint du VIH. Il ne fait aucun doute que si le motif avancé à l'appui du licenciement du requérant était la préservation d'une bonne ambiance de travail au sein de l'entreprise, le fait générateur était bien l'annonce de sa séropositivité. C'est ce fait-là qui a déclenché la menace ouverte des employés de perturber le fonctionnement de l'entreprise tant que le requérant serait présent. Il est clair que son licenciement a conduit à stigmatiser une personne qui, bien que porteuse du VIH, n'avait présenté aucun symptôme de la maladie. Cette mesure ne pouvait qu'avoir des répercussions graves sur sa personnalité, sur le respect qu'on pouvait lui témoigner et, en fin de compte, sur sa vie privée. À cela s'ajoute l'incertitude liée à la recherche d'un nouvel emploi, les perspectives d'en trouver un pouvant raisonnablement sembler lointaines compte tenu du précédent vécu. Le fait que le requérant ait trouvé un nouveau travail après son licenciement ne suffit pas à effacer l'effet néfaste qu'ont eu les faits litigieux sur sa capacité à mener une vie personnelle normale. L'article 14 combiné avec l'article 8 est donc applicable.

b) *Fond* – La situation du requérant doit être comparée à celle des autres salariés de l'entreprise car c'est celle-ci qui est pertinente pour apprécier son grief tiré de la différence de traitement. Il est certain que le requérant a été traité de manière moins favorable qu'un de ses collègues ne l'aurait été et cela en raison de sa seule séropositivité. Dans son arrêt *Kiyutin c. Russie* (n° 2700/10, 10 mars 2011), la Cour a considéré que l'ignorance des modes de propagation du VIH a nourri des préjugés qui ont conduit à une stigmatisation et à une marginalisation des porteurs du virus. Elle a ajouté que, de ce fait, les personnes vivant avec le VIH constituent un groupe vulnérable et que les États disposent d'une marge d'appréciation étroite pour adopter des mesures réservant à ce groupe un traitement particulier fondé sur la séropositivité de ses membres. Or d'une part l'employeur du requérant a mis fin au contrat de celui-ci à cause de la pression exercée par ses employés et cette pression avait pour origine la séropositivité du requérant et l'inquiétude que celle-ci avait suscitée chez eux, d'autre part, les employés de l'entreprise avaient été informés

par le médecin du travail qu'il n'y avait aucun risque d'infection dans le cadre des relations de travail avec le requérant.

La cour d'appel a reconnu expressément que la séropositivité du requérant n'avait pas d'effet sur la capacité de celui-ci à exécuter son travail et ne laissait pas présager une incidence défavorable sur son contrat qui eût justifié la dénonciation immédiate de celui-ci. Elle a aussi reconnu que l'existence même de l'entreprise n'était pas menacée par les pressions des salariés. Or le préjugé supposé ou exprimé des salariés ne saurait être invoqué comme prétexte pour mettre fin au contrat d'un employé séropositif. En pareil cas, le besoin de protéger les intérêts de l'employeur doit faire l'objet d'une mise en balance minutieuse avec la nécessité de protéger ceux de l'employé, qui est la partie la plus faible au contrat, à plus forte raison s'il est séropositif. En revanche, la Cour de cassation n'a pas procédé à une mise en balance de tous les intérêts en jeu d'une manière aussi circonstanciée et approfondie que l'avait fait la cour d'appel. Par des motifs assez brefs, au regard de l'importance et du caractère inédit des questions soulevées par l'affaire, elle a affirmé que le licenciement était pleinement justifié par les intérêts de l'employeur, dans le bon sens du terme, car il avait été décidé afin de rétablir le calme au sein de l'entreprise ainsi que son bon fonctionnement. Si la Cour de cassation n'a pas non plus contesté le fait que l'infection du requérant n'avait pas d'effet préjudiciable sur l'exécution de son contrat de travail, elle a cependant fondé sa décision, pour justifier les craintes des salariés, sur une prémisse manifestement inexacte, à savoir le caractère « contagieux » de la maladie du requérant. Ce faisant, la Cour de cassation a attribué au bon fonctionnement de l'entreprise le sens que souhaitent lui attribuer les salariés, en l'assimilant à la perception subjective de ceux-ci. Enfin, l'enjeu pour le requérant devant la Cour de cassation se limitait à l'obtention d'une simple indemnité telle que décidée par la cour d'appel, sa demande initiale visant à sa réintégration dans l'entreprise ayant été rejetée tant par le tribunal de première instance que par la cour d'appel. Par ailleurs, on ne saurait spéculer sur ce qu'aurait été l'attitude des salariés de l'entreprise si la Cour de cassation avait en l'espèce confirmé la décision des juridictions du fond et, à plus forte raison, s'il existait en Grèce une législation ou une jurisprudence bien établie, protectrice des personnes séropositives sur le lieu de travail.

En conclusion, la Cour de cassation n'a pas suffisamment exposé en quoi les intérêts de l'employeur du requérant l'emportaient sur ceux du requérant et elle n'a pas mis en balance les droits des deux parties d'une manière conforme à la Convention.

Conclusion: violation (unanimité).

Article 41: 6 339,18 euros (EUR) pour dommage matériel; 8 000 EUR pour préjudice moral.

Jurisprudence citée par la Cour

Burden c. Royaume-Uni [GC], n° 13378/05, CEDH 2008

D.H. et autres c. République tchèque [GC], n° 57325/00, CEDH 2007-IV

Kiyutin c. Russie, n° 2700/10, CEDH 2011

Obst c. Allemagne, n° 425/03, 23 septembre 2010

Palomo Sánchez et autres c. Espagne [GC], n^{os} 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, CEDH 2011

Schüth c. Allemagne, n° 1620/03, CEDH 2010

Sidabras et Džiautas c. Lituanie, n^{os} 55480/00 et 59330/00, CEDH 2004-VIII

En l'affaire I.B. c. Grèce,

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

Isabelle Berro-Lefèvre, *présidente*,

Elisabeth Steiner,

Khanlar Hajiyev,

Mirjana Lazarova Trajkovska,

Julia Laffranque,

Linus-Alexandre Sicilianos,

Erik Møse, *juges*,

et de Søren Nielsen, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 10 septembre 2013,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 552/10) dirigée contre la République hellénique et dont un ressortissant de cet État, M. I.B. (« le requérant »), a saisi la Cour le 2 décembre 2009 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). La présidente de la section a accédé à la demande de non-divulgateur de son identité formulée par le requérant (article 47 § 4 du règlement de la Cour – « le règlement »).

2. Le requérant a été représenté par M^e G. Letsas et M^e V. Mantouvalou, avocats à Londres. Le gouvernement grec (« le Gouvernement ») a été représenté par les déléguées de son agent, M^{me} G. Papadaki, assesseure auprès du Conseil juridique de l'État, et M^{me} M. Germani, auditrice auprès du Conseil juridique de l'État.

3. Le requérant alléguait en particulier la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

4. Par une décision du 28 août 2012, la chambre a déclaré la requête partiellement recevable.

5. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des observations écrites complémentaires (article 59 § 1 du règlement).

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

6. Le requérant est né en 1980 et réside à Athènes.

7. Il travailla à partir de 2001 dans une entreprise de fabrication de bijoux. Le 4 mars 2003, il démissionna de ce poste pour effectuer son service

militaire. Au terme de celui-ci, il prit contact avec S.K., la propriétaire de l'entreprise, qui le réembaucha à plein temps à partir du 1^{er} juillet 2004, pour un salaire mensuel de 722,92 euros (EUR).

8. En janvier 2005, le requérant confia à trois de ses collègues, I.M., S.M. et O.G., sa crainte d'avoir contracté le virus de l'immunodéficience humaine (VIH). Le 11 février 2005, alors qu'il était en congé annuel, un test établit qu'il était effectivement porteur du virus. Le 15 février, l'employeur, S.K., reçut une lettre des trois employées précitées soutenant que l'intéressé « avait le sida » et que l'entreprise devait le renvoyer avant la fin de son congé annuel. Toutes les trois avaient subi un test de dépistage, qui s'était révélé négatif.

9. Entre-temps, des informations sur l'état de santé du requérant s'étaient répandues dans toute l'entreprise, qui comptait soixante-dix employés. Le personnel commença à se plaindre auprès de l'employeur d'avoir à travailler avec une personne séropositive et demanda son renvoi. S.K. invita alors un médecin du travail à venir sur place aux fins d'éclairer le personnel sur le VIH et son mode de transmission. Le médecin tenta de rassurer les employés en leur expliquant quelles étaient les précautions à prendre. Le personnel persista à demander le renvoi du requérant. S.K. envisagea alors de transférer celui-ci dans un autre département de l'entreprise, sis à une adresse différente, mais le chef de ce département menaça de démissionner si le requérant intégrait son service. S.K. proposa alors à l'intéressé de quitter l'entreprise et, en échange, de l'aider à s'installer à son compte; elle lui proposa aussi de lui payer une formation de coiffeur. Le requérant refusa ces offres.

10. Le 21 février 2005, trente-trois employés de l'entreprise (la moitié du personnel environ) adressèrent à S.K. une lettre par laquelle ils l'invitaient à se séparer du requérant afin de « protéger leur santé et leur droit au travail », faute de quoi, à leurs yeux, le climat harmonieux qui régnait dans l'entreprise risquait de se dégrader. Le 23 février 2005, deux jours avant le retour de congé du requérant, S.K. le licencia en lui versant l'indemnité prévue par le droit grec, à savoir un salaire mensuel et une somme de 843,41 EUR au titre des congés payés.

11. Peu après son licenciement, le requérant trouva un autre emploi dans une entreprise privée.

12. Le 13 mai 2005, il saisit le tribunal de première instance d'Athènes. Il se plaignait que « des préjugés sociaux inadmissibles et des considérations taboues dépassées » l'eussent emporté sur la reconnaissance de sa contribution à l'entreprise où il travaillait. Selon lui, son licenciement était abusif et entaché de nullité du fait qu'on ne lui avait pas versé une indemnité suffisante. Il soutenait que cette mesure avait été dictée par « des

considérations méprisables» qui ne tenaient pas compte « du facteur humain et de sa personnalité», que son employeur «était resté ostensiblement indifférent au fait que de cette manière il portait gravement atteinte à un salarié assidu et consciencieux, au moment même où des sentiments élémentaires d'humanisme indiquaient la nécessité de le soutenir, et en même temps avait ainsi cruellement insulté sa personnalité», et que l'employeur l'avait «traité avec une aversion injustifiée et inhumaine pour son grave problème de santé».

13. Le requérant ajoutait que l'unique motif qui avait amené S.K. à prendre cette décision était un préjugé (scientifiquement infondé) contre les personnes séropositives et le prétendu «risque» qu'elles représentaient dans leurs relations professionnelles et sociales. À ses yeux, il était donc évident que, par son comportement, S.K. avait porté une atteinte brutale à sa personnalité, en particulier dans ses aspects les plus intimes touchant à des données personnelles sensibles. Il estimait que la manière dont il avait été licencié constituait une dégradation inadmissible de sa valeur d'être humain, le réduisant à un «objet» qu'on pouvait gérer «au gré des préjugés et obsessions personnels».

14. Le requérant demandait au tribunal de déclarer nulle la résiliation de son contrat, d'ordonner à l'employeur de continuer à l'employer et de lui verser son salaire, de même que 9 397 EUR pour salaires impayés, 1 068,62 EUR au titre des allocations de congé, ainsi que diverses autres sommes chiffrées par lui et, enfin, 200 000 EUR pour dommage moral.

15. Par un jugement du 13 juin 2006, le tribunal conclut que le licenciement était illégal car contraire à l'article 281 du code civil, qui prohibe l'exercice d'un droit s'il dépasse manifestement les limites imposées par la bonne foi ou les bonnes mœurs. Le tribunal reconnut que la résiliation du contrat avait été motivée uniquement par la maladie du requérant, auquel il alloua 6 339,18 EUR, somme correspondant aux salaires impayés depuis son licenciement. Le tribunal souligna que l'attitude de l'employeur, même si l'on tenait compte de la pression exercée par ses employés, constituait un abus de droit. Il estima que l'employeur avait décidé de se séparer du plaignant aux fins d'assurer le bon fonctionnement de son entreprise et d'éviter les protestations et les plaintes, et ainsi de gagner les bonnes grâces de la majorité du personnel.

16. Toutefois, le tribunal rejeta le grief du requérant selon lequel son licenciement avait porté atteinte à sa personnalité, au motif qu'il n'était pas établi que cette mesure eût procédé d'une intention délictuelle ou d'une volonté de diffamer l'intéressé. Le tribunal releva en revanche que S.K. avait licencié le requérant afin de sauvegarder ce qu'elle avait estimé à tort être une question de relations de travail pacifiques au sein de son entreprise. Enfin, le

tribunal considéra qu'il n'était pas nécessaire d'ordonner la réintégration du requérant, celui-ci ayant entre-temps trouvé un nouvel emploi.

17. Le 26 février et le 15 mars 2007 respectivement, S.K. et le requérant interjetèrent appel contre ce jugement devant la cour d'appel d'Athènes.

18. Par un arrêt du 29 janvier 2008, la cour d'appel rejeta l'appel de S.K. et accueillit celui du requérant dans ses deux moyens, à savoir l'abus de droit et l'atteinte à sa personnalité. À l'instar du tribunal de première instance, la cour d'appel admit que S.K. avait licencié le requérant en cédant aux pressions du personnel afin de préserver une bonne ambiance de travail au sein de son entreprise. La cour d'appel releva que les craintes des employés de l'entreprise étaient scientifiquement injustifiées, comme le leur avait expliqué le médecin du travail. En effet, compte tenu du mode de transmission du virus, il n'existait aucun danger pour leur santé. Ainsi, ces craintes reposaient en réalité sur des préjugés et non sur un risque avéré; en conséquence, la maladie du requérant ne pouvait nuire au bon fonctionnement à venir de l'entreprise.

19. La cour d'appel mit en balance, d'une part, la nécessité de sauvegarder le bon fonctionnement de l'entreprise alors que celui-ci était menacé par des réactions scientifiquement injustifiées et, d'autre part, l'espérance justifiée du requérant d'être protégé dans une période difficile pour lui. Elle souligna que si la maladie d'un salarié n'avait pas d'effet néfaste sur la relation de travail ou le bon fonctionnement de l'entreprise (comme par exemple en cas d'absence de l'intéressé ou de réduction de sa capacité de travail), elle ne pouvait pas servir de justification objective pour la dénonciation du contrat. Elle constata que le requérant ne s'était pas absenté de son travail et qu'aucune absence pour cause de maladie n'était prévisible dans un futur immédiat. Par ailleurs, elle estima que compte tenu de la nature de son travail, qui n'entraînait pas de surmenage, l'intéressé ne courait pas le risque de voir sa capacité de travail se réduire, au motif que pendant les nombreuses années où un malade reste simple porteur du VIH ses capacités ne diminuent pas de façon importante.

20. Elle constata que la maladie du requérant ne pouvait pas avoir d'effet préjudiciable au bon fonctionnement à venir de l'entreprise, dès lors qu'aucun salarié n'avait quitté l'entreprise entre le moment où la maladie de l'intéressé avait été révélée et la dénonciation du contrat de travail. Elle conclut que le fait pour S.K. «d'avoir cédé aux demandes des employés, d'avoir renvoyé le requérant et mis fin à son contrat ne pouvait être justifié par la bonne foi ou l'intérêt de l'employeur entendu dans le bon sens du terme».

21. La cour d'appel octroya au requérant la somme de 6 339,18 EUR pour salaires impayés à partir de la date du licenciement. Elle souligna

aussi que l'intéressé avait été affecté dans sa personnalité, dès lors que son licenciement illégal avait porté atteinte à son statut professionnel et à son statut social, qui constituaient les deux facettes de la personnalité de tout un chacun. Aussi lui alloua-t-elle 1 200 EUR supplémentaires pour dommage moral.

22. Le 4 juillet 2008, S.K. se pourvut en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel.

23. Le 16 octobre 2008, le requérant introduisit lui aussi un pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel. Il se fondait sur les articles 180 (nullité d'un acte juridique), 281 (abus de droit) et 932 (réparation du préjudice moral) du code civil, et sur l'article 22 (droit au travail) de la Constitution, ainsi que sur le principe de proportionnalité pour ce qui concernait le montant de l'indemnité. S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de cassation, il affirmait en outre que lorsqu'un licenciement avait été annulé par décision judiciaire comme étant abusif, l'employeur avait l'obligation de réintégrer l'employé. Plus précisément, dans son deuxième moyen de cassation, il estimait que l'arrêt de la cour d'appel avait à tort rejeté sa demande de réintégration au sein de l'entreprise; à cet égard, il faisait valoir que cette mesure était la règle en cas de violation de l'article 281, ou en cas d'atteinte illégale à la personnalité ou au droit au développement de la personnalité et à la participation à la vie professionnelle.

24. Par un arrêt n° 676/2009 du 17 mars 2009 (mis au net le 4 juin 2009), la Cour de cassation cassa l'arrêt de la cour d'appel, au motif notamment que celle-ci avait mal interprété et appliqué l'article 281 du code civil aux faits de la cause. Elle considéra que la résiliation d'un contrat de travail n'était pas abusive si elle était justifiée par les intérêts de l'employeur, « dans le bon sens du terme », comme le rétablissement d'une collaboration harmonieuse entre employés et du bon fonctionnement de l'entreprise lorsque ceux-ci risquaient d'être perturbés par le maintien en fonction de l'employé licencié. La Cour de cassation s'exprima ainsi :

« Dès lors que le licenciement (...) ne résulte pas de la malveillance, de l'esprit de vengeance ou d'une quelconque agressivité de la part de [l'employeur] envers [l'employé], le licenciement était pleinement justifié par les intérêts de l'employeur, dans le bon sens du terme [intérêts], en ce qu'il a été décidé afin de rétablir le calme au sein de l'entreprise ainsi que son bon fonctionnement. En effet, les employés étaient fortement perturbés par la maladie extrêmement sérieuse et contagieuse du [requérant], source pour eux de sentiments d'insécurité et de peur quant à leur santé, ce qui les avait incités à solliciter collectivement et par écrit son renvoi en soulignant que, dans le cas contraire, le bon fonctionnement de l'entreprise serait gravement entravé (...) »

25. Enfin, la Cour de cassation rejeta le pourvoi du requérant pour défaut d'objet et renvoya l'affaire devant la cour d'appel.

26. L'initiative de la procédure appartenant aux parties, il se trouve que ni le requérant ni son employeur n'invitèrent la cour d'appel à se prononcer sur le renvoi.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Le droit interne

27. Les articles pertinents de la Constitution hellénique se lisent ainsi :

Article 9 § 1

« (...) La vie privée et familiale de l'individu est inviolable (...) »

Article 22 § 1

« Le travail constitue un droit et est sous la protection de l'État, qui veille à la création des conditions du plein emploi pour tous les citoyens, ainsi qu'au progrès moral et matériel de la population active, rurale et urbaine. »

Article 25 § 1

« Les droits de l'homme, ce dernier pris en tant qu'individu et membre du corps social, tout comme le principe de l'État de droit social, sont garantis par l'État.

Tous les organes de l'État sont tenus d'en assurer l'exercice libre et effectif. Ces principes sont également valables dans les relations entre particuliers dans les cas où ils trouvent à s'appliquer. Les restrictions de tout ordre qui peuvent être imposées à ces droits selon la Constitution doivent être prévues soit directement par la Constitution soit par la loi, (...) dans le respect du principe de proportionnalité. »

28. L'article 1 de la loi n° 2112/1920 relative au licenciement et à la dénonciation des contrats des employés du secteur privé dispose :

« Le licenciement d'un salarié du secteur privé, recruté sur un contrat à durée indéterminée, et ayant été employé pendant plus de deux mois, ne peut avoir lieu sans dénonciation écrite préalable du contrat de travail (...) »

29. Les articles pertinents de la loi n° 3304/2005 relative à l'égalité de traitement (race, nationalité, religion, âge, orientation sexuelle) sont ainsi libellés :

Article 1 (but)

« Le but de la présente loi est l'adoption d'un cadre réglementaire général destiné à combattre la discrimination fondée sur la religion ou d'autres convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle dans le domaine de l'emploi (...) et à assurer l'application du principe de l'égalité de traitement. »

Article 2 (principe de l'égalité de traitement)

« 1. La discrimination, directe ou indirecte, pour l'un des motifs visés à l'article 1, est interdite.

2. Est aussi considéré comme une discrimination le harcèlement (...), qui a pour but ou effet de porter atteinte à la dignité de la personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou agressif.»

Article 10

(adaptations raisonnables à l'égard de personnes atteintes d'un handicap)

« Pour se conformer au principe de l'égalité de traitement des personnes atteintes d'un handicap, l'employeur doit prendre toutes les mesures requises par les circonstances afin que ces personnes puissent avoir accès à un poste de travail, exercer une activité et évoluer, et participer à la formation professionnelle, pour autant que ces mesures n'impliquent pas une charge déraisonnable pour l'employeur (...)»

Article 12 (action positive et mesures spéciales)

« 1. Ne constitue pas une discrimination l'adoption ou le maintien de mesures spéciales ayant pour but la prévention ou la compensation de désavantages reposant sur des motifs religieux ou d'autres convictions, ou sur des motifs touchant à l'invalidité, l'âge ou l'orientation sexuelle.

2. Ne constitue pas une discrimination, s'agissant de personnes atteintes d'un handicap, l'adoption ou le maintien de dispositions ayant trait à la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail, ou de mesures qui tendent à la création et au maintien des conditions ou facilités nécessaires à la préservation et à l'encouragement de leur intégration à l'activité et au travail. »

B. La Commission nationale pour les droits de l'homme

30. Le 27 janvier 2011, la Commission nationale pour les droits de l'homme établit un rapport relatif aux « questions de protection des droits des personnes porteuses du VIH ». Dans son introduction, le rapport précisait :

« La raison pour laquelle la Commission nationale pour les droits de l'homme se penche sur les questions de protection des droits des personnes porteuses du VIH tient au constat d'un déficit dans la jouissance par ceux-ci des droits fondamentaux, déficit aggravé par la stigmatisation, les manifestations d'intolérance, la violation de la confidentialité et d'autres discriminations sociales à leur détriment.

L'impulsion a été donnée par l'arrêt n° 676/2009 de la Cour de cassation, par lequel la juridiction suprême a en fait approuvé la légalité du licenciement d'un salarié porteur du virus et les conditions dans lesquelles cette mesure était intervenue. Compte tenu de l'importance de cette décision – qui constitue le premier précédent jurisprudentiel dans les annales judiciaires du pays – et du fait qu'elle a mis en exergue un unique mais important aspect des problèmes auxquels sont confrontés les porteurs du virus, la Commission a mené avec plusieurs organismes et institutions une consultation qui avait pour objet la protection des droits de ces personnes. Lors de ce débat, plusieurs questions ont été abordées, mais celles qui ont été jugées les plus importantes sont les suivantes: a) la stigmatisation provoquée par le VIH/sida, b) les traitements

discriminatoires envers les porteurs du virus, notamment dans le cadre du travail, c) l'accès de ces personnes aux services de santé et d) la protection de leur vie privée.»

31. Dans ses considérations finales, la commission relevait :

« La nécessité de protéger les droits des personnes séropositives et d'institutionnaliser et d'appliquer les principes fondamentaux sur lesquels ces droits reposent est actuelle et impérieuse, eu égard au fait que, selon les dernières données officielles, la maladie semble atteindre des niveaux inquiétants dans notre pays.

Les risques ne résultent pas seulement de la maladie elle-même et de son expansion, mais aussi de la formation et de la consolidation de conceptions dangereuses et scientifiquement infondées à travers la jurisprudence des tribunaux, qui admet que les salariés séropositifs constituent un « danger » dans leur environnement de travail.

Enfin, nous devons souligner que la protection des droits des personnes séropositives ne concerne pas seulement celles-ci mais aussi la santé publique en général, en ce sens que si ces personnes ne sont pas protégées, elles hésiteront à se faire dépister (...), ce qui sapera les efforts des organismes de santé publique tendant à limiter la propagation de la maladie. »

III. LES TEXTES EUROPÉENS ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. La Recommandation n° 200 de l'Organisation internationale du travail (OIT) concernant le VIH et le sida et le monde du travail (2010)

32. Cette recommandation est le premier instrument des droits de l'homme sur le VIH et le sida dans le monde du travail. Elle a été adoptée, à une large majorité, par les représentants des gouvernements, des employeurs et des travailleurs des États membres de l'OIT à la Conférence internationale du travail, en juin 2010. Elle dispose notamment :

« 3. (...)

c) aucune discrimination ni stigmatisation ne devrait s'exercer à l'encontre des travailleurs, notamment des personnes à la recherche d'un emploi et des demandeurs d'emploi, en raison de leur statut VIH réel ou supposé, ou de leur appartenance à des régions du monde ou à des groupes de population perçus comme plus exposés ou plus vulnérables au risque d'infection à VIH ;

(...)

9. Les gouvernements, en consultation avec les organisations d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives, devraient envisager d'offrir une protection égale à celle que prévoit la convention concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, afin d'empêcher toute discrimination fondée sur le statut VIH réel ou supposé.

10. Le statut VIH réel ou supposé ne devrait pas être un motif de discrimination empêchant le recrutement ou le maintien dans l'emploi, ni la recherche de l'égalité de

chances, conformément aux dispositions de la convention concernant la discrimination (emploi et profession), 1958.

11. Le statut VIH réel ou supposé ne devrait pas être un motif de licenciement. L'absence temporaire du travail en raison de la prise en charge de tiers ou d'une maladie liée au VIH ou au sida devrait être traitée comme absence pour autres raisons de santé, compte tenu de la convention sur le licenciement, 1982.

12. Lorsque les mesures existantes en cas de discrimination sur le lieu de travail ne suffisent pas à assurer une protection efficace contre la discrimination liée au VIH et au sida, les Membres devraient les adapter ou en mettre en place de nouvelles et en assurer la mise en œuvre effective et transparente. »

B. Les textes de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

33. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe («APCE») a évoqué la question du VIH/sida dans un certain nombre de documents. Dans sa Recommandation 1116 (1989) sur le sida et les droits de l'homme, elle s'est exprimée ainsi :

«3. Constatant que si le Conseil de l'Europe s'est préoccupé dès 1983 de la prévention, les aspects éthiques n'ont été qu'effleurés;

4. Estimant pourtant qu'il est primordial de veiller à ce que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ne soient pas mis en péril au nom de la peur qu'inspire le sida;

5. Inquiète en particulier des discriminations dont sont victimes certains malades ou même des personnes séropositives;

(...)

8. Recommande au Comité des Ministres :

A. de charger le Comité directeur pour les droits de l'homme d'accorder la priorité au renforcement de la clause de non-discrimination de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, soit en ajoutant la santé parmi les motifs de distinction interdits, soit en élaborant une clause générale d'égalité de traitement devant la loi;

(...)»

34. Dans sa Résolution 1536 (2007) sur le VIH/sida en Europe, l'APCE a réaffirmé son engagement à combattre toutes les formes de discrimination contre les personnes vivant avec le VIH/sida :

«9. Soulignant que la pandémie du VIH/sida est une urgence à la fois médicale, sociale et économique, l'Assemblée appelle les parlements et les gouvernements des États membres du Conseil de l'Europe :

1. à faire en sorte que leurs lois, leurs politiques et leurs pratiques respectent les droits de l'homme dans le contexte du VIH/sida, en particulier les droits à

l'éducation, au travail, au respect de la vie privée, à la protection et à l'accès à la prévention, aux traitements, aux soins et à l'assistance;

2. à protéger les personnes vivant avec le VIH/sida contre toute forme de discrimination tant dans le secteur public que dans le secteur privé (...)

C. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

35. L'article 2 § 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dispose que les droits énoncés dans cet instrument « seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». Dans son Observation générale n° 20 sur la non-discrimination (2009), le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies a expressément déclaré que la formule « toute autre situation » figurant à la fin de l'article 2 § 2 du Pacte comprenait l'état de santé, en particulier la séropositivité :

« 33. L'état de santé renvoie à la santé physique ou mentale d'une personne. Les États parties devraient veiller à ce que l'état de santé réel ou perçu d'une personne ne soit pas un obstacle à la réalisation des droits consacrés par le Pacte. La protection de la santé publique est souvent citée par les États pour justifier des restrictions des droits de l'homme en raison de l'état de santé d'une personne. Or, nombre de ces restrictions sont discriminatoires, par exemple lorsque la séropositivité sert de justification à un traitement différencié en ce qui concerne l'accès à l'éducation, à l'emploi, aux soins de santé, aux voyages, à la sécurité sociale, au logement et à l'asile. (...) » [renvois omis]

D. L'arrêt de la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud dans l'affaire *Hoffmann v. South African Airways*

36. Dans l'affaire *Hoffmann v. South African Airways* (CCT 17/00, 28 septembre 2000), la Cour constitutionnelle avait été saisie au sujet d'une décision de la *High Court* de Witwatersrand relative à la discrimination dans l'emploi subie par M. Hoffmann, membre du personnel navigant commercial (*steward*) de la compagnie aérienne South African Airways, du fait qu'il était séropositif. Cette dernière présentait trois arguments : la réaction dangereuse des personnes séropositives au vaccin de la fièvre jaune, le risque de contamination des passagers et des autres membres de la compagnie, et la faible rentabilité de tels agents dès lors qu'ils étaient condamnés à une espérance de vie plus réduite que les autres.

37. La Cour constitutionnelle jugea à l'unanimité que les droits constitutionnels de M. Hoffmann avaient été méconnus en raison de cette discrimination.

38. En premier lieu, elle estima qu'une distinction devait être faite entre les personnes séropositives et les personnes souffrant d'immunodéficience. Elle souligna que M. Hoffmann était uniquement séropositif au moment de son licenciement et de la décision de la Cour, et ajouta que la pratique d'autres compagnies aériennes étrangères était sans incidence sur l'examen de la constitutionnalité de la décision. En second lieu, elle admit que les préoccupations commerciales d'une entreprise étaient légitimes, mais considéra qu'elles ne devaient pas servir à justifier une position déguisée à travers laquelle étaient méconnus les droits fondamentaux élémentaires que sont la dignité humaine, la compassion et la tolérance à l'égard d'autrui. Elle ajouta que compte tenu de ces impératifs les personnes touchées par le VIH étaient dans une situation de fragilité particulière qui exigeait une protection complète de la part du système juridique. Pour ces raisons, la Cour constitutionnelle conclut que la violation des droits de M. Hoffmann imposait à la compagnie aérienne de lui faire immédiatement une offre d'emploi et de supporter les coûts de l'instance.

IV. ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ

39. Selon une étude comparative de la législation de trente États membres du Conseil de l'Europe sur la protection contre la discrimination sur le lieu de travail offerte aux personnes atteintes du VIH, sept États (Albanie, Azerbaïdjan, Italie, République de Moldova, Roumanie, Royaume-Uni et Russie) ont adopté des textes législatifs spécifiques à ce sujet. Dans les vingt-trois autres États qui ne disposent pas de tels textes, les porteurs du VIH confrontés à des différences de traitement sur leur lieu de travail peuvent se fonder sur les dispositions générales de la législation nationale en matière de non-discrimination. Les décisions des juridictions internes et d'autres organes chargés de la protection des droits de l'homme dans certains de ces États montrent que ceux-ci accordent aux personnes vivant avec le VIH une protection contre le licenciement, par le biais de l'interdiction visant d'autres motifs de discrimination, comme la santé ou le handicap.

40. Ainsi, à titre d'exemple, en France, le 6 septembre 2012, la Commission pour l'égalité de traitement (depuis octobre 2012, le Conseil des droits de l'homme) a considéré que la loi sur l'égalité de traitement au regard du handicap ou de la maladie chronique n'obligeait pas un employé (il s'agissait en l'occurrence d'un employé séropositif licencié par un café-restaurant) à révéler sa maladie, sauf si cela était nécessaire à l'exécution de son travail. La Commission a aussi estimé que le préjugé supposé de la clientèle envers une personne séropositive ne pouvait pas justifier la cessation du contrat.

41. Le 13 décembre 1995, le tribunal correctionnel de Pontoise, en France, a condamné un employeur à une peine de cinq mois d'emprisonnement avec sursis et à 3 000 EUR de dommages et intérêts pour avoir licencié, pour un motif prétendument économique, un de ses employés, assistant vétérinaire, qui était séropositif.

42. Avant même l'adoption en Belgique de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, le tribunal du travail de Dendermonde avait jugé, le 5 janvier 1998, qu'un employeur avait abusé de son droit de licenciement en licenciant un employé en raison de sa séropositivité.

43. Le Tribunal fédéral suisse (arrêt ATF 127 III 86) a déclaré qu'un licenciement fondé exclusivement sur l'infection par le VIH était discriminatoire et abusif au sens de l'article 336 du code des obligations.

44. Le 18 octobre 2004, le tribunal régional de Poltava, en Ukraine, a condamné le rédacteur en chef d'un journal à verser une indemnité à un journaliste qu'il avait licencié parce qu'il était porteur du VIH.

45. En Croatie, à la suite de l'intervention du médiateur de la République, le règlement sur la police, qui prévoyait qu'une personne séropositive ne pouvait pas devenir ou rester officier de police, a été amendé.

46. Le 23 novembre 2009, la Cour constitutionnelle polonaise a jugé inconstitutionnelle une disposition du règlement du ministère de l'Intérieur selon laquelle un officier de police séropositif devait automatiquement être déclaré inapte au service.

47. Le 26 avril 2011, la Cour suprême russe a annulé une disposition du règlement sur l'aviation civile qui interdisait aux personnes séropositives de travailler comme pilotes sur tous types d'avions.

EN DROIT

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

48. Le requérant se plaint d'une violation de son droit à la vie privée, alléguant que la Cour de cassation a jugé légal son licenciement motivé par le fait qu'il était porteur du VIH. Il plaide aussi que son licenciement était discriminatoire et que le motif retenu par la Cour de cassation, selon lequel cette mesure était justifiée par la nécessité de préserver l'ambiance de travail dans l'entreprise, ne pouvait pas servir de base à un traitement différencié qui fût conforme à l'article 14. Il invoque l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, qui se lisent ainsi :

Article 8

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Article 14

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

A. Arguments des parties

1. Le Gouvernement

49. Le Gouvernement admet que tout licenciement d'un salarié a, sans doute, un impact sur sa vie privée. Toutefois, cela ne suffit pas à ses yeux pour que l'article 8 trouve à s'appliquer. Il estime que, selon la jurisprudence de la Cour, le licenciement ne pose problème au regard de l'article 8 que lorsqu'il implique des conséquences plus importantes pour le salarié, notamment l'impossibilité de retrouver du travail, et non la simple perte du poste qu'il occupait. Le licenciement n'aurait pas eu pour effet d'exclure le requérant du marché du travail (comme ce fut le cas dans l'affaire *Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, nos 55480/00 et 59330/00, CEDH 2004-VIII); de manière générale, il ne priverait pas non plus les personnes séropositives du droit à l'emploi. Le requérant aurait retrouvé du travail peu après son licenciement. L'article 8 protégerait les relations que deux parties souhaitent nouer, alors que, dans le cas de l'intéressé, ses collègues n'auraient pas souhaité travailler avec lui. Enfin, l'employeur du requérant n'aurait pas fait un mauvais usage des informations relatives à l'état de santé de celui-ci.

50. Selon le Gouvernement, le requérant n'a pas non plus été victime d'une discrimination. Son employeur l'aurait licencié dans le souci de sauvegarder les intérêts de l'entreprise et la paix au sein de celle-ci, et non en raison d'un préjugé lié à son statut de porteur du VIH. Le fait que la Cour de cassation ait admis que le licenciement avait été décidé sur cette base ne signifierait pas qu'elle a fait preuve de préjugé ou de parti pris contre

le requérant : sa motivation ne serait pas axée sur le fait que celui-ci était porteur du virus. En outre, le fait que S.K., l'employeur du requérant, n'était pas porteuse de ce virus n'aurait pas eu pour effet de l'avantager devant la Cour de cassation.

51. Le Gouvernement soutient que l'état de santé du requérant et son maintien dans l'entreprise n'ont pas fait l'objet d'une « négociation » entre l'employeur et les collègues de l'intéressé. L'employeur aurait essayé de trouver une solution qui, sans mettre en danger la survie de son entreprise, était propre à tenir compte de l'intérêt du requérant. Il aurait examiné la possibilité de prendre des mesures moins radicales que le licenciement et aurait tenté de soutenir l'intéressé en lui proposant une formation de coiffeur ou en l'aidant à créer sa propre entreprise. Face à l'échec de toutes ces tentatives, il aurait placé son intérêt personnel, à savoir le maintien du bon fonctionnement de l'entreprise, au-dessus de l'intérêt du requérant et aurait décidé de licencier celui-ci. Il n'aurait pas été possible à l'employeur d'ignorer les craintes de ses employés. Assurer un climat harmonieux dans l'entreprise ne constituerait pas seulement un droit de l'employeur mais aussi une obligation à l'égard de ses salariés. Le fait qu'un employeur ait placé son intérêt personnel au-dessus de celui d'un de ses salariés et n'ait pas réagi comme il eût été « souhaitable » – à savoir en ignorant les craintes de ses salariés – et que la Cour de cassation n'ait pas imposé à cet employeur de faire ce qui eût été « souhaitable », n'emporterait pas violation de la Convention.

52. Pour le Gouvernement, les arrêts *Obst c. Allemagne* (n° 425/03, 23 septembre 2010) et *Schüth c. Allemagne* (n° 1620/03, CEDH 2010), invoqués par le requérant, corroborent plutôt la thèse de la non-violation. Dans le deuxième, en particulier, la Cour aurait attaché un poids spécial au fait que le licenciement du requérant risquait de le mettre dans l'impossibilité totale de trouver un emploi, ce qui ne serait pas le cas dans la présente affaire. Le requérant ayant été embauché dans une autre entreprise peu après son licenciement, cette mesure n'aurait pas eu pour effet de le stigmatiser ou de l'exclure de la vie professionnelle et sociale.

53. Le Gouvernement considère qu'il faudrait distinguer la présente espèce de l'affaire *Kiyutin c. Russie* (n° 2700/10, CEDH 2011), dans laquelle les restrictions imposées aux droits du requérant auraient été la conséquence d'un acte de l'État, alors qu'en l'espèce le traitement discriminatoire allégué aurait été le fait d'un particulier et que la Cour de cassation aurait été appelée à examiner un différend entre particuliers. De plus, le consensus européen observé par la Cour dans l'arrêt *Kiyutin* concernerait le séjour des personnes séropositives sur le territoire des États membres du Conseil de l'Europe, et non le degré de responsabilité des particuliers et l'assimilation de leur responsabilité à celle de l'État.

54. Le Gouvernement estime que la Cour de cassation n'a pas jugé dignes de protection les craintes des collègues du requérant. Son arrêt n'aurait été ni arbitraire ni déraisonnable, même en considérant que la marge d'appréciation de l'État était limitée du fait que le requérant était porteur du VIH. Le Gouvernement ajoute qu'en l'espèce l'ordre juridique grec ne pouvait pas exiger davantage de l'employeur, dès lors que celui-ci aurait été un simple particulier, qu'il aurait tenté d'éviter le licenciement et d'aider le requérant et que l'ambiance dans l'entreprise aurait été particulièrement hostile à l'égard de ce dernier.

55. Le Gouvernement conclut que le requérant n'a été traité de manière défavorable, en raison de son état de santé, ni par la Cour de cassation ni par son employeur. Celui-ci n'aurait pas comparé l'état de santé du requérant à celui de ses autres salariés; il aurait pris la décision de le licencier non pas parce qu'il était séropositif, mais pour rétablir la paix dans l'entreprise.

56. Le Gouvernement soutient que ni l'article 8 pris isolément, ni ce même article combiné avec l'article 14, ni même le Protocole n° 12, n'imposent aux États de légiférer en faveur des salariés séropositifs afin d'interdire leur licenciement d'un poste qu'ils occupent dans le secteur privé. Prévoir une telle obligation conduirait selon lui à un élargissement de la responsabilité de l'État en ce qui concerne les relations entre particuliers, alors que selon la jurisprudence de la Cour, en cette matière, les États auraient une grande marge d'appréciation (*Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 77, CEDH 2007-I).

57. Bien évidemment, selon le Gouvernement, les États ne seraient pas empêchés de légiférer dans ce sens, mais cela ne pourrait être considéré comme une obligation découlant des articles 8 et 14 de la Convention. L'État grec aurait en principe satisfait à ses obligations positives relatives au droit du travail, notamment dans les domaines où peuvent surgir des questions qui touchent à la vie privée des personnes concernées. Il offrirait une protection efficace aux salariés séropositifs à travers des dispositions bien établies du droit du travail, du droit civil, de la procédure civile ou des dispositions régissant des catégories spécifiques de salariés (loi n° 2643/1998 intitulée « protection de l'emploi des personnes atteintes d'un handicap » et loi n° 3304/2005 incorporant la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail).

58. Le Gouvernement plaide que, se prévalant des dispositions pertinentes du droit civil et du droit du travail, le requérant a saisi les tribunaux civils, qui ont examiné son affaire selon la procédure spéciale relative aux litiges du travail. Le fait que les juridictions du fond aient statué en sa faveur démontrerait que les dispositions susmentionnées offrent un

cadre suffisant pour la protection des salariés séropositifs. L'efficacité de ce cadre juridique ne pourrait pas être mise en doute pour la seule raison que la Cour de cassation a finalement donné gain de cause en l'espèce à l'employeur du requérant.

2. *Le requérant*

59. S'appuyant sur les arrêts *Sidabras et Džiautas*, *Obst* et *Schiüth* (tous précités), *Palomo Sánchez et autres c. Espagne* ([GC], n^{os} 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, CEDH 2011) et *Siliadin c. France* (n^o 73316/01, CEDH 2005-VII), le requérant soutient que le fait que son grief se rapporte aux circonstances de son licenciement n'exclut pas en principe l'applicabilité en l'espèce de l'article 8 de la Convention et de la théorie des obligations positives. Les circonstances de fait démontreraient que l'attitude de ses collègues et de son employeur ont eu sur sa vie privée des effets qui ne peuvent être qualifiés de négligeables. L'intéressé aurait fait l'objet d'une stigmatisation immédiate, directe et effective de la part de ses collègues et aurait été traité comme un paria qui ne devait plus avoir le droit de travailler. En outre, le requérant estime que son employeur aurait pu et dû adopter une attitude différente à son égard, en particulier insister sur le fait que la séropositivité n'est pas une cause de licenciement, au lieu de faire de cette séropositivité une question à négocier avec les autres employés. L'intéressé affirme avoir exprimé son souhait de conserver son emploi malgré les réactions hostiles et le marquage social dont il aurait fait l'objet. L'emploi constituerait un élément important du respect de soi de tout un chacun, qui serait essentiel à la capacité de nouer des relations sociales et privées.

60. Le requérant se réfère aussi à plusieurs instruments internationaux tels que la Recommandation n^o 200 de l'Organisation internationale du travail (OIT) concernant le VIH et le sida et le monde du travail et la Résolution 1536 (2007) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, qui selon lui définissent la stigmatisation dans le monde du travail et appellent à une protection des personnes atteintes du virus contre toute forme de discrimination.

61. Le requérant soutient que la Cour de cassation « avait l'obligation », dans les circonstances de l'espèce, de constater que le licenciement était illégal car discriminatoire. Il estime avoir été traité de manière moins favorable que ses collègues en raison de son état de santé: à son avis, s'il n'avait pas contracté le virus, ses collègues n'auraient pas refusé de travailler avec lui et son employeur ne l'aurait pas licencié. Il avance que, si l'interdiction de licencier un salarié séropositif était bien établie en Grèce, les employés ayant des préjugés seraient conscients de l'impossibilité d'obtenir son licenciement, ne perturberaient pas le fonctionnement de l'entreprise et

ne s'immisceraient pas dans la vie professionnelle et privée de la personne concernée. En l'espèce, pour le requérant, il n'est pas possible de séparer les motifs des employés de ceux de l'employeur et de prétendre que le licenciement n'était pas discriminatoire sous prétexte que les seconds, pris isolément, formaient une cause valable de licenciement.

62. Le requérant considère que s'il n'est pas reconnu comme étant illégal de licencier un individu appartenant à un groupe vulnérable parce que les collègues de celui-ci refusent de collaborer avec lui en raison de préjugés, cela va conduire à la discrimination et à l'exclusion à grande échelle: selon lui, les personnes qui ont des partis pris contre d'autres individus d'une certaine race, origine ethnique ou orientation sexuelle pourront simplement refuser de travailler avec eux, et leurs employeurs les licencieront. Il estime que si les tribunaux n'interviennent pas, les préjugés des tiers auront pour effet d'exclure les membres d'un groupe vulnérable de la plupart des emplois du secteur privé et d'établir une ségrégation entre les entreprises qui emploient des personnes appartenant à ce groupe et les autres.

63. Le requérant soutient qu'en l'espèce la Cour de cassation n'a pas mis en balance le besoin de protéger de la discrimination les salariés séropositifs et la nécessité pour les employeurs de sauvegarder leurs intérêts. De plus, l'arrêt de la Cour de cassation serait particulièrement bref et n'examinerait pas vraiment la question de la proportionnalité de l'ingérence.

64. Pour le requérant, plusieurs facteurs justifieraient en l'espèce de considérer – comme la Cour l'aurait fait, du reste, dans l'arrêt *Kiyutin* (précité, § 63) –, que l'État dispose d'une marge d'appréciation réduite. Ces facteurs seraient les suivants: l'indéniable préjugé de ses collègues à l'égard des personnes séropositives; le fait que ces dernières font partie d'un groupe particulièrement vulnérable, sont victimes de traitements discriminatoires systématiques et souffrent de stigmatisation, d'exclusion sociale et de marginalisation; le fait que le statut de personne séropositive est irréversible et souvent pris comme un indicateur des préférences sexuelles de l'intéressé. Concernant le licenciement d'un salarié séropositif, la stigmatisation qui s'ensuit serait dévastatrice. L'intéressé serait confronté non seulement à sa maladie, mais aussi à l'effet destructeur de son licenciement causé par la maladie. Du fait de cette stigmatisation, il pourrait se trouver dans l'impossibilité de trouver un nouvel emploi.

65. En outre, le requérant invoque à l'appui de sa thèse plusieurs arrêts rendus par les juridictions suprêmes de nombreux pays qui ont statué en faveur de personnes séropositives dans le contexte du travail, notamment l'arrêt *Hoffmann v. South African Airways* de la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud (paragraphe 36-38 ci-dessus), qui aurait énoncé que le

préjugé contre cette catégorie de personnes ne constituait pas un intérêt professionnel légitime.

66. Se référant à l'arrêt *Bah c. Royaume-Uni* (n° 56328/07, CEDH 2011), le requérant soutient que les États doivent avancer des motifs très solides pour justifier une différence de traitement fondée sur des conditions médicales, telles que la séropositivité. Comme la Cour l'aurait déclaré dans cet arrêt, une différence de traitement fondée sur une caractéristique personnelle intrinsèque et immuable exigerait une motivation plus circonstanciée qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique procédant d'un choix. Or la séropositivité constituerait un état qui, une fois acquis, ne serait pas susceptible de disparaître.

B. Appréciation de la Cour

1. Sur l'applicabilité de l'article 8 combiné avec l'article 14

67. Sur la question de savoir si les faits de la cause relèvent du champ d'application de l'article 8, la Cour rappelle que la notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Cette notion recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et englobe parfois des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu, dont le droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables, le droit au « développement personnel » ou le droit à l'autodétermination en tant que tel (*Schüth*, précité, § 53).

68. Tout comme le requérant dans l'affaire *Schüth*, le requérant en l'espèce se plaint non pas d'une intervention directe des autorités nationales ayant abouti à son licenciement, mais d'un manquement de leur part à protéger sa sphère privée contre l'ingérence de son employeur, ce qui pourrait engager la responsabilité de l'État (voir, *mutatis mutandis*, *Palomo Sánchez et autres*, précité, § 60).

69. La Cour a déjà eu l'occasion de se prononcer, sous l'angle de l'article 8, sur des cas dans lesquels des personnes avaient été licenciées en raison de leurs activités privées (*Obst* et *Schüth*, précités). De même, sur un autre plan, elle a décidé que l'article 8 s'appliquait à une situation dans laquelle les autorités refusaient d'accorder un permis de séjour en raison de la séropositivité de l'intéressé (*Kiyutin*, précité) ou dans laquelle il était fait interdiction aux intéressés de travailler dans le secteur privé en raison de leur profession antérieure (*Sidabras et Džiautas*, précité).

70. Il ne fait donc aucun doute que les questions relatives à l'emploi, ainsi qu'à des situations impliquant des personnes atteintes du VIH, entrent dans le champ d'application de la vie privée. Il ne saurait en être autrement,

l'épidémie de VIH ne pouvant pas être considérée seulement comme un problème médical car ses effets se font sentir dans toutes les sphères de la vie privée.

71. Pour en venir aux faits de la cause, la Cour note que celle-ci présente une particularité qui la distingue de toutes les affaires susmentionnées: le licenciement d'un salarié atteint du VIH. Nul doute que si le motif avancé à l'appui du licenciement du requérant était la préservation d'une bonne ambiance de travail au sein de l'entreprise, le fait générateur a été l'annonce de la séropositivité de l'intéressé. C'est ce fait-là qui a déclenché l'expression du refus de ses collègues de travailler avec lui – malgré les assurances du médecin du travail, invité par l'employeur à les éclairer sur le mode de transmission du virus –, les efforts de l'employeur pour le convaincre de quitter l'entreprise, et enfin la menace ouverte des employés de perturber le fonctionnement de l'entreprise tant que le requérant y serait présent.

72. Il est clair que le licenciement du requérant a conduit à stigmatiser une personne qui, bien que porteuse du VIH, n'avait présenté aucun symptôme de la maladie. Cette mesure ne pouvait qu'avoir des répercussions graves sur sa personnalité, sur le respect qu'on pouvait lui témoigner et, en fin de compte, sur sa vie privée. À cela s'ajoute l'incertitude liée à la recherche d'un nouvel emploi, les perspectives d'en trouver un pouvant raisonnablement sembler lointaines compte tenu du précédent vécu. Le fait que le requérant ait trouvé un nouveau travail après son licenciement ne suffit pas à effacer l'effet néfaste qu'ont eu les faits litigieux sur sa capacité à mener une vie personnelle normale.

73. Enfin, la Cour rappelle que dans l'arrêt *Kiyutin* (précité, § 57) elle a considéré que l'état de santé d'une personne, notamment un problème de santé tel que la séropositivité, devait être considéré comme un motif de discrimination relevant de l'expression « toute autre situation », employée dans le texte de l'article 14 de la Convention, en tant que handicap ou au même titre qu'un handicap.

74. Il s'ensuit que les articles 8 et 14 combinés de la Convention s'appliquent dans les circonstances de la cause.

2. Sur l'observation de l'article 14 combiné avec l'article 8

a) Sur la question de savoir si le requérant se trouvait dans une situation analogue à celle d'autres salariés de l'entreprise

75. Selon la jurisprudence constante de la Cour, la discrimination consiste à traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations analogues ou comparables (*D.H. et*

autres c. République tchèque [GC], n° 57325/00, § 175, CEDH 2007-IV, et *Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, § 60, CEDH 2008).

76. En sa qualité de salarié de l'entreprise, le requérant pouvait légitimement espérer continuer à y travailler tant qu'il ne commettrait pas un acte qui, d'après le droit interne du travail, pourrait justifier un licenciement. Or il a été licencié peu après que sa séropositivité eut été révélée au sein de l'entreprise.

77. La Cour estime que la situation du requérant doit être comparée à celle des autres salariés de l'entreprise, car c'est celle-ci qui est pertinente pour apprécier son grief tiré de la différence de traitement. Il est certain que l'intéressé a été traité de manière moins favorable qu'un de ses collègues ne l'aurait été, et cela en raison de sa seule séropositivité. La Cour note que le souci de l'employeur était certes de rétablir le calme au sein de l'entreprise, mais qu'à l'origine de ce souci se trouvait la situation créée par l'attitude des collègues du requérant face à sa séropositivité.

b) Sur la question de savoir si la différence de traitement en cause était objectivement et raisonnablement justifiée

78. Dès lors qu'un requérant a démontré l'existence d'une différence de traitement, il appartient au gouvernement défendeur de prouver que celle-ci était justifiée. Une telle justification doit être objective et raisonnable, c'est-à-dire qu'elle doit poursuivre un but légitime et qu'il doit y avoir un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Par ailleurs, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations, à d'autres égards analogues, justifient des traitements différents. L'étendue de cette marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte (*Kiyutin*, précité, § 62).

79. Dans l'arrêt *Kiyutin* précité, la Cour a déclaré que lorsqu'une restriction des droits fondamentaux s'appliquait à des groupes particulièrement vulnérables de la société, ayant souffert d'une discrimination considérable par le passé, la marge d'appréciation accordée à l'État s'en trouvait singulièrement réduite et celui-ci devait avoir des raisons particulièrement impérieuses pour imposer la restriction en question (*ibidem*, § 63).

80. Les personnes porteuses du VIH doivent faire face à de multiples problèmes, d'ordre non seulement médical mais aussi professionnel, social, personnel et psychologique, et surtout à des préjugés parfois enracinés même parmi les personnes les plus instruites.

81. La Cour a reconnu cette réalité dans son arrêt *Kiyutin*, précité. Elle a considéré que l'ignorance des modes de propagation de cette maladie avait nourri des préjugés qui avaient conduit à une stigmatisation et à

une marginalisation des porteurs du virus. Elle a ajouté que, de ce fait, les personnes vivant avec le VIH constituaient un groupe vulnérable et que les États disposaient d'une marge d'appréciation étroite pour adopter des mesures réservant à ce groupe un traitement particulier fondé sur la séropositivité de ses membres (*ibidem*, § 64).

82. À titre complémentaire, la Cour relève que, selon une étude comparative de la législation de trente États membres du Conseil de l'Europe sur la protection contre la discrimination sur le lieu de travail offerte aux personnes atteintes du VIH, sept États ont adopté des textes législatifs spécifiques à ce sujet. Dans les vingt-trois autres États qui ne disposent pas de tels textes, les porteurs du VIH qui sont confrontés à des différences de traitement sur leur lieu de travail peuvent se fonder sur les dispositions générales de la législation nationale en matière de non-discrimination. Les décisions des juridictions internes et d'autres organes chargés de la protection des droits de l'homme dans certains de ces États montrent que ceux-ci accordent une protection contre le licenciement aux personnes vivant avec le VIH en le subsumant sous d'autres motifs interdits de discrimination, comme la santé ou le handicap (paragraphe 39 ci-dessus).

83. Il apparaît donc que, même si tous les États membres du Conseil de l'Europe n'ont pas adopté une législation spécifique en faveur des personnes vivant avec le VIH, il y a une nette tendance globale à protéger ces personnes contre toute discrimination sur leur lieu de travail, à travers des dispositions législatives plus générales mais appliquées par les juridictions dans le cadre du licenciement d'individus séropositifs tant dans la fonction publique que dans le secteur privé (paragraphe 40-47 ci-dessus).

84. Par ailleurs, la Cour note que les dispositions relatives à la non-discrimination contenues dans divers instruments internationaux offrent une protection aux personnes atteintes du VIH. Dans ce contexte, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies a reconnu le statut de porteur du VIH comme étant l'un des motifs de discrimination prohibés. De plus, un nombre croissant d'instruments internationaux spécifiques, tels que la Recommandation n° 200 de l'OIT concernant le VIH et le sida et le monde du travail, contiennent des dispositions relatives aux personnes séropositives, prévoyant notamment l'interdiction de la discrimination en matière d'emploi.

85. Examinant les faits de l'espèce, la Cour constate, d'une part, que l'employeur du requérant a mis fin au contrat de celui-ci à cause de la pression exercée par ses employés et que cette pression avait pour origine la séropositivité de l'intéressé et l'inquiétude qu'elle avait suscitée chez eux. Elle relève, d'autre part, que les employés de l'entreprise avaient été informés

par le médecin du travail qu'il n'y avait aucun risque d'infection dans le cadre des relations de travail avec le requérant.

86. Saisies d'un recours formé par celui-ci, les juridictions du fond ont mis en balance, d'une part, la nécessité de sauvegarder le bon fonctionnement de l'entreprise et, d'autre part, l'espérance justifiée du requérant d'être protégé dans une période difficile pour lui. Elles ont fait pencher la balance en faveur de l'intéressé. En particulier, la cour d'appel a considéré que la menace de perturbations dans l'entreprise en l'espèce, née de la réaction massive des salariés, reposait sur des réactions scientifiquement injustifiées. Elle a souligné que si la maladie d'un salarié n'avait pas d'effet néfaste sur la relation de travail ou le bon fonctionnement de l'entreprise (par exemple en engendrant des absences ou une réduction de la capacité de travail), elle ne pouvait pas servir de justification objective pour la dénonciation du contrat. Par ailleurs, elle a estimé que compte tenu de la nature de son travail, qui n'entraînait pas de surmenage, le requérant ne courait pas le risque de voir sa capacité de travail se réduire, au motif que pendant les nombreuses années où un malade reste simple porteur du VIH ses capacités ne diminuent pas de façon importante.

87. En l'espèce, la cour d'appel a dit expressément que la séropositivité du requérant n'avait pas d'effet sur la capacité de celui-ci à exécuter son travail et ne laissait pas présager une incidence défavorable sur son contrat qui eût justifié la dénonciation immédiate de celui-ci (paragraphe 19 ci-dessus). La cour d'appel a aussi admis que l'existence même de l'entreprise n'était pas menacée par les pressions des salariés (paragraphe 20 ci-dessus). Or le préjugé supposé ou exprimé des salariés ne saurait être invoqué comme prétexte pour mettre fin au contrat d'un employé séropositif. En pareil cas, le besoin de protéger les intérêts de l'employeur doit faire l'objet d'une mise en balance minutieuse avec la nécessité de protéger ceux de l'employé, qui est la partie la plus faible au contrat, à plus forte raison s'il est séropositif.

88. La Cour de cassation, quant à elle, n'a pas procédé à une mise en balance de tous les intérêts en jeu d'une manière aussi circonstanciée et approfondie que l'avait fait la cour d'appel. Par des motifs assez brefs, au regard de l'importance et du caractère inédit des questions soulevées par l'affaire, elle a déclaré que le licenciement était pleinement justifié par les intérêts de l'employeur, dans le bon sens du terme, parce qu'il avait été décidé afin de rétablir le calme au sein de l'entreprise ainsi que le bon fonctionnement de celle-ci. Si la Cour de cassation n'a pas non plus contesté le fait que l'infection du requérant n'avait pas d'effet préjudiciable sur l'exécution de son contrat de travail, elle a cependant fondé sa décision, pour justifier les craintes des salariés, sur une prémisse manifestement inexacte, à savoir le caractère « contagieux » de la maladie de l'intéressé. Ce faisant,

la Cour de cassation a attribué au bon fonctionnement de l'entreprise le sens que souhaitaient lui attribuer les salariés, en l'assimilant à la perception subjective de ceux-ci.

89. La Cour ne souscrit pas à l'argument du Gouvernement selon lequel une décision de la Cour de cassation favorable au requérant n'aurait pas résolu le problème, en ce que l'employeur aurait alors dû assumer le coût des perturbations prolongées dans son entreprise tandis que l'intéressé aurait continué à être confronté à un environnement hostile. En effet, l'enjeu pour le requérant devant la Cour de cassation se limitait à l'obtention d'une simple indemnité – que lui avait allouée la cour d'appel –, la demande initiale de l'intéressé visant à sa réintégration dans l'entreprise ayant été rejetée tant par le tribunal de première instance que par la cour d'appel. Par ailleurs, la Cour considère que l'on ne saurait spéculer sur ce qu'aurait été l'attitude des salariés de l'entreprise si la Cour de cassation avait en l'espèce confirmé la décision des juridictions du fond et, à plus forte raison, s'il existait en Grèce une législation ou une jurisprudence bien établies, protectrices des personnes séropositives sur le lieu de travail.

90. En conclusion, la Cour estime que la Cour de cassation n'a pas suffisamment montré en quoi les intérêts de l'employeur l'emportaient sur ceux du requérant et qu'elle n'a pas mis en balance les droits des deux parties d'une manière conforme à la Convention.

91. Il s'ensuit que le requérant a été victime d'une discrimination fondée sur son état de santé, au mépris de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8. Il y a donc eu violation de ces dispositions.

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

92. 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

93. Le requérant demande pour dommage matériel 6 339,18 euros (EUR), somme correspondant à celle que lui avait allouée la cour d'appel. Il réclame aussi le versement des intérêts échus à compter de la date de l'arrêt de la cour d'appel. En outre, il demande 20 000 EUR pour le dommage moral causé par sa stigmatisation et son licenciement discriminatoire.

94. Le Gouvernement invite la Cour à rejeter les prétentions formulées au titre du dommage matériel dès lors que, selon lui, elles se rapportent à

un aspect patrimonial du travail et non au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8. Quant au dommage moral, l'allégation du requérant selon laquelle il aurait été stigmatisé et victime d'une discrimination serait dénuée de fondement au motif qu'il a retrouvé du travail peu après son licenciement. Pour le Gouvernement, si la Cour concluait à une violation de la Convention, ce constat représenterait une satisfaction équitable suffisante.

95. La Cour rappelle avoir conclu à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 du fait que la Cour de cassation n'a pas mis en balance les droits des deux parties d'une manière conforme à la Convention. Elle constate que la cour d'appel avait fixé à 6 339,18 EUR la somme à accorder au requérant pour salaires impayés, et elle la lui alloue au titre du dommage matériel. Elle estime aussi devoir lui octroyer la somme de 8 000 EUR pour dommage moral.

B. Frais et dépens

96. Pour frais et dépens, le requérant réclame 6 000 EUR, somme correspondant aux honoraires de ses deux avocats pour la procédure devant la Cour (soixante heures de travail, à raison de 100 EUR l'heure).

97. Le Gouvernement invite la Cour à rejeter cette demande dès lors qu'elle n'est pas accompagnée des justificatifs nécessaires.

98. Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'allocation de frais et dépens au titre de l'article 41 présuppose que se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et, de plus, le caractère raisonnable de leur taux (*Iatridis c. Grèce* (satisfaction équitable) [GC], n° 31107/96, § 54, CEDH 2000-XI). La Cour observe que les prétentions du requérant au titre des frais et dépens ne sont pas accompagnées des justificatifs nécessaires. Il convient donc d'écarter cette demande.

C. Intérêts moratoires

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

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

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8;
2. *Dit*
 - a) que l'État défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes :

- i. 6 339,18 EUR (six mille trois cent trente-neuf euros dix-huit cents), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage matériel,
 - ii. 8 000 EUR (huit mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;
3. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 3 octobre 2013, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Søren Nielsen
Greffier

Isabelle Berro-Lefèvre
Présidente

I.B. v. GREECE
(Application no. 552/10)

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 3 OCTOBER 2013¹

1. Translation; original French.

SUMMARY¹**Dismissal of HIV-infected person owing to pressure exerted by his colleagues**

In the event of conflict within a company, the need to protect the employer’s interests must be carefully weighed against the need to protect those of the employee – who was the weaker party to the contract – particularly where the latter was HIV-positive. Supposed or expressed prejudice on the part of the employees, especially where based on a manifestly inaccurate premise, namely, the “contagious” nature of the illness, could not, without breaching Article 14 in conjunction with Article 8, be relied on as a pretext for terminating the contract of an employee who was HIV-positive, especially where that condition had no effect on the capacity to carry out the work and did not indicate that the contract could not be properly performed (see paragraphs 87-88 of the judgment)

Article 14 in conjunction with Article 8

Discrimination – Private life – Dismissal of HIV-infected person owing to pressure exerted by his colleagues – Less favourable treatment solely on account of HIV-positive status with no effect on capacity to carry out the work – Narrow margin of appreciation – Inadequate grounds for domestic courts’ decisions

*

* *

Facts

In February 2005, while he was on annual leave, the applicant learnt that he had contracted the human immunodeficiency virus (HIV). That information spread throughout the entire company where he was working. The staff started complaining to their employer about having to work with a colleague who was HIV-positive and demanded his dismissal. The applicant’s employer then invited an occupational-health doctor to come to the company premises and talk to the staff about HIV and how it could be transmitted. The doctor attempted to reassure the staff by explaining the precautions to be taken. Despite that, approximately half the staff sent the applicant’s employer a letter asking her to dismiss him in order to “preserve their health and their right to work”, failing which the harmonious atmosphere in the company would be liable to deteriorate. Two days before the applicant returned

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

from leave, his employer dismissed him and paid him the statutory compensation due under Greek law. The applicant brought proceedings in the courts. The Court of Cassation quashed the Court of Appeal's judgment, ruling that the employment contract had not been wrongfully terminated.

Law

Article 14 in conjunction with Article 8:

(a) *Applicability* – The applicant complained that the authorities had failed to protect his private sphere against interference by his employer, which could engage the State's responsibility. It was now established that both employment matters and situations involving HIV-infected persons fell within the scope of private life. There was a particularity in the present case: the dismissal from work of an HIV-infected employee. There was no doubt that while the stated ground for dismissing the applicant had been to preserve a good working environment in the company, the triggering event had been the announcement that he was HIV-positive. It was that event which had prompted his colleagues to openly threaten to disrupt the operation of the company as long as the applicant continued to work there. It was clear that his dismissal had resulted in the stigmatisation of a person who, even if he were HIV-positive, had not shown any symptoms of the disease. That measure was bound to have serious repercussions for his personality rights, the respect owed to him and, ultimately, his private life. To that must be added the uncertainty surrounding his search for a new job, since the prospect of finding one could reasonably have appeared remote having regard to his previous experience. The fact that the applicant had found a new job after being dismissed did not suffice to erase the detrimental effect of his dismissal on his ability to lead a normal personal life. Article 14 in conjunction with Article 8 was therefore applicable.

(b) *Merits* – The applicant's situation had to be compared to that of the other employees in the company because this was relevant to an assessment of his complaint based on a difference in treatment. It was clear that the applicant had been treated less favourably than any of his colleagues and that this had been solely because he was HIV-positive. In its judgment in *Kiyutin v. Russia* (no. 2700/10, 10 March 2011), the Court had found that ignorance about how the disease spreads had bred prejudices which, in turn, had stigmatised or marginalised those infected with the virus. It had added that, consequently, people living with HIV were a vulnerable group and that the State should be afforded only a narrow margin of appreciation in choosing measures that singled out that group for differential treatment on the basis of their HIV status. Firstly, the applicant's employer had terminated his contract owing to the pressure exerted on her by her employees, who had learnt that the applicant was HIV-positive and feared for their own health. Secondly, the employees of the company had been informed by the occupational-

health doctor that their working relations with the applicant did not expose them to any risk of infection.

The Court of Appeal had expressly recognised that the applicant's HIV status did not affect his capacity to do his job and did not indicate that he would be unable to perform his contract properly, which would have justified its immediate termination. It had also recognised that the company's very existence had not been threatened by the pressure exerted by the employees. Supposed or expressed prejudice on the part of employees could not be relied on as a pretext for terminating the contract of an HIV-positive employee. In such cases the need to protect the employer's interests had to be balanced very carefully against the need to protect the interests of the employee, who was the weaker party to the contract, particularly where the latter was HIV-positive. However, the Court of Cassation had not weighed up all the competing interests as carefully and thoroughly as the Court of Appeal. On rather cursory grounds, having regard to the importance and unusual nature of the questions raised by the case, it had held that the dismissal was entirely justified on the ground of the employer's interests, in the proper sense of the term, because the measure had been imposed in order to restore peace in the company and ensure that it continued to operate smoothly. Although the Court of Cassation had not contested the fact that the applicant's infection had not adversely affected his ability to perform his employment contract, it had nonetheless based its decision, justifying the employees' fears, on a manifestly inaccurate premise, namely, that the applicant's illness was "contagious". In doing so, the Court of Cassation had ascribed to the smooth operation of the company the same meaning that the employees had wished to give it, thus aligning that definition with the employees' subjective perception. Lastly, the stakes involved for the applicant before the Court of Cassation had been limited to obtaining compensation as awarded him by the Court of Appeal, as his initial claim (for reinstatement in the company) had been dismissed both by the Court of First Instance and the Court of Appeal. Moreover, there could be no speculation about what the attitude of the company employees would have been if the Court of Cassation had upheld the decision of the lower courts, still less if legislation or well-established case-law existed in Greece protecting HIV-positive persons in the workplace.

In sum, the Court of Cassation had not adequately explained why the employer's interests had prevailed over those of the applicant and had failed to weigh up the rights of the two parties in a manner required by the Convention.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: 6,339.18 euros (EUR) for pecuniary damage; EUR 8,000 for non-pecuniary damage.

Case-law cited by the Court

Burden v. the United Kingdom [GC], no. 13378/05, ECHR 2008

D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], no. 57325/00, ECHR 2007-IV

Kiyutin v. Russia, no. 2700/10, ECHR 2011

Obst v. Germany, no. 425/03, 23 September 2010

Palomo Sánchez and Others v. Spain [GC], nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06
and 28964/06, ECHR 2011

Schüth v. Germany, no. 1620/03, ECHR 2010

Sidabras and Džiautas v. Lithuania, nos. 55480/00 and 59330/00, ECHR 2004-VIII

In the case of I.B. v. Greece,

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

Isabelle Berro-Lefèvre, *President*,
Elisabeth Steiner,
Khanlar Hajiyev,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Julia Laffranque,
Linos-Alexandre Sicilianos,
Erik Møse, *judges*,

and Søren Nielsen, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 10 September 2013,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 552/10) against the Hellenic Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Greek national, Mr I.B. (“the applicant”), on 2 December 2009. The President of the Section acceded to the applicant’s request not to have his name disclosed (Rule 47 § 4 of the Rules of Court).

2. The applicant was represented by Mr G. Letsas and Ms. V. Mantouvalou, lawyers practising in London. The Greek Government (“the Government”) were represented by the delegates of their Agents, Ms G. Papadaki, Adviser at the State Legal Council, and Ms M. Germani, Legal Assistant at the State Legal Council.

3. The applicant alleged, in particular, a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

4. By a decision of 28 August 2012, the Chamber declared the application partly admissible.

5. The applicant and the Government each filed further observations (Rule 59 § 1).

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

6. The applicant was born in 1980 and lives in Athens.

7. The applicant had been working for a jewellery manufacturing company since 2001. On 4 March 2003 he resigned from his post in order to carry out his military service. Afterwards he contacted S.K., the owner of the company, who hired him again on a full-time basis from 1 July 2004 on a monthly salary of 722.92 euros (EUR).

8. In January 2005 the applicant told three of his colleagues – I.M., S.M. and O.G. – that he feared he had contracted the human immunodeficiency virus (HIV). On 11 February 2005, while he was on annual leave, that fear was confirmed by a test establishing that he was indeed HIV-positive. On 15 February his employer, S.K., received a letter from the three above-mentioned employees in which they told her that the applicant “had Aids” and that the company should dismiss him before the end of his annual leave. All three colleagues had tested negative for Aids.

9. In the meantime information about the applicant’s health condition had spread throughout the entire company of seventy employees. The staff started complaining to their employer about having to work with a colleague who was HIV-positive and demanded his dismissal. S.K. then invited an occupational-health doctor to come to the company premises and talk to the staff about HIV and how it could be transmitted. The doctor attempted to reassure the staff by explaining the precautions to be taken but they continued to demand the applicant’s dismissal. S.K. then considered transferring the applicant to another department at a different location, but the head of that department threatened to resign if the applicant joined his team. S.K. then offered to help the applicant set up his own business if he would tender his resignation. She also offered to pay for him to attend a training course in hairdressing. The applicant refused her offers however.

10. On 21 February 2005 thirty-three employees of the company (approximately half the total number of staff) sent a letter to S.K. asking her to dismiss the applicant in order to “preserve their health and their right to work”, failing which the harmonious atmosphere in the company would, in their view, be liable to deteriorate. On 23 February 2005, two days before the applicant returned from leave, S.K. dismissed him and paid him the statutory compensation due under Greek law, namely, one month’s salary and EUR 843.41 in respect of holiday leave.

11. Shortly after his dismissal the applicant found another job in a private company.

12. On 13 May 2005 the applicant brought proceedings in the Athens Court of First Instance. He complained that “unacceptable social prejudices and outdated taboo considerations” had prevailed over recognition of his contribution to the company where he had worked. He also claimed that he had been unfairly dismissed and that his dismissal was invalid because

he had not been paid sufficient compensation. He alleged that he had been dismissed on the basis of “despicable considerations” which took no account of the “human factor or his person”, that his employer “had remained manifestly indifferent to the fact that she had thus seriously harmed a hard-working and conscientious employee at the very time when basic humane considerations required that he be supported and had at the same time callously insulted him”, and that his employer had “treated him with an unjustified and inhumane aversion for his serious health problem”.

13. The applicant added that the only reason that had led S.K. to dismiss him had been (scientifically unfounded) prejudice against HIV-positive persons and the alleged “risk” that they posed in their professional and social relations. It was therefore clear, in the applicant’s view, that S.K.’s conduct had brutally violated his personality rights, in particular the most intimate ones concerning sensitive personal details. The manner in which he had been dismissed had diminished unacceptably his value as a human being by reducing him to an “object” that could be handled according to “personal prejudices and obsessions”.

14. The applicant asked the court to declare the termination of the contract unlawful, order the employer to continue employing him and paying him a salary, and to pay him EUR 9,397 in unpaid salaries, EUR 1,068.62 in holiday bonuses and various other amounts calculated by him and, lastly, the sum of EUR 200,000 for non-pecuniary damage.

15. In a judgment of 13 June 2006 the court held that the dismissal was unlawful, as contrary to Article 281 of the Civil Code which prohibited the exercise of a right if it manifestly exceeded the limits imposed by good faith or morals. The court found that the sole ground for terminating the contract had been the applicant’s illness and awarded him EUR 6,339.18, which corresponded to unpaid salaries since his dismissal. The court considered that the employer’s conduct, even taking account of the pressure exerted by her employees, had constituted an abuse of rights. It found that the employer had decided to dismiss the applicant in order to ensure that her company continued operating smoothly and to avoid protests and complaints, thus currying favour with the majority of her staff.

16. However, the court rejected the applicant’s complaint that his dismissal had violated his personality rights because it had not been established that the dismissal had been motivated by reprehensible intent or an intention to defame the applicant. The court found, however, that S.K. had dismissed the applicant in order to preserve what she had wrongly believed to be an issue of peaceful working relations within the company. Lastly, the court held that it was not necessary to order the applicant’s reinstatement because he had found a new job in the meantime.

17. On 26 February and 15 March 2007 respectively, S.K. and the applicant lodged an appeal against that judgment with the Athens Court of Appeal.

18. In a judgment of 29 January 2008, the Court of Appeal dismissed S.K.'s appeal and upheld the applicant's appeal on both grounds, namely, abuse of rights and violation of personality rights. Like the Court of First Instance, the Court of Appeal acknowledged that S.K. had dismissed the applicant after giving in to pressure from staff and in order to preserve a good working environment in the company. The Court of Appeal observed that the employees' fears were scientifically unfounded, as the occupational-health doctor had explained. Given the mode of transmission of the virus, there was no danger to their health. Accordingly, their fears were in reality based on prejudice rather than on an established risk; consequently, the applicant's illness could not affect the future smooth operation of the company.

19. The Court of Appeal weighed the need to maintain the smooth operation of the company, which was threatened by scientifically unfounded fears, against the applicant's justified expectation of being protected during the difficult period he was experiencing. It noted that where an employee's illness did not adversely affect work relations or the smooth operation of the company (through absenteeism or reduced working capacity, for example), it could not serve as an objective justification for terminating the contract. It noted that the applicant had not been absent from work and that no absence on the ground of illness was foreseeable in the immediate future. Moreover, the nature of the applicant's job, which did not demand excessive effort, precluded the risk of a reduction in his capacity for work since, during the many years in which a person was merely HIV-positive, his or her working capacity was not substantially reduced.

20. It observed that the applicant's illness could not adversely affect the future smooth operation of the company, as none of the employees had left the company between the time when the applicant's illness had been revealed and the termination of his employment contract. It concluded that the fact that S.K. "had given in to the demands of her employees, dismissed the applicant and terminated his contract could not be justified on grounds of good faith or the employer's interests within the proper meaning of the term".

21. The Court of Appeal awarded the applicant the sum of EUR 6,339.18 in unpaid salaries backdated to the date of his dismissal. It also held that the applicant's personality rights had been infringed as his unfair dismissal had affected both his professional and social status, which were the two facets of

an individual's personality. It awarded him the further sum of EUR 1,200 for non-pecuniary damage under that head.

22. On 4 July 2008, S.K. appealed on points of law against the Court of Appeal's judgment.

23. On 16 October 2008 the applicant also lodged an appeal against the Court of Appeal's judgment. He relied on Articles 180 (nullity of a legal act), 281 (abuse of rights) and 932 (compensation for non-pecuniary damage) of the Civil Code, on Article 22 (right to work) of the Constitution, and on the principle of proportionality regarding the amount of the compensation awarded. Relying on the case-law of the Court of Cassation, he also submitted that where a dismissal had been set aside by a judicial decision as unfair, the employer was under an obligation to reinstate the employee. More specifically, in his second ground of appeal, the applicant submitted that the Court of Appeal had wrongly rejected his request to be reinstated in the company, arguing that reinstatement was the rule in the event of a breach of Article 281, or in the event of an infringement of personality rights or of the right to personal development and participation in professional life.

24. In judgment no. 676/2009 of 17 March 2009 (finalised on 4 June 2009), the Court of Cassation quashed the Court of Appeal's judgment on the ground, *inter alia*, that the court had wrongly construed and applied Article 281 of the Civil Code to the facts of the case. It found that termination of an employment contract was not unfair if it was justified by the employer's interests "in the proper sense of the term", such as the restoration of peaceful working relations between employees and the smooth operation of the company where these were liable to be disrupted by maintaining the dismissed employee in his or her post. The Court of Cassation held as follows:

"As the dismissal ... was not motivated by ill-will, revenge or any aggressivity on the part of [the employer] towards [the employee], the dismissal was fully justified by the interests of the employer, in the proper sense of the term [interests], in that it was done in order to restore peace in the company and its smooth operation. The employees were seriously perturbed by the extremely serious and contagious illness of the [applicant], which aroused feelings of insecurity among them and fears for their health, prompting them to request – collectively and in writing – his dismissal and stress that if he were not dismissed the smooth operation of the company would be severely affected ..."

25. Lastly, the Court of Cassation dismissed the applicant's appeal as devoid of purpose and remitted the case to the Court of Appeal.

26. Neither the applicant nor his former employer took the initiative reserved to them by statute of applying to the Court of Appeal for a ruling on the case remitted to it.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Domestic law

27. The relevant Articles of the Greek Constitution provide as follows.

Article 9 § 1

“... An individual’s private and family life is inviolable ...”

Article 22 § 1

“Work constitutes a right and shall enjoy the protection of the State, which shall seek to create conditions of employment for all citizens and shall promote the moral and material advancement of the rural and urban working population. ...”

Article 25 § 1

“The rights of human beings as individuals and members of society and the principle of the constitutional welfare state are guaranteed by the State.

All agents of the State shall be obliged to ensure the unhindered and effective exercise thereof. Where appropriate, these rights shall also apply to the relations between individuals. Restrictions of any kind which, according to the Constitution, may be imposed upon these rights, shall be provided for either directly by the Constitution or by statute ... and shall respect the principle of proportionality.”

28. Section 1 of Law no. 2112/1920 on dismissal and the termination of employment contracts in the private sector provides:

“A private-sector employee recruited on a contract of indefinite duration who has been employed for more than two months cannot be dismissed without prior written notice of termination of the employment contract ...”

29. The relevant sections of Law no. 3304/2005 on equal treatment (race, nationality, religion, age, sexual orientation) read as follows.

Section 1 – object

“The object of the present Law is the adoption of a general regulatory framework in which to combat discrimination based on religion or other beliefs, disability, age or sexual orientation in the sphere of employment ... and to ensure that the principle of equal treatment is applied.”

Section 2 – principle of equality of treatment

“1. Direct or indirect discrimination on one of the grounds referred to in section 1 shall be forbidden.

2. Harassment ..., with the aim or effect of adversely affecting a person's dignity and creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or aggressive environment, shall also be regarded as discrimination."

Section 10 – reasonable measures accommodating disabled persons

"In order to comply with the principle of equal treatment of disabled persons, the employer must take all necessary measures required in the circumstances to ensure that disabled persons have access to a workstation, can carry on an activity and develop professionally, and take part in professional training, in so far as such measures do not impose an unreasonable burden on the employer ..."

Section 12 – positive action and special measures

"1. It shall not be discriminatory to adopt or maintain special measures designed to prevent or compensate for disadvantages based on religious grounds or other beliefs, or grounds of disability, age or sexual orientation.

2. It shall not be discriminatory to adopt or maintain measures protecting the health and safety of disabled persons in the workplace or measures creating or maintaining the conditions or facilities for preserving and promoting their integration in the activity and work."

B. The National Commission for Human Rights

30. On 27 January 2011 the National Commission for Human Rights drew up a report on "issues relating to the protection of the rights of HIV-positive persons". The introduction to the report reads as follows.

"The National Commission for Human Rights has been prompted to examine issues relating to the protection of the rights of HIV-positive persons by the observed lack of enjoyment of fundamental rights by the said individuals, which is exacerbated by stigmatisation, manifestations of intolerance, violations of confidentiality and other forms of social discrimination to their detriment.

The impetus for this was judgment no. 676/2009 of the Court of Cassation, in which that court actually upheld the lawfulness of the dismissal of an HIV-positive employee and endorsed the conditions in which he was dismissed. Having regard to the importance of that decision – which is the first judicial ruling of its kind in the judicial annals of the country – and to the fact that it highlighted a unique but important aspect of the problems facing HIV-positive persons, the Commission organised a consultation with several other organisations and institutions campaigning for the protection of the rights of such persons. A number of issues were raised during the discussion, but the ones considered to be the most important were the following: a) stigmatisation as a result of HIV/Aids, b) discriminatory treatment of persons infected with the virus, particularly in the workplace, c) access by such persons to health services, and d) protection of their private life."

31. In its final considerations the Commission observed:

“There is a current and pressing need to protect the rights of HIV-positive persons and to institutionalise and apply the fundamental principles on which these rights are based, having regard to the fact that, according to the latest official statistics, the disease appears to have reached alarming levels in our country.

The risks do not stem only from the disease itself and the fact that it is spreading, but also from the formation and consolidation of dangerous and scientifically unfounded misconceptions through court rulings which maintain that HIV-positive employees constitute a ‘danger’ in their workplace.

Lastly, we should point out that the protection of the rights of HIV-positive persons does not concern them alone but public health in general, in that if these people are not protected they will hesitate to be tested ... which will undermine the efforts being made by public-health organisations to limit the spread of the disease.”

III. RELEVANT EUROPEAN AND INTERNATIONAL INSTRUMENTS

A. International Labour Organization (ILO) Recommendation concerning HIV and AIDS and the World of Work, 2010 (no. 200)

32. This Recommendation is the first human rights instrument on HIV and Aids in the world of work. It was adopted, by a large majority, by government representatives, employers and workers of the member States of the ILO at the International Labour Conference in June 2010. It provides, *inter alia*, as follows.

“3. ...

(c) [T]here should be no discrimination against or stigmatization of workers, in particular jobseekers and job applicants, on the grounds of real or perceived HIV status or the fact that they belong to regions of the world or segments of the population perceived to be at greater risk of or more vulnerable to HIV infection;

...

9. Governments, in consultation with the most representative organizations of employers and workers, should consider affording protection equal to that available under the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958, to prevent discrimination based on real or perceived HIV status.

10. Real or perceived HIV status should not be a ground of discrimination preventing the recruitment or continued employment, or the pursuit of equal opportunities consistent with the provisions of the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958.

11. Real or perceived HIV status should not be a cause for termination of employment. Temporary absence from work because of illness or caregiving duties

related to HIV or AIDS should be treated in the same way as absences for other health reasons, taking into account the Termination of Employment Convention, 1982.

12. When existing measures against discrimination in the workplace are inadequate for effective protection against discrimination in relation to HIV and AIDS, Members should adapt these measures or put new ones in place, and provide for their effective and transparent implementation.”

B. Texts of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe

33. The Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) has raised the question of HIV/Aids in a number of documents. In its Recommendation 1116 (1989) on Aids and human rights, it stated the following:

“3. Noting that, although the Council of Europe has been concerned with prevention ever since 1983, the ethical aspects have been touched upon only cursorily;

4. Considering nevertheless that it is essential to ensure that human rights and fundamental freedoms are not jeopardised on account of the fear aroused by Aids;

5. Concerned in particular at the discrimination to which some Aids victims and even seropositive persons are being subjected;

...

8. Recommends that the Committee of Ministers:

A. instruct the Steering Committee for Human Rights to give priority to reinforcing the non-discrimination clause in Article 14 of the European Convention on Human Rights, either by adding health to the prohibited grounds of discrimination or by drawing up a general clause on equality of treatment before the law; ...”

34. In its Resolution 1536 (2007) on HIV/Aids in Europe, PACE reaffirmed its commitment to combating all forms of discrimination against persons living with HIV/Aids:

“9. While emphasising that the HIV/Aids pandemic is an emergency at the medical, social and economic level, the Assembly calls upon parliaments and governments of the Council of Europe to:

9.1. ensure that their laws, policies and practices respect human rights in the context of HIV/Aids, in particular the right to education, work, privacy, protection and access to prevention, treatment, care and support;

9.2. protect people living with HIV/Aids from all forms of discrimination in both the public and private sectors ...”

C. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

35. Article 2 § 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights provides that the rights enunciated in the Covenant “will be exercised without discrimination of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status”. In its General Comment on Non-Discrimination (No. 20, 2009), the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights expressly stated that the expression “other status” appearing at the end of Article 2 § 2 of the Covenant included health status, in particular HIV status:

“33. Health status refers to a person’s physical or mental health. States parties should ensure that a person’s actual or perceived health status is not a barrier to realizing the rights under the Covenant. The protection of public health is often cited by States as a basis for restricting human rights in the context of a person’s health status. However, many such restrictions are discriminatory, for example, when HIV status is used as the basis for differential treatment with regard to access to education, employment, health care, travel, social security, housing and asylum ...”

D. Judgment of the South African Constitutional Court in the case of *Hoffmann v. South African Airways*

36. In the case of *Hoffmann v. South African Airways* (CCT 17/00) of 28 September 2000, an application had been made to the Constitutional Court against a decision of the Witwatersrand High Court regarding discrimination in the employment of Mr Hoffmann as a cabin attendant for the airline company South African Airways on the ground that he was HIV-positive. The company relied on three arguments: the negative reaction of HIV-positive persons to the yellow fever vaccine; the risk of transmitting diseases to passengers and other members of the company; and the low return on investment in such staff as they had a lower life expectancy than the others.

37. The Constitutional Court unanimously held that such discrimination had breached Mr Hoffmann’s constitutional rights.

38. Firstly, it held that a distinction had to be made between HIV-positive persons and persons suffering from immune deficiency. It observed that Mr Hoffmann had been only HIV-positive at the time of his dismissal and the court’s decision. It added that the practice of other foreign airlines had no bearing on an examination of the constitutionality of the decision. Secondly, it recognised that a company’s commercial concerns were legitimate but considered that these should not serve as a pretext for denying elementary fundamental rights such as compassion and tolerance of others.

Having regard to those overriding considerations, persons infected with HIV were in a particularly fragile situation which required full protection under the legal system. Accordingly, the court held that the violation of Mr Hoffmann's rights required the airline to offer him a job forthwith and to bear the costs of the proceedings.

IV. COMPARATIVE LAW MATERIAL

39. A comparative study of the legislation of thirty member States of the Council of Europe on the protection provided under domestic law to HIV-infected persons from discrimination in the employment context shows that seven States – Albania, Azerbaijan, Italy, the Republic of Moldova, Romania, the United Kingdom and Russia – have passed specific legislation in this respect. In the twenty-three other States, which have not passed specific legislation, HIV-positive persons who face differences in treatment in the workplace can rely on the general provisions of domestic law governing non-discrimination. The decisions of the domestic courts and other bodies for human rights protection in some of these States show that they grant protection against dismissal to HIV-positive persons through the prohibition imposed on other grounds of discrimination, such as health or disability.

40. In France, for example, on 6 September 2012 the Equal Treatment Commission (the Human Rights Council since October 2012) found that the Law on equal treatment of persons suffering from a disability or chronic illness did not oblige an employee (the case in question concerned the dismissal of an HIV-positive employee of a licensed bar) to disclose his or her illness unless he or she would otherwise be unable to perform the work. The Commission also found that the supposed prejudice of customers towards HIV-positive persons did not justify terminating the contract.

41. On 13 December 1995 the Pontoise Criminal Court, in France, sentenced an employer to five months' imprisonment, suspended, and ordered him to pay EUR 3,000 in damages for dismissing – purportedly on economic grounds – one of his employees, a veterinary assistant who was HIV-positive.

42. Even before the enactment in Belgium of the Law of 10 May 2007 on combating certain forms of discrimination, the Dendermonde Labour Court had held, on 5 January 1998, that an employer had abused his right to terminate an employment contract by dismissing an employee solely on account of his HIV infection.

43. The Swiss Federal Supreme Court (judgment BGE 127 III 86) held that dismissal from work solely on account of HIV infection was

discriminatory and unfair for the purposes of Article 336 of the Code of Obligations.

44. On 18 October 2004 the Poltava Regional Court, in Ukraine, ordered the editor of a newspaper to pay compensation to a journalist who had been dismissed because he was HIV-positive.

45. In Croatia, following the intervention of the Ombudsman, the Police Internal Rules, which had previously provided that an HIV-positive person could neither become nor remain a serving police officer, were amended.

46. On 23 November 2009 the Polish Constitutional Court declared unconstitutional a provision of the Ministry of Interior's Regulations according to which any police officer who was HIV-positive should automatically be declared unfit for service.

47. On 26 April 2011 the Russian Supreme Court declared inoperative a provision of the Civil Aviation Regulations forbidding HIV-positive persons from working as pilots on any type of aircraft.

THE LAW

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

48. The applicant complained of a violation of his right to private life, alleging that the Court of Cassation had ruled that his dismissal on the ground of his HIV status had been lawful. He also submitted that his dismissal had been discriminatory and that the Court of Cassation's reasoning, according to which his dismissal had been justified by the need to preserve a good working environment in the company, was not a valid basis for differential treatment compatible with Article 14. He relied on Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8. Those provisions are worded as follows:

Article 8

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

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

Article 14

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

A. The parties’ submissions

1. *The Government*

49. The Government conceded that any dismissal of an employee would doubtless have an impact on his or her private life. However, that did not suffice to render Article 8 applicable. According to the Court’s case-law, a dismissal did not raise a problem under Article 8 unless it entailed broader consequences for the employee, such as an inability to find another job, and not merely the loss of his or her post. The applicant’s dismissal had not had the effect of excluding him from the job market (as had been the case in *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, nos. 55480/00 and 59330/00, ECHR 2004-VIII), or of generally depriving HIV-positive persons of the right to employment. The applicant had found work shortly after he was dismissed. Article 8 protected the relations that both parties intended to forge, whereas in the applicant’s case his colleagues had not wanted to work with him. Lastly, the applicant’s employer had not misused information relating to the applicant’s health status.

50. According to the Government, the applicant had not been a victim of discrimination either. His employer had dismissed him out of concern to protect the company’s interests and secure peaceful working relations, not because of prejudice against his HIV status. The fact that the Court of Cassation had recognised that he had been dismissed on that basis did not mean that it had been prejudiced or biased against the applicant. Its reasoning had not hinged on the fact that the applicant was HIV-positive. Furthermore, the applicant’s employer, S.K., had not been at an advantage before the Court of Cassation on account of not being HIV-positive.

51. The Government submitted that the applicant’s health and his continued employment in the company had not been the subject of “negotiation” between the employer and the applicant’s colleagues. The employer had tried to find a solution which, without endangering the survival of her company, would take account of the applicant’s interests. She had examined the possibility of taking less radical measures than dismissal and had tried to help the applicant by offering him a training course in hairdressing or helping him to set up his own business. When all those attempts failed, the employer had put her personal interests – preserving the

smooth operation of the company – above the applicant’s interests and had decided to dismiss him. The employer could not have ignored her employees’ fears. Ensuring a harmonious working environment was not only a right of the employer but also an obligation towards his or her employees. The fact that an employer had put her personal interests above those of one of her employees and had not reacted in a “desirable” way – namely, by ignoring her employees’ fears – and the fact that the Court of Cassation had not compelled that employer to do what would have been “desirable” did not amount to a violation of the Convention.

52. The Government submitted that the cases of *Obst v. Germany* (no. 425/03, 23 September 2010) and *Schüth v. Germany* (no. 1620/03, ECHR 2010), relied on by the applicant, weighed more heavily in favour of a finding of no violation. In the latter judgment in particular the Court had attached special weight to the fact that the applicant’s dismissal might make it totally impossible for him to find employment, which was not the case in the present situation. As the applicant had been hired by another company shortly after his dismissal, it had not had the effect of stigmatising him or debarring him from professional or social life.

53. The Government considered that the present case had to be distinguished from *Kiyutin v. Russia* (no. 2700/10, ECHR 2011), in which the restrictions imposed on the applicant’s rights were the result of a State action. In the present case the alleged discriminatory treatment had been the act of an individual and the Court of Cassation had had the task of examining a dispute between individuals. Furthermore, the European consensus observed by the Court in *Kiyutin* had concerned the entry, stay and residence of HIV-positive persons in the member States of the Council of Europe; it had not concerned the degree of responsibility of individuals, nor had it compared their responsibility with that of the State.

54. The Government pointed out that the Court of Cassation had not deemed the fears of the applicant’s colleagues worthy of protection. Its judgment had been neither arbitrary nor unreasonable even if the State’s margin of appreciation was considered to be limited on account of the fact that the applicant was HIV-positive. In the present case the Greek judicial system could not require more of the employer, given that she was only an individual, that she had tried both to avoid dismissing the applicant and to help him, and that the atmosphere in the company was particularly hostile towards him.

55. The Government submitted that the applicant had not been treated unfavourably on account of his health either by the Court of Cassation or his employer. The latter had not compared the applicant’s state of health with that of her other employees; she had taken the decision to dismiss

him not because he was HIV-positive but in order to restore peace in the company.

56. The Government argued that neither Article 8, whether taken alone or in conjunction with Article 14, nor even Protocol No. 12 required member States to introduce legislation outlawing the dismissal of HIV-positive employees from a post in the private sector. Provision for such an obligation would lead to an extension of the State's responsibility regarding relations between individuals, whereas according to the Court's relevant case-law the States had a wide margin of appreciation in that area. They referred to the case of *Evans v. the United Kingdom* ([GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007-I).

57. In the Government's submission, States were of course not prevented from passing legislation of that type but this could not be regarded as an obligation arising from Articles 8 and 14 of the Convention. The Greek State had in principle complied with its positive obligations regarding employment law, including in the areas in which questions could arise that affected the private life of the persons concerned. It afforded effective protection to HIV-positive employees through well-established provisions of employment law, civil law, civil procedure and provisions governing specific categories of employee (Law no. 2643/1998 on employment protection for disabled persons and Law no. 3304/2005 incorporating Directive 2000/78/EC of the Council of the European Union of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation).

58. The Government observed that, relying on the relevant provisions of civil law and employment law, the applicant had brought an action in the civil courts, which had examined his case according to the special procedure applicable to employment disputes. The fact that the lower courts had found in the applicant's favour showed that the above-mentioned provisions provided a sufficient framework for the protection of HIV-positive employees. The effectiveness of that framework could not be challenged merely because the Court of Cassation had ultimately found in favour of the applicant's employer.

2. *The applicant*

59. Relying on *Sidabras and Džiautas, Obst and Schüth*, all cited above; *Palomo Sánchez and Others v. Spain* ([GC], nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06, ECHR 2011); and *Siliadin v. France* (no. 73316/01, ECHR 2005-VII), the applicant claimed that the fact that his complaint related to the circumstances of his dismissal did not render Article 8 of the Convention or the principle of positive obligations inapplicable *per se*. The factual circumstances showed that the attitude of his

colleagues and of his employer had had an impact on his private life which could not be regarded as negligible. He had been the subject of immediate, direct and effective stigmatisation on the part of his colleagues and had been treated like a pariah who should no longer be entitled to work. Furthermore, his employer could, and should, have adopted a different attitude towards him and in particular insisted that his HIV status was not a ground for dismissal, rather than turning it into a subject for negotiation with her other employees. The applicant submitted that he had expressed his desire to keep his job despite the hostile reactions and social stigmatisation he had suffered. Employment was an important component of a person's self-respect, which was essential to his or her ability to form social and private relations.

60. The applicant also referred to a number of international instruments such as ILO Recommendation no. 200 and PACE Resolution 1536 (2007), (see paragraphs 32 and 34 above) which, in his submission, defined stigmatisation in the world of work and called for the protection of persons infected with the virus against any form of discrimination.

61. The applicant submitted that the Court of Cassation had "had an obligation", in the circumstances of the case, to rule the dismissal unfair on the ground of discrimination. He considered that he had been treated less favourably than his colleagues on account of his health. If he had not contracted the virus, his colleagues would not have refused to work with him and his employer would not have dismissed him. If it were a well-established principle in Greece that an HIV-positive employee could not be dismissed, employees who harboured prejudice would know that they could not obtain a dismissal, would not disrupt the operation of the company, and would refrain from interfering in the professional and private life of the employee in question. In the present case the motives of the employees were inseparable from those of the employer and it could not be claimed that the dismissal was not discriminatory on the pretext that the employer's motives, taken alone, constituted valid grounds for dismissal.

62. The applicant maintained that if it were not recognised as unlawful to dismiss a member of a vulnerable group on the ground that his or her colleagues refused to work with him or her because of prejudice, this would lead to wide-scale discrimination and exclusion: persons prejudiced against others of a particular race, ethnic background or sexual orientation could simply refuse to work with them and their employers would accordingly dismiss them. If the courts did not intervene, the prejudices of third parties would have the effect of debarring members of a vulnerable group from the majority of private-sector jobs and establishing a form of segregation between companies which employed persons from that group and those which did not.

63. The applicant submitted that, in the present case, the Court of Cassation had not weighed the need to protect HIV-positive employees from discrimination against the need for employers to protect their interests. Moreover, the Court of Cassation's judgment was particularly succinct and had not really examined the question of the proportionality of the interference.

64. The applicant submitted that there were a number of factors in the present case which would justify finding – as, moreover, the Court had done in *Kiyutin* (cited above, § 63) – that the State had a narrower margin of appreciation. Those factors were: undeniable prejudice on the part of his colleagues towards HIV-positive individuals; the fact that the latter were part of a particularly vulnerable group, were victims of systematic discriminatory treatment and suffered from stigmatisation, social exclusion and marginalisation; and the fact that HIV-positive status was irreversible and often perceived as a sign of the sexual preferences of the person concerned. Where an HIV-positive employee was dismissed, the resulting stigmatisation was devastating. He or she had to face up not only to the illness but also to the detrimental effect of being dismissed on account of the disease. Such stigmatisation could make it impossible to find a new job.

65. In support of his submissions, the applicant also relied on a number of judgments of the Supreme Courts of many countries which had ruled in favour of HIV-positive employees in the workplace, and particularly *Hoffmann v. South African Airways* of the South African Constitutional Court (see paragraphs 36-38 above) which held that prejudice against that category of persons did not constitute a legitimate professional interest.

66. Relying on *Bah v. the United Kingdom* (no. 56328/07, ECHR 2011), the applicant submitted that States had to advance very weighty arguments to justify a difference in treatment based on medical conditions, such as HIV status. As the Court had stated in that judgment, a difference in treatment based on an immutable personal characteristic had to be explained in more detail than a difference in treatment based on a characteristic subject to an element of choice. In the applicant's submission, HIV status was a condition which, once acquired, was unlikely to disappear.

B. The Court's assessment

1. Applicability of Article 8 taken in conjunction with Article 14

67. Regarding whether the facts of the case fall within the scope of Article 8, the Court reiterates that the notion of "private life" is a broad concept, not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical

and moral integrity of the person and sometimes encompasses aspects of an individual's physical and social identity, including the right to establish and develop relationships with other human beings, the right to "personal development" or the right to self-determination as such (see *Schüth*, cited above, § 53).

68. As in *Schüth*, the applicant in the present case did not complain of a direct intervention by the national authorities resulting in his dismissal, but of a failure on their part to protect his private sphere against interference by his employer, which could engage the State's responsibility (see, *mutatis mutandis*, *Palomo Sánchez and Others*, cited above, § 60).

69. The Court has already had the opportunity to rule, under Article 8, on cases of dismissal of employees on account of their private activities (see *Obst* and *Schüth*, cited above). Likewise, in a different context, the Court has decided that Article 8 applied in a situation where the authorities refused to grant a residence permit because the applicant was HIV-positive (see *Kiyutin*, cited above) or where the persons concerned were prohibited from working in the private sector on account of their previous employment (see *Sidabras and Džiautas*, cited above).

70. It is therefore now established that both employment matters and situations involving HIV-infected persons fall within the scope of private life. The Court cannot but conclude thus, since the HIV epidemic cannot be considered only as a medical problem given that its effects are felt in every sphere of private life.

71. Turning to the facts of the present case, the Court notes that there is a particularity which distinguishes it from all the above-mentioned cases: the dismissal from work of an HIV-positive employee. There is no doubt that while the stated ground for dismissing the applicant was to preserve a good working environment in the company, the triggering event was the announcement that he was HIV-positive. It was that event which prompted his colleagues to express their refusal to work with him, despite reassurances from the occupational-health doctor invited by the employer to explain the mode of transmission of the disease. It was that event which prompted the employer to attempt to persuade him to leave the company and the employees to openly threaten to disrupt the operation of the company as long as the applicant continued to work there.

72. It is clear that the applicant's dismissal resulted in the stigmatisation of a person who, even if they were HIV-positive, had not shown any symptoms of the disease. That measure was bound to have serious repercussions for his personality rights, the respect owed to him and, ultimately, his private life. To that must be added the uncertainty surrounding his search for a new job, since the prospect of finding one could reasonably have appeared remote

having regard to his previous experience. The fact that the applicant did find a new job after being dismissed does not suffice to erase the detrimental effect of his dismissal on his ability to lead a normal personal life.

73. Lastly, the Court reiterates that in *Kiyutin*, cited above (§ 57), it held that a person's health status, including such conditions as HIV infection, should be covered – either as a form of disability or in the same way as a disability – by the term “other status” in the text of Article 14 of the Convention.

74. It follows that Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 is applicable to the facts of the present case.

2. Compliance with Article 14 taken in conjunction with Article 8

(a) Whether the applicant was in an analogous situation to that of other employees of the company

75. According to the Court's established case-law, discrimination means treating differently, without an objective and reasonable justification, persons in analogous, or relevantly similar, situations (see *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, § 175, ECHR 2007-IV, and *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, § 60, ECHR 2008).

76. As an employee of the company, the applicant could legitimately hope to continue working there as long as he did not commit an act capable of justifying his dismissal under domestic employment law. However, he was dismissed shortly after it was revealed that he had tested positive for HIV.

77. The Court considers that the applicant's situation should be compared to that of the other employees in the company because this is relevant to an assessment of his complaint based on a difference in treatment. It is clear that the applicant was treated less favourably than any of his colleagues and that this was solely because he was HIV-positive. The Court notes that the employer's concern was admittedly to restore peace in the company, but that that concern was rooted in the situation created by the attitude of the applicant's colleagues towards his HIV status.

(b) Whether the difference in treatment in question was objectively and reasonably justified

78. Once an applicant has shown that there has been a difference in treatment, it is incumbent on the respondent State to prove that the difference in treatment was justified. Such justification must be objective and reasonable or, in other words, it must pursue a legitimate aim and there must be a reasonable relationship of proportionality between the means

employed and the aim sought to be realised. The Contracting States enjoy a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment. The scope of this margin will vary according to the circumstances, the subject matter and the background (see *Kiyutin*, cited above, § 62).

79. In *Kiyutin*, the Court stated that if a restriction on fundamental rights applied to a particularly vulnerable group in society that had suffered considerable discrimination in the past, the State's margin of appreciation was substantially narrower and it must have very weighty reasons for imposing the restrictions in question (*ibid.*, § 63).

80. HIV-positive persons have to face up to a whole host of problems, not only medical, but also professional, social, personal and psychological, and above all sometimes to deeply rooted prejudices even among the most highly educated people.

81. The Court acknowledged this state of affairs in *Kiyutin*, cited above. It found that ignorance about how the disease spreads had bred prejudices which, in turn, had stigmatised or marginalised those infected with the virus. It added that, consequently, people living with HIV were a vulnerable group and that the State should be afforded only a narrow margin of appreciation in choosing measures that singled out this group for differential treatment on the basis of their HIV status (*ibid.*, § 64).

82. Additionally, the Court observes that a comparative study of the legislation of thirty member States of the Council of Europe on the protection from discrimination in the employment context afforded to HIV-infected persons showed that seven States had enacted specific legislation to that end. However, in the twenty-three other States, which had not passed legislation to that end, HIV-positive persons who suffered differences in treatment in the workplace could rely on the general anti-discrimination provisions of domestic law. The decisions of the domestic courts and other human rights protection bodies in some of those States showed that they granted protection against dismissal to persons living with HIV by subsuming this into other prohibited grounds of discrimination, such as health or disability (see paragraph 39 above).

83. It would therefore appear that even if not all the member States of the Council of Europe have enacted specific legislation in favour of persons living with HIV, there is a clear general tendency towards protecting such persons from any discrimination in the workplace by means of more general statutory provisions applied by the courts when examining cases of dismissal of HIV-positive employees in both the public and private sectors (see paragraphs 40-47 above).

84. Moreover, the Court notes that the provisions governing non-discrimination contained in various international instruments grant protection to HIV-infected persons. In that context the United Nations Committee of Economic, Social and Cultural Rights has recognised HIV-positive status as a prohibited ground of discrimination. Furthermore, a growing number of specific international instruments contain provisions concerning HIV-positive persons, including in particular a prohibition on discrimination in employment, such as ILO Recommendation no. 200 concerning HIV and AIDS and the World of Work (see paragraph 32 above).

85. On the facts of the case the Court observes that the applicant's employer terminated his contract owing to the pressure exerted on her by her employees, who had learnt that the applicant was HIV-positive and feared for their own health. It also notes that the employees of the company had been informed by the occupational-health doctor that their working relations with the applicant did not expose them to any risk of infection.

86. The lower courts weighed the need to protect the smooth operation of the company against the applicant's justified expectation that he would be protected during the difficult period he was experiencing. They found that the scales tipped in favour of the applicant. In particular, the Court of Appeal found that the threat of disruption to the company in the present case, as a result of the overwhelming reaction of the employees, was based on a scientifically unfounded response. It observed that where an employee's illness did not adversely affect working relations or the smooth operation of the company (through absenteeism or a reduction in working capacity, for example), it could not serve as an objective justification for terminating the contract. Moreover, the nature of the applicant's job, which did not demand excessive effort, precluded the risk of a reduction in his capacity for work since, during the many years in which a person was merely HIV-positive, his or her working capacity was not substantially reduced.

87. In the present case the Court of Appeal expressly recognised that the applicant's HIV status did not affect his capacity to do his job and there was no indication that he would be unable to perform his contract properly, which would have justified its immediate termination (see paragraph 19 above). The Court of Appeal also recognised that the company's very existence was not threatened by the pressure exerted by the employees (see paragraph 20 above). Supposed or expressed prejudice on the part of employees could not be relied on as a pretext for terminating the contract of an HIV-positive employee. In such cases the need to protect the employer's interests had to be balanced very carefully against the need to protect the interests of the

employee, who was the weaker party to the contract, particularly where the latter was HIV-positive.

88. However, the Court of Cassation did not weigh up all the competing interests as carefully and thoroughly as the Court of Appeal. On rather cursory grounds, having regard to the importance and unusual nature of the questions raised by the case, it held that the dismissal was entirely justified on the ground of the employer's interests, in the proper sense of the term, because the measure had been imposed in order to restore peace in the company and ensure that it continued to operate smoothly. Although the Court of Cassation did not contest the fact that the applicant's infection did not adversely affect his ability to perform his employment contract, it nonetheless based its decision, justifying the employees' fears, on a manifestly inaccurate premise, namely, that the applicant's illness was "contagious". In doing so, the Court of Cassation ascribed to the smooth operation of the company the same meaning that the employees wished to give it, thus aligning that definition with the employees' subjective perception.

89. The Court does not share the Government's view that a ruling by the Court of Cassation in the applicant's favour would not have solved the problem because the employer would then have had to bear the cost of extended disruption to the company while the applicant would still have been faced with a hostile environment. The stakes involved for the applicant before the Court of Cassation were limited to obtaining compensation – which the Court of Appeal had awarded him – as his initial claim (for reinstatement in the company) had been dismissed both by the Court of First Instance and the Court of Appeal. Moreover, there could be no speculation about what the attitude of the company employees would have been if the Court of Cassation had upheld the decision of the lower courts, still less if legislation or well-established case-law existed in Greece protecting HIV-positive persons in the workplace.

90. In sum, the Court considers that the Court of Cassation did not adequately explain how the employer's interests prevailed over those of the applicant and that it failed to weigh up the rights of the two parties in a manner required by the Convention.

91. It follows that the applicant was discriminated against on the basis of his health, in breach of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8. There has therefore been a violation of those provisions.

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

92. Article 41 of the Convention provides:

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only

partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. Damage

93. The applicant claimed 6,339.18 euros (EUR) in respect of pecuniary damage, which was the amount awarded him by the Court of Appeal. He also claimed statutory interest accrued from the date of the Court of Appeal’s judgment. He claimed a further EUR 20,000 in respect of non-pecuniary damage caused by the stigmatisation and discriminatory dismissal to which he had been subjected.

94. The Government asked the Court to dismiss the claims in respect of pecuniary damage on the ground that they concerned an economic aspect of employment and not the right to respect for private life guaranteed by Article 8. With regard to non-pecuniary damage, the applicant’s allegation that he had been stigmatised and discriminated against was unfounded since, shortly after being dismissed, he had found another job. If the Court were to conclude that there had been a violation of the Convention, that finding would be sufficient just satisfaction.

95. The Court reiterates that it has found a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 on account of the fact that the Court of Cassation failed to weigh up the rights of the two parties in a manner required by the Convention. It observes that the Court of Appeal had determined the amount to be awarded to the applicant in unpaid salaries at EUR 6,339.18, and awards him that sum in respect of pecuniary damage. It also considers that he should be awarded EUR 8,000 in respect of non-pecuniary damage.

B. Costs and expenses

96. The applicant claimed EUR 6,000 in fees for the two lawyers who had represented him before the Court (sixty hours’ work at EUR 100 per hour).

97. The Government asked the Court to dismiss the claim because it had not been submitted together with the necessary supporting documents.

98. According to the Court’s established case-law, costs and expenses will not be awarded under Article 41 unless it is established that they were actually incurred, were necessarily incurred and were also reasonable as to quantum (see *Iatridis v. Greece* (just satisfaction) [GC], no. 31107/96, § 54, ECHR 2000-XI). The Court observes that the applicant did not submit the necessary documents in support of his claim for costs and expenses. Accordingly, the claim is rejected.

C. Default interest

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

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

1. *Holds* that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8;
2. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts:
 - (i) EUR 6,339.18 (six thousand three hundred and thirty-nine euros and eighteen cents), plus any tax that may be chargeable, in respect of pecuniary damage;
 - (ii) EUR 8,000 (eight thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
3. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in French, and notified in writing on 3 October 2013, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Søren Nielsen
Registrar

Isabelle Berro-Lefèvre
President

GUTSANOVI c. BULGARIE
(Requête n° 34529/10)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 15 OCTOBRE 2013¹

1. Texte français original. Extraits.

SOMMAIRE¹**Caractère excessif d'une opération policière menée au domicile d'un homme politique en présence de son épouse et de ses enfants mineurs aux fins de son arrestation**

Lors d'une opération policière visant à l'arrestation d'une personne suspectée d'avoir commis des infractions pénales et au rassemblement de preuves, conduite dans le cadre d'une enquête pénale, le recours à la force doit être proportionné et absolument nécessaire au vu des circonstances de l'espèce. À cette fin, lorsqu'elles planifient et exécutent une telle opération, les autorités doivent prendre en compte les éléments suivants : la personnalité du suspect, notamment la nature des infractions pénales reprochées à celui-ci, ses antécédents violents et le danger qu'il poserait pour les agents de police, ainsi que les intérêts légitimes des membres de sa famille, particulièrement de ses enfants mineurs susceptibles d'être présents sur les lieux de l'arrestation. Un contrôle judiciaire préalable de la nécessité et de la légalité de l'opération pourrait permettre la mise en balance de l'intérêt général de la société et des intérêts légitimes de toutes les personnes concernées. Le caractère excessivement musclé d'une opération policière est susceptible de provoquer de forts sentiments de peur, d'angoisse et d'impuissance, et de constituer une épreuve psychologique qui, de par ses effets néfastes, peut s'analyser en un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention (paragraphe 128-137 de l'arrêt).

Article 3

Traitement dégradant – Caractère excessif d'une opération policière menée au domicile d'un homme politique en présence de son épouse et ses enfants mineurs aux fins de son arrestation – Nécessité et proportionnalité du recours à la force – Défaut de prise en compte de la nature des infractions pénales reprochées au suspect et de l'absence d'antécédents violents de sa part – Défaut de prise en compte des intérêts légitimes des membres de la famille du suspect, notamment de ses enfants mineurs, présents sur les lieux de l'arrestation – Absence de contrôle judiciaire préalable de la nécessité et de la légalité de l'opération policière – Épreuve psychologique ayant généré de forts sentiments de peur, d'angoisse et d'impuissance

*

* *

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

En fait

Les requérants sont M. Gutsanov, un homme politique connu au niveau local, son épouse et leurs deux filles mineures. Les autorités soupçonnaient M. Gutsanov de faits de corruption. Elles ordonnèrent son arrestation et la perquisition de son domicile. Le 31 mars 2010, à 6 h 30 du matin, une équipe spéciale composée de plusieurs policiers armés et masqués se rendit au domicile du requérant. M. Gutsanov n'ayant pas répondu aux ordres le sommant d'ouvrir, les policiers enfoncèrent la porte d'entrée de la maison, pénétrèrent dans les lieux et procédèrent à son arrestation. Son épouse et leurs deux jeunes enfants dormaient au moment de l'irruption des policiers, qui les réveilla.

En droit

Article 3 : l'opération de police visait à une arrestation, à une perquisition et à une saisie et répondait au motif d'intérêt général de la répression des infractions. Même si aucun des quatre membres de la famille n'a été physiquement blessé au cours de l'intervention policière, celle-ci a impliqué un certain recours à la force physique : la porte d'entrée de la maison a été forcée par une équipe d'intervention spéciale, M. Gutsanov a été immobilisé par des agents cagoulés et armés, amené de force à l'étage inférieur de sa maison et menotté. M. Gutsanov était un homme politique connu qui occupait le poste de président du conseil municipal de Varna. Il n'existait aucun élément permettant de conclure qu'il avait des antécédents violents et qu'il aurait pu représenter un danger pour les policiers. La présence de l'arme au domicile des requérants ne saurait à elle seule suffire à justifier l'utilisation d'une équipe d'intervention spéciale ni un tel recours à la force. La présence éventuelle des membres de la famille d'un suspect sur les lieux de l'arrestation est une circonstance qui doit être prise en compte dans la planification et l'exécution de ce type d'opérations. L'absence d'un contrôle judiciaire préalable sur la nécessité et la légalité de la perquisition en cause a laissé à la seule discrétion des autorités policières et des organes de l'enquête pénale la planification de l'opération et n'a pas permis la prise en compte des droits et intérêts légitimes de M^{me} Gutsanova et de ses deux filles mineures. Les forces de l'ordre n'ont pas envisagé d'autres modalités pour leur opération au domicile des requérants, comme par exemple retarder l'heure d'intervention, voire procéder au redéploiement des différents types d'agents impliqués dans l'opération. La prise en compte des intérêts légitimes des trois requérantes était d'autant plus nécessaire que M^{me} Gutsanova n'était pas suspectée d'être impliquée dans les infractions pénales reprochées à son mari et que ses deux filles étaient psychologiquement vulnérables en raison de leur jeune âge – cinq et sept ans respectivement. Il apparaît que M^{me} Gutsanova et ses deux filles ont été très fortement affectées par ces événements.

L'heure matinale de l'intervention policière et la participation d'agents spéciaux cagoulés ont contribué à amplifier les sentiments de peur et d'angoisse éprouvés par ces trois requérantes à tel point que le traitement infligé a dépassé le seuil de gravité exigé pour l'application de l'article 3. Elles ont donc été soumises à un

traitement dégradant. L'opération policière a été planifiée et exécutée sans prendre en compte plusieurs circonstances telles que la nature des infractions pénales reprochées à M. Gutsanov, l'absence d'antécédents violents de sa part et la présence éventuelle de ses filles et de son épouse dans la maison familiale. Tous ces éléments indiquent clairement que les moyens employés pour l'arrestation de M. Gutsanov à son domicile étaient excessifs. La manière dont s'est déroulée son arrestation a provoqué de forts sentiments de peur, d'angoisse et d'impuissance chez l'intéressé, susceptibles de l'humilier et de l'avilir à ses propres yeux et aux yeux de ses proches. Celui-ci a donc été lui aussi soumis à un traitement dégradant.

Conclusion: violation (unanimité).

Jurisprudence citée par la Cour

Akdivar et autres c. Turquie, 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV
Altay c. Turquie, n° 22279/93, 22 mai 2001
Assenov et autres c. Bulgarie, 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII
Edwards c. Royaume-Uni (déc.), n° 46477/99, 7 juin 2001
Gongadze c. Ukraine, n° 34056/02, CEDH 2005-XI
Hristovi c. Bulgarie, n° 42697/05, 11 octobre 2011
İlhan c. Turquie [GC], n° 22277/93, CEDH 2000-VII
Iliya Stefanov c. Bulgarie, n° 65755/01, 22 mai 2008
Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978, série A n° 25
Kemerov c. Bulgarie (déc.), n° 44041/98, 2 septembre 2004
Klaas c. Allemagne, 22 septembre 1993, série A n° 269
Labita c. Italie [GC], n° 26772/95, CEDH 2000-IV
Milan c. France, n° 7549/03, 24 janvier 2008
Miroslaw Garlicki c. Pologne, n° 36921/07, 14 juin 2011
Osman et Osman c. Bulgarie (déc.), n° 43233/98, 6 mai 2004
Rachwalski et Ferenc c. Pologne, n° 47709/99, 28 juillet 2009
Raninen c. Finlande, 16 décembre 1997, *Recueil* 1997-VIII
Rehbock c. Slovénie, n° 29462/95, CEDH 2000-XII
Salman c. Turquie [GC], n° 21986/93, CEDH 2000-VII
Sashov et autres c. Bulgarie, n° 14383/03, 7 janvier 2010

En l'affaire Gutsanovi c. Bulgarie,

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 Françoise Elens-Passos, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 24 septembre 2013,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 34529/10) dirigée contre la République de Bulgarie et dont quatre ressortissants de cet État, M. Borislav Gutsanov Gutsanov, M^{me} Monika Vladimirova Gutsanova et M^{lles} S. et B. Gutsanovi (« les requérants »), ont saisi la Cour le 21 mai 2010 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants ont été représentés par M^e S. Bachvarova-Zhelyazkova, avocate à Varna, et par M^e M. Ekimdzhiev, avocat à Plovdiv exerçant au sein du cabinet Ekimdzhiev, Boncheva et Chernicherska. Le gouvernement bulgare (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M^{me} N. Nikolova, remplacée par la suite par M^{me} M. Kotseva et M. V. Obretenov, du ministère de la Justice.

3. Les requérants alléguaient en particulier que l'intervention des forces de l'ordre à leur domicile, le 31 mars 2010 au petit matin, leur avait causé un traumatisme psychologique qui s'analyse en un traitement dégradant. (...)

4. Le 4 avril 2011, la requête a été communiquée au Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 1 de la Convention, il a en outre été décidé que la chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et le fond de l'affaire.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

5. Les requérants sont nés respectivement en 1967, 1972, 2002 et 2004 et résident à Varna. Les deux premiers requérants sont époux. La troisième et la quatrième requérantes sont les filles mineures du couple.

A. Le contexte général de l'affaire

6. Le premier requérant, M. Gutsanov, est député à l'Assemblée nationale élu sur la liste du Parti socialiste, membre du bureau exécutif central du Parti socialiste et vice-président de la section régionale du même parti. À l'époque des faits, il était président du conseil municipal de Varna élu sur la liste de son parti.

7. Entre décembre 2009 et avril 2010, le ministère bulgare de l'Intérieur effectua sur le territoire du pays plusieurs opérations policières qui visaient au démantèlement de différents groupes criminels. Au cours de ces opérations, la police procéda à l'arrestation de plusieurs individus, y compris d'hommes et de femmes politiques, ce qui fut largement couvert par les médias et suscita l'intérêt du grand public. Plusieurs hommes politiques, y compris le premier ministre et le ministre de l'Intérieur, ainsi que différents procureurs et commissaires de police, furent régulièrement sollicités par les médias pour commenter ces arrestations et les poursuites pénales qui s'ensuivirent.

8. La Cour a été saisie d'une série de requêtes faisant suite à ces événements (*Maslarova c. Bulgarie*, n° 26966/10; *Petrov (II) c. Bulgarie*, n° 30336/10; *Kostadinov c. Bulgarie*, n° 37124/10; *Tsonev c. Bulgarie*, n° 44885/10; *Petrov et Ivanova c. Bulgarie*, n° 45773/10; *Stoyanov et autres c. Bulgarie*, n° 55388/10).

B. L'intervention de la police au domicile des requérants

9. Le 30 octobre 2009, le parquet de la ville de Sofia ouvrit des poursuites pénales contre X pour abus de pouvoir de fonctionnaire et détournement de fonds publics ayant entraîné un préjudice important pour la société municipale des transports en commun à Varna. Les faits en cause avaient eu lieu entre 2003 et 2007. Le 8 février 2010, le procureur général ordonna le transfert du dossier de l'enquête pénale en cause au parquet régional de Varna. L'instruction devait être menée par la police de Varna sous la direction et la surveillance du parquet régional de la même ville.

10. Dans le cadre de cette enquête pénale, le 31 mars 2010, vers 6 h 30, une équipe d'agents de police pénétra dans la maison familiale des requérants

et procéda à l'arrestation de M. Gutsanov et à la perquisition des lieux. Les faits entourant cette opération policière sont contestés par les parties.

1. La version des requérants

11. Le 31 mars 2010 au petit matin, M. et M^{me} Gutsanovi dormaient dans leur chambre au deuxième étage de leur maison à Varna. Leurs deux filles dormaient dans leur chambre respective à l'étage inférieur. La maison familiale était dotée d'un système de vidéosurveillance et un gardien de nuit, dénommé D.P., était posté à l'entrée de la propriété.

12. Vers 6 h 30, D.P. aurait aperçu sur l'écran de vidéosurveillance deux ou trois véhicules de police qui seraient passés en silence, les feux éteints, devant le portail du jardin de la maison et se seraient arrêtés un peu plus loin.

13. Peu après, un groupe de policiers serait apparu devant l'entrée de la propriété et les agents auraient commencé à frapper bruyamment au portail et à exiger son ouverture immédiate. D.P. serait descendu de son poste de garde et aurait ouvert le portail. Il aurait alors aperçu deux policiers en tenue civile, quatre ou cinq autres agents en uniforme et un groupe de quatre ou cinq agents cagoulés du commando spécialisé du ministère de l'Intérieur. D.P. aurait été immobilisé et menotté par les policiers et on lui aurait demandé si les propriétaires de la maison étaient là. Il aurait répondu par l'affirmative et fait remarquer aux policiers qu'il y avait deux jeunes enfants dans la maison. On lui aurait demandé d'ouvrir la porte d'entrée de la maison, mais il aurait expliqué qu'il n'en avait pas les clés.

14. Le groupe de policiers se serait précipité vers la porte de la maison en criant « Police! Ouvrez!» Certains des agents se seraient mis à ouvrir la porte à l'aide de différents instruments d'effraction (bélier, levier, pied de biche). D'après le témoignage de D.P., les policiers seraient parvenus à ouvrir la porte au bout de cinq à dix minutes et auraient pénétré dans la cage d'escalier de la maison.

15. M. et M^{me} Gutsanovi affirment qu'ils furent brusquement réveillés par le bruit de coups portés à la porte et par des cris. Ils se seraient précipités à l'étage inférieur et auraient emmené leurs filles dans leur chambre à coucher au deuxième étage de la maison.

16. M. Gutsanov affirme qu'il sortit ensuite de la chambre avec l'intention de voir et comprendre ce qui se passait réellement. À ce moment-là, il aurait entendu le bruit de plusieurs personnes qui montaient l'escalier et criaient « Montrez-vous » et « Nous sommes des policiers ». Il serait immédiatement retourné dans la chambre au deuxième étage où se trouvaient ses filles et son épouse. Peu après, les policiers cagoulés et armés auraient pénétré dans la chambre à coucher des parents et braqué leurs armes, munies de lampes torches, sur M. Gutsanov, son épouse et leurs deux filles en criant « Police!

Ne bougez pas!» M. Gutsanov aurait été plaqué contre le mur, puis emmené à l'étage inférieur, agenouillé et menotté.

17. D'après les déclarations de M. et M^{me} Gutsanovi, leurs deux filles, qui se trouvaient sur le lit de leurs parents, criaient et pleuraient de peur. Les policiers auraient ordonné à M^{me} Gutsanova de mettre la tête sous une couette, ce qu'elle aurait fait.

18. Peu après, M. Gutsanov aurait été autorisé à monter au deuxième étage et à s'habiller.

19. À 7 h 30, le chauffeur de la famille et la nourrice des enfants seraient arrivés sur place et auraient emmené les deux filles à l'école. Après l'école, S. et B. seraient restées chez leur tante et elles y auraient passé la nuit.

20. À l'appui de leur version des faits, les requérants ont présenté une déclaration manuscrite non datée, émanant de M. Gutsanov, une déclaration signée par M^{me} Gutsanova, datée du 7 avril 2010, une déclaration manuscrite datée du 8 avril 2010 et signée par le gardien de nuit D.P., ainsi qu'une déclaration manuscrite, datée d'avril 2010 et portant la signature du chauffeur privé de la famille. Ils ont également présenté un bulletin du service météorologique de Varna attestant que, ce jour-là, le soleil s'était levé à 6 h 52 et que le crépuscule avait duré 31 minutes. Ils ont également produit une copie de l'interview donnée par M^{me} Gutsanova à l'hebdomadaire *Galeria* et publiée par celui-ci le 8 avril 2010.

21. Les requérants ont également présenté l'enregistrement vidéo de l'émission télévisée «Afera», diffusée le 11 avril 2010 sur la chaîne de télévision privée Skat. Dans cette émission était notamment diffusée une interview avec M^{me} Gutsanova, ainsi que quelques séquences vidéo filmées par les caméras de vidéosurveillance de la propriété des requérants le matin du 31 mars 2010. La première séquence montre le passage de deux véhicules légers et d'un fourgon de police devant la propriété des requérants. Sur la deuxième séquence, on aperçoit un policier en uniforme qui frappe au portail métallique de la maison et le portail qui s'ouvre. La troisième séquence montre deux agents spéciaux, vêtus de noir et armés de mitraillettes munies de lampes torches, inspectant une partie du jardin, ainsi qu'un homme, en tenue civile, qui apparaît à la porte. Celui-ci rentre à l'intérieur de la maison suivi par les deux agents spéciaux. La quatrième séquence montre deux agents spéciaux qui se précipitent vers la maison, laissant derrière eux un policier en uniforme et un homme en tenue civile. Les deux derniers hommes semblent lever leurs têtes vers le haut de la maison. Une autre séquence, filmée par une caméra de reportage, montre l'état de la porte vitrée de la maison après l'effraction des policiers : les vitres sont intactes, la poignée, la serrure et la gâche sont arrachées.

2. *La version du Gouvernement*

22. Le 30 mars 2010, le chef régional du service de lutte contre le crime organisé de Varna et le parquet régional de la même ville auraient approuvé un plan d'intervention dans le cadre de la procédure pénale contre X concernant le détournement de fonds publics appartenant à la compagnie municipale des transports en commun à Varna (paragraphe 9 ci-dessus). Le plan aurait prévu l'arrestation de cinq personnes suspectées d'avoir commis les faits en cause, dont M. Gutsanov, et la perquisition des domiciles et des bureaux des suspects. Les interventions auraient été prévues pour le lendemain matin, c'est-à-dire le 31 mars 2010, et censées être effectuées simultanément par cinq équipes composées d'agents enquêteurs, d'agents en uniforme et d'agents spéciaux armés et camouflés.

23. L'équipe qui devait intervenir au domicile des requérants aurait reçu les instructions de ses supérieurs à 5 h 30, le jour même de l'opération policière. Les agents auraient été avertis que M. Gutsanov détenait légalement un pistolet de marque «Glock», modèle 17 C, et qu'il gardait l'arme à son domicile.

24. À 6 h 30, le 31 mars 2010, l'équipe d'intervention, avec en son sein des agents en tenue civile, deux agents en uniforme et quatre agents spéciaux, vêtus de noir et portant des gilets pare-balle avec l'inscription «police», se serait rendue au domicile des requérants. Les agents auraient frappé à la porte métallique de la propriété. Celle-ci aurait été ouverte par un homme qui se serait présenté comme le gardien de la propriété. Il aurait expliqué qu'il n'avait pas les clés de la porte d'entrée de la maison et que les seules personnes qui s'y trouvaient étaient M. Gutsanov, son épouse et leurs deux enfants. Sur ce, deux agents spéciaux auraient contourné la maison afin de sécuriser les autres issues éventuelles et les deux autres agents spéciaux se seraient précipités vers la porte d'entrée de la maison et se seraient mis à frapper à celle-ci et à crier «Police! Ouvrez!» Les agents en uniforme seraient restés dans le jardin devant la porte d'entrée.

25. Au bout de cinq minutes, les policiers auraient aperçu à travers les vitres panoramiques de la maison la silhouette d'un homme. Les policiers auraient crié «Police! Descendez! Ouvrez la porte!» M. Gutsanov se serait montré à deux reprises par une fenêtre, mais ne serait pas descendu. Les agents spéciaux auraient forcé la porte d'entrée et pénétré dans la maison. L'un des agents aurait aperçu M. Gutsanov dans la cage d'escalier et crié dans sa direction «Police! Approche lentement! Montre tes mains!» Le requérant aurait refusé d'obtempérer et se serait précipité vers l'étage supérieur. Les agents l'auraient suivi en criant «Police! Arrête!» Le requérant serait passé par une porte au deuxième étage et, en s'approchant de celle-ci, les agents

auraient vu qu'il était entré dans une chambre à coucher où se trouvaient son épouse et ses deux filles. À ce moment-là, le requérant serait sorti de la pièce et aurait été menotté. Il leur aurait demandé la permission de se rhabiller et il aurait été conduit par l'un des agents cagoulés dans la même chambre.

26. À aucun moment de l'opération, les policiers n'auraient adressé la parole à M^{me} Gutsanova ou à ses deux filles. L'agent entré dans la chambre à coucher n'aurait porté aucune arme à feu mais uniquement un pistolet à impulsion électrique de marque «Taser». L'agent serait resté dans la pièce le temps nécessaire pour M. Gutsanov de trouver des vêtements et ils auraient quitté la chambre ensemble. Le requérant aurait été remis aux autres agents de police et les agents spéciaux auraient quitté les lieux immédiatement après.

27. Le Gouvernement a présenté à l'appui de sa version des faits les documents suivants : le plan d'action pour l'opération en cause, un rapport de la direction régionale du ministère de l'Intérieur, trois rapports d'agents du ministère qui avaient participé à l'opération, dont le commandant de l'équipe d'intervention spécialisée, le procès-verbal de perquisition approuvé par un juge et deux ordonnances du parquet régional de Varna datées du 7 avril 2010. Le Gouvernement a présenté des photos publiées dans la presse écrite de la maison des requérants montrant notamment que celle-ci avait une façade vitrée donnant sur le jardin.

C. L'état psychologique des requérants après l'intervention de la police à leur domicile

28. M^{me} Gutsanova affirme que sa fille cadette, B., bégayait, qu'elle avait été suivie par un orthophoniste pendant un an et que, à la suite des événements du 31 mars 2010, elle a recommencé à bégayer.

29. D'après la déclaration de l'institutrice de S., la fille aînée du couple, celle-ci était visiblement stressée et inhabituellement silencieuse le 31 mars 2010. La sœur de M. Gutsanov, qui accueillit sa nièce l'après-midi du même jour, observa que l'enfant était anxieuse. Ce jour-là, la fille aurait quelquefois parlé de ce qui s'était passé dans leur maison. Depuis lors, elle aurait peur des policiers chaque fois qu'elle les aperçoit.

30. Le 12 avril 2010, les deux filles de M. et M^{me} Gutsanovi furent examinées par un psychiatre qui constata que le souvenir des événements du 31 mars 2010 provoquait chez les deux enfants des réactions d'anxiété se manifestant par une angoisse chez la fille aînée et par des accès de pleurs chez la fille cadette du couple. Le psychiatre ne constata pas d'autres complications psychologiques chez les enfants.

31. À la suite des événements du 31 mars 2010, M^{me} Gutsanova consulta un psychiatre à deux reprises. Elle se plaignait, entre autres, d'insomnie et d'anxiété et elle se vit prescrire des anxiolytiques.

(...)

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

(...)

D. La responsabilité de l'État pour dommages

67. L'article 1, alinéa 1, de la loi sur la responsabilité de l'État et des municipalités permet aux particuliers d'obtenir un dédommagement du préjudice causé par les actes, actions ou inactions illégaux des organes ou agents étatiques ou municipaux dans l'exercice de leurs fonctions administratives. Selon la jurisprudence constante de la Cour suprême de cassation bulgare, les actes des organes de l'enquête pénale et des procureurs accomplis dans le cadre d'une procédure pénale ne relèvent pas du domaine de la fonction administrative et sont ainsi exclus du champ d'application de cette disposition de la loi (*Решение № 615 от 10 юли 2001 г. на ВКС по гр. д. № 1814/2000 г.*; *Тълкувателно решение № 3 от 22 април 2004 г. на ВКС по тълк. д. № 3/2004 г., ОСГК*). L'article 2 de la même loi, dans sa rédaction en vigueur à l'époque des faits, prévoyait l'engagement de la responsabilité des organes de l'enquête pénale, du parquet et des tribunaux dans les hypothèses suivantes: détention provisoire illégale; accusation ou condamnation suivis de l'abandon des poursuites pénales ou d'un acquittement; internement médical ou autres mesures coercitives imposées par un tribunal suivis de l'annulation de cette décision pour illégalité; exécution d'une peine en dépassement du délai ou du montant initialement déterminés (voir également les arrêts *Iliya Stefanov c. Bulgarie*, n° 65755/01, §§ 28 et 29, 22 mai 2008, *Kandjov c. Bulgarie*, n° 68294/01, §§ 35-39, 6 novembre 2008, et *Botchev c. Bulgarie*, n° 73481/01, §§ 37-39, 13 novembre 2008).

(...)

EN DROIT

(...)

I. SUR LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DE L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION

77. Les requérants soutiennent que l'intervention de la police à leur domicile les a soumis à des traitements incompatibles avec l'article 3 de la Convention, ainsi libellé :

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

78. Les requérants se plaignent notamment du fait que la façon dont l'intervention policière en question a été exécutée, avant le lever du soleil, par des policiers cagoulés et lourdement armés qui sont entrés par effraction et ont braqué leurs armes sur eux et menotté M. Gutsanov en l'agenouillant, les a soumis à une rude épreuve psychologique qui s'analyse en un traitement dégradant.

79. Dans leurs observations écrites du 6 janvier 2012, les requérants se plaignent de l'absence d'une enquête pénale sur les mauvais traitements qu'ils disent avoir subis lors de l'intervention policière du 31 mars 2010.

A. Sur la recevabilité

1. *Grief concernant l'intervention policière du 31 mars 2010*

a) Les observations du Gouvernement

80. Le Gouvernement considère que ce grief doit être rejeté pour non-épuisement des voies de recours internes, pour non-respect du délai de six mois, comme étant prématuré et pour absence de qualité de victime des requérants.

81. Il observe, en premier lieu, que l'enquête pénale ouverte contre M. Gutsanov est encore pendante et en conclut que le grief tiré de l'article 3 est prématuré.

82. Selon le Gouvernement, les requérants n'ont pas soulevé devant les autorités compétentes leur grief tiré des traitements dégradants allégués. Ils n'auraient non plus intenté une action en dommages et intérêts en vertu de l'article 2 de la loi sur la responsabilité de l'État et des municipalités. Ainsi, ils auraient omis d'épuiser les voies de recours normalement disponibles et effectives en droit interne.

83. Le Gouvernement observe ensuite que, par une ordonnance du 7 avril 2010, le parquet régional de Varna a refusé d'ouvrir des poursuites pénales contre les agents de police qui avaient pénétré dans le domicile des requérants. Le parquet aurait notamment constaté que l'action des policiers n'était constitutive d'aucune infraction pénale. Le Gouvernement soutient

également que cette action ne visait en aucun cas à atteindre les requérants dans leur dignité ni à leur causer un quelconque préjudice moral et que, de ce fait, elle ne s'analyse pas en un traitement incompatible avec l'article 3 de la Convention. Les requérants ne sauraient dès lors, selon lui, se prétendre victimes d'une violation de leurs droits garantis par cet article.

b) Les observations de la partie requérante

84. Les requérants ne contestent pas qu'ils n'ont pas porté plainte pénale contre les policiers qui avaient pénétré dans leur domicile le 31 mars 2010. Ils plaident toutefois qu'un tel recours serait manifestement inefficace notamment pour deux raisons. Premièrement, aucune disposition du droit pénal bulgare ne réprimerait en tant qu'infraction pénale le fait d'infliger à autrui un traitement dégradant résultant de pressions psychologiques. Deuxièmement, comme la Cour l'aurait constaté dans une série d'affaires concernant l'intervention d'agents spéciaux de la police nationale, le refus systématique des autorités de révéler l'identité de ces agents aurait pour résultat de rendre inefficace toute enquête pénale diligentée à l'encontre de ceux-ci.

85. L'ordonnance de non-lieu rendue par le parquet régional dans le cas d'espèce ne ferait que confirmer l'ineffectivité d'une plainte pénale. Le procureur aurait pris la décision de ne pas ouvrir de poursuites pénales à l'encontre des policiers peu après l'ouverture du dossier, sur la seule base de deux rapports émanant des agents de police et sans avoir entendu aucun autre témoin ni rassemblé d'autres preuves. Les requérants n'auraient pas été informés de cette ordonnance et auraient été privés de toute possibilité d'être associés à l'enquête.

86. Pour ce qui est d'une éventuelle action en dommages et intérêts sous l'angle de la loi sur la responsabilité de l'État et des municipalités, les requérants estiment qu'elle n'est pas davantage assimilable à un recours interne effectif dans leur cas. En vertu de la jurisprudence constante des juridictions internes, l'article 1 de ladite loi, qui permettrait d'engager la responsabilité de l'État du fait des dommages causés par l'action administrative, ne s'appliquerait pas aux actes des agents de police accomplis dans l'exécution de mesures d'instruction prises au cours d'une procédure pénale, car ils relèveraient alors du processus juridictionnel et non de l'exercice de fonctions administratives. Par ailleurs, dans un arrêt interprétatif obligatoire, rendu en 2005, la Cour suprême de cassation aurait précisé que lorsque les organes administratifs, tels que la police, exécutent des mesures ordonnées par les organes du pouvoir judiciaire, une action en responsabilité de l'État ne peut être engagée que contre ces derniers et sur la base de l'article 2 de la loi sur la responsabilité de l'État et des municipalités. Or cette disposition ne

permettrait un dédommagement que dans un nombre limité de cas et le seul qui pourrait éventuellement être retenu en l'espèce serait l'acquiescement de M. Gutsanov, voire l'abandon ultérieur des poursuites pénales dirigées contre lui. Cependant, il serait difficile pour les requérants de prouver leurs allégations étant donné que tous les témoins des événements sont les agents de police qui ont participé à l'opération du 31 mars 2010.

c) **Appréciation de la Cour**

87. La Cour observe d'emblée que le Gouvernement a soulevé plusieurs exceptions d'irrecevabilité du grief tiré de l'article 3 de la Convention. Compte tenu des arguments exposés par les parties, elle considère que les questions relatives au respect du délai de six mois et au caractère prétendument prématuré de la requête sont étroitement liées à l'exception de non-épuisement soulevée par le Gouvernement. Elle estime dès lors opportun de déterminer en premier lieu si la règle de l'épuisement des voies de recours interne a été respectée dans le cas d'espèce.

i. Sur l'exception de non-épuisement des voies de recours internes

88. La Cour rappelle que la règle énoncée à l'article 35 § 1 de la Convention impose aux requérants l'obligation d'utiliser d'abord les recours normalement disponibles et suffisants dans l'ordre juridique interne de leur pays pour leur permettre d'obtenir réparation des violations qu'ils allèguent. Lesdits recours doivent exister à un degré suffisant de certitude, en pratique comme en théorie, sans quoi leur manquent l'effectivité et l'accessibilité voulues (voir, parmi beaucoup d'autres, *Salman c. Turquie* [GC], n° 21986/93, § 81, CEDH 2000-VII, et *İlhan c. Turquie* [GC], n° 22277/93, § 58, CEDH 2000-VII).

89. Il incombe au Gouvernement excipant du non-épuisement de convaincre la Cour que le recours qu'il suggère était effectif et disponible tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits. Une fois cela démontré, c'est au requérant qu'il revient d'établir que le recours évoqué par le Gouvernement a bien été employé ou que, pour une raison quelconque, il n'était ni adéquat ni effectif compte tenu des faits de la cause ou encore que certaines circonstances particulières le dispensaient de l'obligation de l'exercer (*Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, § 68, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV).

90. D'après la jurisprudence constante de la Cour, la voie de recours normalement disponible en droit bulgare pour remédier aux traitements inhumains et dégradants qui auraient été causés par des agents de police est la plainte adressée aux organes de poursuites pénales (voir, parmi beaucoup d'autres, *Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, § 86,

Recueil 1998-VIII, *Osman et Osman c. Bulgarie* (déc.), n° 43233/98, 6 mai 2004, et *Kemerov c. Bulgarie* (déc.), n° 44041/98, 2 septembre 2004). Les requérants dans la présente affaire n'ont pas saisi le parquet d'une telle plainte à l'encontre des policiers qui avaient pénétré à leur domicile le matin du 31 mars 2010. Ils soutiennent sur ce point qu'une plainte auprès du parquet n'aurait pu être considérée comme une voie de recours effective dans leur cas vu la nature des mauvais traitements infligés et les lacunes du droit pénal interne (voir paragraphe 84 ci-dessus).

91. La Cour rappelle que dans son arrêt *Hristovi c. Bulgarie* (n° 42697/05, § 95, 11 octobre 2011), elle a noté avec préoccupation la manière dont le droit pénal bulgare traite les faits générateurs de souffrances psychologiques. En particulier, elle a constaté que, hormis le cas très particulier des menaces de mort, le code pénal bulgare n'érige pas en infractions pénales les agissements des agents de police causant des souffrances de ce type, survenus par exemple dans le cadre d'opérations d'arrestation, de perquisition et de saisie conduites d'une manière agressive. Ainsi, dès lors qu'il n'est pas allégué que le plaignant a subi une agression physique entre les mains des agents de police, les autorités ne sont pas tenues d'ouvrir des poursuites pénales concernant les actes dénoncés. La Cour a constaté que cette lacune dans le droit interne permet aux personnes ayant causé des traumatismes psychologiques d'échapper à toute poursuite pouvant engager leur responsabilité pénale.

92. Les requérants dans la présente affaire se plaignent exclusivement d'effets psychologiques néfastes de l'opération policière conduite à leur domicile le 31 mars 2010 au matin. Ils n'allèguent pas avoir été physiquement agressés par les policiers. Il apparaît donc que si les intéressés avaient introduit une plainte pénale contre les policiers en cause, ils se seraient forcément heurtés à un refus par le parquet d'ouvrir des poursuites pénales à cause de la même lacune légale constatée par la Cour dans l'arrêt *Hristovi* (précité). Il s'ensuit que le recours pénal normalement disponible et effectif en cas de violences physiques subies aux mains de la police était d'emblée voué à l'échec dans la situation précise dont se plaignent les requérants. La Cour ne saurait donc leur reprocher de ne pas avoir saisi le parquet d'une plainte à l'encontre des agents qui avaient participé à l'opération policière en cause.

93. La Cour rappelle ensuite que dans son arrêt *Miroslaw Garlicki c. Pologne* (n° 36921/07, § 77, 14 juin 2011), elle a reconnu qu'un recours civil en dommages et intérêts pour la violation de droits subjectifs tels que le droit à la santé, à la liberté, à l'honneur et à la dignité humaine, prévu par la législation polonaise, peut constituer une voie appropriée pour remédier à la violation alléguée de l'article 3 lorsque le requérant se plaint exclusivement des effets psychologiques néfastes d'une arrestation effectuée par des agents

cagoulés, sous le regard d'un grand nombre de personnes et largement médiatisée par la suite. Elle observe que les requérants dans la présente affaire se plaignent également des effets psychologiques de l'action policière dont ils ont été la cible. Le Gouvernement dit qu'ils auraient pu introduire une action en dédommagement en vertu de la loi sur la responsabilité de l'État et des municipalités pour dommages (paragraphe 82 ci-dessus). La Cour estime cependant qu'à la différence de l'affaire *Mirostlaw Garlicki* (précitée, §§ 77 et 78), où le requérant disposait de plusieurs voies de recours internes effectives, une éventuelle action en dédommagement formée par les quatre requérants sous l'angle des articles 1 ou 2 de la loi bulgare précitée n'aurait eu aucune chance de succès pour les raisons exposées ci-dessous.

94. La Cour rappelle sur ce point que l'article 1 de la loi sur la responsabilité de l'État et des municipalités permet aux particuliers d'engager la responsabilité délictuelle de l'État à raison des actes, actions et omissions illégaux des organes et fonctionnaires de l'État dans l'exercice de leurs fonctions administratives. D'après la jurisprudence constante des hautes juridictions bulgares, les actes des autorités d'enquête et des poursuites pénales dans le cadre d'une procédure pénale ne relèvent pas de l'exercice de leurs fonctions administratives et ne tombent pas sous le coup de l'article 1 de la loi en cause (paragraphe 67 ci-dessus et *Iliya Stefanov*, précité, § 28). La Cour observe que l'action policière au domicile des requérants a été menée dans le cadre d'une procédure pénale et qu'elle visait à l'arrestation de M. Gutsanov et à la recherche de preuves dans son logement. Dès lors, en vertu de la jurisprudence des tribunaux internes, cette action relevait de mesures d'enquête prises au cours de ladite procédure et n'était pas susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de l'État sous l'angle de l'article 1 de la loi précitée.

95. En ce qui concerne l'applicabilité de l'article 2 de la même loi, la Cour observe que les seules hypothèses susceptibles d'être retenues dans les circonstances de l'espèce étaient le constat d'illégalité de la détention de M. Gutsanov et l'abandon des poursuites pénales menées contre lui, voire son acquittement en première instance ou en appel (paragraphe 67 ci-dessus). La Cour constate cependant que les tribunaux saisis des demandes de libération de M. Gutsanov ont considéré que sa détention était légale au regard du droit interne (...) et que, selon les dernières informations reçues par le requérant, les poursuites pénales en question sont encore pendantes au stade de l'instruction préliminaire (...) Dans ces conditions, une action fondée sur l'article 2 de la loi sur la responsabilité de l'État et des municipalités, dans sa rédaction en vigueur à l'époque des faits, aurait été vouée à l'échec.

96. La Cour constate par ailleurs qu'une action formée en vertu de l'article 2 de ladite loi en cas d'abandon des poursuites pénales contre M. Gutsanov ou d'acquiescement de celui-ci n'aurait pas valu reconnaissance tacite ou expresse de la violation de son droit à ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants : le fait dommageable à établir dans le cadre d'une telle procédure aurait été une inculpation pour telle ou telle infraction pénale suivie d'un abandon des poursuites pénales ou d'un acquiescement de l'accusé. Ainsi, l'examen des faits de la part des tribunaux internes se serait limité à des constats purement formels et n'aurait pas porté sur l'essence même des griefs des requérants, à savoir la nécessité des moyens employés par la police par rapport à l'objectif de leur intervention et les effets psychologiques néfastes de l'opération des forces de l'ordre sur les quatre requérants.

97. En résumé, la Cour considère qu'à cause des lacunes de la législation interne ni la plainte pénale ni l'action en dommages et intérêts contre l'État, invoquées par le gouvernement défendeur, n'auraient été des voies de recours internes suffisamment effectives dans le cas d'espèce : le recours pénal aurait été voué à l'échec à cause de l'absence en droit bulgare de dispositions réprimant l'infliction de souffrances psychologiques (paragraphe 90-92 ci-dessus) et le recours compensatoire contre l'État manquait d'efficacité en raison de la portée limitée de l'examen que les tribunaux internes pouvaient effectuer dans le cadre d'une telle procédure (paragraphe 94-96 ci-dessus). Le Gouvernement n'a invoqué aucune autre voie de recours qui aurait permis aux requérants de remédier à la violation alléguée de leur droit garanti par l'article 3 de la Convention. Compte tenu de ces éléments et des arguments exposés ci-dessus, la Cour estime qu'il convient de rejeter l'exception de non-épuisement soulevée par lui.

ii. Sur le respect des autres conditions de recevabilité

98. Le Gouvernement soutient également que le grief tiré de l'article 3 de la Convention a été introduit prématurément parce que l'instruction préliminaire contre M. Gutsanov est encore pendante. La Cour n'aperçoit aucun lien direct entre la procédure pénale à laquelle se réfère le Gouvernement et le grief soulevé par les requérants : cette procédure a pour finalité non pas d'établir si les agents de l'État ont respecté l'intégrité physique ou la dignité des requérants, mais de rechercher si M. Gutsanov était coupable ou non de participation à une organisation de malfaiteurs et de différentes autres infractions pénales liées à ses fonctions de président du conseil municipal de Varna (...)

99. À supposer même que le Gouvernement envisage l'abandon ultérieur des poursuites pénales ou l'acquiescement de M. Gutsanov, ce qui

donnerait à ce dernier la possibilité d'introduire une action en dommages et intérêts en vertu de l'article 2 de la loi sur la responsabilité de l'État et des municipalités (paragraphe 95 ci-dessus), la Cour rappelle qu'une telle action n'aurait pas permis de faire constater une violation du droit des requérants de ne pas être soumis à des traitements inhumains et dégradants lors de l'opération policière conduite à leur domicile (paragraphe 96 ci-dessus). Au vu de ces arguments, la Cour ne saurait reprocher aux requérants de l'avoir saisie avant la fin de la procédure pénale menée contre M. Gutsanov. Il en ressort que le présent grief n'est pas prématuré et qu'il convient de rejeter l'exception du Gouvernement formulée sur ce point.

100. Le Gouvernement soutient également que les requérants n'ont pas respecté le délai de six mois prévu à l'article 35 § 1 de la Convention. La Cour rappelle que la règle des six mois est étroitement liée à celle de l'épuisement des voies de recours internes. En effet, le délai de six mois court à compter de la décision considérée comme définitive eu égard à la question de l'application de l'épuisement des voies de recours internes (voir, entre autres, *Edwards c. Royaume-Uni* (déc.), n° 46477/99, 7 juin 2001). Néanmoins, en cas d'absence de voies de recours adéquates en droit interne, le délai de six mois court en principe à compter de la date à laquelle ont eu lieu les faits incriminés (*Gongadze c. Ukraine*, n° 34056/02, § 155, CEDH 2005-XI).

101. Lorsqu'elle a examiné l'exception de non-épuisement soulevée par le Gouvernement, la Cour a pu constater qu'aucune des voies de recours invoquées par celui-ci ne satisfaisait à l'exigence d'effectivité posée par l'article 35 § 1 de la Convention. Ainsi, dans la présente affaire, le début du délai de six mois doit être fixé à la date des événements à l'origine du grief tiré de l'article 3, à savoir le 31 mars 2010. Les requérants ayant introduit leur requête le 21 mai 2010, la Cour constate que le délai de six mois pour sa saisine a été respecté en l'occurrence. L'exception d'irrecevabilité soulevée sur ce point doit elle aussi être rejetée.

102. Le Gouvernement conteste enfin la qualité de victime des requérants en soutenant qu'ils n'ont pas été soumis à un traitement contraire à l'article 3. La Cour estime qu'il s'agit d'une exception qu'il convient de joindre à l'examen du fond du grief tiré de l'article 3 de la Convention. Elle 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. Il convient donc de le déclarer recevable.

2. *Grief tiré d'une absence d'enquête pénale sur les événements*

103. La Cour observe que les requérants ont soulevé ce grief dans leurs observations écrites du 6 janvier 2012. Or lorsqu'elle a examiné la

recevabilité de leur grief tiré de l'article 3, dans son volet matériel, elle a constaté que toute plainte pénale visant à l'ouverture d'une enquête sur les événements serait d'emblée vouée à l'échec vu l'absence en droit interne d'une disposition légale qui réprimerait les actes des agents de police causant des souffrances psychologiques (paragraphe 92 ci-dessus), thèse d'ailleurs défendue par les requérants eux-mêmes (paragraphe 84 ci-dessus).

104. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence constante, le point de départ du délai de six mois pour sa saisine est la date des faits dénoncés lorsque le droit interne n'offre pas de voies de recours adaptées (paragraphe 100 ci-dessus). Elle estime dès lors que, dans la présente affaire, le délai de six mois pour l'introduction du recours fondé sur le volet procédural de l'article 3 a commencé à courir à compter du 31 mars 2010. Or les requérants ont formulé ce grief un an et neuf mois plus tard. Il en ressort que ce grief est tardif et doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention.

B. Sur le fond

1. Positions des parties

a) Les requérants

105. Les requérants soutiennent que la façon dont a été exécutée l'opération policière à leur domicile est incompatible avec l'article 3 de la Convention. Le 31 mars 2010, avant l'aube, un groupe de policiers cagoulés et lourdement armés aurait pénétré par effraction dans leur maison sans en avoir reçu l'autorisation préalable. Les agents spéciaux auraient pénétré dans la chambre à coucher de M. et M^{me} Gutsanovi et auraient braqué leurs armes sur les deux filles mineures du couple. M. Gutsanov, un homme politique influent et respecté, aurait été agenouillé et menotté.

106. Les requérants estiment qu'il n'y avait aucune raison de planifier et exécuter l'opération policière de cette façon, M. et M^{me} Gutsanovi étant en particulier des gens respectables, bien connus dans leur ville. Ils n'auraient pas d'antécédents judiciaires et il n'y aurait eu aucune raison de croire qu'ils auraient opposé une résistance aux forces de l'ordre. La perquisition de leur domicile n'aurait pas pu relever d'une mesure d'instruction urgente en vertu de l'article 161, alinéa 2, du code de procédure pénale bulgare. D'après les requérants, tous ces éléments dénotaient une véritable intention de les intimider, de porter atteinte à leur dignité et de créer chez eux un sentiment d'impuissance face aux agissements des forces de l'ordre.

107. L'action des policiers aurait eu un impact psychologique néfaste sur les requérants. En particulier, M^{me} Gutsanova et ses deux filles de cinq et sept ans auraient été soumises à une pression psychologique considérable constatée par les psychiatres qui les avaient examinées peu après les événements en cause. M. Gutsanov, un homme politique respecté appartenant à un parti politique d'opposition, aurait été victime d'une arrestation brutale et médiatisée, qui se serait inscrite, avec d'autres arrestations d'hommes politiques, dans une campagne de propagande menée par le gouvernement actuel du pays. Les effets psychologiques des traitements dénoncés auraient été suffisamment sévères pour dépasser le seuil exigé pour l'application de l'article 3 et pour qualifier ces traitements de « dégradants ».

b) Le Gouvernement

108. Le Gouvernement conteste les allégations des requérants et leur version des faits. Il estime que l'opération policière du 31 mars 2010 avait été minutieusement planifiée et avait été exécutée dans le respect de la dignité et des droits des requérants. L'arrestation de M. Gutsanov et la perquisition de son domicile auraient été des mesures mises en œuvre dans le cadre d'une enquête pénale portant sur des faits graves impliquant plusieurs complices présumés. La police aurait été informée que M. Gutsanov gardait un pistolet à son domicile.

109. L'opération policière aurait été lancée après le lever du soleil, c'est-à-dire passé 6 heures du matin. Les policiers auraient frappé au portail de la propriété des requérants, annoncé leur présence et exigé l'ouverture du portail métallique. Le gardien aurait ouvert le portail, mais expliqué qu'il n'avait pas la clé de la porte d'entrée de la maison. Les policiers se seraient précipités vers cette porte et auraient frappé à celle-ci et exigé son ouverture immédiate. M. Gutsanov se serait montré à deux reprises à la fenêtre de sa maison, il aurait aperçu et identifié les policiers par leurs uniformes, mais ne serait pas descendu pour ouvrir la porte. À ce moment, craignant qu'il puisse détruire des preuves, se saisir de son arme à feu ou essayer de s'échapper, les agents spéciaux auraient procédé à l'ouverture forcée de la porte de la maison. Ils auraient appréhendé M. Gutsanov au deuxième étage du bâtiment alors qu'il essayait d'entrer dans une chambre où se trouvaient son épouse et ses deux enfants.

110. D'après le Gouvernement, M. Gutsanov n'a pas été contraint de s'agenouiller. Les policiers lui auraient passé les menottes sans employer de technique d'immobilisation spéciale et ils n'auraient pas braqué leurs armes sur ses filles et son épouse. Le seul agent entré dans la chambre à coucher au deuxième étage aurait uniquement porté un pistolet à impulsion électrique et n'aurait adressé la parole ni aux enfants ni à M^{me} Gutsanova.

Les agents spéciaux seraient restés dans la maison à peine quelques minutes et ils auraient quitté les lieux après l'arrestation de M. Gutsanov. Peu après, les menottes du requérant auraient été ôtées.

111. L'action des policiers aurait été conforme au droit interne. La perquisition aurait été approuvée par un juge dans les vingt-quatre heures suivant son exécution et le parquet régional, sur la base des informations fournies par les autorités, aurait constaté que les policiers n'avaient commis aucune infraction pénale.

112. Le Gouvernement admet que l'entrée de la police à leur domicile et la perquisition de celui-ci ont certainement provoqué des sentiments négatifs dans l'esprit des requérants. Il estime cependant qu'il s'agissait de conséquences inévitables et normalement liées à ces mesures d'instruction et que, de ce fait, ces désagréments n'ont pas dépassé le seuil de gravité à partir duquel l'article 3 de la Convention est applicable. En témoignerait, par exemple, le fait que la plus grande des deux filles a été conduite, comme d'habitude, à l'école. Le Gouvernement estime par ailleurs que si M. Gutsanov avait ouvert la porte d'entrée de sa maison, les policiers n'auraient pas eu besoin de recourir à des moyens spéciaux pour pénétrer dans son domicile, ce qui aurait épargné aux membres de sa famille les désagréments constatés en l'espèce.

2. *Appréciation de la Cour*

a) **Sur l'établissement des faits**

113. La Cour rappelle que les allégations de mauvais traitements, contraires à l'article 3 de la Convention, doivent être étayées devant elle par des éléments de preuve appropriés. Pour l'établissement des faits, celle-ci se sert du critère de la preuve «au-delà de tout doute raisonnable» (*Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 161 *in fine*, série A n° 25). Toutefois, une telle preuve peut résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants (*Salman*, précité, § 100).

114. La Cour constate que les faits relatifs à l'opération policière au domicile des quatre requérants n'ont fait l'objet d'aucun examen de la part des juridictions internes. Lorsqu'elle a été confrontée à des situations similaires, la Cour a procédé à sa propre appréciation des faits tout en respectant les règles fixées par sa jurisprudence à cet effet (voir, à titre d'exemple, *Sashov et autres c. Bulgarie*, n° 14383/03, § 48, 7 janvier 2010).

115. Sur la base de ces principes, la Cour estime opportun de prendre comme point de départ de son analyse les circonstances qui ne prêtent pas à controverse entre les parties et les éléments de preuve apportés par les

parties. Elle prendra également en compte les allégations des parties qui sont suffisamment corroborées par les éléments factuels non contestés et par les preuves apportées.

116. Il n'est pas contesté par les parties que l'intervention des policiers au domicile des requérants a commencé peu après 6 h 30, le matin du 31 mars 2010. Les séquences des caméras de vidéosurveillance de la propriété dont la Cour dispose, ainsi que le bulletin du service météorologique de Varna, corroborent l'allégation des requérants que l'opération s'est déroulée avant le lever du soleil, surtout au crépuscule (paragraphe 20 et 21 ci-dessus).

117. Les parties s'accordent également à dire que l'équipe d'intervention de la police était composée d'agents en uniforme, d'agents en tenue civile et d'agents spéciaux cagoulés et armés. Les enregistrements vidéo soumis par les requérants (paragraphe 21 ci-dessus) et les rapports présentés par le Gouvernement (paragraphe 22, 24 et 27 ci-dessus) corroborent ces allégations.

118. La présence d'une arme à feu et de munitions au domicile des requérants est également un fait non disputé et prouvé par le procès-verbal de perquisition. Il ressort des observations du Gouvernement et des rapports présentés par celui-ci que les agents de police avaient été avertis par leurs supérieurs de la présence de cette arme (paragraphe 23 et 27 ci-dessus).

119. Les parties s'accordent ensuite à dire que le portail d'entrée de la propriété des requérants a été ouvert volontairement par le gardien à la demande des agents de police (paragraphe 13 et 24 ci-dessus). La scène en cause a par ailleurs été filmée et enregistrée par le système de vidéosurveillance de la maison (paragraphe 21 ci-dessus). Les parties conviennent également que le gardien a informé les policiers de l'identité des personnes présentes à la maison et du fait qu'il n'avait pas les clés de la porte d'entrée de celle-ci, et que cette même porte a été forcée par des agents spéciaux qui ont pénétré dans la maison et arrêté M. Gutsanov (paragraphe 13, 14, 24 et 25 ci-dessus).

120. Aucune des parties ne conteste que les requérants n'ont pas été blessés physiquement au cours de l'opération policière et les certificats d'examen psychiatrique de M^{me} Gutsanova et de ses deux filles (paragraphe 30 et 31 ci-dessus) n'ont pas été contestés par le Gouvernement.

121. Une première divergence entre les versions des parties réside dans la description du comportement de M. Gutsanov. D'après le Gouvernement, il s'est montré à deux reprises par l'une des fenêtres de sa maison, a aperçu les policiers et a entendu leurs appels mais n'a pas ouvert la porte d'entrée (paragraphe 25 ci-dessus). Le requérant, quant à lui, affirme qu'il n'a compris qu'il s'agissait d'une opération de police qu'au moment où les

agents spéciaux sont entrés dans sa maison et ont commencé à monter l'escalier (paragraphe 16 ci-dessus).

122. Les éléments de preuve dont elle dispose ne permettent pas à la Cour de déterminer si le requérant s'est en effet montré par la fenêtre de sa maison et s'il a délibérément refusé d'ouvrir la porte d'entrée aux policiers. Elle observe cependant que nul ne conteste que les policiers ont frappé au portail d'entrée de la propriété et qu'ils ont annoncé à haute voix leur présence au gardien. Ils ont ensuite affirmé avoir frappé à la porte d'entrée de la maison et avoir crié « Police! Ouvrez! » Cette affirmation est corroborée par les déclarations de M. et M^{me} Gutsanovi, selon lesquelles ils avaient été réveillés par des cris et des coups à la porte de leur maison (paragraphe 15 ci-dessus). M. Gutsanov affirme qu'il est allé au premier étage de sa maison pour récupérer ses deux enfants et qu'il est remonté ensuite dans la chambre à coucher au deuxième étage. Cette affirmation est corroborée par la version des policiers qui ont aperçu la silhouette d'un homme par les vitres de la maison (paragraphe 25 ci-dessus).

123. Pour ce qui est du lieu exact où M. Gutsanov a été arrêté, la Cour observe que lui-même a admis dans sa déclaration qu'au moment où les policiers ont forcé la porte et lui ont donné des sommations verbales, il s'est précipité vers la chambre à coucher au deuxième étage où se trouvaient son épouse et ses enfants (paragraphe 16 ci-dessus). La Cour n'est pas en mesure de déterminer si M. Gutsanov a été arrêté à l'intérieur même de la chambre à coucher au deuxième étage de sa maison, comme il l'affirme, ou bien sur le palier du deuxième étage après qu'il est sorti de la chambre de son plein gré, comme le soutient le Gouvernement. Il n'est pas non plus établi au-delà de tout doute raisonnable que les policiers aient adressé la parole à M^{me} Gutsanova et lui aient demandé de mettre les enfants sous la couette. Quoi qu'il en soit, la Cour observe que d'après la déposition des agents spéciaux (paragraphe 25 et 27 ci-dessus), ils ont vu les enfants et l'épouse de M. Gutsanov à l'intérieur de la chambre à coucher lorsqu'ils sont montés au deuxième étage de la maison à la poursuite de M. Gutsanov. La Cour accepte que M^{me} Gutsanova et ses deux filles ont également vu les hommes armés et cagoulés, ne serait-ce que devant la porte de leur chambre.

124. La Cour n'estime pas prouvée au-delà de tout doute raisonnable l'allégation de M. Gutsanov selon laquelle il a été contraint à s'agenouiller afin que les policiers puissent lui passer les menottes. Quant au port de ces dernières, il n'est pas contesté que les agents spéciaux ont menotté M. Gutsanov à l'étage inférieur de sa maison (paragraphe 16 ci-dessus). La Cour observe cependant qu'aucune des parties ne précise combien de temps le requérant est resté menotté. Quoi qu'il en soit, force est de constater qu'aucune pièce du dossier ne démontre que le requérant a été

exposé menotté devant les objectifs des journalistes qui s'étaient rassemblés devant l'entrée de sa propriété ce jour-là. De surcroît, la photographie prise au moment de sa sortie de la maison, vers 13 heures, ne fait apparaître aucunement que l'intéressé était menotté (...) La Cour estime dès lors qu'il convient de distinguer sur ce point la présente espèce de l'affaire *Miroslaw Garlicki* (précité, § 75), où le requérant avait été arrêté sur son lieu de travail, devant ses collègues et patients, menotté et filmé.

b) Sur l'observation de l'article 3 dans le cas d'espèce

125. La Cour rappelle que pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence; elle dépend de l'ensemble des données de la cause et, notamment, de la durée du traitement, de ses effets physiques ou psychologiques ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime. La Cour a jugé un traitement « inhumain » notamment pour avoir été appliqué avec préméditation pendant des heures et avoir causé des lésions corporelles ou de vives souffrances physiques et morales. Elle a considéré qu'un traitement était « dégradant » en ce qu'il était de nature à créer chez ses victimes des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier et à les avilir (*Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, § 120, CEDH 2000-IV). La souffrance psychologique peut résulter d'une situation où des agents de l'État créent délibérément chez les victimes un sentiment de peur en les menaçant de mort ou de maltraitements (*Hristovi*, précité, § 80).

126. L'article 3 ne prohibe pas le recours à la force par les agents de police lors d'une interpellation. Néanmoins, le recours à la force doit être proportionné et absolument nécessaire au vu des circonstances de l'espèce (voir, parmi beaucoup d'autres, *Rehbock c. Slovénie*, n° 29462/95, § 76, CEDH 2000-XII, et *Altay c. Turquie*, n° 22279/93, § 54, 22 mai 2001). À cet égard, il importe par exemple de savoir s'il y a lieu de penser que l'intéressé opposera une résistance à l'arrestation, ou tentera de fuir, de provoquer des blessures ou des dommages, ou de supprimer des preuves (*Raninen c. Finlande*, 16 décembre 1997, § 56, *Recueil* 1997-VIII). La Cour tient à rappeler en particulier que tout recours à la force physique par les agents de l'État à l'encontre d'une personne qui n'est pas rendu strictement nécessaire par son comportement rabaisse sa dignité humaine et, de ce fait, constitue une violation des droits garantis par l'article 3 de la Convention (*Rachwalski et Ferenc c. Pologne*, n° 47709/99, § 59, 28 juillet 2009). Ce critère de stricte proportionnalité a également été appliqué par la Cour dans des situations où les personnes concernées se trouvaient déjà sous le contrôle des forces de l'ordre (voir, entre autres, *Klaas c. Allemagne*, 22 septembre 1993, § 30,

série A n° 269, *Rehbock*, précité, §§ 68-78, et *Milan c. France*, n° 7549/03, §§ 52-65, 24 janvier 2008).

127. Se tournant vers les faits de l'espèce, la Cour observe que l'opération poursuivait le but légitime d'effectuer une arrestation, une perquisition et une saisie et l'objectif d'intérêt général de la répression des infractions. Elle doit s'assurer qu'un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la société et la sauvegarde des intérêts fondamentaux de l'individu ont été respectés dans les circonstances de l'affaire. Elle relève que même si les quatre requérants n'ont pas été physiquement blessés au cours de l'intervention policière contestée, celle-ci a nécessairement impliqué un certain recours à la force physique: la porte d'entrée de la maison a été forcée par une équipe d'intervention spéciale, M. Gutsanov a été immobilisé par des agents cagoulés et armés, amené de force à l'étage inférieur de sa maison et menotté. La Cour se doit donc d'établir si ce recours à la force physique était proportionné et absolument nécessaire dans le cas d'espèce.

128. Le but de l'intervention policière au domicile des requérants ce jour-là était d'appréhender M. Gutsanov, qui était un suspect dans une affaire pénale de détournement de fonds publics, et d'effectuer une perquisition dans les locaux afin de rechercher des preuves matérielles et documentaires dans le cadre de cette même enquête pénale. Il ressort des pièces du dossier que l'enquête en cause avait été ouverte cinq mois auparavant, qu'il y avait plusieurs suspects dans cette affaire et que les autorités soupçonnaient l'existence d'une organisation de malfaiteurs (paragraphe 9 (...) ci-dessus). Or il ne s'agissait clairement pas d'un groupe d'individus soupçonnés d'avoir commis des actes criminels violents.

129. Pour ce qui est de la personnalité de M. Gutsanov, la Cour observe qu'il était un homme politique connu à Varna: à l'époque des faits, il occupait le poste de président du conseil municipal de cette ville. De surcroît, aucun élément du dossier ne permet de conclure qu'il avait des antécédents violents et qu'il aurait pu représenter un danger pour les agents de police amenés à intervenir à son domicile.

130. Il est vrai que M. Gutsanov détenait légalement une arme à feu et des munitions à son domicile. Ce fait était connu des services de police et il a été spécialement mentionné lors du briefing de l'équipe de police qui avait eu lieu avant le début de l'opération (paragraphe 23 ci-dessus). C'est sans doute un élément pertinent qui a été pris en compte par les agents lors de leur intervention au domicile des requérants. La Cour considère cependant que la présence de l'arme au domicile des requérants ne saurait suffire à elle seule à justifier l'utilisation d'une équipe d'intervention spéciale ni un tel recours à la force.

131. Il ressort des pièces du dossier que la présence éventuelle des enfants mineurs et de l'épouse de M. Gutsanov n'a jamais été prise en compte dans la planification et l'exécution de l'opération policière. Ce fait n'a pas été mentionné lors du briefing précédant le déploiement des agents de police (paragraphe 23 ci-dessus) et les policiers n'ont apparemment fait aucun cas de la mise en garde du gardien de la propriété sur la présence des enfants mineurs à la maison (paragraphe 24 ci-dessus).

132. Certes, la Cour ne saurait aller jusqu'à imposer aux forces de l'ordre de ne pas arrêter les suspects d'infractions pénales à leur domicile chaque fois que leurs enfants ou conjoints s'y trouvent. Elle estime cependant que la présence éventuelle de membres de la famille du suspect sur les lieux de l'arrestation est une circonstance qui doit être prise en compte dans la planification et l'exécution de ce type d'opérations policières. Cela n'a pas été fait dans le cas d'espèce et les forces de l'ordre n'ont pas envisagé d'autres modalités d'exécution de leur opération au domicile des requérants, comme par exemple retarder l'heure d'intervention, voire procéder au redéploiement des différents types d'agents impliqués dans l'opération. La prise en compte des intérêts légitimes des trois requérantes dans le cas d'espèce était d'autant plus nécessaire que M^{me} Gutsanova n'était pas suspectée d'être impliquée dans les infractions pénales reprochées à son mari et que ses deux filles étaient psychologiquement vulnérables en raison de leur jeune âge – cinq et sept ans respectivement.

133. La Cour observe également que l'absence d'un contrôle judiciaire préalable sur la nécessité et la légalité de la perquisition en cause a laissé entièrement à la discrétion des autorités policières et des organes de l'enquête pénale la planification de l'opération et n'a pas permis la prise en compte des droits et intérêts légitimes de M^{me} Gutsanova et de ses deux filles mineures. La Cour est d'avis que dans les circonstances spécifiques de l'espèce un tel contrôle judiciaire préalable aurait pu permettre la mise en balance de leurs intérêts légitimes avec l'objectif d'intérêt général d'appréhender les personnes suspectées d'avoir commis une infraction pénale.

134. Pour ce qui est de l'effet psychologique de l'intervention policière sur les requérants, la Cour rappelle que les opérations policières impliquant l'intervention au domicile et l'arrestation des suspects engendrent inévitablement des émotions négatives chez les personnes visées par ces mesures. Cependant, il existe dans le cas d'espèce des éléments de preuve concrets et non contestés qui démontrent que M^{me} Gutsanova et ses deux filles mineures ont été très fortement affectées par les événements en cause. M^{me} Gutsanova a consulté à deux reprises un psychiatre en se plaignant d'insomnie et d'angoisse aiguë et elle s'est vu prescrire des anxiolytiques (paragraphe 31 ci-dessus). Les deux filles ont elles aussi été

examinées par un psychiatre qui a constaté qu'au rappel des événements, elles réagissaient par des pleurs ou par une angoisse aiguë (paragraphe 30 ci-dessus). M^{me} Gutsanova affirme que B., sa fille cadette, s'est remise à bégayer (paragraphe 28 ci-dessus). Quant à S., la fille aînée du couple, les déclarations de sa tante et de son institutrice indiquent que l'enfant a été profondément marquée par l'intervention policière à son domicile et par l'arrestation de son père (paragraphe 29 ci-dessus). La Cour considère également que l'heure matinale de l'intervention policière et la participation d'agents spéciaux cagoulés, qui ont été vus par M^{me} Gutsanova et ses deux filles, ont contribué à amplifier les sentiments de peur et d'angoisse éprouvés par ces trois requérantes à tel point que le traitement infligé a dépassé le seuil de gravité exigé pour l'application de l'article 3 de la Convention. La Cour estime donc que ces trois requérantes ont été soumises à un traitement dégradant.

135. En ce qui concerne l'effet psychologique néfaste de l'opération policière sur M. Gutsanov, force est de constater que ce requérant n'a pas soumis de preuves médicales à cet effet. Il affirme néanmoins que l'humiliation et l'angoisse qu'il a éprouvées lors de son arrestation musclée devant les membres de sa famille étaient suffisamment intenses pour rendre applicable l'article 3 à son égard (paragraphe 107 ci-dessus).

136. La Cour rappelle ses conclusions selon lesquelles l'opération policière en cause a été planifiée et exécutée sans prendre en compte plusieurs circonstances pertinentes telles que la nature des infractions pénales reprochées à M. Gutsanov, l'absence d'antécédents violents de sa part, la présence éventuelle de ses filles et de son épouse dans la maison familiale. Ce sont autant d'éléments qui indiquaient clairement le caractère excessif de l'emploi d'agents et de procédés spéciaux pour l'arrestation du requérant et pour assurer l'entrée de la police à son domicile. La Cour estime que, à la lumière de ces circonstances, la manière dont s'est déroulée l'arrestation de M. Gutsanov, à savoir très tôt le matin, après une ouverture forcée de la porte d'entrée, par plusieurs agents cagoulés et armés et devant son épouse et ses deux filles mineures effrayées, a provoqué de forts sentiments de peur, d'angoisse et d'impuissance chez ce requérant, susceptibles de l'humilier et de l'avilir à ses propres yeux et aux yeux de ses proches. La Cour estime que l'intensité de ces sentiments a dépassé le seuil de gravité requis pour l'application de l'article 3 et que de ce fait M. Gutsanov a lui aussi été soumis à un traitement dégradant.

137. En conclusion, après avoir pris en compte toutes les circonstances pertinentes en l'espèce, la Cour considère que l'opération policière au domicile des requérants n'a pas été planifiée et exécutée de manière à assurer que les moyens employés soient strictement nécessaires pour atteindre

ses buts ultimes, à savoir l'arrestation d'une personne suspectée d'avoir commis des infractions pénales et le rassemblement de preuves dans le cadre d'une enquête pénale. Les quatre requérants ont été soumis à une épreuve psychologique qui a généré chez eux de forts sentiments de peur, d'angoisse et d'impuissance et qui, de par ses effets néfastes, s'analyse en un traitement dégradant au regard de l'article 3. Il y a donc eu en l'espèce violation de cette disposition de la Convention.

(...)

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Décide* de joindre au fond l'exception du Gouvernement concernant la qualité de victimes des requérants à l'égard du grief tiré de l'article 3 de la Convention ;
2. *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable quant aux griefs tirés de l'article 3 [de la Convention] (...);
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 3 [de la Convention] à l'égard des quatre requérants ;

(...)

Fait en français, puis communiqué par écrit le 15 octobre 2013, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Françoise Elens-Passos
Greffière

Ineta Ziemele
Présidente

(...)

GUTSANOVI v. BULGARIA
(Application no. 34529/10)

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 15 OCTOBER 2013¹

1. Translation; original French. Extracts.

SUMMARY¹**Heavy-handed nature of police operation to arrest politician at his home in the presence of his wife and minor children**

During police operations carried out in the context of a criminal investigation with a view to arresting persons suspected of committing criminal offences and gathering evidence, the use of force must be proportionate and absolutely necessary in the circumstances of the case. Accordingly, when planning and carrying out such operations, the authorities must take into consideration the following factors: the personality of the suspect, including the nature of the criminal offences of which he is suspected, whether or not he has a history of violence and the danger he might present to the police officers, as well as the legitimate interests of the members of his family and especially of any minor children liable to be present at the scene of the arrest. Prior judicial review of the necessity and lawfulness of the operation may enable a balance to be struck between the general interest of the community and the legitimate interests of all the persons concerned. An unduly robust police operation is apt to arouse strong feelings of fear, anxiety and powerlessness and to constitute a psychological ordeal which, owing to its adverse effects, amounts to degrading treatment within the meaning of Article 3 of the Convention (see paragraphs 128-37 of the judgment).

Article 3

Degrading treatment – Heavy-handed nature of police operation to arrest politician at his home in the presence of his wife and minor children – Necessity and proportionality of use of force – Failure to take account of the nature of the criminal offences of which the individual concerned was suspected and lack of a history of violence on his part – Failure to take account of the legitimate interests of the members of the suspect’s family, who were on the premises, and especially of his minor children – Lack of prior judicial review of necessity and lawfulness of the police operation – Psychological ordeal giving rise to strong feelings of fear, anxiety and powerlessness

*

* *

Facts

The applicants are Mr Gutsanov, a well-known local politician, his wife and their two minor daughters. The authorities suspected Mr Gutsanov of involvement in corruption and ordered his arrest and a search of his home. On 31 March 2010

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

at 6.30 a.m., a special team made up of several armed and masked police officers went to the applicants' home. When Mr Gutsanov did not respond to the order to open the door, the police officers forced in the front door of the house, entered the premises and arrested him. Mr Gutsanov's wife and their two young children were awoken by the arrival of the police.

Law

Article 3: The police operation had been aimed at carrying out an arrest, a search and a seizure of items and had pursued the public-interest objective of prosecuting criminal offences. Although none of the four members of the family had been physically injured in the course of the police operation, the latter had nonetheless entailed a degree of physical force. The front door of the house had been forced open by a special operations team, and Mr Gutsanov had been immobilised by armed officers wearing masks, led downstairs by force and handcuffed. Mr Gutsanov was a well-known politician who was Chairman of Varna municipal council. There had been no evidence to suggest that he had a history of violence and might have presented a danger to the police officers. The presence of a weapon in the applicants' home could not in itself justify the deployment of a special operations team or the degree of force that had been used. The possible presence of family members at the scene of an arrest was a factor to be taken into consideration in planning and carrying out this kind of operation. The lack of prior judicial review of the necessity and lawfulness of the search had left the planning of the operation entirely at the discretion of the police and the criminal investigation bodies, and had not enabled the rights and legitimate interests of Mrs Gutsanova and her two minor daughters to be taken into consideration. The law-enforcement agencies had not contemplated any alternative means of conducting the operation at the applicants' home, such as staging the operation at a later hour or even deploying a different type of officer in the operation. Consideration of the legitimate interests of the three applicants in question had been especially necessary since Mrs Gutsanova had not been under suspicion of involvement in the criminal offences of which her husband was suspected, and her two daughters had been psychologically vulnerable because they were so young (five and seven years of age). Mrs Gutsanova and her daughters had been very severely affected by the events.

The fact that the police operation took place in the early morning and involved special officers wearing masks had served to heighten the feelings of fear and anxiety experienced by these three applicants, to the extent that the treatment to which they had been subjected exceeded the threshold of severity required for Article 3 to apply. They had therefore been subjected to degrading treatment. The police operation had been planned and carried out without consideration for a number of factors, such as the nature of the criminal offences of which Mr Gutsanov was suspected, the fact that he had no history of violence, and the possible presence of his wife and daughters in the house. All these elements indicated clearly that the means used to arrest Mr Gutsanov at his home had been excessive. The manner in

which his arrest had taken place had aroused strong feelings of fear, anxiety and powerlessness in Mr Gutsanov, capable of humiliating and debasing him in his own eyes and in the eyes of his close relatives. Accordingly, he too had been subjected to degrading treatment.

Conclusion: Violation (unanimously).

Case-law cited by the Court

Akdivar and Others v. Turkey, 16 September 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV

Altay v. Turkey, no. 22279/93, 22 May 2001

Assenov and Others v. Bulgaria, 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII

Edwards v. the United Kingdom (dec.), no. 46477/99, 7 June 2001

Gongadze v. Ukraine, no. 34056/02, ECHR 2005-XI

Hristovi v. Bulgaria, no. 42697/05, 11 October 2011

İlhan v. Turkey [GC], no. 22277/93, ECHR 2000-VII

Iliya Stefanov v. Bulgaria, no. 65755/01, 22 May 2008

Ireland v. the United Kingdom, 18 January 1978, Series A no. 25

Kemerov v. Bulgaria (dec.), no. 44041/98, 2 September 2004

Klaas v. Germany, 22 September 1993, Series A no. 269

Labita v. Italy [GC], no. 26772/95, ECHR 2000-IV

Milan v. France, no. 7549/03, 24 January 2008

Miroslaw Garlicki v. Poland, no. 36921/07, 14 June 2011

Osman and Osman v. Bulgaria (dec.), no. 43233/98, 6 May 2004

Rachwalski and Ferenc v. Poland, no. 47709/99, 28 July 2009

Raninen v. Finland, 16 December 1997, *Reports* 1997-VIII

Rehbock v. Slovenia, no. 29462/95, ECHR 2000-XII

Salman v. Turkey [GC], no. 21986/93, ECHR 2000-VII

Sashov and Others v. Bulgaria, no. 14383/03, 7 January 2010

In the case of Gutsanovi v. Bulgaria,

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 Françoise Elens-Passos, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 24 September 2013,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 34529/10) against the Republic of Bulgaria lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by four Bulgarian nationals, Mr Borislav Gutsanov Gutsanov, Mrs Monika Vladimirova Gutsanova, Miss S. Gutsanova and Miss B. Gutsanova (“the applicants”), on 21 May 2010.

2. The applicants were represented by Ms S. Bachvarova-Zhelyazkova, a lawyer practising in Varna, and by Mr M. Ekimdzhiev, a lawyer practising with the firm Ekimdzhiev, Boncheva and Chernicherska in Plovdiv. The Bulgarian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms N. Nikolova, who was subsequently replaced by Ms M. Kotseva and Mr V. Obretenov, of the Ministry of Justice.

3. The applicants alleged, in particular, that the law-enforcement operation at their home in the early morning of 31 March 2010 had caused them psychological trauma amounting to degrading treatment. ...

4. On 4 April 2011 the Court gave notice of the application to the Government. It was also decided that the Chamber would rule on the admissibility and merits of the case at the same time (Article 29 § 1 of the Convention).

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. The applicants were born in 1967, 1972, 2002 and 2004 respectively and live in Varna. The first two applicants are a married couple and the third and fourth applicants are their minor daughters.

A. General background to the case

6. The first applicant, Mr Borislav Gutsanov, is a member of parliament for the Socialist Party, a member of the Central Executive Bureau of the Socialist Party and vice-president of its regional branch. At the relevant time he was the Chairman of Varna municipal council, elected from his party's list.

7. Between December 2009 and April 2010, the Bulgarian Ministry of the Interior conducted several police operations throughout the country aimed at dismantling various criminal groups. During the course of these operations the police arrested a number of individuals, including some political figures, a fact which attracted widespread media coverage and public interest. Several politicians including the Prime Minister and the Minister of the Interior, as well as a number of prosecutors and police commissioners, were regularly approached by the media to comment on the arrests and the ensuing criminal proceedings.

8. A series of applications was made to the Court following these events (*Maslarova v. Bulgaria*, no. 26966/10; *Aleksey Petrov (II) v. Bulgaria*, no. 30336/10; *Kostadinov v. Bulgaria*, no. 37124/10; *Tsonev v. Bulgaria*, no. 44885/10; *Petrov and Ivanova v. Bulgaria*, no. 45773/10; and *Stoyanov and Others v. Bulgaria*, no. 55388/10).

B. The police operation at the applicants' home

9. On 30 October 2009 the Sofia city public prosecutor's office commenced criminal proceedings against a person or persons unknown for abuse of office by a public servant and misappropriation of public funds resulting in significant damage to the Varna municipal public transport company. The facts in issue had taken place between 2003 and 2007. On 8 February 2010 the Prosecutor General ordered the criminal investigation file to be sent to the Varna regional public prosecutor's office. The investigation was to be carried out by the Varna police under the supervision of the regional prosecutor's office.

10. On 31 March 2010, in the course of that criminal investigation, a team of police officers entered the applicants' home at around 6.30 a.m.

and proceeded to arrest Mr Gutsanov and search the premises. The events surrounding the police operation are disputed by the parties.

1. The applicants' version

11. In the early morning of 31 March 2010, Mr and Mrs Gutsanovi were asleep in their bedroom on the second floor of their house in Varna. Their two daughters were asleep in their rooms on the floor below. The family home was equipped with a closed-circuit television (CCTV) monitoring system, and a night watchman, D.P., was on duty at the entrance to the property.

12. At around 6.30 a.m., D.P. observed on the CCTV screen two or three police vehicles driving past the garden gate in silence with their lights off and stopping a little further on.

13. Shortly afterwards a group of police officers appeared at the entrance to the property and some of them began knocking loudly on the gate and demanding that it be opened immediately. D.P. left his night watchman's post and opened the gate. He then saw two plain-clothes police officers, four or five uniformed officers and a group of four or five masked officers of the Interior Ministry special commando unit. D.P. was immobilised and handcuffed by the police officers and was asked whether the owners of the house were at home. He said that they were, and told the police officers that there were two young children in the house. He was asked to open the entrance door to the house but explained that he did not have the keys.

14. The police officers then ran towards the door of the house, shouting "Police! Open up!". Some of the officers began opening the door using various tools (a battering ram, a lever and a crowbar). According to D.P.'s statement, the police officers managed to open the door after five or ten minutes and entered the stairwell of the house.

15. Mr and Mrs Gutsanovi stated that they had been woken suddenly by the sound of the blows to the door and the shouts. They ran down to the lower floor and took their daughters into their bedroom on the second floor of the house.

16. Mr Gutsanov said that he had then left the bedroom in order to find out what was really going on. At that point he heard several people coming up the stairs and shouting "Come out" and "We're police officers". He immediately returned to the second-floor bedroom where his wife and daughters were. Shortly afterwards the armed and masked police officers entered the parents' bedroom and pointed their weapons, equipped with lamps, at Mr Gutsanov and his wife and two daughters, shouting "Police!

Don't move!". Mr Gutsanov was pinned against the wall before being taken downstairs, where he was forced to kneel and was handcuffed.

17. According to the statements made by Mr and Mrs Gutsanovi, their two daughters, who were on their parents' bed, were screaming and crying with fear. The police ordered Mrs Gutsanova to cover their heads with a duvet, which she did.

18. Shortly afterwards, Mr Gutsanov was allowed to go up to the second floor and get dressed.

19. At 7.30 a.m. the family chauffeur and the children's nanny arrived and took the two girls to school. After school, the girls went to their aunt's home and spent the night there.

20. In support of their version of events, the applicants submitted a handwritten and undated statement by Mr Gutsanov, a statement dated 7 April 2010 signed by his wife, a handwritten statement dated 8 April 2010 signed by the night watchman D.P., and a handwritten statement dated April 2010 bearing the signature of the family's private chauffeur. They also submitted a weather report from the Varna meteorological service stating that, on that day, the sun had risen at 6.52 a.m. and that the dawn had lasted for thirty-one minutes. They further produced a copy of an interview given by Mrs Gutsanova to the weekly newspaper *Galeria* and published on 8 April 2010.

21. The applicants also submitted a video recording of the television programme *Afera* broadcast on 11 April 2010 on Skat, a privately owned television channel. The programme included an interview with Mrs Gutsanova as well as some footage from the property's CCTV system taken on the morning of 31 March 2010. The first sequence shows two light vehicles and a police van driving past the applicants' property. In the second sequence a uniformed police officer can be seen knocking on the metal gate of the house, after which the gate opens. The third sequence shows two special officers, dressed in black and armed with sub-machine guns equipped with lamps, inspecting part of the garden, and a man in civilian clothing who appears at the door. The man goes back inside the house followed by the two special officers. The fourth sequence shows two special officers running towards the house, leaving behind a uniformed police officer and a man in civilian clothing. The last two men appear to be looking up at the top of the house. A further sequence, filmed by a reporter, shows the state of the glass door of the house after the police officers' forced entry: the glass panes are intact but the handle, the lock and the latch have been broken off.

2. *The Government's version*

22. On 30 March 2010 the Varna regional head of the organised crime squad and the Varna regional public prosecutor approved plans for an operation in the context of criminal proceedings against a person or persons unknown for misappropriation of public funds belonging to the Varna municipal public transport company (see paragraph 9 above). The plan entailed arresting five individuals suspected of committing the offences in question, including Mr Gutsanov, and searching the suspects' homes and offices. The operations were to be carried out the following morning, 31 March 2010, and to be conducted simultaneously by five teams made up of investigating officers, uniformed officers and armed and masked special officers.

23. The team selected for the operation at the applicants' home received instructions from their superior officers at 5.30 a.m. on the day of the police operation. The officers were warned that Mr Gutsanov was the lawful owner of a Glock 17C pistol which he kept at home.

24. At 6.30 a.m. on 31 March 2010 the team, made up of plain-clothes officers, two uniformed officers and four special officers dressed in black and wearing bullet-proof vests marked "Police", went to the applicants' home. The officers knocked at the metal gate of the property, which was opened by a man who said he was the security guard. He explained that he did not have the keys to the door of the house and that the only people in there were Mr Gutsanov, his wife and their two children. Two special officers then walked around the outside of the house in order to secure other possible exits, while the other two officers ran towards the front door of the house and began knocking and shouting "Police! Open up!". The uniformed officers stayed in the garden outside the front door.

25. After five minutes, the police officers saw the outline of a man through the panoramic windows of the house. They called out "Police. Come down! Open the door!". Mr Gutsanov was seen twice through a window but did not come down. The special officers forced the front door and entered the house. One of them saw Mr Gutsanov in the stairwell and called out to him: "Police! Move over here slowly! Show your hands!". The applicant refused to comply and ran up to the floor above. The officers followed him, calling out "Police! Stop!". The applicant went through a door on the second floor and when they got nearer the officers saw that he had gone into a bedroom where his wife and two daughters were. At that point the applicant came out of the room and was handcuffed. He asked permission to get dressed and was taken into the same bedroom by one of the masked officers.

26. At no point during the operation did the police officers speak to Mrs Gutsanova or her two daughters. The officer who went into the bedroom was not carrying a firearm but had only a Taser electroshock weapon. The officer stayed in the bedroom for just long enough to allow Mr Gutsanov to find some clothes, and they then left the room together. The applicant was handed over to the other police officers, and the special officers left the premises immediately afterwards.

27. The Government submitted the following documents in support of their version of events: the plan of action for the operation in question, a report by the regional directorate of the Interior Ministry, three reports by Ministry personnel involved in the operation, including the commanding officer of the special operations team, the search report approved by a judge, and two orders issued by the Varna regional public prosecutor's office and dated 7 April 2010. The Government also produced press photographs of the applicants' house which showed, among other things, a glass facade giving onto the garden.

C. The applicants' psychological state following the police operation at their home

28. Mrs Gutsanova stated that her younger daughter, B., had had a stammer for which she had seen a specialised speech therapist for a year, and that she had begun stammering again following the events of 31 March 2010.

29. According to the statement made by the teacher responsible for S., the couple's elder daughter, the latter had been visibly stressed and unusually quiet on 31 March 2010. Mr Gutsanov's sister, who had looked after her niece in her own home the same day, observed that the child had been anxious. The girl had apparently spoken a few times that day about what had happened at her house. Since then, she had been fearful whenever she saw police officers.

30. On 12 April 2010 Mr and Mrs Gutsanovi's two daughters were examined by a psychiatrist, who observed that the memory of the events of 31 March 2010 produced anxious reactions in both girls, in the form of anxiety in the case of the elder girl and outbursts of crying in the case of the younger one. The psychiatrist did not observe any other psychological complications in the children.

31. Following the events of 31 March 2010, Mrs Gutsanova consulted a psychiatrist on two occasions. She complained, among other things, of insomnia and anxiety and was prescribed tranquillisers.

...

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

...

D. State responsibility for damage

67. Section 1(1) of the State and Municipalities Responsibility for Damage Act allows individuals to obtain compensation for damage caused by the unlawful decisions, acts or omissions of State or municipal bodies or officials in the performance of their administrative duties. According to the settled case-law of the Bulgarian Supreme Court of Cassation, acts performed by the criminal investigation and prosecuting authorities in the context of criminal proceedings are not classified as administrative duties and are therefore excluded from the scope of this provision (*Решение № 615 от 10 юли 2001 г. на ВКС по гр. д. № 1814/2000 г.; Тълкувателно решение № 3 от 22 април 2004 г. на ВКС по тълк. д. № 3/2004 г., ОСГК*). Under section 2 of the Act as in force at the relevant time, the criminal investigation and prosecuting authorities and the courts were liable in the following circumstances: unlawful pre-trial detention; charging or conviction followed by discontinuance of the criminal proceedings or acquittal; compulsory admission to hospital or other coercive measures ordered by a court which were later set aside as unlawful; and execution of a sentence exceeding the initial length or amount (see also *Iliya Stefanov v. Bulgaria*, no. 65755/01, §§ 28 and 29, 22 May 2008; *Kandzhov v. Bulgaria*, no. 68294/01, §§ 35-39, 6 November 2008; and *Bochev v. Bulgaria*, no. 73481/01, §§ 37-39, 13 November 2008).

...

THE LAW

...

I. ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLE 3 OF THE CONVENTION

77. The applicants contended that the police operation at their home had subjected them to treatment incompatible with Article 3 of the Convention, which provides:

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

78. The applicants complained in particular that the manner in which the police operation had been conducted – before daybreak, by masked and heavily armed police officers who had forced their way in and pointed their weapons at them and had handcuffed Mr Gutsanov while forcing him to kneel down – had subjected them to a severe psychological ordeal amounting to degrading treatment.

79. In their written observations of 6 January 2012, the applicants complained of the lack of a criminal investigation into their alleged ill-treatment during the police operation of 31 March 2010.

A. Admissibility

1. Complaint concerning the police operation of 31 March 2010

(a) The Government's observations

80. The Government submitted that this complaint should be rejected for failure to exhaust domestic remedies and failure to comply with the six-month time-limit, and because it was premature and the applicants did not have victim status.

81. They observed firstly that the criminal investigation against Mr Gutsanov was still pending, with the result that the complaint under Article 3 was premature.

82. In the Government's view, the applicants had not raised their complaint alleging degrading treatment before the competent authorities. Furthermore, they had not lodged an action for damages under section 2 of the State and Municipalities Responsibility for Damage Act. They had therefore omitted to exhaust the remedies that were normally available and effective under domestic law.

83. The Government went on to observe that, in an order of 7 April 2010, the Varna regional public prosecutor's office had decided not to commence criminal proceedings against the police officers who had entered the applicants' home. The prosecuting authorities had noted, *inter alia*, that the police officers' actions had not constituted any criminal offence. They further argued that the actions in question had in no sense been intended to undermine the applicants' dignity or cause them any psychological harm; accordingly, they did not amount to treatment incompatible with Article 3 of the Convention. In the Government's view, the applicants could not therefore claim to be victims of a violation of their rights under that Article.

(b) The applicants' observations

84. The applicants did not dispute the fact that they had not lodged a criminal complaint against the police officers who had entered their home on 31 March 2010. However, they argued that such a remedy would be manifestly ineffective for two reasons in particular. Firstly, no provision of Bulgarian criminal law made it a punishable offence to inflict degrading treatment on others stemming from psychological pressure. Secondly, as the Court had found in a series of cases concerning operations by special officers of the national police force, the authorities' systematic refusal to reveal the identity of the officers concerned would make any criminal investigation concerning them ineffective.

85. The decision not to prosecute issued by the regional public prosecutor's office in the present case merely confirmed that a criminal complaint would have been ineffective. The public prosecutor had taken the decision not to commence criminal proceedings against the police officers shortly after the file had been opened, on the sole basis of two reports by police officers and without having taken statements from any other witnesses or gathered other evidence. The applicants had not been informed of that decision and had been deprived of any opportunity of being involved in the investigation.

86. As to a possible action for damages under the State and Municipalities Responsibility for Damage Act, the applicants maintained that this could likewise not be regarded as an effective domestic remedy in their case. According to the settled case-law of the domestic courts, section 1 of the Act, under the terms of which the State could be held liable for damage caused as a result of administrative action, was not applicable to action taken by police officers to enforce investigative measures in the context of criminal proceedings, which formed part of the judicial process rather than the performance of administrative duties. Furthermore, in a binding interpretative judgment delivered in 2005, the Supreme Court of Cassation had made clear that where administrative bodies including the police were implementing measures ordered by the judicial authorities, an action for damages against the State could be brought only against the latter and on the basis of section 2 of the State and Municipalities Responsibility for Damage Act. However, section 2 provided for compensation in only a limited number of situations. The only one that could possibly apply in the present case was Mr Gutsanov's acquittal or the subsequent discontinuance of the criminal proceedings against him. However, it would be difficult for the applicants to prove their allegations given that all the witnesses to the

events were police officers who had taken part in the operation of 31 March 2010.

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

87. The Court observes at the outset that the Government raised several objections of inadmissibility in relation to the complaint under Article 3 of the Convention. In view of the parties' submissions, it considers that the issues of compliance with the six-month time-limit and the allegedly premature nature of the application are closely linked to the objection of non-exhaustion raised by the Government. It therefore considers it appropriate first of all to determine whether the applicants in the present case complied with the rule of exhaustion of domestic remedies.

(i) *Objection of failure to exhaust domestic remedies*

88. The Court reiterates that the rule of exhaustion of domestic remedies referred to in Article 35 § 1 of the Convention obliges applicants to have exhausted the remedies that are normally available and sufficient in the domestic legal system to enable them to obtain redress for the breaches alleged. The existence of the remedies must be sufficiently certain, in practice as well as in theory, failing which they will lack the requisite accessibility and effectiveness (see, among many other authorities, *Salman v. Turkey* [GC], no. 21986/93, § 81, ECHR 2000-VII, and *İlhan v. Turkey* [GC], no. 22277/93, § 58, ECHR 2000-VII).

89. It is incumbent on the Government claiming non-exhaustion to satisfy the Court that the remedy was an effective one available in theory and in practice at the relevant time. Once that has been demonstrated, it falls to the applicant to establish that the remedy advanced by the Government was in fact exhausted or was for some reason inadequate and ineffective in the particular circumstances of the case or that there existed special circumstances absolving him or her from the requirement (see *Akdivar and Others v. Turkey*, 16 September 1996, § 68, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV).

90. According to the Court's established case-law, the remedy normally available in Bulgarian law in respect of inhuman and degrading treatment allegedly caused by police officers is a complaint to the prosecuting authorities (see, among many other authorities, *Asenov and Others v. Bulgaria*, 28 October 1998, § 86, *Reports* 1998-VIII; *Osman and Osman v. Bulgaria* (dec.), no. 43233/98, 6 May 2004; and *Kemerov v. Bulgaria* (dec.), no. 44041/98, 2 September 2004). The applicants in the present case did not lodge such a complaint with the public prosecutor against the police officers who entered their home on the morning of 31 March

2010. They contended in that regard that a complaint to the prosecuting authorities could not be regarded as an effective remedy in their case, in view of the nature of the ill-treatment to which they had been subjected and the deficiency of the domestic criminal-law provisions (see paragraph 84 above).

91. The Court observes that in its judgment in *Hristovi v. Bulgaria* (no. 42697/05, § 95, 11 October 2011), it noted with concern the treatment accorded in Bulgarian criminal law to acts causing psychological suffering. It noted in particular that, with the exception of the very specific case of death threats, the Bulgarian Criminal Code did not provide for the criminalisation of acts by police officers giving rise to this kind of suffering, resulting, for example, from an aggressively conducted search, seizure and arrest operation. Hence, unless a complainant alleged that he or she had sustained physical injury at the hands of the police, the authorities could not be required to commence criminal proceedings in relation to the acts complained of. The Court noted that this deficiency in the criminal law allowed those responsible for inflicting psychological trauma to escape criminal accountability for their actions.

92. The applicants in the present case complained exclusively of the adverse psychological effects of the police operation carried out at their home on the morning of 31 March 2010. They did not claim to have been physically assaulted by the police officers. It therefore appears that if they had lodged a criminal complaint against the police officers in question, the prosecuting authorities would have inevitably refused to institute criminal proceedings because of the same legal deficiency observed by the Court in *Hristovi* (cited above). It follows that the criminal-law remedy that was normally available and effective in cases of physical violence inflicted by the police was bound from the outset to fail in the particular circumstances complained of by the applicants. The Court cannot therefore criticise them for not having lodged a complaint with the prosecuting authorities against the officers involved in the police operation.

93. The Court further observes that in its judgment in *Miroslaw Garlicki v. Poland* (no. 36921/07, § 77, 14 June 2011), it acknowledged that the civil claim for compensation provided for by Polish law in cases of violations of personal rights such as the right to health, liberty, honour and human dignity constituted appropriate redress in respect of the alleged violation of Article 3, in a case in which the applicant complained exclusively of the adverse psychological effects of his arrest by masked officers, which had taken place in front of a large number of people and had subsequently received extensive media coverage. It observes that the applicants in the present case also complained of the psychological effects of the police operation targeting

them. The Government contended that the applicants could have lodged a claim for compensation under the State and Municipalities Responsibility for Damage Act (see paragraph 82 above). However, the Court considers that, in contrast to the case of *Miroslaw Garlicki* (cited above, §§ 77 and 78), where the applicant had available to him several effective domestic remedies, any action for compensation lodged by the four applicants under section 1 or 2 of the above-mentioned Bulgarian Act would have had no prospect of success, for the reasons outlined below.

94. The Court points out in this regard that section 1 of the State and Municipalities Responsibility for Damage Act allows individuals to bring proceedings in tort against the State on account of unlawful decisions, acts or omissions of State authorities or officials in the performance of their administrative duties. According to the settled case-law of the highest courts in Bulgaria, acts performed by the investigating and prosecuting authorities in the context of criminal proceedings do not form part of their administrative duties and thus do not come within the ambit of section 1 of the above-mentioned Act (see paragraph 67 above and *Iliya Stefanov*, cited above, § 28). The Court observes that the police operation at the applicants' home was carried out in the context of criminal proceedings and was aimed at arresting Mr Gutsanov and searching his home for evidence. Hence, according to the case-law of the domestic courts, the operation formed part of the investigative measures taken in the course of those proceedings and did not engage the State's liability in tort under section 1 of the above-mentioned Act.

95. As regards the applicability of section 2 of the same Act, the Court observes that the only situations that might have been applicable in the circumstances of the case were a finding that Mr Gutsanov's detention was unlawful and the discontinuance of the criminal proceedings against him or his acquittal at first instance or on appeal (see paragraph 67 above). However, the Court notes that the courts to which Mr Gutsanov applied for release found his detention to be in accordance with domestic law ... It further notes that, according to the latest information received by the first applicant, the criminal proceedings in question are still pending at the preliminary investigation stage ... In these circumstances, an action under section 2 of the State and Municipalities Responsibility for Damage Act as in force at the relevant time would have been bound to fail.

96. The Court also notes that any action lodged under section 2 of the above-mentioned Act in the event of the discontinuance of the criminal proceedings against Mr Gutsanov or his acquittal would not have amounted to express or tacit acknowledgment of the breach of his right not to be subjected to inhuman or degrading treatment. Any such action would

have had to establish that the damage in question had occurred as a result of charges being brought for a criminal offence in proceedings which were subsequently discontinued or ended in an acquittal. Accordingly, the examination of the facts by the domestic courts would have been confined to purely formal findings and would not have encompassed the actual substance of the applicants' complaints, namely what they saw as the unnecessary nature of the methods employed by the police in order to achieve the objective of the operation, and the adverse psychological effects of the law-enforcement operation on the four applicants.

97. In sum, the Court considers that, because of the deficiencies in the domestic legislation, neither the criminal complaint nor the action for damages against the State referred to by the Government would have constituted sufficiently effective domestic remedies in the instant case. The criminal remedy would have been bound to fail because of the absence of any provisions in Bulgarian law making it an offence to inflict psychological suffering (see paragraphs 90-92 above), while an action for compensation against the State would have been ineffective because of the limited scope of the domestic courts' review in the context of such proceedings (see paragraphs 94-96 above). The Government did not refer to any other remedy capable of affording redress to the applicants for the alleged violation of their rights under Article 3 of the Convention. In view of these considerations and of the arguments outlined above, the Court considers that the Government's rejection of non-exhaustion should be rejected.

(ii) Compliance with the other conditions of admissibility

98. The Government also maintained that the complaint under Article 3 of the Convention had been lodged prematurely as the preliminary investigation concerning Mr Gutsanov was still pending. The Court can discern no direct link between the criminal proceedings to which the Government referred and the applicants' complaint: the proceedings in question are not designed to establish whether the agents of the State safeguarded the applicants' physical well-being or dignity, but rather to ascertain whether Mr Gutsanov was guilty of conspiracy and of various other criminal offences linked to his position as Chairman of Varna municipal council ...

99. Even assuming that the Government expect the criminal proceedings to be discontinued or Mr Gutsanov to be acquitted, which would allow him to lodge a claim for damages under section 2 of the State and Municipalities Responsibility for Damage Act (see paragraph 95 above), the Court reiterates that an action of this kind could not lead to a finding of a violation of the applicants' right not to be subjected to inhuman or degrading treatment

during the police operation at their home (see paragraph 96 above). In view of these considerations, the Court cannot criticise the applicants for having applied to it before the criminal proceedings against Mr Gutsanov were concluded. It follows that the present complaint is not premature and that the Government's preliminary objection should be rejected.

100. The Government also contended that the applicants had not complied with the six-month time-limit laid down by Article 35 § 1 of the Convention. The Court reiterates that the six-month rule is closely linked to the rule of exhaustion of domestic remedies, as the six-month period runs from the date of the decision considered as final for the purposes of exhaustion of domestic remedies (see, among other authorities, *Edwards v. the United Kingdom* (dec.), no. 46477/99, 7 June 2001). Nevertheless, where no adequate remedy is available in domestic law, the six-month period in principle starts to run from the date on which the act complained of took place (see *Gongadze v. Ukraine*, no. 34056/02, § 155, ECHR 2005-XI).

101. In examining the objection of non-exhaustion raised by the Government, the Court noted that none of the remedies they referred to satisfied the effectiveness requirement under Article 35 § 1 of the Convention. Thus, in the present case, the start of the six-month period should be the date of the events giving rise to the complaint under Article 3, that is to say 31 March 2010. As the applicants lodged their application on 21 May 2010, the Court notes that the six-month time-limit for lodging an application with it was complied with in the instant case. The objection as to inadmissibility raised in this regard must therefore also be rejected.

102. Lastly, the Government disputed the applicants' victim status, arguing that they had not been subjected to treatment contrary to Article 3. The Court considers that this objection should be joined to the examination of the merits of the complaint under Article 3 of the Convention. It notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention and that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

2. Complaint concerning the lack of a criminal investigation into the events

103. The Court observes that the applicants raised this complaint in their written observations of 6 January 2012. In examining the admissibility of their application under the substantive aspect of Article 3, however, it noted that any criminal complaint seeking the opening of an investigation into the events would be bound to fail from the outset in view of the absence of any provision in domestic law laying down criminal penalties in respect of acts committed by police officers which cause psychological suffering

(see paragraph 92 above); this argument was, moreover, advanced by the applicants themselves (see paragraph 84 above).

104. The Court reiterates that, according to its settled case-law, the starting-point of the six-month period for lodging an application with it is the date on which the act complained of occurred, where domestic law does not afford appropriate remedies (see paragraph 100 above). It therefore considers that, in the present case, the six-month period for lodging an application under the procedural limb of Article 3 started on 31 March 2010. The applicants formulated their complaint one year and nine months later. It follows that this complaint was submitted out of time and must be rejected under Article 35 §§ 1 and 4 of the Convention.

B. Merits

1. The parties' submissions

(a) The applicants

105. The applicants submitted that the manner in which the police operation at their home had been carried out was incompatible with Article 3 of the Convention. On 31 March 2010, before dawn, a group of masked and heavily armed police officers had forced their way into their house without prior authorisation. The special officers had entered Mr and Mrs Gutsanovi's bedroom and pointed their weapons at the couple's two minor daughters. Mr Gutsanov, an influential and respected politician, had been forced to kneel down and been handcuffed.

106. In the applicants' view, there had been no reason for the police operation to be planned and carried out in this manner, in particular as Mr and Mrs Gutsanovi were respectable people who were well known in the city. Neither of them had a criminal record and there had been no reason to suppose that they would offer resistance to the law-enforcement officers. The search of their home did not constitute an urgent investigative measure under Article 161 § 2 of the Code of Criminal Procedure. According to the applicants, all these elements pointed to a real intention to intimidate them, undermine their dignity and induce a feeling of powerlessness in the face of the actions of the law-enforcement officers.

107. The police officers' actions had had an adverse psychological impact on the applicants. In particular, Mrs Gutsanova and her two daughters, aged five and seven, had been subjected to considerable psychological pressure, as noted by the psychiatrists who had examined them shortly after the events in issue. Mr Gutsanov, a respected politician belonging to an opposition

political party, had been the victim of a brutal arrest which had been widely covered in the media and which, together with the arrests of other politicians, formed part of a propaganda campaign by the ruling party. The psychological effects of the treatment complained of had been sufficiently severe to exceed the threshold required by Article 3 and for the treatment in question to be characterised as “degrading”.

(b) The Government

108. The Government contested the applicants’ allegations and their version of events. They submitted that the police operation of 31 March 2010 had been planned meticulously and carried out in a way which respected the applicants’ dignity and their rights. Mr Gutsanov’s arrest and the search of his home had been carried out in the context of a criminal investigation into serious offences involving several suspected accomplices. The police had been informed that Mr Gutsanov kept a gun in his home.

109. The police operation had been launched after sunrise, that is to say after 6 a.m. The police had knocked on the gate of the applicants’ property, announced their presence and requested that the metal gate be opened. The security guard had opened the gate but explained that he did not have a key to the front door of the house. The police had run towards the door and knocked on it, demanding that it be opened immediately. Mr Gutsanov had appeared twice at the window of the house; he had seen and identified the police by their uniforms but had not come down to open the door. At that point, fearing that he might destroy evidence, fetch his firearm or try to escape, the special officers had forced open the door of the house. They had apprehended Mr Gutsanov on the second floor while he was trying to enter a bedroom where his wife and two children were.

110. According to the Government, Mr Gutsanov had not been forced to kneel down. The officers had placed the handcuffs on him without using special immobilisation techniques and they had not pointed their weapons at his wife and daughters. The only officer who had gone into the bedroom on the second floor had been carrying only an electric stun gun and had not addressed the children or Mrs Gutsanova. The special officers had stayed in the house for only a few minutes and had left the premises after Mr Gutsanov’s arrest. Shortly afterwards, the applicant’s handcuffs had been removed.

111. The police officers’ actions had complied with domestic law. The search had been approved by a judge within twenty-four hours of being carried out and the regional public prosecutor’s office, on the basis of the information supplied by the authorities, had found that the police officers had not committed any criminal offence.

112. The Government conceded that the entry of the police into their home, and the search of the house, had undoubtedly aroused negative feelings in the applicants. However, they submitted that these were the normal and inevitable consequence of this kind of investigative measure; hence, the unpleasantness caused had not exceeded the threshold of severity beyond which Article 3 of the Convention applied. This was borne out, for instance, by the fact that the elder of the two girls had been taken to school as usual. The Government also maintained that if Mr Gutsanov had opened the front door of the house, the police officers would not have needed to resort to special measures to enter his home, which would have spared the members of his family the unpleasantness they had experienced.

2. *The Court's assessment*

(a) **Establishment of the facts**

113. The Court reiterates that allegations of ill-treatment contrary to Article 3 of the Convention must be supported by appropriate evidence. To establish the facts, the Court applies the standard of proof “beyond reasonable doubt” (see *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 161 *in fine*, Series A no. 25). However, such proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact (see *Salman*, cited above, § 100).

114. The Court notes that the events surrounding the police operation at the home of the four applicants were not the subject of any review by the domestic courts. When faced with similar situations, the Court has carried out its own assessment of the facts while complying with the rules laid down by its own case-law (see, by way of example, *Sashov and Others v. Bulgaria*, no. 14383/03, § 48, 7 January 2010).

115. On the basis of these principles, the Court deems it appropriate to take as the starting-point of its analysis the circumstances not disputed between the parties and the evidence adduced by them. It will also take into account those allegations by the parties which are sufficiently corroborated by the undisputed facts and the evidence adduced.

116. It is not disputed between the parties that the police operation at the applicants' home began shortly after 6.30 a.m. on 31 March 2010. The footage from the property's CCTV cameras made available to the Court, and the weather report from the Varna meteorological service, corroborated the applicants' allegation that the operation took place before sunrise, mainly around dawn (see paragraphs 20 and 21 above).

117. The parties also agree that the police operations team was made up of uniformed officers, plain clothes officers and special officers who were

armed and masked. The video footage submitted by the applicants (see paragraph 21 above) and the reports submitted by the Government (see paragraphs 22, 24 and 27 above) corroborate this.

118. The fact that there was a firearm and ammunition in the applicants' home is also undisputed and is established by the search report. It is clear from the Government's observations and the reports they submitted that the police officers had been alerted by their superior officers to the presence of the weapon (see paragraphs 23 and 27 above).

119. It is also common ground between the parties that the gate to the applicants' property was opened voluntarily by the security guard at the request of the police officers (see paragraphs 13 and 24 above). Moreover, the scene was filmed and recorded by the property's CCTV system (see paragraph 21 above). The parties also agree that the security guard informed the police officers of the identity of those present in the house and the fact that he did not have a key to the front door, and that the door was forced by the special officers who entered the house and arrested Mr Gutsanov (see paragraphs 13, 14, 24 and 25 above).

120. Neither of the parties disputes the fact that the applicants were not physically injured during the police operation. The certificates attesting to the psychiatric examinations carried out on Mrs Gutsanova and her two daughters (see paragraphs 30 and 31 above) were not disputed by the Government.

121. The first discrepancy between the parties' version of events concerns the description of Mr Gutsanov's conduct. According to the Government, he appeared twice at one of the windows of the house, saw the police officers and heard their calls but did not open the front door (see paragraph 25 above). The first applicant, meanwhile, stated that he had not realised that it was a police operation until the special officers entered the house and began to climb the stairs (see paragraph 16 above).

122. The evidence available to the Court does not enable it to determine whether the applicant did actually appear at the window of his house and deliberately refused to open the front door to the police officers. However, it notes that it is not disputed that the police officers knocked at the front gate of the property and announced their presence to the security guard by calling out. According to the police officers, they then knocked on the front door of the house and called out "Police! Open up!". This assertion is corroborated by the statements made by Mr and Mrs Gutsanovi, according to which they were woken by shouts and knocking at the door of the house (see paragraph 15 above). Mr Gutsanov stated that he had gone down to the first floor of the house to fetch the two children before going back up to the bedroom on the second floor. This claim was corroborated by the version of

the police officers who saw the outline of a man through the windows of the house (see paragraph 25 above).

123. As to the exact place in which Mr Gutsanov was arrested, the Court observes that he himself admitted in his statement that when the police officers forced the door and issued verbal warnings, he had run up to the bedroom on the second floor where his wife and children were (see paragraph 16 above). The Court is not in a position to determine whether Mr Gutsanov was arrested inside the bedroom on the second floor of the house, as he claimed, or on the second-floor landing after he had come out of the bedroom of his own volition, as claimed by the Government. Nor has it been established beyond any reasonable doubt that the police officers spoke to Mrs Gutsanova and asked her to cover the children with the duvet. In any event the Court observes that, according to the witness evidence given by the special officers (see paragraphs 25 and 27 above), they saw Mr Gutsanov's wife and children inside the bedroom when they went up to the second floor of the house in pursuit of Mr Gutsanov. The Court accepts that Mrs Gutsanova and her two daughters also saw the armed and masked men, if only through the bedroom door.

124. In the Court's view, Mr Gutsanov's claim that he was forced to kneel down so that the police officers could place the handcuffs on him has not been proved beyond all reasonable doubt. As regards the handcuffing, it is not disputed that the special officers placed handcuffs on Mr Gutsanov downstairs (see paragraph 16 above). However, the Court observes that neither of the parties specified the length of time for which Mr Gutsanov remained in handcuffs. In any event, it cannot but observe that there is no evidence in the file to demonstrate that the first applicant was made to appear in handcuffs before the cameras of the journalists who had gathered outside the entrance to the property that day. Furthermore, the photograph taken as he was leaving the house, at around 1 p.m., shows no signs of him being handcuffed ... Accordingly, the Court considers that the present case falls to be distinguished in that regard from the case of *Miroslaw Garlicki*, (cited above, § 75), in which the applicant was arrested at his workplace in front of his colleagues and patients, placed in handcuffs and filmed.

(b) Compliance with Article 3 in the instant case

125. The Court reiterates that ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum is relative: it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim. Treatment has been held by the Court to be "inhuman" because, *inter alia*, it was premeditated,

was applied for hours at a stretch and caused either actual bodily injury or intense physical and mental suffering, and also “degrading” because it was such as to arouse in its victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them (see *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, § 120, ECHR 2000-IV). Psychological suffering may result from a situation in which State agents deliberately instil fear in individuals by threatening to kill or ill-treat them (see *Hristovi*, cited above, § 80).

126. Article 3 does not prohibit the use of force by police officers during an arrest. Nevertheless, the use of force must be proportionate and absolutely necessary in the circumstances of the case (see, among many other authorities, *Rehbock v. Slovenia*, no. 29462/95, § 76, ECHR 2000-XII, and *Altay v. Turkey*, no. 22279/93, § 54, 22 May 2001). In this regard, it is of importance for instance whether there is reason to believe that the person concerned would resist arrest or abscond, cause injury or damage or suppress evidence (see *Raninen v. Finland*, 16 December 1997, § 56, *Reports* 1997-VIII). The Court reiterates in particular that any recourse by agents of the State to physical force against a person which has not been made strictly necessary by his or her own conduct diminishes human dignity and is in principle an infringement of the right set forth in Article 3 (see *Rachwalski and Ferenc v. Poland*, no. 47709/99, § 59, 28 July 2009). This strict proportionality test has also been applied by the Court in situations where the individuals concerned were already in the hands of the law-enforcement agencies (see, among other authorities, *Klaas v. Germany*, 22 September 1993, § 30, Series A no. 269; *Rehbock*, cited above, §§ 68-78; and *Milan v. France*, no. 7549/03, §§ 52-65, 24 January 2008).

127. Turning to the facts of the present case, the Court observes that the operation pursued the legitimate aim of carrying out an arrest, a search and a seizure of items as well as the public-interest objective of prosecuting criminal offences. The Court must be satisfied that a fair balance was struck in the circumstances of the case between the demands of the general interest and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights. It notes that, although the four applicants were not physically injured in the course of the impugned police operation, the latter necessarily entailed a degree of physical force. The front door of the house was forced open by the special operations team, Mr Gutsanov was immobilised by masked armed officers, led downstairs by force and handcuffed. The Court must therefore establish whether this use of physical force was proportionate and absolutely necessary in the instant case.

128. The aim of the police operation at the applicants’ home that day was to arrest Mr Gutsanov, who was a suspect in a criminal case concerning

misappropriation of public funds, and to carry out a search of the premises to look for physical and documentary evidence in the context of the same criminal investigation. It emerges from the evidence in the file that the investigation in question had been opened five months previously, that there were several suspects in the case and that the authorities suspected the existence of a conspiracy (see paragraph 9 ... above). The case clearly did not concern a group of individuals suspected of committing violent criminal acts.

129. With regard to Mr Gutsanov's personality, the Court observes that he was a well-known political figure in Varna: at the material time he was Chairman of the city's municipal council. Furthermore, there is no evidence in the file to suggest that he had a history of violence or that he might have presented a danger to the police officers conducting the operation at his home.

130. It is true that Mr Gutsanov was the lawful owner of a firearm and ammunition which he kept at his home. This fact was known to the police and had been specifically mentioned at the briefing of the police team before the operation (see paragraph 23 above). This was undoubtedly a relevant factor which had to be taken into account by the officers during the operation at the applicants' home. However, the Court considers that the presence of the weapon in the applicants' home was not sufficient in itself to justify the deployment of a special operations team or the degree of force that was used in the instant case.

131. It is clear from the file that the possible presence of Mr Gutsanov's wife and minor children was not taken into consideration at any stage in planning and carrying out the police operation. The fact was not mentioned during the pre-operation briefing (see paragraph 23 above) and the police officers apparently paid no heed to the warning by the security guard that young children were present in the house (see paragraph 24 above).

132. Of course, the Court cannot go so far as to require the law-enforcement agencies not to arrest persons suspected of criminal offences in their homes whenever their children or spouses are present. However, it considers that the possible presence of family members at the scene of an arrest is a circumstance that must be taken into consideration in planning and carrying out this type of police operation. This was not done in the present case and the law-enforcement agencies did not contemplate any alternative means of carrying out the operation at the applicants' home, such as staging the operation at a later hour or even deploying a different type of officer in the operation. Consideration of the legitimate interests of Mrs Gutsanova and her daughters was especially necessary since the former was not under suspicion of involvement in the criminal offences of which

her husband was suspected, and her two daughters were psychologically vulnerable because they were so young (five and seven years of age).

133. The Court also observes that the lack of prior judicial review of the necessity and lawfulness of the search left the planning of the operation entirely at the discretion of the police and the criminal investigation bodies and did not enable the rights and legitimate interests of Mrs Gutsanova and her two minor daughters to be taken into consideration. In the Court's view, such prior judicial review, in the specific circumstances of the present case, would have enabled their legitimate interests to be weighed against the public-interest objective of arresting persons suspected of committing a criminal offence.

134. As regards the psychological effects of the police operation on the applicants, the Court observes that police operations which entail intervention in the home and the arrest of suspects inevitably arouse negative emotions in the persons targeted. However, in the present case, there is concrete, undisputed evidence that Mrs Gutsanova and her two minor daughters were very severely affected by the events. Mrs Gutsanova consulted a psychiatrist on two occasions complaining of insomnia and acute anxiety and was prescribed tranquillisers (see paragraph 31 above). The two girls were also examined by a psychiatrist who observed that, when recalling the events, they reacted by crying or displaying acute anxiety (see paragraph 30 above). Mrs Gutsanova stated that her younger daughter, B., had started stammering again (see paragraph 28 above). As for S., the couple's elder daughter, the statements by her aunt and her schoolteacher indicated that she had been deeply affected by the police operation at her home and by her father's arrest (see paragraph 29 above). The Court also considers that the fact that the police operation took place in the early morning and involved special officers wearing masks, who were seen by Mrs Gutsanova and her two daughters, served to heighten the feelings of fear and anxiety experienced by these three applicants, to the extent that the treatment to which they were subjected exceeded the threshold of severity required for Article 3 of the Convention to apply. The Court therefore considers that these three applicants were subjected to degrading treatment.

135. As regards the adverse psychological effects of the police operation on Mr Gutsanov, the Court cannot but observe that the first applicant did not produce any medical evidence to this effect. Nevertheless, he stated that the humiliation and anxiety he had experienced during the heavy-handed operation to arrest him, in front of the members of his family, had been sufficiently intense for Article 3 to apply in his case (see paragraph 107 above).

136. The Court reiterates its findings to the effect that the police operation in question was planned and carried out without regard for a number of relevant factors such as the nature of the criminal offences of which Mr Gutsanov was suspected, the fact that he had no history of violence, and the possible presence of his wife and daughters in the family home. All these elements point clearly to the excessive nature of the deployment of special officers and special procedures in order to arrest the first applicant and enable the police to enter his home. The Court considers that, in the light of these circumstances, the manner in which Mr Gutsanov's arrest was carried out – very early in the morning, by several armed and masked officers who forced their way in through the door of the house, and under the frightened gaze of Mr Gutsanov's wife and two young daughters – aroused strong feelings of fear, anguish and powerlessness in the first applicant, capable of humiliating and debasing him in his own eyes and in the eyes of his close relatives. The Court considers that the intensity of these feelings exceeded the threshold of severity required for Article 3 to apply. Accordingly, Mr Gutsanov too was subjected to degrading treatment.

137. In conclusion, having taken into account all the relevant circumstances in the present case, the Court considers that the police operation at the applicants' home was not planned and carried out in such a way as to ensure that the means employed were strictly necessary in order to attain the ultimate objectives of arresting a person suspected of committing criminal offences and gathering evidence in the context of a criminal investigation. The four applicants were subjected to a psychological ordeal which aroused in them strong feelings of fear, anguish and powerlessness and which, on account of its adverse effects, amounted to degrading treatment for the purposes of Article 3. There has therefore been a violation of that provision in the present case.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Decides* to join to the merits the Government's objection regarding the applicants' victim status in respect of the complaint under Article 3 of the Convention;
2. *Declares*, unanimously, the complaints concerning Article 3 admissible ...;
3. *Holds*, unanimously, that there has been a violation of Article 3 in respect of the four applicants;

...

Done in French, and notified in writing on 15 October 2013, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Françoise Elens-Passos
Registrar

Ineta Ziemele
President

...

JANOWIEC AND OTHERS v. RUSSIA
(Applications nos. 55508/07 and 29520/09)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 21 OCTOBER 2013¹

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following referral of the case in accordance with Article 43 of the Convention.

SUMMARY¹**Alleged failure adequately to account for fate of Polish prisoners executed by Soviet secret police at Katyn in 1940**

In order for a “genuine connection” to be established enabling the Court to exercise temporal jurisdiction to examine a complaint under Article 2 of the Convention of a failure to conduct an effective investigation into a death that occurred before the entry into force of the Convention in respect of the respondent State concerned, the period of time between the death as the triggering event and the entry into force of the Convention in respect of that State must have been reasonably short (in principle, not exceeding ten years) and a major part of the investigation must or ought to have been carried out after the entry into force (see paragraphs 141 and 146-48 of the judgment).

Although, even where the “genuine connection” test is not satisfied, the Court can in extraordinary situations exercise jurisdiction in order to ensure the real and effective protection of the guarantees and underlying values of the Convention, it cannot do so where the impugned events occurred prior to the adoption of the Convention on 4 November 1950 (see paragraphs 149-51 of the judgment).

Article 35 § 3

Competence ratione temporis – Court’s temporal jurisdiction in respect of deaths that occurred fifty-eight years before the Convention came into force in the respondent State – Procedural obligation to conduct effective investigation – Absence of “genuine connection” between deaths and entry into force of Convention in respect of respondent State – Criteria relevant to determination whether real and effective protection of guarantees and underlying Convention values nevertheless constitute sufficient basis for recognising connection – Serious crimes under international law – Inapplicability of “Convention values” exception to events which occurred prior to adoption of Convention in 1950

Article 3

Inhuman treatment – Positive obligations – Alleged failure adequately to account for fate of Polish prisoners executed by Soviet secret police at Katyn in 1940 – Absence of uncertainty as to fate of applicants’ relatives by the time Convention came into force in respect of Russia – “Confirmed death” case – Absence of special circumstances entailing

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

suffering distinct from emotional distress inevitably caused to relatives of victims of serious human rights violations

Article 38

Furnish all necessary facilities – Refusal on grounds of national security to provide copy of domestic-court decision to discontinue criminal investigation into Katyn massacre – Requirement of independent review in adversarial proceedings of need to classify information as secret where fundamental human rights at stake – Absence of any meaningful scrutiny of executive decision not to declassify information concerning investigation into serious historical human rights violation

*

* *

Facts

The applicants were relatives of Polish officers and officials who were detained in Soviet camps or prisons following the Red Army's invasion of the Republic of Poland in September 1939 and who were later killed by the Soviet secret police without trial, along with more than 21,000 others, in April and May 1940. The victims were buried in mass graves in the Katyn forest. Investigations into the mass murders were started in 1990 but discontinued in 2004. The text of the decision to discontinue the investigation remained classified at the date of the Court's judgment and the applicants were not given access to it. Their repeated requests to gain access to that decision and to declassify its top secret label were continuously rejected by the Russian courts. The Russian authorities also refused to produce a copy of the decision to the Court on the grounds that the document was not crucial to the applicants' case and that they were prevented by domestic law from disclosing classified information.

Law

(1) Article 2 (procedural aspect): The Court reiterated that its temporal jurisdiction to review a State's compliance with its procedural obligation under Article 2 to carry out an effective investigation into alleged unlawful killing by State agents was not open-ended where the deaths had occurred before the date the Convention came into force in respect of that State. In such cases, the Court had jurisdiction only in respect of procedural acts or omissions in the period subsequent to the Convention's entry into force and provided there was a "genuine connection" between the death as the triggering event and the entry into force. For a "genuine connection" to be established, the period between the death and the entry into force had to have been reasonably short and a major part of the investigation had or ought to have been carried out after the date of entry into force. For this purpose, a reasonably short period meant a period of no more than ten years.

On the evidence, it had to be presumed that the applicants' relatives had been executed by the Soviet authorities in 1940. However, Russia had not ratified the Convention until May 1998, some fifty-eight years later. That period was not only many times longer than the periods which had triggered the procedural obligation under Article 2 in all previous cases that had come before the Court, but also too long in absolute terms for a genuine connection to be established between the deaths and the entry into force of the Convention in respect of Russia. Further, although the investigation into the origin of the mass burials had only been formally terminated in 2004, six years after the entry into force of the Convention in respect of Russia, it was impossible, on the basis of the information available in the case file and in the parties' submissions, to identify any real investigative steps after the date of entry into force. The Court was unable to accept that a re-evaluation of the evidence, a departure from previous findings or a decision regarding the classification of the investigation materials could be said to have amounted to the "significant proportion of the procedural steps" required to establish a "genuine connection" for the purposes of Article 2. Nor had any relevant piece of evidence or substantive item of information come to light in the period since the critical date. Accordingly, neither criterion for establishing the existence of a "genuine connection" had been fulfilled.

Nevertheless, as the Court had noted in *Šilih v. Slovenia* ([GC], no. 71463/01, 9 April 2009), there might be extraordinary situations which did not satisfy the "genuine connection" standard, but where the need to ensure the real and effective protection of the guarantees and the underlying values of the Convention would constitute a sufficient basis for recognising the existence of a connection. For the required connection to be found in such cases the triggering event would have to be of a larger dimension than an ordinary criminal offence and amount to the negation of the very foundations of the Convention. Serious crimes under international law, such as war crimes, genocide or crimes against humanity would fall into that category. However, this so-called "Convention values" clause could not be applied to events which occurred prior to the adoption of the Convention on 4 November 1950, for it was only then that the Convention had begun its existence as an international human rights treaty. A Contracting Party could not be held responsible under the Convention for not investigating even the most serious crimes under international law if they predated the Convention. In this connection, there was a fundamental difference between a State having the possibility to prosecute for a serious crime under international law where circumstances allowed, and it being obliged to do so by the Convention. The events that might have triggered the obligation to investigate under Article 2 had taken place in early 1940, more than ten years before the Convention came into existence. Accordingly, there were no elements capable of providing a bridge from the distant past into the recent post

entry into force period and the Court had no competence to examine the complaint under Article 2.

Conclusion: preliminary objection upheld (thirteen votes to four).

(2) Article 3: In its case-law, the Court had accepted that the suffering of family members of a “disappeared person”, who had gone through a long period of alternating hope and despair, might justify finding a violation of Article 3 on account of the particularly callous attitude of the authorities towards their requests for information. However, in the applicants’ case, the Court’s jurisdiction only extended to the period starting on 5 May 1998, the date of entry into force of the Convention in respect of Russia. By then, no lingering uncertainty as to the fate of the Polish prisoners of war remained. Even though not all of the bodies had been recovered, their deaths had been publicly acknowledged by the Soviet and Russian authorities and had become an established historical fact. It necessarily followed that what could initially have been a “disappearance” case had to be considered a “confirmed death” case. Since none of the special circumstances of the kind which had prompted the Court to find a separate violation of Article 3 in “confirmed death” cases (for example, being a direct witness of the victim’s suffering), were present in the applicants’ case, their suffering had not reached a dimension and character distinct from the emotional distress inevitably caused to relatives of victims of a serious human rights violation.

Conclusion: no violation (twelve votes to five).

(3) Article 38: The Government had not complied with the Court’s request to provide it with a copy of the decision of September 2004 to discontinue the Katyn investigation, on the grounds that the decision had been lawfully classified top secret at domestic level and that the Government were precluded from communicating classified material to international organisations in the absence of guarantees as to its confidentiality.

The Court reiterated that, even where national security was at stake, the concepts of lawfulness and the rule of law in a democratic society required that measures affecting fundamental human rights must be subject to some form of adversarial proceedings before an independent body competent to review the reasons for the decision and the relevant evidence, otherwise the State authorities would be able to encroach arbitrarily on rights protected by the Convention.

In the instant case, the national courts had not subjected to any meaningful scrutiny the executive’s assertion that information contained in the decision to discontinue the investigation should be kept secret more than seventy years after the events. They had confined the scope of their inquiry to ascertaining that the classification decision had been issued within the administrative competence of the relevant authorities, without carrying out an independent review of whether the conclusion that its declassification constituted a danger to national security had a reasonable basis in fact. They had not addressed in substance the argument that,

since it brought to an end the investigation into one of the most serious violations of human rights committed on orders from the highest level, the decision was not in fact amenable to classification under the domestic law. Nor had they performed a balancing exercise between, on the one hand, the alleged need to protect the information and, on the other, the public interest in a transparent investigation and the private interest of the victims' relatives in uncovering the circumstances of their death. Given the restricted scope of the domestic judicial review of the classification decision, the Court was unable to accept that the submission of a copy of the 2004 decision to discontinue the investigation could have affected Russia's national security.

The Court also emphasised that legitimate national-security concerns could be accommodated in proceedings before it by means of appropriate procedural arrangements, including restricted access to the document in question under Rule 33 of the Rules of Court and, *in extremis*, the holding of a hearing behind closed doors. However, the Government had not requested the application of such measures.

Conclusion: failure to comply with Article 38 (unanimously).

Article 41: Claims in respect of damage dismissed as a failure to comply with Article 38 of the Convention was a procedural matter which did not call for an award of just satisfaction.

Case-law cited by the Court

Açış v. Turkey, no. 7050/05, 1 February 2011

Agache and Others v. Romania, no. 2712/02, 20 October 2009

Akhmadova and Sadulayeva v. Russia, no. 40464/02, 10 May 2007

Akkum and Others v. Turkey, no. 21894/93, ECHR 2005-II

Al-Nashif v. Bulgaria, no. 50963/99, 20 June 2002

Aslakhanova and Others v. Russia, nos. 2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08 and 42509/10, 18 December 2012

Association "21 December 1989" and Others v. Romania, nos. 33810/07 and 18817/08, 24 May 2011

Bajić v. Croatia, no. 41108/10, 13 November 2012

Bazorkina v. Russia, no. 69481/01, 27 July 2006

Bekirski v. Bulgaria, no. 71420/01, 2 September 2010

Bitiyeva and Others v. Russia, no. 36156/04, 23 April 2009

Blečić v. Croatia [GC], no. 59532/00, ECHR 2006-III

Brecknell v. the United Kingdom, no. 32457/04, 27 November 2007

Çakıcı v. Turkey [GC], no. 23657/94, ECHR 1999-IV

Çakır v. Cyprus (dec.), no. 7864/06, 29 April 2010

Crăiniceanu and Frumușanu v. Romania, no. 12442/04, 24 April 2012

Dalban v. Romania [GC], no. 28114/95, ECHR 1999-VI

Damayev v. Russia, no. 36150/04, 29 May 2012

- Damir Sibgatullin v. Russia*, no. 1413/05, 24 April 2012
Davydov and Others v. Ukraine, nos. 17674/02 and 39081/02, 1 July 2010
Dedovskiy and Others v. Russia, no. 7178/03, 15 May 2008
Dimovi v. Bulgaria, no. 52744/07, 6 November 2012
Enukidze and Girgoliani v. Georgia, no. 25091/07, 26 April 2011
Er and Others v. Turkey, no. 23016/04, 31 July 2012
Esmukhambetov and Others v. Russia, no. 23445/03, 29 March 2011
Gongadze v. Ukraine, no. 34056/02, ECHR 2005-XI
Gutiérrez Dorado and Dorado Ortiz v. Spain (dec.), no. 30141/09, 27 March 2012
Igor Shevchenko v. Ukraine, no. 22737/04, 12 January 2012
Imakayeva v. Russia, no. 7615/02, 9 November 2006
Inderbiyeva v. Russia, no. 56765/08, 27 March 2012
Ireland v. the United Kingdom, 18 January 1978, Series A no. 25
Jularić v. Croatia, no. 20106/06, 20 January 2011
Karner v. Austria, no. 40016/98, ECHR 2003-IX
Khadzhialiyev and Others v. Russia, no. 3013/04, 6 November 2008
Khashuyeva v. Russia, no. 25553/07, 19 July 2011
Kopecký v. Slovakia [GC], no. 44912/98, ECHR 2004-IX
Kudra v. Croatia, no. 13904/07, 18 December 2012
Labita v. Italy [GC], no. 26772/95, ECHR 2000-IV
Lăpușan and Others v. Romania, nos. 29007/06, 30552/06, 31323/06, 31920/06, 34485/06, 38960/06, 38996/06, 39027/06 and 39067/06, 8 March 2011
Liu v. Russia (no. 2), no. 29157/09, 26 July 2011
Lukanov v. Bulgaria, 20 March 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-II
Luluyev and Others v. Russia, no. 69480/01, ECHR 2006-XIII
Lyubov Efimenko v. Ukraine, no. 75726/01, 25 November 2010
Maslova and Nalbandov v. Russia, no. 839/02, 24 January 2008
McCann and Others v. the United Kingdom, 27 September 1995, Series A no. 324
McShane v. the United Kingdom, no. 43290/98, 28 May 2002
Mladenović v. Serbia, no. 1099/08, 22 May 2012
Mocanu and Others v. Romania, nos. 10865/09, 45886/07 and 32431/08, 13 November 2012
Musayev and Others v. Russia, nos. 57941/00, 58699/00 and 60403/00, 26 July 2007
Musikhanova and Others v. Russia, no. 27243/03, 4 December 2008
Nevmerzhitsky v. Ukraine, no. 54825/00, 5 April 2005
Nolan and K. v. Russia, no. 2512/04, 12 February 2009
Orhan v. Turkey, no. 25656/94, 18 June 2002
Osmanoğlu v. Turkey, no. 48804/99, 24 January 2008
Otašević v. Serbia, no. 32198/07, 5 February 2013
Paçacı and Others v. Turkey, no. 3064/07, 8 November 2011
Pastor and Țiclete v. Romania, nos. 30911/06 and 40967/06, 19 April 2011

- P.M. v. Bulgaria*, no. 49669/07, 24 January 2012
Poleshchuk v. Russia, no. 60776/00, 7 October 2004
Sabri Güneş v. Turkey [GC], no. 27396/06, 29 June 2012
Salakhov and Islyamova v. Ukraine, no. 28005/08, 14 March 2013
Sambiyev and Pokayeva v. Russia, no. 38693/04, 22 January 2009
Şandru and Others v. Romania, no. 22465/03, 8 December 2009
Sasita Israilova and Others v. Russia, no. 35079/04, 28 October 2010
Shakhgiriyeva and Others v. Russia, no. 27251/03, 8 January 2009
Šilih v. Slovenia [GC], no. 71463/01, 9 April 2009
Stanimirović v. Serbia, no. 26088/06, 18 October 2011
Tahsin Acar v. Turkey [GC], no. 26307/95, ECHR 2004-III
Tangiyeva v. Russia, no. 57935/00, 29 November 2007
Taniş and Others v. Turkey, no. 65899/01, ECHR 2005-VIII
Tanlı v. Turkey, no. 26129/95, ECHR 2001-III
Tanrıku v. Turkey [GC], no. 23763/94, ECHR 1999-IV
Tigran Ayrapetyan v. Russia, no. 75472/01, 16 September 2010
Timurtaş v. Turkey, no. 23531/94, ECHR 2000-VI
Trubnikov v. Russia, no. 49790/99, 5 July 2005
Trufin v. Romania, no. 3990/04, 20 October 2009
Tuna v. Turkey, no. 22339/03, 19 January 2010
Udayeva and Yusupova v. Russia, no. 36542/05, 21 December 2010
Utsayeva and Others v. Russia, no. 29133/03, 29 May 2008
Vagapova and Zubirayev v. Russia, no. 21080/05, 26 February 2009
Varnava and Others v. Turkey [GC], nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, ECHR 2009
Velcea and Mazăre v. Romania, no. 64301/01, 1 December 2009
Velkhiyev and Others v. Russia, no. 34085/06, 5 July 2011
Yasin Ateş v. Turkey, no. 30949/96, 31 May 2005
Yatsenko v. Ukraine, no. 75345/01, 16 February 2012
Zubayrayev v. Russia, no. 67797/01, 10 January 2008

In the case of Janowiec and Others v. Russia,

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

Josep Casadevall, *President*,

Guido Raimondi,

Ineta Ziemele,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Corneliu Bîrsan,

Peer Lorenzen,

Alvina Gyulumyan,

Khanlar Hajiyev,

Dragoljub Popović,

Luis López Guerra,

Kristina Pardalos,

Vincent A. De Gaetano,

Julia Laffranque,

Helen Keller,

Helena Jäderblom,

Krzysztof Wojtyczek,

Dmitry Dedov, *judges*,

and Erik Fribergh, *Registrar*,

Having deliberated in private on 13 February and 5 September 2013,

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

PROCEDURE

1. The case originated in two applications (nos. 55508/07 and 29520/09) against the Russian Federation lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by fifteen Polish nationals (“the applicants”), on 19 November 2007 and 24 May 2009 respectively.

2. The applicants’ names are listed in paragraphs 25 to 37 below. They live in Poland and in the United States of America. The applicants Mr Janowiec and Mr Trybowski were represented before the Court by Mr J. Szewczyk, a Polish lawyer practising in Warsaw. The other applicants were represented by Professor I. Kamiński from the Institute of Legal Studies, and by Mr R. Nowosielski and Mr B. Sochański, Polish lawyers practising in Gdańsk and Szczecin respectively, as well as by Mr R. Karpinskiy and Ms A. Stavitskaya, Russian lawyers practising in Moscow.

3. The Russian Government (“the Government”) were represented by Mr G. Matyushkin, Representative of the Russian Federation at the European Court of Human Rights.

4. The Polish Government, who intervened in the case in accordance with Article 36 § 1 of the Convention, were initially represented by their Agent, Mr J. Wołaszewicz of the Ministry of Foreign Affairs, and subsequently by their co-Agent, Ms A. Mężykowska.

5. The applications were allocated to the Fifth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 7 October 2008 and 24 November 2009 the President of the Section decided to give notice of the applications to the Russian and Polish Governments. It was also decided to grant priority to the applications under Rule 41 of the Rules of Court.

6. By a decision of 5 July 2011, the Court joined the applications. It further decided to join to the merits the Government’s objection as to the Court’s jurisdiction *ratione temporis* in respect of the complaint under the procedural limb of Article 2 of the Convention, and declared the applications partially admissible.

7. On 16 April 2012 a Chamber of the Fifth Section composed of Dean Spielmann, President, Karel Jungwiert, Boštjan M. Zupančič, Anatoly Kovler, Mark Villiger, Ganna Yudkivska and Angelika Nußberger, judges, delivered its judgment. It found, by four votes to three, that it was unable to take cognisance of the merits of the complaint under Article 2 of the Convention; by five votes to two, that there had been a violation of Article 3 of the Convention in respect of ten applicants; and, unanimously, that there had been no violation of that provision in respect of the other applicants. It also found, by four votes to three, that the respondent Government had failed to comply with their obligations under Article 38 of the Convention.

8. On 5 July 2012 the applicants requested that the case be referred to the Grand Chamber under Article 43 of the Convention and Rule 73. On 24 September 2012 a panel of the Grand Chamber granted the request.

9. The composition of the Grand Chamber was determined in accordance with the provisions of Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24.

10. The applicants and the Government each filed a memorial before the Grand Chamber.

11. Subsequently, the President of the Grand Chamber granted leave to the following organisations to submit written comments as third parties under Article 36 § 2 of the Convention: Open Society Justice Initiative, Amnesty International and the Public International Law and Policy Group. A group of three non-governmental organisations – Memorial, the European

Human Rights Advocacy Centre and the Transitional Justice Network – were also granted leave to make a joint written submission as third parties.

12. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 13 February 2013 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the respondent Government*

Mr G. Matyushkin,	<i>Agent,</i>
Mr N. Mikhaylov,	
Mr P. Smirnov,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicants*

Mr J. Szewczyk,	
Mr I. Kamiński,	
Mr B. Sochański,	<i>Counsel;</i>

(c) *for the Polish Government*

Mr M. Szpunar,	<i>Deputy Minister of Foreign Affairs,</i>
Ms A. Mężykowska,	<i>Co-Agent,</i>
Mr W. Schabas,	<i>Adviser.</i>

The Court heard addresses by Mr Szewczyk, Mr Kamiński and Mr Sochański for the applicants, Mr Matyushkin for the respondent Government and Ms Mężykowska for the Polish Government.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

13. The facts of the case, as submitted or undisputed by the parties, may be summarised as follows.

A. Background

14. On 23 August 1939 the Foreign Ministers of the Soviet Union and Nazi Germany signed a non-aggression treaty (known as “the Molotov-Ribbentrop Pact”) which included an additional secret protocol whereby the parties agreed on “the question of the boundary of their respective spheres of influence in Eastern Europe”. In particular, they concluded as follows:

“2. In the event of a territorial and political rearrangement of the areas belonging to the Polish State, the spheres of influence of Germany and the USSR [Union of Soviet

Socialist Republics] shall be bounded approximately by the line of the rivers Narew, Vistula, and San.”

15. On 1 September 1939 Germany invaded Poland, starting the Second World War. On 17 September 1939 the Soviet Red Army marched into Polish territory, allegedly acting to protect the Ukrainians and Belorussians living in the eastern part of Poland because the Polish State had collapsed under the German attack and could no longer guarantee the security of its own citizens. The Polish army did not offer military resistance. The USSR annexed the territory newly under its control and in November 1939 declared that the 13.5 million Polish citizens who lived there were henceforth Soviet citizens.

16. In the wake of the Red Army's advance around 250,000 Polish soldiers, border guards, police officers, prison guards, State officials and other functionaries were detained. After they had been disarmed, some of them were set free; the others were sent to special prison camps established by the People's Commissariat for Internal Affairs ((NKVD), a predecessor of the State Security Committee (KGB)) in Kozelsk, Ostashkov and Starobelsk. On 9 October 1939 it was decided that the Polish officer corps should be billeted at the camps in Kozelsk and Starobelsk and the remaining functionaries, including the police officers and prison guards, in Ostashkov.

17. In early March 1940 Lavrentiy Beria, Head of the NKVD, submitted to Joseph Stalin, Secretary General of the USSR Communist Party, a proposal to approve the shooting of Polish prisoners of war on the ground that they were all “enemies of the Soviet authorities filled with hatred for the Soviet system of government” who were “attempting to continue their c[ounter]-r[evolutionary] work” and “conducting anti-Soviet agitation”. The proposal specified that the prisoner-of-war camps accommodated 14,736 former military and police officers, of whom more than 97 per cent were Polish by nationality, and that a further 10,685 Poles were being held in the prisons of the western districts of Ukraine and Belorussia.

18. On 5 March 1940 the Politburo of the Central Committee of the USSR Communist Party considered the proposal and decided as follows:

“I. Instructs the NKVD USSR as follows:

(1) the cases of the 14,700 persons remaining in the prisoner-of-war camps (former Polish army officers, government officials, landowners, policemen, intelligence agents, military policemen, settlers and prison guards),

(2) and the cases of the persons arrested and remaining in prisons in the western districts of Ukraine and Belorussia, numbering 11,000 (members of various counter-revolutionary espionage and sabotage organisations, former landowners, factory owners, former Polish army officers, government officials and fugitives), are to be

considered in a special procedure, with the sentence of capital punishment – [execution by] shooting – being imposed.

II. The cases are to be considered without the detainees being summoned or the charges being disclosed, and without any statements concerning the conclusion of the investigation or the bills of indictment being issued to them, in the following manner:

(a) the persons remaining in the prisoner-of-war camps: on the basis of information provided by the Directorate of Prisoner-of-War Affairs, NKVD USSR,

(b) the persons arrested: on the basis of information provided by the NKVD of the Ukrainian SSR and the NKVD of the Belorussian SSR.”

The decision was signed by Joseph Stalin, Kliment Voroshilov, Anastas Mikoyan, Vyacheslav Molotov, Mikhail Kalinin and Lazar Kaganovich.

19. The killings took place in April and May 1940. Prisoners from the Kozelsk camp were killed at a site near Smolensk known as the Katyn Forest; those from the Starobelsk camp were shot in the Kharkov NKVD prison and their bodies were buried near the village of Pyatikhatki; the police officers from Ostashkov were killed in the Kalinin (now Tver) NKVD prison and buried in Mednoye. The circumstances of the execution of the prisoners from the prisons in western Ukraine and Belorussia remain unknown to this day.

20. In 1942 and 1943, first Polish railroad workers and then the German army discovered mass burials near the Katyn Forest. An international commission consisting of twelve forensic experts and their support staff from Belgium, Bulgaria, Croatia, Denmark, Finland, France, Hungary, Italy, the Netherlands, Romania, Slovakia and Sweden was set up. It conducted the exhumation works from April to June 1943. The remains of 4,243 Polish officers were excavated, of whom 2,730 were identified. The commission concluded that the Soviet authorities had been responsible for the massacre.

21. The Soviet authorities responded by putting the blame on the Germans who had allegedly – according to Moscow – taken control of the Polish prisoners and murdered them in the summer of 1941. Following the liberation of the Smolensk district by the Red Army in September 1943, the NKVD set up the Extraordinary State Commission chaired by Nicolay Burdenko, which purported to collect evidence of German responsibility for the killing of the Polish officers. In its communiqué of 22 January 1944 the Commission announced that the Polish prisoners had been executed by the Germans in the autumn of 1941.

22. In the course of the trial of German war criminals before the International Military Tribunal, the Katyn killings were mentioned in the indictment as an instance of a war crime (Indictment: Count Three – War

Crimes, Section C (2)). On 13 February 1946 the Deputy Chief Prosecutor for the USSR, Colonel Y.V. Pokrovsky, charged the defendants with the execution of 11,000 Polish prisoners of war in the autumn of 1941, relying on the Extraordinary State Commission's report (Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, vol. VII, pp. 425-27). Despite the objections by Soviet prosecutors to the taking of oral evidence, the Tribunal heard evidence on 1 and 2 July 1946 from three witnesses for the prosecution and three witnesses for the defence (Vol. XVII, pp. 270-371). At the conclusion of the trial, no mention of the Katyn killings was made either in the text of the judgment of the International Military Tribunal or in the dissenting opinion of the Soviet judge.

23. On 3 March 1959 Aleksandr Shelepin, Chairman of the KGB, proposed to Nikita Khrushchev, Secretary General of the USSR Communist Party, that the documents on the execution of Polish prisoners of war be destroyed:

“Since 1940, records and other materials regarding prisoners and interned officers, policemen, gendarmes, [military] settlers, landowners and other persons from the former bourgeois Poland who were shot that same year, have been kept by the Committee of State Security of the Council of Ministers, USSR. On the basis of decisions taken by the Soviet NKVD's special *troika*, a total of 21,857 persons were shot, 4,421 of them in Katyn Forest (Smolenskiy district), 3,820 in the Starobelsk camp near Kharkov, 6,311 in the Ostashkov camp (Kalininskiy district) and 7,305 in other camps and prisons in western Ukraine and Belorussia.

The entire operation to liquidate the above-mentioned individuals was carried out on the basis of a decision by the Central Committee of the Communist Party of the USSR dated 5 March 1940... Since the time the above-mentioned operation was carried out, that is, since 1940, no information has been released to anybody relating to the case, and all of the 21,857 files have been stored in a sealed location.

None of these files are of any operational or historical value to Soviet organs. It is also highly doubtful whether they could be of any real value to our Polish friends. On the contrary, an unforeseen incident could lead to the operation being revealed, with all the undesirable consequences that would entail for our country, especially since, as regards the persons shot in the Katyn Forest, the official version was confirmed by an investigation carried out on the initiative of the Soviet authorities in 1944...

On the basis of the above, it seems opportune to destroy all the records concerning the persons shot in 1940 in the above-mentioned operation ... [T]he reports of the meetings of the NKVD USSR *troika* sentencing those persons to be shot, and also the documents on execution of that decision, could be preserved.”

24. The remaining documents were put in a special file, known as “package no. 1”, to which only the Secretary General of the USSR Communist Party had the right of access. On 28 April 2010 its contents were officially made public on the website of the Russian State Archives

Service. The file contained the following historical documents: Beria's proposal of 5 March 1940, the Politburo's decision of the same date, the pages removed from the minutes of the Politburo's meeting and Shelepin's note of 3 March 1959.

B. The applicants and their relationship to the victims

1. The applicants in case no. 55508/07

25. The first applicant, Mr Jerzy-Roman Janowiec, was born in 1929. He is the son of Mr Andrzej Janowiec, born in 1890, who was a lieutenant in the Polish army before the Second World War.

26. The second applicant, Mr Antoni-Stanisław Trybowski, was born in 1940. He is the grandson of Mr Antoni Nawratil, born in 1883, a lieutenant-colonel in the Polish army.

27. Both Mr Andrzej Janowiec and Mr Antoni Nawratil were taken prisoner of war during the Soviet invasion of Poland in September 1939 and sent to the Starobelsk camp in the USSR. Among the prisoners in the camp, Mr Janowiec was listed as prisoner no. 3914 and Mr Nawratil as prisoner no. 2407. They were subsequently transferred to a prison in Kharkov and executed in April 1940.

2. The applicants in case no. 29520/09

28. The first and second applicants, Ms Witomiła Wołk-Jezińska and Ms Ojcumiła Wołk, were born respectively in 1940 and 1917. They are the daughter and wife of Mr Wincenty Wołk, born in 1909, who was a lieutenant in a heavy artillery unit of the Polish army before the Second World War. He was taken prisoner of war by the Red Army on the night of 19 September 1939 and held in Kozelsk special camp (listed in position 3 on NKVD dispatching list 052/3 of April 1940). He was killed on 30 April 1940 and buried in Katyn. His body was identified during the 1943 exhumation (no. 2564).

29. The third applicant, Ms Wanda Rodowicz, was born in 1938. She is the granddaughter of Mr Stanisław Rodowicz, born in 1883, who was a reserve officer in the Polish army. He was taken prisoner of war by the Red Army at the Hungarian border on around 20 September 1939 and held in Kozelsk special camp (listed in position 94 on list 017/2). He was killed and buried in Katyn. His body was identified during the 1943 exhumation (no. 970).

30. The fourth applicant, Ms Halina Michalska, was born in 1929 and died in 2012. She was the daughter of Mr Stanisław Uziembło, born

in 1889. An officer of the Polish army, Mr Uziembło was taken prisoner of war by the Soviets near Białystok, Poland, and detained in the special NKVD camp at Starobelsk (position 3400). He was presumed killed in Kharkov and buried at Pyatikhatki near Kharkov (now in Ukraine).

31. The fifth applicant, Mr Artur Tomaszewski, was born in 1933. He is the son of Mr Szymon Tomaszewski, born in 1900. The fifth applicant's father, commander of the police station at the Polish-Soviet border in Kobylia, was arrested there by Soviet troops and taken to the special NKVD camp at Ostashkov (position 5 on list 045/3). He was killed in Tver and buried in Mednoye.

32. The sixth applicant, Mr Jerzy Lech Wielebnowski, was born in 1930. His father, Mr Aleksander Wielebnowski, born in 1897, was a police officer working in Luck in eastern Poland. In October 1939 he was arrested by Soviet troops and placed in the Ostashkov camp (position 10 on list 033/2). He was killed in Tver and buried in Mednoye.

33. The seventh applicant, Mr Gustaw Erchard, was born in 1935. His father, Mr Stefan Erchard, born in 1900, was the headmaster of a primary school in Rudka, Poland. He was arrested by the Soviets and detained at the Starobelsk camp (position 3869). He was presumed killed in Kharkov and buried in Pyatikhatki.

34. The eighth and ninth applicants, Mr Jerzy Karol Malewicz and Mr Krzysztof Jan Malewicz, born in 1928 and 1931 respectively, are the sons of Mr Stanisław August Malewicz. The ninth applicant died in 2011. Their father was born in 1889 and served as a doctor in the Polish army. He was taken prisoner of war at Równe, Poland, and held at the Starobelsk camp (position 2219). He was presumed killed in Kharkov and buried in Pyatikhatki.

35. The tenth and eleventh applicants, Ms Krystyna Krzyszkowiak and Ms Irena Erchard, born in 1940 and 1936 respectively, are the daughters of Mr Michał Adamczyk. Born in 1903, he was the commander of Sarnaki police station. He was arrested by the Soviets, detained at the Ostashkov camp (position 5 on list 037/2), killed in Tver and buried in Mednoye.

36. The twelfth applicant, Ms Krystyna Mieszczankowska, born in 1930, is the daughter of Mr Stanisław Mielecki. Her father, a Polish officer, was born in 1895 and was held at the Kozelsk camp after his arrest by Soviet troops. He was killed and buried in Katyn; his body was identified during the 1943 exhumation.

37. The thirteenth applicant, Mr Krzysztof Romanowski, born in 1953, is the nephew of Mr Ryszard Żołędziowski. Mr Żołędziowski, born in 1887, was held at the Starobelsk camp (position 1151) and was presumed killed in Kharkov and buried in Pyatikhatki. A list of Starobelsk prisoners which

included his name was retrieved from the coat pocket of a Polish officer whose remains, with gunshot wounds to the head, were excavated during a joint Polish-Russian exhumation near Kharkov in 1991.

C. Investigations in criminal case no. 159

38. On 13 April 1990, during a visit by Polish President Wojciech Jaruzelski to Moscow, the President of the USSR, Mikhail Gorbachev, handed over to him the documents concerning the Katyn massacre. The official news agency of the USSR published a communiqué which affirmed, on the basis of newly disclosed archive materials, that “Beria, Merkulov and their subordinates bore direct responsibility for the crime committed in the Katyn Forest”.

39. On 22 March 1990 the Kharkov regional prosecutor’s office opened a criminal investigation into the origin of mass graves found in the city’s Lesopark district. On 6 June 1990 the Kalinin (Tver) prosecutor’s office instituted a criminal case into “the disappearance” (*исчезновение*) in May 1940 of the Polish prisoners of war who had been held in the NKVD camp in Ostashkov. On 27 September 1990 the Chief Military Prosecutor’s Office of the USSR took over the Kharkov investigation under the number 159 and assigned it to a group of military prosecutors.

40. In the summer and autumn of 1991, Polish and Russian specialists carried out exhumations of corpses at the mass burial sites in Kharkov, Mednoye and Katyn. They also reviewed the archive documents relating to the Katyn massacre, interviewed at least forty witnesses and commissioned forensic examinations.

41. On 14 October 1992 the Russian President Boris Yeltsin revealed that the Polish officers had been sentenced to death by Stalin and the Politburo of the USSR Communist Party. The director of the Russian State Archives transferred to the Polish authorities a number of documents, including the decision of 5 March 1940. During an official visit to Poland on 25 August 1993, President Yeltsin paid tribute to the victims in front of the Katyn Cross in Warsaw.

42. In late May 1995 prosecutors from Belarus, Poland, Russia and Ukraine held a working meeting in Warsaw during which they reviewed the progress of the investigation in case no. 159. The participants agreed that the Russian prosecutors would ask their Belarusian and Ukrainian counterparts for legal assistance to determine the circumstances of the execution of 7,305 Polish citizens in 1940.

43. On 13 May 1997 the Belarusian authorities informed their Russian counterparts that they had not been able to uncover any documents relating to the execution of Polish prisoners of war in 1940. In 2002 the Ukrainian

authorities produced documents concerning the transfer of Polish prisoners from the Starobelsk camp to the NKVD prison in the Kharkov region.

44. In 2001, 2002 and 2004 the President of the Polish Institute for National Remembrance (“the INR”) repeatedly but unsuccessfully contacted the Russian Chief Military Prosecutor’s Office with a view to obtaining access to the investigation files.

45. On 21 September 2004 the Chief Military Prosecutor’s Office decided to discontinue criminal case no. 159, apparently on the ground that the persons allegedly responsible for the crime had already died. On 22 December 2004 the Inter-Agency Commission for the Protection of State Secrets classified thirty-six volumes of the case file – out of a total of 183 volumes – as “top secret” and a further eight volumes as “for internal use only”. The decision to discontinue the investigation was given “top secret” classification and its existence was only revealed on 11 March 2005 at a press conference given by the Chief Military Prosecutor.

46. Further to a request from the Court for a copy of the decision of 21 September 2004, the Russian Government refused to produce it, citing its secret classification. It transpired from the Government’s submissions that the investigation had been discontinued on the basis of Article 24 § 4 (1) of the Code of Criminal Procedure, on account of the suspects’ death.

47. From 9 to 21 October 2005 three prosecutors from the INR conducting the investigation into the Katyn massacre and the chief specialist of the Central Commission for the Prosecution of Crimes against the Polish Nation visited Moscow at the invitation of the Chief Military Prosecutor’s Office. They examined the sixty-seven volumes of case no. 159 which were not classified, but were not allowed to make any copies.

48. On 8 May 2010 the Russian President Dmitry Medvedev provided the Speaker of the Polish Parliament with sixty-seven volumes of the Katyn investigation files. In total, according to the information submitted by the Polish Government, the Russian authorities handed over to them certified copies of 148 volumes, containing approximately 45,000 pages.

D. Proceedings in application no. 55508/07

49. In 2003, Mr Szewczyk – a Polish lawyer retained by the first applicant (Mr Janowiec) and by the mother of the second applicant (Mr Trybowski) – applied to the Prosecutor General of the Russian Federation with a request to be provided with documents concerning Mr Andrzej Janowiec, Mr Antoni Nawratil and a third person.

50. On 23 June 2003 the Prosecutor General’s Office replied to the lawyer, informing him that the Chief Military Prosecutor’s Office was investigating a criminal case concerning the execution of Polish officers

in 1940. In 1991 the investigation had recovered some 200 bodies in the Kharkov, Tver and Smolensk regions and identified some of them, including Mr Nawratil and Mr Janowiec. Their names had also been found on the list of prisoners in the Starobelsk camp. Any further documents concerning them had been destroyed previously.

51. On 4 December 2004 Mr Szewczyk formally requested the Chief Military Prosecutor's Office to recognise the rights of Mr Janowiec and Mr Trybowski as relatives of the executed Polish officers and to provide them with copies of the procedural documents and also of personal documents relating to Mr Antoni Nawratil and Mr Andrzej Janowiec.

52. On 10 February 2005 the Chief Military Prosecutor's Office replied that Mr Antoni Nawratil and Mr Andrzej Janowiec were listed among the prisoners from the Starobelsk camp who had been executed in 1940 by the NKVD and buried near Kharkov. No further materials concerning those individuals were available. Copies of the procedural documents could only be given to officially recognised victims or their representatives.

53. Subsequently the applicants Mr Janowiec and Mr Trybowski retained the services of a Russian lawyer, Mr Bushuev, who asked the Chief Military Prosecutor's Office for permission to study the case file. On 7 November 2006 the Chief Military Prosecutor's Office informed him that he would not be allowed to access the file because his clients had not been formally recognised as victims in the case.

54. The lawyer lodged a judicial appeal against the Chief Military Prosecutor's Office's refusals of 10 February 2005 and 7 November 2006. He submitted, in particular, that the status as victim of a criminal offence should be determined by reference to the factual circumstances, such as whether or not the individual concerned had sustained damage as a result of the offence. From that perspective, the investigator's decision to recognise someone as a victim should be viewed as a formal acknowledgement of such factual circumstances. The lawyer sought to have the applicants Mr Janowiec and Mr Trybowski recognised as victims and to be granted access to the case file.

55. On 18 April 2007 the Military Court of the Moscow Command rejected the complaint. It noted that, although Mr Antoni Nawratil and Mr Andrzej Janowiec had been listed among the prisoners in the Starobelsk camp, their remains had not been among those identified by the investigation. Accordingly, in the Military Court's view, there were no legal grounds to assume that they had died as a result of the offence in question. As to the materials in the case file, the Military Court observed that the decision to discontinue the criminal proceedings dated 21 September 2004

had been declared a State secret and, for that reason, foreign nationals could not have access to it.

56. On 24 May 2007 the Supreme Court of the Russian Federation upheld that judgment on appeal, reproducing verbatim the reasoning of the Military Court.

E. Proceedings in application no. 29520/09

57. On 20 August 2008 a team of lawyers acting for the applicants lodged a judicial appeal against the prosecutor's decision of 21 September 2004. They submitted that the applicants' relatives had been among the imprisoned Polish officers whose execution had been ordered by the Politburo of the USSR Communist Party on 5 March 1940. However, the applicants had not been granted victim status in case no. 159 and could not file motions or petitions, have access to the file materials or receive copies of the decisions. The lawyers also claimed that the investigation had not been effective because no attempt had been made to take biological samples from the applicants in order to identify the exhumed human remains.

58. On 14 October 2008 the Military Court of the Moscow Command dismissed the appeal. It found that in 1943 the International Commission and the Technical Commission of the Polish Red Cross had excavated the remains and then reburied them, without identifying the bodies or counting them. A subsequent excavation in 1991 had only identified twenty-two persons and the applicants' relatives had not been among those identified. The Military Court acknowledged that the names of the applicants' relatives had been included in the NKVD lists for the Ostashkov, Starobelsk and Kozelsk camps; however, "the 'Katyn' investigation ... did not establish the fate of the said individuals". As their bodies had not been identified, there was no proof that the applicants' relatives had lost their lives as a result of the crime of abuse of power (Article 193-17 of the 1926 Soviet Criminal Code) referred to in the decision of 21 September 2004. Accordingly, there was no basis for granting victim status to the applicants under Article 42 of the Code of Criminal Procedure. Moreover, classified materials could not be made accessible to "representatives of foreign States".

59. The lawyers submitted a statement of appeal in which they alleged that the lack of information about the fate of the applicants' relatives had been the result of an ineffective investigation. The twenty-two persons had been identified only on the basis of the military identification tags found at the burial places and the investigators had not undertaken any measures or commissioned any forensic examinations to identify the exhumed remains. Furthermore, it was a publicly known fact that the 1943 excavation had

uncovered the remains of 4,243 people, of whom 2,730 individuals had been identified. Among those identified were three persons whose relatives had been complainants in the proceedings. The granting of victim status to the complainants would have allowed the identification of the remains with the use of genetic methods. Finally, the lawyers stressed that the Katyn criminal case file did not contain any information supporting the conclusion that any of the Polish officers taken from the NKVD camps had survived or died of natural causes.

60. On 29 January 2009 the Supreme Court of the Russian Federation upheld the judgment of 14 October 2008 in its entirety. It repeated verbatim extensive passages of the findings of the Moscow Military Court, but also added that the decision of 21 September 2004 could not be quashed because the prescription period had expired and because the proceedings in respect of certain suspects had been discontinued on “rehabilitation grounds”.

F. Proceedings for declassification of the decision of 21 September 2004

61. On 26 March 2008 Memorial, a Russian non-governmental human rights organisation, lodged an application with the Chief Military Prosecutor’s Office seeking to have the decision of 21 September 2004 declassified. In its answer dated 22 April 2008, the prosecutor’s office informed Memorial that it was not competent to set aside the classified status, which had been approved on 22 December 2004 by the Inter-Agency Commission for the Protection of State Secrets (“the Commission”).

62. On 12 March 2009 Memorial applied to the Commission for declassification of the decision of 21 September 2004, claiming that the classification of the materials of the Katyn investigation was morally and legally unacceptable and that it had also been in breach of section 7 of the State Secrets Act, which precluded classification of any information about violations of human rights. By a letter of 27 August 2009, the Commission replied to Memorial that their application had been examined and rejected, but did not provide further details.

63. Memorial challenged the Commission’s refusal before the Moscow City Court. At a hearing on 13 July 2010 the court read out the Commission’s letter of 25 June 2010 addressed to the presiding judge. The letter stated that the Commission had not made any decision on 22 December 2004 to classify the decision of the Chief Military Prosecutor’s Office of 21 September 2004.

64. Following an *in camera* hearing, the Moscow City Court rejected Memorial’s application for declassification on 2 November 2010, finding in particular as follows:

“The court has established that on 21 September 2004 the Chief Military Prosecutor’s Office issued a decision terminating the criminal investigation which had been instituted on 22 March 1990 by the Kharkov regional prosecutor’s office of the Ukrainian SSR [Soviet Socialist Republic] in connection with the discovery of the remains of Polish nationals in the wooded zone of Kharkov ...

The investigation characterised the actions of a number of named high-ranking officials of the USSR as an abuse of power with particularly aggravating circumstances under Article 193-17 (b) of the RSFSR [Russian Soviet Federated Socialist Republic] Criminal Code. The criminal case in respect of those officials was terminated on the basis of Article 24 § 1 (4) of the Russian Code of Criminal Procedure (on account of the guilty persons’ deaths). The case in respect of the others was terminated on the basis of Article 24 § 1 (2) (there was no criminal offence).

The Chief Military Prosecutor’s Office sent the draft decision on termination of the criminal proceedings to the Federal Security Service for an expert opinion as to whether or not it contained any confidential or secret information within the meaning of section 9 of the State Secrets Act, since the Federal Security Service had the right to dispose as it saw fit of the information reproduced in the Chief Military Prosecutor’s decision.

A commission of experts from the Federal Security Service found that the Chief Military Prosecutor’s draft decision included information which had not been declassified. In addition, the commission pointed out that the draft decision contained information to which access was restricted ...

On 21 September 2004 an official from the Chief Military Prosecutor’s Office issued the decision discontinuing criminal investigation no. 159. In the light of the above-mentioned findings by the Federal Security Service and on the basis of section 5 § 4 (2, 3) and section 8 of the State Secrets Act and point 80 of Presidential Decree no. 1203 of 30 November 1995, the document was given top secret classification ... Accordingly, there are no legal grounds for granting Memorial’s request that the Chief Military Prosecutor’s resolution classifying the decision of 21 September 2004 be declared unlawful and unjustified ...

In so far as the complainant argued that information concerning violations of the law by State authorities or officials may not be declared a State secret or classified in accordance with section 7 of the State Secrets Act, this argument is without merit because the Chief Military Prosecutor’s decision of 21 September 2004 contained information in the field of intelligence, counterintelligence and operational and search activities which, pursuant to section 4 of the State Secrets Act, constituted a State secret ...”

65. On 26 January 2011 the Supreme Court of the Russian Federation rejected the appeal lodged by Memorial against the City Court’s judgment.

G. Proceedings for the “rehabilitation” of the applicants’ relatives

66. Most of the applicants applied repeatedly to different Russian authorities, first and foremost the Chief Military Prosecutor’s Office, for

information on the Katyn criminal investigation and for the “rehabilitation” of their relatives in accordance with the provisions of the 1991 Rehabilitation Act (see paragraph 86 below).

67. By a letter of 21 April 1998 sent in response to a rehabilitation request by Ms Ojcumiła Wołk, the Chief Military Prosecutor’s Office confirmed that her husband, Mr Wincenty Wołk, had been held as a prisoner of war in the Kozelsk camp and had then been executed, along with other prisoners, in the spring of 1940. The letter stated that her application for rehabilitation would be considered only after the conclusion of the criminal investigation.

68. Following the discontinuation of the investigation in case no. 159, Ms Witomiła Wołk-Jeziarska asked the Chief Military Prosecutor’s Office on 25 October 2005 for a copy of the decision discontinuing the investigation. By a letter of 23 November 2005, the prosecutor’s office refused to provide it, citing the decision’s top secret classification. On 8 December 2005 the Polish Embassy in Moscow asked the prosecutor’s office for an explanation concerning the rehabilitation of Mr Wołk. In a letter of 18 January 2006 the prosecutor’s office expressed the view that there was no legal basis for the rehabilitation of Mr Wołk or the other Polish citizens because the investigation had not determined which provision of the 1926 Criminal Code had been the basis for the repression to which they had been subjected. A similarly worded letter of 12 February 2007 refused a further request to the same effect by Ms Wołk.

69. On 13 March 2008 the Chief Military Prosecutor’s Office rejected a request for rehabilitation submitted by counsel on behalf of all the applicants. The prosecutor stated that it was not possible to determine the legal basis for the repression to which Polish citizens had been subjected in 1940. Despite the existence of some documents stating that the applicants’ relatives had been transferred from the NKVD camps at Ostakhkov, Kozelsk and Starobelsk to Kalinin, Smolensk and Kharkov, the joint efforts by Belarusian, Polish, Russian and Ukrainian investigators had not uncovered any criminal files or other documents relating to their prosecution in 1940. In the absence of such files it was not possible to decide whether the Rehabilitation Act would be applicable. Furthermore, the prosecutor stated that the remains of the applicants’ relatives had not been discovered among the human remains found during the exhumation works.

70. Counsel lodged a judicial appeal against the prosecutor’s refusal.

71. On 24 October 2008 the Khamovnicheskiy District Court of Moscow dismissed the appeal. While the court confirmed that the names of the applicants’ relatives had featured on the NKVD lists of prisoners, it pointed out that only twenty bodies had been identified as a result of the exhumations conducted in the context of case no. 159 and that the

applicants' relatives had not been among those identified. The court further found that there was no reason to assume that the ten Polish prisoners of war (the applicants' relatives) had actually been killed, and that Russian lawyers had no legal interest in the rehabilitation of Polish citizens.

72. On 25 November 2008 the Moscow City Court rejected, in summary fashion, an appeal against the District Court's judgment.

H. Statement by the Russian Duma on the Katyn tragedy

73. On 26 November 2010 the State Duma, the lower chamber of the Russian Parliament, adopted a statement entitled "On the Katyn tragedy and its victims" which read, in particular, as follows:

"Seventy years ago, thousands of Polish citizens held in the prisoner-of-war camps of the NKVD of the USSR and in prisons in the western regions of the Ukrainian SSR and Belorussian SSR were shot dead.

The official Soviet propaganda attributed responsibility for this atrocity, which has been given the collective name of the Katyn tragedy, to Nazi criminals ... In the early 1990s our country made great strides towards the establishment of the truth about the Katyn tragedy. It was recognised that the mass extermination of Polish citizens on USSR territory during the Second World War had been an arbitrary act by the totalitarian State ...

The published materials that have been kept for many years in secret archives not only demonstrate the scale of this terrible tragedy but also attest to the fact that the Katyn crime was carried out on the direct orders of Stalin and other Soviet leaders ...

Copies of many documents which had been kept in the closed archives of the Politburo of the Communist Party of the Soviet Union have already been handed over to the Polish side. The members of the State Duma believe that this work must be carried on. It is necessary to continue studying the archives, verifying the lists of victims, restoring the good names of those who perished in Katyn and other places, and uncovering the circumstances of the tragedy ..."

II. RELEVANT INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

A. The Hague Convention IV

74. The Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land of 18 October 1907 ("the 1907 Hague Convention (IV)"), and in particular its annex, Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, provides as follows:

"Art. 4. Prisoners of war are in the power of the hostile Government, but not of the individuals or corps who capture them.

They must be humanely treated.

...

Art. 23. In addition to the prohibitions provided by special Conventions, it is especially forbidden

...

(b) To kill or wound treacherously individuals belonging to the hostile nation or army;

(c) To kill or wound an enemy who, having laid down his arms, or having no longer means of defence, has surrendered at discretion;

...

Art. 50. No general penalty, pecuniary or otherwise, shall be inflicted upon the population on account of the acts of individuals for which they cannot be regarded as jointly and severally responsible.”

B. Geneva Convention

75. The Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of 27 July 1929 (“the Geneva Convention of 1929”) provided as follows:

“Art. 2. Prisoners of war are in the power of the hostile Government, but not of the individuals or formation which captured them.

They shall at all times be humanely treated and protected, particularly against acts of violence, from insults and from public curiosity.

Measures of reprisal against them are forbidden.

...

Art. 61. No prisoner of war shall be sentenced without being given the opportunity to defend himself.

No prisoner shall be compelled to admit that he is guilty of the offence of which he is accused.

...

Art. 63. A sentence shall only be pronounced on a prisoner of war by the same tribunals and in accordance with the same procedure as in the case of persons belonging to the armed forces of the detaining Power.”

C. Charter of the International Military Tribunal

76. Article 6 of the Charter (Statute) of the International Military Tribunal (Nuremberg Tribunal) set up in pursuance of the agreement signed on 8 August 1945 by the governments of the United States of America,

France, the United Kingdom and the USSR, contained the following definition of crimes:

“...

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

(a) **crimes against peace:** namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;

(b) **war crimes:** namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;

(c) **crimes against humanity:** namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

...”

77. The definition was subsequently codified as Principle VI in the Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, formulated by the International Law Commission in 1950 under United Nations General Assembly Resolution 177 (II) and affirmed by the General Assembly.

D. Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity

78. The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity (26 November 1968), to which the Russian Federation is a party, provides in particular as follows:

Article I

“No statutory limitation shall apply to the following crimes, irrespective of the date of their commission:

(a) War crimes as they are defined in the Charter of the International Military Tribunal, Nürnberg, of 8 August 1945 and confirmed by resolutions 3 (I) of 13 February 1946 and 95 (I) of 11 December 1946 of the General Assembly of the United Nations ...

(b) Crimes against humanity whether committed in time of war or in time of peace as they are defined in the Charter of the International Military Tribunal, Nürnberg, of 8 August 1945 and confirmed by resolutions 3 (I) of 13 February 1946 and 95 (I) of 11 December 1946 of the General Assembly of the United Nations ...”

Article IV

“The States Parties to the present Convention undertake to adopt, in accordance with their respective constitutional processes, any legislative or other measures necessary to ensure that statutory or other limitations shall not apply to the prosecution and punishment of the crimes referred to in articles I and II of this Convention and that, where they exist, such limitations shall be abolished.”

E. Vienna Convention on the law of treaties

79. The Vienna Convention on the law of treaties (23 May 1969), to which the Russian Federation is a party, provides as follows:

Article 26

Pacta sunt servanda

“Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.”

Article 27

Internal law and observance of treaties

“A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. ...”

Article 28

Non-retroactivity of treaties

“Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.”

F. International Covenant on Civil and Political Rights

80. Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights (“the Covenant”), to which the Russian Federation is a party, reads as follows:

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

81. The United Nations Human Rights Committee’s General Comment No. 31 [80]: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States

Parties to the Covenant, adopted on 29 March 2004 (2,187th meeting), reads as follows:

“4. The obligations of the Covenant in general and article 2 in particular are binding on every State Party as a whole. All branches of government (executive, legislative and judicial), and other public or governmental authorities, at whatever level – national, regional or local – are in a position to engage the responsibility of the State Party. The executive branch that usually represents the State Party internationally, including before the Committee, may not point to the fact that an action incompatible with the provisions of the Covenant was carried out by another branch of government as a means of seeking to relieve the State Party from responsibility for the action and consequent incompatibility. This understanding flows directly from the principle contained in Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, according to which a State Party ‘may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty’. ...”

82. At its meeting on 3 April 2003 the Human Rights Committee established under Article 28 of the Covenant expressed the following views after consideration of Communication No. 886/1999, submitted on behalf of Ms Natalia Schedko and Mr Anton Bondarenko against Belarus:

“10.2 The Committee notes that the author’s claim that her family was informed of neither the date, nor the hour, nor the place of her son’s execution, nor of the exact place of her son’s subsequent burial, has remained unchallenged. In the absence of any challenge to this claim by the State party, and any other pertinent information from the State party on the practice of execution of capital sentences, due weight must be given to the author’s allegation. The Committee understands the continued anguish and mental stress caused to the author, as the mother of a condemned prisoner, by the persisting uncertainty of the circumstances that led to his execution, as well as the location of his gravesite. The complete secrecy surrounding the date of execution, and the place of burial and the refusal to hand over the body for burial have the effect of intimidating or punishing families by intentionally leaving them in a state of uncertainty and mental distress. The Committee considers that the authorities’ initial failure to notify the author of the scheduled date for the execution of her son, and their subsequent persistent failure to notify her of the location of her son’s grave amounts to inhuman treatment of the author, in violation of article 7 of the Covenant.”

83. At its meeting on 28 March 2006 the Human Rights Committee expressed the following views after consideration of Communication No. 1159/2003, submitted on behalf of Mariam, Philippe, Auguste and Thomas Sankara against Burkina Faso:

“6.2 The Committee noted the State party’s arguments concerning the inadmissibility of the communication *ratione temporis*. Having also noted the authors’ arguments, the Committee considered that a distinction should be drawn between the complaint relating to Mr. Thomas Sankara and the complaint concerning Ms. Sankara and her children. The Committee considered that the death of Thomas Sankara,

which may have involved violations of several articles of the Covenant, occurred on 15 October 1987, hence before the Covenant and the Optional Protocol entered into force for Burkina Faso. This part of the communication was therefore inadmissible *ratione temporis*. Thomas Sankara's death certificate of 17 January 1988, stating that he died of natural causes – contrary to the facts, which are public knowledge and confirmed by the State party ... – and the authorities' failure to correct the certificate during the period since that time must be considered in the light of their continuing effect on Ms. Sankara and her children.

...

12.2 Concerning the alleged violation of article 7, the Committee understands the anguish and psychological pressure which Ms. Sankara and her sons, the family of a man killed in disputed circumstances, have suffered and continue to suffer because they still do not know the circumstances surrounding the death of Thomas Sankara, or the precise location where his remains were officially buried. Thomas Sankara's family have the right to know the circumstances of his death, and the Committee points out that any complaint relating to acts prohibited under article 7 of the Covenant must be investigated rapidly and impartially by the competent authorities. In addition, the Committee notes, as it did during its deliberations on admissibility, the failure to correct Thomas Sankara's death certificate of 17 January 1988, which records a natural death contrary to the publicly known facts, which have been confirmed by the State party. The Committee considers that the refusal to conduct an investigation into the death of Thomas Sankara, the lack of official recognition of his place of burial and the failure to correct the death certificate constitute inhuman treatment of Ms. Sankara and her sons, in breach of article 7 of the Covenant."

III. RELEVANT DOMESTIC LAW

A. Code of Criminal Procedure of the Russian Federation (Law no. 174-FZ of 18 December 2001)

84. Article 24 § 1 sets out the following grounds for discontinuation of criminal proceedings:

“(1) there was no criminal offence;

(2) the acts did not constitute a criminal offence;

...

(4) the suspect or the defendant died, except in cases in which the criminal proceedings need to be continued for the rehabilitation of the deceased.”

85. Article 42 defines a “victim” as an individual who has sustained physical, pecuniary or non-pecuniary damage as the result of a crime. The decision to recognise the individual as a “victim” must be made by the examiner, investigator, prosecutor or court.

B. Rehabilitation Act (Law no. 1761-I of 18 October 1991)

86. According to the preamble, the purpose of the Rehabilitation Act is the “rehabilitation” of all victims of political repression who were prosecuted on the territory of the Russian Federation after 7 November 1917, the term “rehabilitation” being understood as “the restoration of their civil rights, the removal of any other adverse consequences of the arbitrary actions and the payment of compensation in respect of pecuniary damage”.

87. Section 1 defines “political repression” as various measures of restraint, including deprivation of life or liberty, imposed by the State for political motives, as well as any other restriction on the rights or freedoms of those individuals who were recognised as being socially dangerous to the State or political regime on account of their class or social origin, ethnicity or religion.

88. Section 2 extended the application of the Rehabilitation Act to all Russian nationals, former USSR nationals, foreign nationals and stateless persons who were subjected to political repression in the territory of the Russian Federation after 7 November 1917.

89. Section 3 establishes the categories of persons who are eligible for “rehabilitation”. Point (b) concerns individuals who were subjected to criminal repression on the basis of decisions by the All-Russian Extraordinary Commission (Vecheka, *ВЧК*), the Chief Political Directorate (GPU, *ГПУ*), the People’s Commissariat for Internal Affairs (NKVD, *НКВД*), the Ministry of State Security (MGB, *МГБ*), prosecutors and their collegiate bodies, “special commissions”, the *troika* and other authorities with judicial functions.

C. Classification and declassification of State secrets in Russia

90. According to its preamble, the State Secrets Act (Law no. 5485-I of 21 July 1993) governs the procedure for the identification of State secrets, the classification and declassification of information and the protection of information in the interests of the national security of the Russian Federation.

91. Section 5 contains a list of categories of information that constitute a State secret. It includes, in particular, the following:

“(4) information in the field of intelligence, counterintelligence and operational and search activities, as well as in the field of counter-terrorism:

– concerning resources, means, sources, methods, plans and outcomes of intelligence, counterintelligence and operational and search activities and the financing thereof ...

– concerning persons who cooperated or are cooperating on a confidential basis with the authorities in charge of intelligence, counterintelligence and operational and search activities.”

92. Section 7 contains a list of information which may not be declared a State secret or classified. It covers, in particular, the following information:

- “– concerning violations of human rights and freedoms of individuals and citizens ...
- concerning breaches of the law committed by State authorities or officials.”

93. Section 13 governs the procedure for declassifying the information. It also provides as follows:

“The period, during which the State secrets shall remain classified, may not exceed thirty years. In exceptional cases, the Inter-Agency Commission on the Protection of State Secrets may extend this period.”

94. On 2 August 1997 the government adopted Regulation no. 973 on preparing State secret information for transfer to foreign States and international organisations. It provides that a decision on transferring such information may be made by the Russian government on the basis of a report prepared by the Inter-Agency Commission on the Protection of State Secrets (§ 3). The recipient party must undertake to protect the classified information by entering into an international treaty establishing, among other matters, the procedure for transferring information, a confidentiality clause and a dispute resolution procedure (§ 4).

D. Criminal Code of the Russian Federation (Law no. 63-FZ of 13 June 1996)

95. Chapter 34 contains a list of crimes against the peace and security of humankind. Article 356 prohibits in particular “cruel treatment of prisoners of war or civilians”, an offence punishable by up to twenty years’ imprisonment.

96. Article 78 § 5 stipulates that the offences defined in Articles 353 (War), 356 (Prohibited means of warfare), 357 (Genocide) and 358 (Ecocide) are imprescriptible.

THE LAW

I. WHETHER THE RELATIVES OF THE DECEASED APPLICANTS HAVE STANDING BEFORE THE COURT

97. Following the death of the applicant Mr Krzysztof Jan Malewicz on 7 July 2011, his son, Mr Piotr Malewicz, informed the Court of his wish to pursue in his stead the grievances he had raised.

98. The Chamber reiterated that in cases where an applicant had died in the course of the proceedings, the Court had previously taken into account the statements of the applicant's heirs or close family members expressing the wish to pursue the proceedings before it (see *Karner v. Austria*, no. 40016/98, § 25, ECHR 2003-IX, and *Dalban v. Romania* [GC], no. 28114/95, § 39, ECHR 1999-VI). The Chamber therefore accepted that Mr Piotr Malewicz could pursue the application in so far as it had been lodged by his late father.

99. The applicant Ms Halina Michalska died on 28 November 2012. By a letter of 30 January 2013, her son, Mr Kazimierz Raczyński, expressed his intention to pursue the proceedings in her stead.

100. The Grand Chamber is satisfied that both Mr Piotr Malewicz and Mr Kazimierz Raczyński are the next of kin of the deceased applicants. It further notes that the Chamber's acceptance of Mr Piotr Malewicz's standing before the Court has not been disputed by any of the parties. The Grand Chamber therefore sees no reason to reach a different conclusion, either in respect of Mr Piotr Malewicz or, by analogy, in respect of Mr Kazimierz Raczyński.

101. Accordingly, the Court accepts that Mr Piotr Malewicz and Mr Kazimierz Raczyński may pursue the application in so far as it was lodged by the late Mr Krzysztof Jan Malewicz and the late Ms Halina Michalska respectively.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 2 OF THE CONVENTION

102. The applicants complained that the Russian authorities had not discharged their obligations under the procedural limb of Article 2 of the Convention, which required them to conduct an adequate and effective investigation into the deaths of their relatives. Article 2 provides 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.”

A. The Chamber judgment

103. Recalling that in its admissibility decision of 5 July 2011 the Court had joined the Government's objection as to its temporal competence in respect of the procedural limb of Article 2 to the merits of the case, the Chamber examined at the outset whether that objection was to be upheld or rejected. To that end, it reviewed the applicable case-law of the Court and the principles governing the temporal limits of States' procedural obligations as they had been formulated in the *Šilih v. Slovenia* judgment ([GC], no. 71463/01, §§ 160-63, 9 April 2009) and applied in a series of cases against Romania, Ukraine and Croatia.

104. On the first test – the existence of a “genuine connection” required under the first sentence of paragraph 163 of the above-cited *Šilih* judgment, the Chamber held that the “genuine connection” standard would be satisfied only if the lapse of time between the triggering event and the ratification date remained reasonably short. In addition, it pointed out that a significant proportion of the investigative steps required for ensuring compliance with the procedural obligation under Article 2 must have been carried out after the ratification date. In the Chamber's assessment, neither condition had been met in the instant case, in which the time lapse between the deaths (1940) and the ratification date (5 May 1998) was excessively long, too long in absolute terms to satisfy the “genuine connection” standard. Likewise, the Chamber was unable to find any indication in the file or in the parties' submissions that any procedural steps had been taken in the post-ratification period that would have been comparable in their significance to those carried out before the ratification date.

105. The Chamber then went on to examine whether the circumstances of the case were such as to justify the finding that the connection between the triggering event and the ratification date was based on “the need to ensure the effective protection of the guarantees and the underlying values of the Convention” (see paragraph 139 of the Chamber judgment), as indicated in the last sentence of paragraph 163 of the above-cited *Šilih* judgment. As this was the first case in which the Court had been called upon to give an interpretation of that clause, the Chamber – drawing inspiration from the *Brecknell* judgment (see *Brecknell v. the United Kingdom*, no. 32457/04, 27 November 2007) – construed it in the following manner.

“139. ... Far from being fortuitous, the reference of the underlying values of the Convention indicates that, for such connection to be established, the event in question must be of a larger dimension than an ordinary criminal offence and constitute a negation of the very foundations of the Convention, such as, for instance, war crimes or crimes against humanity. Although such crimes are not subject to a statutory limitation by virtue of the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War

Crimes and Crimes Against Humanity ..., it does not mean that the States have an unceasing duty to investigate them. Nevertheless, the procedural obligation may be revived if information purportedly casting new light on the circumstances of such crimes comes into the public domain after the critical date. It cannot be the case that any assertion or allegation can trigger a fresh investigative obligation under Article 2 of the Convention. Given the fundamental importance of this provision, the State authorities must be sensitive to any information or material which has the potential either to undermine the conclusions of an earlier investigation or to allow an earlier inconclusive investigation to be pursued further ... Should new material come to light in the post-ratification period and should it be sufficiently weighty and compelling to warrant a new round of proceedings, the Court will have temporal jurisdiction to satisfy itself that the respondent State has discharged its procedural obligation under Article 2 in a manner compatible with the principles enunciated in its case-law.” (references omitted)

106. Applying those requirements to the case at hand, the Chamber found that the mass murder of Polish prisoners by the Soviet secret police had the features of a war crime, but that, in the period after 5 May 1998, no piece of evidence of a character or substance which could revive a procedural obligation of investigation or raise new or wider issues had been produced or uncovered. It concluded accordingly that there were no elements capable of providing a bridge from the distant past into the recent post-ratification period and that the special circumstances justifying a connection between the deaths and ratification had not been shown to exist.

107. In the light of those considerations, the Chamber found that the Court had no competence *ratione temporis* to take cognisance of the merits of the complaint under Article 2 of the Convention.

B. The parties' submissions

1. The Russian Government

108. The Government submitted that a legal distinction should be drawn between two situations: one in which a violation of the Convention occurred during a period falling outside the Court's temporal jurisdiction, and a second in which a violation of the Convention “did not legally exist at all” because at the material time the Convention had not existed. In their view, this distinction was crucial, as only a “legally existing” violation of Article 2 in its substantive aspect – which might nevertheless have taken place outside the Court's temporal jurisdiction – could trigger the State's procedural obligations under Article 2 of the Convention taken in conjunction with Article 1. In the cases previously examined by the Court, the events that triggered the duty to investigate had occurred after the adoption of the Convention. In the instant case the alleged violation of

Article 2 under its substantive limb not only fell outside the Court's temporal jurisdiction but also had not existed *de jure*, since the "Katyn events" had preceded the adoption of the Convention on 4 November 1950 by ten years and its ratification by Russia on 5 May 1998 by fifty-eight years. In the Government's view, this precluded the Court from examining Russia's compliance with its procedural obligations. Furthermore, the Government asserted that the Court had no competence *ratione materiae* to characterise the Katyn massacre as a "war crime" from the standpoint of international humanitarian law.

109. The Government submitted that no obligation to investigate the "Katyn events" could be said to have arisen, whether as a matter of domestic law or international humanitarian law or under the Convention. At the domestic level, an investigation had been conducted into a criminal offence punishable under Article 193-17 (b) of the 1926 Criminal Code of the RSFSR (abuse of power causing grave consequences, committed under aggravating circumstances) which had a limitation period of ten years. The contemporary Russian Code of Criminal Procedure required that the proceedings be discontinued upon the expiry of the limitation period. In addition, the officers of the NKVD of the USSR had died before the criminal investigation had been opened. As a matter of domestic criminal procedure, their death was a separate legal ground precluding criminal proceedings from being instituted against them or pursued. In international law, the death of suspects or defendants was also a universally recognised ground for refusing to institute or for discontinuing criminal proceedings (here the Government referred to *Prosecutor v. Norman, Fofana and Kondewa*, The Special Court for Sierra Leone, Trial Chamber decision of 21 May 2007, Case no. SCSL-04-14-T-776, and *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Case no. IT-02-54-T, Order Terminating the Proceedings, 14 March 2006). For the Government, it was clear that the investigation of criminal case no. 159 had been carried on "in breach of the criminal procedure requirements, for political reasons, as a goodwill gesture to the Polish authorities".

110. From the standpoint of international humanitarian law the Government considered that, at least until 1945, there had existed no universally binding provision of international law on the definition of war crimes or crimes against humanity or on the attribution of responsibility and the prosecution of such crimes. Since the International Military Tribunal was an *ad hoc* tribunal, the provisions of its Charter, including the definitions of crimes contained therein, were limited to the proceedings before it against the major war criminals belonging to the European Axis

powers. The Government concluded that international law, as it existed in 1940, did not provide a sufficient basis for characterising the “Katyn events” as a war crime, a crime against humanity or genocide unless they were attributable to the major war criminals of the European Axis and fell within the jurisdiction of the Nuremberg Tribunal. Nevertheless, at the request of the Polish authorities, the Russian investigators had examined the “version of genocide” and determined that no such crime had been committed because the suspects had had purely criminal motives rather than an intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious group (according to the definition in Articles 2 and 3 of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948).

111. As to the procedural obligation to investigate under the Convention, the Government reiterated firstly that the investigation in criminal case no. 159 had been conducted for political reasons, as a goodwill gesture, and could not therefore be assessed from the standpoint of the procedural requirements of Article 2. Secondly, in the opinion of the Government, only those events that took place after the adoption of the Convention could trigger any procedural obligation. Thirdly, the Russian authorities could not reasonably be expected to carry out an effective investigation some fifty-eight years after the events when the witnesses had already died and the crucial documents had been destroyed. In the alternative, the Government pleaded that “the Convention impose[d] no specific obligation ... to provide redress for wrongs or damage caused prior to ... ratification” (here they referred to *Kopecký v. Slovakia* [GC], no. 44912/98, § 38, ECHR 2004-IX). In other words, when the Court was prevented *ratione temporis* from examining the circumstances of a death, it could not establish whether or not it gave rise to a procedural obligation under Article 2 (here they referred to *Kholodovy v. Russia* (dec.), no. 30651/05, 14 September 2006, and *Moldovan and Others and Rostaş and Others v. Romania* (dec.), nos. 41138/98 and 64320/01, 13 March 2001).

112. As to the detachability of the procedural obligation, the Russian Government pointed out that not every death would trigger the procedural obligation and that the Court had to examine at the outset whether the circumstances of the death were such as to bring the obligation into play. However, where the death had occurred before the ratification date, the Court would have no temporal jurisdiction to perform such an analysis. Furthermore, the detachability principle had to be subject to certain limitations if an unforeseeable extension of the Court’s jurisdiction and the Convention’s outreach were to be avoided. Firstly, the lapse of time had to be reasonably short, which it was not in the present case. Secondly, a significant portion of the investigative steps had to have been carried out after the

ratification date. This criterion was likewise not fulfilled in the instant case. Finally, where the need to ensure the real and effective protection of the underlying values of the Convention was concerned, the Government agreed that the event in question had to be of a larger dimension than an ordinary criminal offence. However, as far as the “Katyn events” were concerned, the Court had no jurisdiction, either *ratione temporis* or *ratione materiae*, to assess them from the standpoint of international humanitarian law.

113. The Government emphasised that all the most significant procedural steps in the Katyn investigation had been carried out in the period between 1990 and 1995 and that no relevant “new material” had emerged after 5 May 1998. Contrary to the Polish Government’s allegation, the decision on the classification of certain materials could not be seen as “new material” capable of (re-)triggering the procedural obligation under Article 2. Neither could the alleged discovery of the Ukrainian list in 2002, which amounted only to a request for clarification by the Ukrainian authorities.

2. *The applicants*

114. The applicants acknowledged that the Katyn massacre committed in 1940 was an act falling outside the temporal reach of the Convention, and that the Court had no competence *ratione temporis* to deal with the substantive aspect of Article 2. Nevertheless, in their view, the Court should have temporal jurisdiction to examine whether Russia had observed its procedural obligation under Article 2, which was a separate and autonomous duty capable of binding the State even when the deaths in question had occurred before the ratification date.

115. The applicants considered that the genuine connection necessary to establish the Court’s temporal competence should be based first of all on the “need to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention [were] protected in a real and effective manner” (the applicants referred to *Šilih*, cited above, § 163 *in fine*). The expression “the underlying values of the Convention” had previously been invoked by the Court in finding that particular instances of hate speech, such as speech denying the Holocaust or justifying war crimes, were incompatible with the values of the Convention (here they referred to *Garaudy v. France* (dec.), no. 65831/01, ECHR 2003-IX; *Witzsch v. Germany* (dec.), no. 7485/03, 13 December 2005; and *Orban and Others v. France*, no. 20985/05, § 35, 15 January 2009). Since speech denying the reality of crimes under international law was deemed to contravene the underlying values of the Convention, the same rationale should apply *a fortiori* to the acts themselves, which undermined the very meaning of justice and peace, the fundamental

values of the Convention as expressed in its Preamble. In the applicants' submission, the mention of the underlying values in paragraph 163 of the *Šilih* judgment indicated that there existed some instances of acts violating the very foundation of the Convention system whose nature, magnitude and gravity should give the Court jurisdiction *ratione temporis* to examine the State's obligation to conduct an effective investigation.

116. The applicants maintained that the Katyn massacre was a crime under international law. The Polish soldiers captured by the Red Army had been entitled to the full protection guaranteed to prisoners of war, including the protection against acts of violence and cruelty afforded by the provisions of the 1907 Hague Convention (IV) and the Geneva Convention of 1929. The murder of Polish prisoners of war in 1940 had been an unlawful act which violated Articles 4, 23 (c) and 50 of the 1907 Hague Convention (IV) and Articles 2, 46, 61 and 63 of the Geneva Convention of 1929. Even though the USSR had not been a party to either Convention, it had a duty to respect the universally binding principles of international customary law, which had merely been codified in those Conventions. That such an obligation was recognised as legally binding by the USSR was clearly evidenced by the fact that, at the Nuremberg trial, the Soviet prosecutor had attempted to charge the Nazi leaders with the murder of Polish prisoners of war. The extermination of Polish prisoners of war was a war crime within the meaning of Article 6 (b) of the Nuremberg Charter and the shooting of civilians amounted to a crime against humanity as defined in Article 6 (c) of the Nuremberg Charter. The Nuremberg Tribunal's classification of the Katyn massacre as a war crime had to be viewed in objective terms and was not dependent upon who had actually committed the atrocity. Moreover, the execution of prisoners of war constituted and was treated as a war crime by the international community, a fact convincingly demonstrated by the abundant case-law from the post-war trials of war criminals. As a crime under international law, the Katyn massacre had been imprescriptible at the time of its commission, as it was today, and the concomitant duty to investigate it survived to this day.

117. The applicants further referred to two factors which corroborated the argument regarding the Court's competence to adjudicate on Russia's compliance with the procedural obligation under Article 2. Firstly, the Council of Europe and the Convention had come into being as democratic political and legal alternatives to the violations of human dignity committed on a massive scale by two totalitarian regimes, namely Nazism and Stalinism. The Katyn massacre had been carried out by a totalitarian regime whose aims and values radically contradicted those of the Convention. If the Convention was to be protected in a real and effective manner, the current

Contracting Parties had to conduct effective investigations into totalitarian crimes. Secondly, an effective investigation into the Katyn massacre was a prerequisite for the “rehabilitation” of the murdered persons as victims of political repression and to increase public awareness of totalitarian crimes.

118. The applicants further considered that, even under the “new material test” which had been developed and applied in the Chamber judgment, the Court could be competent to examine Russia’s compliance with the procedural obligation under Article 2, assuming that the required new element was not limited to important new evidence becoming known in the post-ratification period but also included new and sufficiently important procedural facts. This test should also encompass cases where the domestic authorities had failed to collect new evidence or where they had adopted conclusions that starkly contradicted previous findings or historical facts. Although a decision to close the investigation was not as such new material for the investigation, it could constitute a new procedural development of relevance in the context of Article 2 of the Convention, especially since it marked a sudden change in the investigation. Moreover, when a significant portion of the investigation file became classified and the same status was given to the final decision in the investigation, there existed good reasons to presume that the sudden and radical change in the investigation must have resulted from relevant new findings.

119. Turning to the merits of the Article 2 complaint, the applicants submitted that the Russian investigation had not met the basic requirements of that provision. The Russian authorities had not accounted for the difference between the number of persons killed (21,857) and the much lower number of those referred to as “perished” (1,803). They had not conducted full-scale excavations at all the burial sites. The applicants had been refused the status of injured parties in the proceedings and the investigation had lacked transparency on that account. Lastly, the investigation had not been geared towards identifying the perpetrators and bringing them to justice. The applicants cited the names of two high-ranking Soviet functionaries who had been implicated in the Katyn massacre and who were still alive in the 1990s.

3. *The Polish Government*

120. The Polish Government submitted that the interpretation of the “special-circumstances clause” in the last sentence of paragraph 163 of the *Šilih* judgment should take into account the special nature of the acts committed, which were war crimes under international law. In addition, the Court should have regard to the following factors: (a) the investigation into the Katyn massacre had been impossible for political reasons before 1990;

(b) the investigation had been pursued for six years after Russia's ratification of the Convention; (c) there was a substantial number of individuals with a legitimate interest in finding out the circumstances of the massacre; and (d) there were still ample opportunities to carry on the investigation.

121. The Polish Government further submitted that between 1998 and 2004 the Russian prosecuting authorities, in the framework of the Katyn investigation, had carried out a number of procedural acts which had produced new pieces of evidence that could arguably "revive" the procedural obligation under Article 2. Those included: (a) exchanges of correspondence in 2002 between Russian and Ukrainian prosecutors on the subject of the Katyn crime; (b) the sending of more than 3,000 requests for information to the Russian personal data centres concerning the fate of Polish citizens whose names featured on the "Ukrainian Katyn list"; (c) Polish-Russian bilateral consultations; (d) the lodging of more than ninety requests from the relatives of the Katyn victims; (e) the commissioning of two expert opinions on the legal characterisation of the Katyn massacre; and (f) the decision on the classification of the case-file materials.

122. Turning to the merits of the Article 2 complaint, the Polish Government contended that the Katyn investigation had been ineffective. On the one hand the Russian prosecutors had confirmed the execution of the applicants' relatives in 1940, but on the other hand the Russian military courts had declared them to be missing persons. The Russian authorities had not taken evidence from the applicants or made any efforts to carry out forensic examinations or to uncover documents. They had made an incorrect assessment of the evidence that the Polish side had handed over to them and had wrongly characterised the Katyn massacre as an abuse of power. The applicants had been denied the right to participate in the investigation and had not been granted the procedural status of injured parties. Finally, by classifying a significant part of the case file, the Russian authorities had failed to strike a fair balance between the public interest in uncovering the crimes of the totalitarian past and the private interest of the applicants in establishing the circumstances of their relatives' death.

4. Third parties

(a) Open Society Justice Initiative

123. Open Society Justice Initiative submitted that States had an obligation, under the Convention and customary international law, to investigate war crimes and crimes against humanity for as long as it was practically feasible. This obligation was implicit in the prohibition on applying statutory limitations to such crimes and it was not subject to any

temporal qualification. Admittedly, the conduct of effective investigations became more challenging with the passing of time; however, the existing practice of national and international courts to assert jurisdiction over past violations indicated that successful prosecutions were possible even many decades after the underlying facts. The third party referred to the Court's judgments in *Brecknell*, cited above, and *Varnava and Others v. Turkey* ([GC], nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, ECHR 2009) and to the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) in the cases of *Heliodoro Portugal v. Panama* ((preliminary objections, merits, reparations and costs), judgment of 12 August 2008, Series C No. 186), and *Gomes Lund et al. ("Guerrilha do Araguaia") v. Brazil* ((preliminary objections, merits, reparations and costs), judgment of 24 November 2010, Series C No. 219). The third party asserted that an effective investigation into Second World War crimes was still possible after 1998. They cited examples of investigations into Nazi-era crimes undertaken in Germany, Hungary, Italy and Poland, some of which had resulted in successful prosecutions despite the age of the defendants. Furthermore, in 2012 a British court had allowed a civil action for damages to proceed against the British government in connection with alleged acts of torture during the Kenyan uprising which took place between 1952 and 1961.

124. The third party also submitted that the right to truth, seen in its individual dimension, presupposed access to the results of investigations, as well as to archived and open investigative files. Such disclosure was essential to prevent violations, fight immunity and maintain public faith in the rule of law (here they referred to *Kelly and Others v. the United Kingdom*, no. 30054/96, § 118, 4 May 2001). Where the right to truth was concerned, classification of information relating to human rights violations was permissible only in exceptional circumstances upon demonstration of a compelling State interest, pursuant to an independent judicial review and for a limited time-period, provided that less restrictive alternatives were not available. The third party produced the findings of a study into right-to-information laws in ninety-three States, from which it appeared that forty-four of them explicitly required information to be released where the public interest in disclosure outweighed any interest in secrecy. The objective reconstruction of the truth about past abuses was essential to enable nations to learn from their history and take measures to prevent future atrocities (United Nations Commission on Human Rights, Updated Set of Principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity, UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 February 2005, Principles 2 and 3).

(b) Amnesty International

125. Amnesty International submitted that the obligation to investigate war crimes and crimes against humanity extended to such crimes committed prior to the drafting and entry into force of the Convention. The murder and ill-treatment of prisoners of war and civilians had been prohibited under customary international law in 1939, and States had had an obligation to investigate and prosecute war crimes well before 1939, with no statutory limitation (here they referred to *Kononov v. Latvia* [GC], no. 36376/04, §§ 186 and 232, ECHR 2010, and to the judgments of the IACtHR in *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (merits), judgment of 29 July 1988, § 174, Series C No. 4, and *Gomes Lund et al.*, cited above, § 108). The third party emphasised that the IACtHR had repeatedly found violations of the obligation to investigate, prosecute and punish acts that took place before the ratification of the American Convention on Human Rights by the respondent State (here they cited the *Gomes Lund et al.* judgment (cited above), and also *Almonacid Arellano v. Chile* ((preliminary objections, merits, reparations and costs), judgment of 26 September 2006, § 151, Series C No. 154). They pointed out that the passage of time did not alter the State's obligation to conduct an investigation or to provide suitable, effective remedies to victims. The right of victims to effective access to justice included the right to be heard and the right to full reparation, which comprised the following elements: restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-repetition (reference was made to the IACtHR's findings in *Gomes Lund et al.*, §§ 261-62, 277 and 297). Finally, the third party submitted, again by reference to the *Gomes Lund et al.* judgment (§§ 241-42), that the failure to conduct an effective investigation adversely impacted the right of family members to be treated humanely.

(c) Memorial (Moscow), the European Human Rights Advocacy Centre (London) and Transitional Justice Network (Essex)

126. The three organisations submitted that the United Nations General Assembly, the Inter-American Human Rights System and international treaty law contained an obligation to investigate and prosecute war crimes, with the objective of providing an accurate and transparent account of violations to victims, their families, the wider society and the international community. The right of families to know the fate of their missing or dead relatives was a free-standing component of the duty to investigate which was a codified norm of customary international law (here they referred in particular to Rule 117 in *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, International Committee of the Red Cross, 2005, and

to the case-law of the IACtHR). They further provided a description of various State practices involving the establishment of truth commissions or similar investigative bodies in response to the commission of international crimes, including detailed information on the mandates and functions of those commissions.

C. The Court's assessment

127. The Government raised a preliminary objection relating to the Court's competence *ratione temporis* to deal with the merits of the applicants' complaint under the procedural limb of Article 2 of the Convention. Accordingly, the Court has to examine at the outset whether this objection should be upheld.

1. General principles

128. The Court reiterates that the provisions of the Convention do not bind a Contracting Party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the Convention with respect to that Party ("the critical date"). This is an established principle in the Court's case-law based on the general rule of international law embodied in Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969 (see *Varnava and Others*, cited above, § 130; *Šilih*, cited above, § 140; and *Blečić v. Croatia* [GC], no. 59532/00, § 70, ECHR 2006-III).

129. Where an act, omission or decision alleged to have violated the Convention occurred prior to its entry into force but the proceedings to obtain redress for that act were instituted or continued after its entry into force, these proceedings cannot be regarded as part of the facts which constitute the alleged violation and do not bring the case within the Court's temporal jurisdiction (see *Varnava and Others*, § 130, and *Blečić*, §§ 77-79, both cited above).

130. While it is true that from the critical date onwards all of the State's acts and omissions must conform to the Convention, the Convention imposes no specific obligation on the Contracting States to provide redress for wrongs or damage caused prior to that date (see *Kopecký v. Slovakia* [GC], no. 44912/98, § 38, ECHR 2004-IX). Thus, in order to establish the Court's temporal jurisdiction it is essential to identify, in each specific case, the exact time of the alleged interference. In doing so, the Court must take into account both the facts of which the applicant complains and the scope of the Convention right alleged to have been violated (see *Varnava and Others*, § 131, and *Blečić*, §§ 72 and 81-82, both cited above).

131. The Court has dealt with a number of cases where the facts concerning the substantive aspect of Article 2 or 3 fell outside the Court's temporal competence, while the facts concerning the related procedural aspect, that is the subsequent proceedings, fell at least partly within the Court's competence (for a summary of the case-law, see *Šilih*, cited above, §§ 148-52).

132. The Court concluded that the procedural obligation to carry out an effective investigation under Article 2 had evolved into a separate and autonomous duty. Although it is triggered by the facts concerning the substantive aspect of Article 2, it can be considered to be a detachable obligation arising out of Article 2 capable of binding the State even when the death took place before the critical date (see *Varnava and Others*, § 138, and *Šilih*, § 159, both cited above).

133. However, having regard to the principle of legal certainty, the Court's temporal jurisdiction as regards compliance with the procedural obligation of Article 2 in respect of deaths that occurred before the critical date is not open-ended (see *Šilih*, § 161, cited above). In *Šilih*, the Court defined the limits of its temporal jurisdiction in the following manner:

“162. Firstly, it is clear that, where the death occurred before the critical date, only procedural acts and/or omissions occurring after that date can fall within the Court's temporal jurisdiction.

163. Secondly, there must exist a genuine connection between the death and the entry into force of the Convention in respect of the respondent State for the procedural obligations imposed by Article 2 to come into effect.

Thus a significant proportion of the procedural steps required by this provision – which include not only an effective investigation into the death of the person concerned but also the institution of appropriate proceedings for the purpose of determining the cause of the death and holding those responsible to account – will have been or ought to have been carried out after the critical date.

However, the Court would not exclude that in certain circumstances the connection could also be based on the need to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention are protected in a real and effective manner.”

134. In the above-cited *Varnava* judgment, the Court clarified the important distinction to be drawn between the obligation to investigate a suspicious death and the obligation to investigate a suspicious disappearance:

“148. ... A disappearance is a distinct phenomenon, characterised by an ongoing situation of uncertainty and unaccountability in which there is a lack of information or even a deliberate concealment and obfuscation of what has occurred ... This situation is very often drawn out over time, prolonging the torment of the victim's relatives. It cannot therefore be said that a disappearance is, simply, an ‘instantaneous’ act or event; the additional distinctive element of subsequent failure to account for the whereabouts

and fate of the missing person gives rise to a continuing situation. Thus, the procedural obligation will, potentially, persist as long as the fate of the person is unaccounted for; the ongoing failure to provide the requisite investigation will be regarded as a continuing violation ... This is so, even where death may, eventually, be presumed.”

135. The Court further emphasised that the requirement of proximity of the death and investigative steps to the date of entry into force of the Convention in respect of the respondent State – as stated in *Šilih* (cited above) – applied only in the context of killings or suspicious deaths, where the anchoring factual element, the loss of life of the victim, was known for a certainty, even if the exact cause or ultimate responsibility was not. In such cases, the procedural obligation was not of a continuing nature (see *Varnava and Others*, cited above, § 149).

2. Recent case-law

136. Following the above-cited *Šilih* judgment, the principles governing the Court’s temporal jurisdiction with regard to the “detachable” obligation to investigate the death of an individual, flowing from Article 2 of the Convention, were applied in a large number of cases.

137. The single largest group of such cases constituted the complaints lodged against Romania in connection with the allegedly ineffective investigation into the deaths of protesters during the Romanian revolution in December 1989, in which the Court found that it had jurisdiction on account of the fact that on the date of entry into force of the Convention in respect of Romania the proceedings were still pending before the prosecutor’s office (see *Association “21 December 1989” and Others v. Romania*, nos. 33810/07 and 18817/08, 24 May 2011; *Pastor and Țiclete v. Romania*, nos. 30911/06 and 40967/06, 19 April 2011; *Lăpușan and Others v. Romania*, nos. 29007/06, 30552/06, 31323/06, 31920/06, 34485/06, 38960/06, 38996/06, 39027/06 and 39067/06, 8 March 2011; *Șandru and Others v. Romania*, no. 22465/03, 8 December 2009; and *Agache and Others v. Romania*, no. 2712/02, 20 October 2009). Similar findings were made in two subsequent cases which concerned violent incidents that took place in June 1990 (see *Mocanu and Others v. Romania*, nos. 10865/09, 45886/07 and 32431/08, 13 November 2012) and in September 1991 (see *Crăiniceanu and Frumușanu v. Romania*, no. 12442/04, 24 April 2012).

138. With the exception of the case of *Tuna v. Turkey* (no. 22339/03, §§ 57-63, 19 January 2010), which originated in a death in police custody occurring approximately seven years before the recognition by Turkey of the right of individual petition, in other recent cases the death in question was not alleged to have been the consequence of any actions by State agents and preceded the date of entry into force by one to four years,

with a significant portion of the proceedings having been conducted after that date (see *Kudra v. Croatia*, no. 13904/07, §§ 110-12, 18 December 2012 – four years, accidental death because of negligence by a private company; *Igor Shevchenko v. Ukraine*, no. 22737/04, §§ 45-48, 12 January 2012 – three years, traffic accident; *Bajić v. Croatia*, no. 41108/10, § 62, 13 November 2012 – four years, medical negligence; *Dimovi v. Bulgaria*, no. 52744/07, §§ 36-45, 6 November 2012 – three years, death by fire; *Velcea and Mazăre v. Romania*, no. 64301/01, §§ 85-88, 1 December 2009 – one year, family dispute; *Trufin v. Romania*, no. 3990/04, §§ 32-34, 20 October 2009 – two years, murder; and *Lyubov Efimenko v. Ukraine*, no. 75726/01, § 65, 25 November 2010 – four years, robbery and murder). In two cases the fact that the applicants' relatives had lost their lives at the hands of insurgents or paramilitary formations seven and six years respectively before the critical date did not prevent the Court from taking cognisance of the merits of the complaint under the procedural limb of Article 2 (see *Paçacı and Others v. Turkey*, no. 3064/07, §§ 64-66, 8 November 2011, and *Jularić v. Croatia*, no. 20106/06, §§ 38 and 45-46, 20 January 2011). Nor was the thirteen-year period separating the death of the applicant's son in a brawl and the entry into force of the Convention in respect of Serbia seen as outweighing the importance of the procedural acts that were accomplished after the critical date (see *Mladenović v. Serbia*, no. 1099/08, §§ 38-40, 22 May 2012).

139. The Court also examined a number of cases in which the applicant had allegedly been subjected to treatment of the kind prohibited by Article 3 of the Convention at some point in time before the critical date. The Court found that it had jurisdiction to examine the respondent State's compliance – in the post entry into force period – with the procedural limb of Article 3 which required it to conduct an effective investigation into police brutality (see *Yatsenko v. Ukraine*, no. 75345/01, § 40, 16 February 2012, and *Stanimirović v. Serbia*, no. 26088/06, §§ 28-29, 18 October 2011), rape (see *P.M. v. Bulgaria*, no. 49669/07, § 58, 24 January 2012) and ill-treatment inflicted by a private individual (see *Otašević v. Serbia*, no. 32198/07, 5 February 2013).

3. Clarification of the Šilih criteria

140. Notwithstanding a constantly growing number of judgments in which the Court has determined its competence *ratione temporis* by reference to the criteria adopted in *Šilih* (cited above), their application in practice has sometimes given rise to uncertainty, which is why further clarification is desirable.

141. The criteria laid down in paragraphs 162 and 163 of the *Šilih* judgment (cited above) can be summarised in the following manner. Firstly, where the death occurred before the critical date, the Court’s temporal jurisdiction will extend only to the procedural acts or omissions in the period subsequent to that date. Secondly, the procedural obligation will come into effect only if there was a “genuine connection” between the death as the triggering event and the entry into force of the Convention. Thirdly, a connection which is not “genuine” may nonetheless be sufficient to establish the Court’s jurisdiction if it is needed to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention are protected in a real and effective way. The Court will examine each of these elements in turn.

(a) Procedural acts and omissions in the post entry into force period

142. The Court reiterates at the outset that the procedural obligation to investigate under Article 2 is not a procedure of redress in respect of an alleged violation of the right to life that may have occurred before the critical date. The alleged violation of the procedural obligation consists in the lack of an effective investigation; the procedural obligation has its own distinct scope of application and operates independently from the substantive limb of Article 2 (see *Varnava and Others*, § 136, and *Šilih*, § 159, both cited above). Accordingly, the Court’s temporal jurisdiction extends to those procedural acts and omissions which took place or ought to have taken place in the period after the entry into force of the Convention in respect of the respondent Government.

143. The Court further considers that the reference to “procedural acts” must be understood in the sense inherent in the procedural obligation under Article 2 or, as the case may be, Article 3 of the Convention, namely acts undertaken in the framework of criminal, civil, administrative or disciplinary proceedings which are capable of leading to the identification and punishment of those responsible or to an award of compensation to the injured party (see *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, § 131, ECHR 2000-IV, and *McCann and Others v. the United Kingdom*, 27 September 1995, § 161, Series A no. 324). This definition operates to the exclusion of other types of inquiries that may be carried out for other purposes, such as establishing a historical truth.

144. The mention of “omissions” refers to a situation where no investigation or only insignificant procedural steps have been carried out but where it is alleged that an effective investigation ought to have taken place. Such an obligation on the part of the authorities to take investigative measures may be triggered when a plausible, credible allegation, piece of evidence or item of information comes to light which is relevant to the

identification and eventual prosecution or punishment of those responsible (see *Gutiérrez Dorado and Dorado Ortiz v. Spain* (dec.), no. 30141/09, §§ 39-41, 27 March 2012; *Çakir v. Cyprus* (dec.), no. 7864/06, 29 April 2010; and *Brecknell*, cited above, §§ 66-72). Should new material emerge in the post entry into force period and should it be sufficiently weighty and compelling to warrant a new round of proceedings, the Court will have to satisfy itself that the respondent State has discharged its procedural obligation under Article 2 in a manner compatible with the principles enunciated in its case-law. However, if the triggering event lies outside the Court's jurisdiction *ratione temporis*, the discovery of new material after the critical date may give rise to a fresh obligation to investigate only if either the "genuine connection" test or the "Convention values" test, discussed below, has been met.

(b) The "genuine connection" test

145. The first sentence of paragraph 163 of the above-cited *Şilih* judgment posits that the existence of a "genuine connection" between the triggering event and the entry into force of the Convention in respect of the respondent State is a condition *sine qua non* for the procedural obligation under Article 2 of the Convention to come into effect.

146. The Court considers that the time factor is the first and most crucial indicator of the "genuine" nature of the connection. It notes, as it previously did in the Chamber judgment, that the lapse of time between the triggering event and the critical date must remain reasonably short if it is to comply with the "genuine connection" standard. Although there are no apparent legal criteria by which the absolute limit on the duration of that period may be defined, it should not exceed ten years (see, by analogy, *Varnava and Others*, cited above, § 166, and *Er and Others v. Turkey*, no. 23016/04, §§ 59-60, 31 July 2012). Even if, in exceptional circumstances, it may be justified to extend the time-limit further into the past, it should be done on condition that the requirements of the "Convention values" test have been met.

147. The duration of the time period between the triggering event and the critical date is however not decisive, in itself, for determining whether the connection was a "genuine" one. As the second sentence of paragraph 163 of the *Şilih* judgment indicates, the connection will be established if much of the investigation into the death took place or ought to have taken place in the period following the entry into force of the Convention. This includes the conduct of proceedings for determining the cause of the death and holding those responsible to account, as well as the undertaking of a significant proportion of the procedural steps that

were decisive for the course of the investigation. This is a corollary of the principle that the Court's jurisdiction extends only to the procedural acts and omissions occurring after the entry into force. If, however, a major part of the proceedings or the most important procedural steps took place before the entry into force, this may irretrievably undermine the Court's ability to make a global assessment of the effectiveness of the investigation from the standpoint of the procedural requirements of Article 2 of the Convention.

148. Having regard to the above, the Court finds that, for a "genuine connection" to be established, both criteria must be satisfied: the period of time between the death as the triggering event and the entry into force of the Convention must have been reasonably short, and a major part of the investigation must have been carried out, or ought to have been carried out, after the entry into force.

(c) The "Convention values" test

149. The Court further accepts that there may be extraordinary situations which do not satisfy the "genuine connection" standard as outlined above, but where the need to ensure the real and effective protection of the guarantees and the underlying values of the Convention would constitute a sufficient basis for recognising the existence of a connection. The last sentence of paragraph 163 of the *Šilih* judgment does not exclude such an eventuality, which would operate as an exception to the general rule of the "genuine connection" test. In all the cases outlined above the Court accepted the existence of a "genuine connection" as the lapse of time between the death and the critical date was reasonably short and a considerable part of the proceedings had taken place after the critical date. Against this background, the present case is the first one which may arguably fall into this other, exceptional, category. Accordingly, the Court must clarify the criteria for the application of the "Convention values" test.

150. Like the Chamber, the Grand Chamber considers the reference to the underlying values of the Convention to mean that the required connection may be found to exist if the triggering event was of a larger dimension than an ordinary criminal offence and amounted to the negation of the very foundations of the Convention. This would be the case with serious crimes under international law, such as war crimes, genocide or crimes against humanity, in accordance with the definitions given to them in the relevant international instruments.

151. The heinous nature and gravity of such crimes prompted the Contracting Parties to the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity to agree that they must be imprescriptible and not subject to any statutory

limitation in the domestic legal order. The Court nonetheless considers that the “Convention values” clause cannot be applied to events which occurred prior to the adoption of the Convention, on 4 November 1950, for it was only then that the Convention began its existence as an international human rights treaty. Hence, a Contracting Party cannot be held responsible under the Convention for not investigating even the most serious crimes under international law if they predate the Convention. Although the Court is sensitive to the argument that even today some countries have successfully tried those responsible for war crimes committed during the Second World War, it emphasises the fundamental difference between having the possibility of prosecuting an individual for a serious crime under international law where circumstances allow it, and being obliged to do so by the Convention.

4. Application of the above principles to the present case

152. Turning to the undisputed facts of the present case, the Court notes that the applicants’ relatives were servicemen in the Polish army who had been taken prisoner in the wake of the Soviet invasion of the territory of eastern Poland in September 1939. During the following months they were detained in the NKVD camps in the western part of the USSR, in Kozelsk, Ostashkov and Starobelsk.

153. On 5 March 1940, acting on the proposal of the Head of the NKVD, the members of the Politburo of the Central Committee of the Communist Party of the USSR approved the extrajudicial execution of Polish prisoners of war, which was to be carried out by NKVD officers. The prisoners were killed and buried in mass graves on various dates in April and May 1940. The lists of prisoners to be executed were drawn up on the basis of the NKVD “dispatch lists”, on which the names of the applicants’ family members were mentioned among others.

154. Three of the applicants’ family members were identified during the exhumation in 1943; the remains of the others have not been recovered or identified. The Court reiterates that it has on many occasions made findings of fact to the effect that a missing person can be presumed dead. Generally, this finding of fact has been reached in response to claims made by the respondent Government that the person is still alive or has not been shown to have died at the hands of State agents. This presumption of death is not automatic and is only reached on examination of the circumstances of the case, in which the lapse of time since the person was seen alive or heard from is a relevant element (see *Aslakhanova and Others v. Russia*, nos. 2944/06,

8300/07, 50184/07, 332/08 and 42509/10, § 100, 18 December 2012; *Varnava and Others*, cited above, § 143; and *Vagapova and Zubirayev v. Russia*, no. 21080/05, §§ 85-86, 26 February 2009). The Court has applied a presumption of death in the absence of any reliable news about the disappeared persons for periods ranging from four and a half years (see *Imakayeva v. Russia*, no. 7615/02, § 155, 9 November 2006) to over ten years (see *Aslakhanova and Others*, cited above, §§ 103-15).

155. It is undisputed – and the NKVD’s “dispatch lists” furnish documentary evidence to that effect – that in late 1939 and early 1940 the applicants’ family members were in custody in Soviet territory and under the full and exclusive control of the Soviet authorities. The Politburo’s decision of 5 March 1940 stipulated that all Polish prisoners of war being held in the NKVD camps, without exception, were liable to extrajudicial execution, which was carried out by the Soviet secret police in the following months. Mass burials of prisoners wearing Polish uniforms were uncovered in the Katyn Forest as early as 1943, following the German takeover of the territory. A note written in 1959 by the Head of the KGB, a successor to the NKVD, acknowledged that a total of more than twenty-one thousand Polish prisoners had been shot by NKVD officials. The families stopped receiving correspondence from the prisoners in 1940 and have not received any news from them ever since, that is, for more than seventy years.

156. Having regard to these factual elements, the Court concludes that the applicants’ family members who were taken prisoner in 1939 must be presumed to have been executed by the Soviet authorities in 1940.

157. The Russian Federation ratified the Convention on 5 May 1998, that is, fifty-eight years after the execution of the applicants’ relatives. The Grand Chamber endorses the Chamber’s finding that the period of time between the death and the critical date is not only many times longer than those which triggered the coming into effect of the procedural obligation under Article 2 in all previous cases, but also too long in absolute terms for a genuine connection to be established between the death of the applicants’ relatives and the entry into force of the Convention in respect of Russia.

158. The investigation into the origin of the mass burials started in 1990 and was formally terminated in September 2004. Even though the Russian Government argued that the initial decision to institute the proceedings had been unlawful, those proceedings were, at least in theory, capable of leading to the identification and punishment of those responsible. Accordingly, they fell within the scope of “procedural acts and omissions” for the purposes of Article 2 of the Convention.

159. In the early 1990s a significant number of procedural steps were undertaken by the Soviet and subsequently the Russian authorities. Corpses

were excavated at the mass burial sites in Kharkov, Mednoye and Katyn in 1991 and the investigators commissioned forensic studies and arranged interviews with potential witnesses to the killings. Official visits and coordination meetings were held between the Russian, Polish, Ukrainian and Belarusian authorities. However, all these steps took place before the critical date. As regards the post entry into force period, it is impossible, on the basis of the information available in the case file and in the parties' submissions, to identify any real investigative steps after 5 May 1998. The Court is unable to accept that a re-evaluation of the evidence, a departure from previous findings or a decision regarding the classification of the investigation materials could be said to have amounted to the "significant proportion of the procedural steps" which is required for establishing a "genuine connection" for the purposes of Article 2 of the Convention. Nor has any relevant piece of evidence or substantive item of information come to light in the period since the critical date. That being so, the Court concludes that neither criterion for establishing the existence of a "genuine connection" has been fulfilled.

160. Finally, it remains to be determined whether there were exceptional circumstances in the instant case which could justify derogating from the "genuine connection" requirement by applying the Convention values standard. As the Court has established, the events that might have triggered the obligation to investigate under Article 2 took place in early 1940, that is, more than ten years before the Convention came into existence. The Court therefore upholds the Chamber's finding that there were no elements capable of providing a bridge from the distant past into the recent post entry into force period.

161. Having regard to the above considerations, the Court upholds the Government's objection *ratione temporis* and finds that it has no competence to examine the complaint under Article 2 of the Convention.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 3 OF THE CONVENTION

162. The applicants complained that the prolonged denial of historical fact and the withholding of information about the fate of their relatives, together with the dismissive and contradictory replies by the Russian authorities to their requests for information, amounted to inhuman or degrading treatment in breach of Article 3 of the Convention, which provides as follows:

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

A. The Chamber judgment

163. The Chamber distinguished between two groups of applicants on the basis of the proximity of the family ties that linked them to the victims of the Katyn massacre. It accepted that there existed “a strong family bond” in the case of the widow and the nine children who had been born before 1940, and that that group could claim to be victims of the alleged violation of Article 3. On the other hand, the mental anguish of the other five applicants, who had been born in 1940 or later or were more distant relatives of the Katyn victims, was not such as to fall within the ambit of Article 3 of the Convention.

164. The Chamber went on to examine the situation of the first group of applicants over different periods of time. During the Second World War they had “remained in a state of uncertainty as to the fate” of their loved ones; after the war they “could still nurture hope that at least some of the Polish prisoners could have survived, either in more remote Soviet camps or by escaping and going into hiding”. Throughout the lifetime of USSR-controlled socialist Poland, the applicants “were not allowed, for political reasons, to learn the truth about what had happened and forced to accept the distortion of historical fact by the Soviet and Polish communist authorities”. Even after the public acknowledgement of the Katyn massacre by the Soviet and Russian authorities, the applicants must have “suffered frustration on account of an apparent lack of progress in the investigation”.

165. In the post entry into force period the applicants were denied access to the materials of the investigation or excluded from the proceedings on account of their foreign nationality. The Chamber was particularly struck “by the apparent reluctance of the Russian authorities to recognise the reality of the Katyn massacre”. While acknowledging that the applicants’ relatives had been detained as prisoners in the NKVD camps, the Russian military courts consistently avoided any mention of their subsequent execution, citing a lack of evidence to that effect from the Katyn investigation. The Chamber qualified that approach as “a callous disregard for the applicants’ concerns and deliberate obfuscation of the circumstances of the Katyn massacre”. As regards the rehabilitation proceedings, the Chamber considered that “a denial of the reality of the mass murder reinforced by the implied proposition that Polish prisoners may have had a criminal charge to answer and had been duly sentenced to capital punishment demonstrated [an] attitude *vis-à-vis* the applicants that was not just opprobrious but also lacking in humanity”.

166. The Chamber acknowledged that the amount of time that had passed since the applicants had been parted from their relatives was significantly longer in the present case than it was in others, and that the

applicants no longer suffered the agony of not knowing whether their family members were dead or alive. Nonetheless, referring to the jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee on the analogous Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights, the Chamber found that the authorities' obligation under Article 3 could not be reduced to a mere acknowledgment of the fact of death but also required that they account for the circumstances of the death and the location of the grave. In the instant case the Russian authorities had not provided the applicants with any official information about the circumstances surrounding the death of their relatives or made any earnest attempts to locate their burial sites. The Chamber found a violation of Article 3.

B. The parties' submissions

1. The Russian Government

167. The Government submitted at the outset that, for an issue under Article 3 to arise in respect of the relatives of the persons killed or missing, two elements must be shown to exist: (i) the applicants must have endured a period of uncertainty as to the fate of their relatives; and (ii) the actions by the authorities must have aggravated their suffering during that period (here they referred to *Luluyev and Others v. Russia*, no. 69480/01, §§ 114-15, ECHR 2006-XIII).

168. On the first element, the state of uncertainty, the Government observed that, although the fate of the applicants' relatives could not be established with the certainty required for the purposes of criminal or "rehabilitation" proceedings, it was not reasonable to expect that they would still have been alive by 5 May 1998, taking into account their dates of birth and the absence of any news from them since World War II. In the absence of the first element, the Russian Government considered that no separate issues could arise under Article 3 beyond those already examined under Article 2 (here they referred to *Esmukhambetov and Others v. Russia*, no. 23445/03, § 189, 29 March 2011; *Velkhiyev and Others v. Russia*, no. 34085/06, § 137, 5 July 2011; *Sambiyev and Pokayeva v. Russia*, no. 38693/04, §§ 74-75, 22 January 2009; and *Tangiyeva v. Russia*, no. 57935/00, § 104, 29 November 2007).

169. The Government further noted the absence of "special factors" which could have given the applicants' sufferings "a dimension and character distinct from the emotional distress which may be regarded as inevitably caused to relatives of a victim of serious violations of human rights" (here they quoted *Gongadze v. Ukraine*, no. 34056/02, § 184, ECHR 2005-XI,

and *Orhan v. Turkey*, no. 25656/94, §§ 357-58, 18 June 2002). As to the first “special factor”, “the proximity of the family ties”, five of the applicants had been born after the arrest of their relatives and the Chamber did not find a violation of Article 3 in respect of those applicants. The second “special factor”, “the extent to which the family member witnessed the events in question”, was absent, since none of them had seen the events which had led to the death of their relatives. The third criterion, “the involvement of the family members in the attempts to obtain information about the disappeared person”, was not fulfilled, as the applicants did not take part in the Katyn investigation and did not lodge motions or give testimony. Although the proceedings had been widely covered in the Russian and Polish media for more than fourteen years, it was not until after the discontinuation of the investigation that two applicants had asked to be granted formal procedural status (here the Government referred, by contrast, to *Musikhanova and Others v. Russia*, no. 27243/03, §§ 81-82, 4 December 2008).

170. As to the Russian authorities’ response to the applicants’ enquiries, which was the fourth “special factor”, the Government maintained, firstly, that the alleged impact of their actions or inaction must have been significantly diminished on account of the period of fifty-eight years that separated the “Katyn events” from the date of Russia’s ratification of the Convention and also on account of the fact that the applicants were no longer in a state of uncertainty as to the fate of their relatives. The Government argued that the actions of the domestic authorities had been justified, pointing out firstly that the “rehabilitation” of the Polish prisoners had been impossible in the absence of any information about the charges that had been levelled against them. Secondly, the authorities had been under no legal obligation to locate the applicants or to grant them victim status, since there had been insufficient evidence to establish a causal connection between the “Katyn events” and the death of the applicants’ relatives to the standard of proof required in criminal proceedings. Thirdly, the prosecutors’ letters addressed to the applicants had contained “incorrect conclusions” and the “inconsistencies” had eventually been elucidated by the Russian courts, which had carried out a proper assessment of the documents, with the participation of the applicants’ representatives.

171. The Government disagreed with the Chamber’s finding that the Russian courts had denied the reality of the Katyn massacre; in their view, the courts had “merely pointed out the lack of sufficient evidence for establishing the circumstances of the death of the applicants’ relatives” to the criminal standard of proof. The Government also disputed that the domestic authorities had been under an obligation to account for the fate of the missing persons and to search for their burial sites, since the relatives of the

applicants were not “missing persons” and since no such obligation flowed from domestic law, international humanitarian law or the Convention. Finally, they claimed that they had had no intention of distorting historical facts or subjecting the applicants to any form of degrading treatment.

2. *The applicants*

172. The applicants agreed with the position expressed in the Chamber judgment whereby the obligation under Article 3 was distinct from the obligation flowing from Article 2 in that the latter provision required the State to take specific legal action, whereas the former was of a more general humanitarian nature. They maintained that the Court should be able to have regard to the facts prior to entry into force of the Convention inasmuch as they could be relevant for the facts occurring after that date (they referred to *Broniowski v. Poland* (dec.) [GC], no. 31443/96, § 74, ECHR 2002-X, and *Hokkanen v. Finland*, 23 September 1994, § 53, Series A no. 299-A). In addition, the Court should be competent to assess the State authorities’ compliance with Article 3 obligations even when the original taking of life escaped its scrutiny *ratione temporis* (here they drew a parallel with the United Nations Human Rights Committee’s decision of 28 March 2006 in the case of *Mariam Sankara et al. v. Burkina Faso*, Communication No. 1159/2003).

173. The applicants disagreed with the Chamber’s decision dividing them into two distinct groups based on the proximity of their family ties. They submitted that the situation in post-war socialist Poland and the events following the Soviet acknowledgement of the Katyn massacre had affected all the applicants in equal measure. They argued, in contrast to the Chamber’s approach, that those who did not remember their fathers or had been denied an opportunity to have any personal contact with them were more sensitive to the tragic fate of their parents. Furthermore, the applicants in the second group – in respect of which no violation of Article 3 was found – had been actively involved in a range of legal steps as well as other activities relating to the commemoration of their relatives who had been killed: Ms Wołk-Jezińska had written a number of books on the Katyn massacre, Ms Krzyszkowiak had set up a publishing house printing Katyn-related materials, Ms Rodowicz had created several artistic works dedicated to the Katyn massacre and Mr Romanowski, the youngest among the applicants, had “inherited” from his late mother the task of honouring the memory of his uncle who had been killed. Referring to the case-law of the Inter-American Court of Human Rights, the applicants submitted that all of them were victims of the grievances formulated under Article 3, either as adult direct relatives of the persons who had been killed, or as indirect

relatives who had demonstrated their strong and continuous personal involvement through numerous actions relating to the fate of their family members who had been killed.

174. As to the treatment of their enquiries by the Russian authorities, the applicants pointed out that in previous cases before the Court it had sometimes happened that “disappeared persons” became “dead persons” when their bodies had been found. In the Katyn case, the sequence was reversed: those who were “dead” had become “disappeared” in the eyes of the Russian authorities. That reversal represented a sheer denial of historical facts and inflicted severe pain, anguish and stress on the applicants. It was tantamount to informing a group of relatives of Holocaust victims that the victims must be considered unaccounted for as their fate could only be traced to the dead-end track of a concentration camp because the documents had been destroyed by the Nazi authorities. Moreover, in so far as the military prosecutors had claimed that they were unable to establish “which provision of the Penal Code formed the legal basis for calling the [Polish] prisoner[s] to account”, this was essentially an allegation that the victims might have been criminals who had been duly sentenced to capital punishment. Furthermore, in the rehabilitation proceedings before the Moscow Court, the prosecutor had argued that there existed “due reasons” for the repression, as some Polish officers had been “spies, terrorists and saboteurs” and as the Polish pre-war army “had been trained to fight against the Soviet Union”. The applicants emphasised that their moral suffering could not be classified as inherently accompanying the killings themselves but resulted from the treatment they had experienced at the hands of the Russian authorities.

3. The Polish Government

175. The Polish Government maintained that the Russian authorities had subjected the applicants to inhuman and degrading treatment. They pointed out that the persons who had been taken prisoner, held in custody and eventually murdered by the Soviet authorities were the applicants’ next of kin. Over a period of many years, for political reasons, the Soviet authorities had denied access to any official information about the fate of persons taken prisoner in late 1939. After an investigation had been instituted in 1990, the applicants had unsuccessfully attempted to gain access to the investigation materials for the purpose of obtaining the legal rehabilitation of their relatives. The lack of access and the contradictory information the applicants had received, had instilled in them a feeling of constant uncertainty and stress and made them totally dependent on

the actions of the Russian authorities aimed at humiliating them. This amounted to treatment in breach of Article 3 of the Convention.

4. *The third-party's submissions*

176. The Public International Law and Policy Group provided an overview of the Court's case-law concerning the nature and strength of family relationships required for an applicant family member to be considered a victim of violations of Article 3. In their view, that case-law indicated that the Court was increasingly concerned with the actions of applicant family members and the role played by the State after requests for information had been made. The third party further submitted that the approach to recognition of victim status based on the involvement of the family member in the attempts to obtain information about the disappeared individual, and the way in which the authorities dealt with those attempts, was in line with the standards applied by other international judicial institutions, including the Inter-American Court of Human Rights (here they cited *Garrido and Baigorria v. Argentina* (reparations and costs), judgment of 27 August 1998, Series C No. 39, and *Blake v. Guatemala* (merits), judgment of 24 January 1998, Series C No. 36) and the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia.

C. The Court's assessment

1. *The general principles*

177. The Court has always been sensitive in its case-law to the profound psychological impact of a serious human rights violation on the victim's family members who are applicants before the Court. However, in order for a separate violation of Article 3 of the Convention to be found in respect of the victim's relatives, there should be special factors in place giving their suffering a dimension and character distinct from the emotional distress inevitably stemming from the aforementioned violation itself. The relevant factors include the proximity of the family tie, the particular circumstances of the relationship, the extent to which the family member witnessed the events in question and the involvement of the applicants in the attempts to obtain information about the fate of their relatives.

178. In this connection, the Court reiterates that a family member of a "disappeared person" can claim to be the victim of treatment contrary to Article 3 in cases where the disappearance was followed by a long period of uncertainty until the body of the missing person was discovered. The essence of the issue under Article 3 in this type of case lies not so much in

a serious violation of the missing person's human rights but rather in the authorities' dismissive reactions and attitudes in respect of that situation when it was brought to their attention. The finding of a violation on this ground is not limited to cases where the respondent State is to be held responsible for the disappearance. It can also result from the failure of the authorities to respond to the quest for information by the relatives or from the obstacles placed in their way, leaving them to bear the brunt of the efforts to uncover any facts, where this attitude may be regarded as disclosing a flagrant, continuous and callous disregard of an obligation to account for the fate of the missing person (see, in particular, *Açış v. Turkey*, no. 7050/05, §§ 36 and 51-54, 1 February 2011; *Varnava and Others*, cited above, § 200; *Osmanoğlu v. Turkey*, no. 48804/99, § 96, 24 January 2008; *Luluyev and Others*, cited above, § 114; *Bazorkina v. Russia*, no. 69481/01, § 139, 27 July 2006; *Gongadze*, cited above, § 184; *Taniş and Others v. Turkey*, no. 65899/01, § 219, ECHR 2005-VIII; *Orhan*, cited above, §358; and *Çakıcı v. Turkey* [GC], no. 23657/94, § 98, ECHR 1999-IV).

179. The Court adopted a restrictive approach in situations where the person was taken into custody but later found dead following a relatively short period of uncertainty as to his fate (see *Tanlı v. Turkey*, no. 26129/95, § 159, ECHR 2001-III, and *Bitiyeva and Others v. Russia*, no. 36156/04, § 106, 23 April 2009). In a series of Chechen cases in which the applicants had not witnessed the killing of their relatives but had found out about their deaths only on discovery of their bodies, the Court considered that no separate finding of a violation of Article 3 was necessary, given that it had already found a violation of Article 2 of the Convention in its substantive and procedural aspects (see *Velkhiyev and Others*, § 137; *Sambiyev and Pokayeva*, §§ 74-75; and *Tangiyeva*, § 104, all cited above).

180. Furthermore, in cases concerning persons who were killed by the authorities in violation of Article 2, the Court has held that the application of Article 3 is usually not extended to the relatives on account of the instantaneous nature of the incident causing the death in question (see *Damayev v. Russia*, no. 36150/04, § 97, 29 May 2012; *Yasin Ateş v. Turkey*, no. 30949/96, § 135, 31 May 2005; *Udayeva and Yusupova v. Russia*, no. 36542/05, § 82, 21 December 2010; *Khashuyeva v. Russia*, no. 25553/07, § 154, 19 July 2011; and *Inderbiyeva v. Russia*, no. 56765/08, § 110, 27 March 2012).

181. Nevertheless, the Court has considered a separate finding of a violation of Article 3 to be justified in situations of confirmed death where the applicants were direct witnesses to the suffering of their family members (see *Salakhov and Islyamova v. Ukraine*, no. 28005/08, § 204, 14 March 2013, where the applicant witnessed the slow death of her son

who was in detention, without being able to help him; *Esmukhambetov and Others*, cited above, § 190, where a violation of Article 3 was found in respect of an applicant who had witnessed the killing of his entire family, but no violation was found in respect of other applicants who had only later found out about the killings; *Khadzhialiyev and Others v. Russia*, no. 3013/04, § 121, 6 November 2008, where the applicants were unable to bury the dismembered and decapitated bodies of their children in a proper manner; *Musayev and Others v. Russia*, nos. 57941/00, 58699/00 and 60403/00, § 169, 26 July 2007, where the applicant was a witness to the extrajudicial execution of several of his relatives and neighbours; and *Akkum and Others v. Turkey*, no. 21894/93, §§ 258-59, ECHR 2005-II, where the applicant was presented with the mutilated body of his son).

2. *Application of the above principles to the present case*

182. The Court observes that the situation which is at the heart of the complaint under Article 3 initially presented the features of a “disappearance” case. The family members of the applicants had been taken prisoner by the Soviet occupation forces and had been detained in Soviet camps. There is evidence that exchanges of correspondence between the Polish prisoners and their families continued until the spring of 1940, so the families must have been aware that their relatives were alive. After the letters from them stopped coming to Poland, their relatives remained for many years in a state of uncertainty as to the fate that had befallen them.

183. In 1943, following the discovery of mass graves near the Katyn Forest, partial exhumation and identification of the remains was carried out. However, only three of the applicants’ relatives – Mr Wołk, Mr Rodowicz and Mr Mielecki – were identified at that time. The Soviet authorities denied that they had executed the Polish prisoners of war and, without access to the Politburo or NKVD files, it was not possible to ascertain the fate of those prisoners whose bodies had not been identified. No further attempts at identifying the victims of the Katyn massacre were made during the Cold War, since the Soviet version of Nazi-orchestrated killings was imposed as the official one in the People’s Republic of Poland for the entire duration of the existence of the Socialist regime, that is, until 1989.

184. In 1990 the USSR officially acknowledged the responsibility of the Soviet leadership for the killing of Polish prisoners of war. In the following years, the surviving documents relating to the massacre were made public and the investigators carried out further partial exhumations at several burial sites. A round of consultations was held between Polish, Russian, Ukrainian and Belarusian prosecutors.

185. By the time the Convention was ratified by the Russian Federation on 5 May 1998, more than fifty-eight years had passed since the execution of the Polish prisoners of war. Having regard to the long lapse of time, to the material that came to light in the intervening period and to the efforts that were deployed by various parties to elucidate the circumstances of the Katyn massacre, the Court finds that, as regards the period after the critical date, the applicants cannot be said to have been in a state of uncertainty as to the fate of their relatives who had been taken prisoner by the Soviet army in 1939. It necessarily follows that what could initially have been a “disappearance” case must be considered to be a “confirmed death” case. The applicants acquiesced in that assessment of the present case (see, in particular, paragraph 116 above and also paragraph 119 of the Chamber judgment). This finding is undisturbed by the pronouncements of the Russian courts in various domestic proceedings which appeared to withhold explicit acknowledgment of the fact that the applicants’ relatives had been killed in the Soviet camps.

186. The Court does not question the profound grief and distress that the applicants have experienced as a consequence of the extrajudicial execution of their family members. However, it reiterates that it is in the interest of legal certainty, foreseeability and equality before the law that it should not depart from its own precedents without compelling reason (see *Sabri Güneş v. Turkey* [GC], no. 27396/06, § 50, 29 June 2012). The Court’s case-law, as outlined above, has accepted that the suffering of family members of a “disappeared person” who have to go through a long period of alternating hope and despair may justify finding a separate violation of Article 3 on account of the particularly callous attitude of the domestic authorities to their quest for information. As regards the instant case, the Court’s jurisdiction extends only to the period starting on 5 May 1998, the date of entry into force of the Convention in respect of Russia. The Court has found above that as from that date, no lingering uncertainty as to the fate of the Polish prisoners of war could be said to have remained. Even though not all of the bodies have been recovered, their death was publicly acknowledged by the Soviet and Russian authorities and has become an established historical fact. The magnitude of the crime committed in 1940 by the Soviet authorities is a powerful emotional factor, yet, from a purely legal point of view, the Court cannot accept it as a compelling reason for departing from its case-law on the status of the family members of “disappeared persons” as victims of a violation of Article 3 and conferring that status on the applicants, for whom the death of their relatives was a certainty.

187. The Court further finds no other special circumstances of the kind which have prompted it to find a separate violation of Article 3 in “confirmed death” cases (see the case-law cited in paragraph 181 above).

188. In such circumstances, the Court considers that it cannot be held that the applicants’ suffering reached a dimension and character distinct from the emotional distress which may be regarded as inevitably caused to relatives of victims of a serious human rights violation.

189. Accordingly, the Court finds no violation of Article 3 of the Convention.

IV. OBSERVANCE OF ARTICLE 38 OF THE CONVENTION BY THE RESPONDENT GOVERNMENT

190. The Court repeatedly requested the respondent Government to produce a copy of the decision of 21 September 2004 by which the investigation into the Katyn massacre had been discontinued (see paragraph 45 above). Confronted with the respondent Government’s refusal to submit the requested material, the Court asked the parties to comment on the matter of the respondent Government’s observance of their obligation to furnish all necessary facilities for the Court’s investigation, flowing from Article 38 of the Convention. That provision reads as follows:

“The Court shall examine the case together with the representatives of the parties and, if need be, undertake an investigation, for the effective conduct of which the High Contracting Parties concerned shall furnish all necessary facilities.”

A. The Chamber judgment

191. The Chamber reiterated that “only the Court [could] decide ... what kind of evidence the parties should produce for due examination of the case” and that “the parties [were] obliged to comply with its evidential requests and instructions”. It further noted the absence of a plausible explanation on the part of the respondent Government as to the nature of the security concerns that informed the decision to classify the requested document. It observed that the requested document “related to a historical event, with most of the protagonists being already dead, and it could not have touched upon any current police surveillance operations or activities”. On a more general note, the Chamber observed that a public and transparent investigation into the crimes of the previous totalitarian regime could hardly have compromised the national security interests of the contemporary democratic Russian Federation, especially taking into account that the responsibility of the Soviet authorities for that crime has been acknowledged at the highest political level.

B. The parties' submissions

1. *The Russian Government*

192. The Government submitted at the outset that the classification of thirty-six volumes of the case file and of the decision of 21 September 2004 as “top secret” documents had been lawful because they contained information in the sphere of intelligence, counterintelligence and operational and search activity and because that classification had been “checked and confirmed” by the Federal Security Service and the Inter-Agency Commission for the Protection of State Secrets, as well as by the subsequent decisions of the Moscow City Court and the Supreme Court on an application by Memorial. They claimed that Russian law did not contain an absolute prohibition on communicating sensitive information to international organisations and that the decision of 21 September 2004 had not been disclosed to the Court solely because “the competent domestic bodies [had] not come to [the] conclusion” that it would be possible to do so.

193. The Government maintained that Article 38 of the Convention could not be interpreted in such a way as to require Contracting States to disclose information that was likely to impair their security. They invited the Court to analyse the laws of other member States “which very likely might have foreseen similar rules”. The Government referred to the provisions of the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters and the Agreement between the Russian Federation and the Republic of Poland on Legal Assistance and Legal Relations in Civil and Criminal Cases, which allowed the Contracting State to refuse to execute the request if it was likely to prejudice the sovereignty, security, public order or other essential interests of the country (here they also referred to *Liu v. Russia* (no. 2), no. 29157/09, § 85, 26 July 2011, and *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, § 138, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V). The Government emphasised that Rule 33 of the Rules of Court did not provide for any sanction for unauthorised disclosure of confidential information which had been entrusted to the Court.

194. The Government claimed that they had provided information on the content of the decision of 21 September 2004 which should be deemed sufficient to discharge their obligation under Article 38. Thus, they had indicated which authority had classified it, what the security considerations had been, what the grounds for discontinuing the proceedings had been and what legal characterisation had been attributed to the alleged offences. The decision in question did not mention the applicants or contain any

information about the fate of their relatives or the location of their burial sites.

195. Finally, the Government took issue with what they described as the “unusual logic” of the Chamber judgment. In their view, Article 38 should have been examined at the end of the judgment, as had been done in previous cases. They emphasised that the obligation under Article 38 was “of a purely procedural nature”, and that an alleged breach thereof “could not cause any suffering to the applicants” or “outweigh the gravity of the alleged violations of Article 2 and Article 3”. The Government disagreed that the obligation under Article 38 had to be enforced in all circumstances; in their opinion, it was derivative by its nature and conditional on the existence of admissible complaints under other Convention provisions. In the instant case, there was no point in examining the Government’s compliance with Article 38, since the Court should find that it lacked jurisdiction to take cognisance of the merits of the complaint under Article 2 of the Convention.

2. *The applicants*

196. The applicants submitted that a long-standing principle of customary international law established that no internal rule, even of constitutional rank, could be invoked as an excuse for non-observance of international law (they referred to the case-law of the Permanent Court of International Justice and of the International Court of Justice (ICJ)). This principle was codified in Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties as an extension of the more general *pacta sunt servanda* principle, and had been frequently invoked in the jurisprudence of international courts and quasi-judicial bodies including the United Nations Human Rights Committee, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), the Inter-American Court on Human Rights, the African Commission on Human and Peoples’ Rights, and arbitration tribunals. When confronted with a State Party’s reluctance to submit the requested materials on account of confidentiality concerns, international tribunals held hearings in a closed session (the applicants referred to the IACtHR’s judgment in *Godínez Cruz v. Honduras* (merits), judgment of 20 January 1989, Series C No. 5, and the judgment of the Administrative Tribunal of the International Labour Organisation in *Ballo v. UNESCO*, judgment no. 191, 15 May 1972). In the *Corfu Channel* case, the ICJ had not drawn any negative inferences when the United Kingdom refused to submit evidence which it considered to be related to naval secrecy (see *Corfu Channel case*, judgment of 9 April 1949: *ICJ Reports* 1949). However, the ICTY had rejected the Croatian government’s reliance on the *Corfu* judgment as justification for their refusal to produce certain documents

and evidence of a military character in the *Prosecutor v. Tihomir Blaškić* case, holding, in particular, that a blanket right of States to withhold, for security reasons, documents necessary for proceedings might jeopardise the very function of the Tribunal (Case No. IT-95-14-AR108*bis*, judgment of 29 October 1997). It had added that the validity of State security concerns could be accommodated by procedural arrangements, including in camera hearings and special procedures for communicating and recording sensitive documents. In the later case of *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez* (Case No. IT-95-14/2, decision of 9 September 1999), the ICTY had also held that the question of the relevance of the requested material for the proceedings fell within its full discretion and could not be challenged by States. The applicants submitted that the *ratio decidendi* of those cases was applicable, *mutatis mutandis*, to the instant case.

197. The applicants reiterated that the Russian Government had not substantiated their allegations of security concerns and had not explained why a document concerning an atrocity committed by the previous totalitarian regime needed to be classified. The decision to classify it also contradicted the Russian State Secrets Act, section 7 of which precluded the classification of information on human rights violations. The Katyn massacre was a violation of the right to life on a massive scale perpetrated on the orders of the highest authorities of the USSR.

198. The applicants indicated their agreement with the Chamber judgment in so far as it had established a breach of Article 38 of the Convention. They submitted that the Court had absolute discretion to determine what evidence it needed for the examination of the case and that refusal to cooperate with the Court might lead to a violation of Article 38 even where no violation of the substantive Convention right had been established.

3. *The Polish Government*

199. The Polish Government endorsed the conclusions of the Chamber with regard to the finding of a breach of Article 38 of the Convention. They noted at the outset that the Russian Government had presented contradictory information, even during the proceedings before the Court, as to who had issued the decision to classify the materials and on what date it had been issued. Whereas in their submissions of 19 March 2010 the Russian Government stated that the decision had been made by the Inter-Agency Commission on the Protection of State Secrets, their written submissions of 30 November 2012 indicated that the Chief Military Prosecutor's Office had taken the decision in consultation with the Federal Security Service.

200. The Polish Government believed that the decision to classify the materials of the investigation had been in breach of substantive Russian law. The content of a decision on the discontinuation of criminal proceedings was clearly outlined in the Russian Code of Criminal Procedure and could not include any information classified as a State secret. Even if it did include data on the individuals with respect to whom the proceedings had been conducted, this could not constitute a basis for classifying the entire decision as top secret. Any information on high-ranking USSR officials concerned the period up to 1970 and, accordingly, by the time the decision was issued, the maximum thirty-year classification period established in section 13 of the State Secrets Act had already elapsed. In addition, in so far as the Russian Government admitted that the actions of the USSR officials had been characterised in law as an abuse of power, this information was explicitly excluded from classification by virtue of section 7 of the State Secrets Act. The Polish Government also emphasised that the Russian Government had not produced a reasoned decision on the classification.

201. Finally, the Polish Government pointed out that the Katyn investigation was not related to the current functions or operations of the special services of the police. Even if part of the materials had been classified by the former regime, there existed no continuing and actual public interest in maintaining that classification.

C. The Court's assessment

1. General principles

202. The Court reiterates that it is of the utmost importance for the effective operation of the system of individual petition instituted under Article 34 of the Convention that States should furnish all necessary facilities to make possible a proper and effective examination of applications. This obligation requires the Contracting States to furnish all necessary facilities to the Court, whether it is conducting a fact-finding investigation or performing its general duties as regards the examination of applications. A failure on a government's part to submit such information which is in their hands without a satisfactory explanation may not only give rise to the drawing of inferences as to the well-foundedness of the applicant's allegations, but may also reflect negatively on the level of compliance by a respondent State with its obligations under Article 38 of the Convention (see *Tahsin Acar v. Turkey* [GC], no. 26307/95, §§ 253-54, ECHR 2004-III; *Timurtaş v. Turkey*, no. 23531/94, §§ 66 and 70, ECHR 2000-VI; and *Tanrikulu v. Turkey* [GC], no. 23763/94, § 70, ECHR 1999-IV).

203. The obligation to furnish the evidence requested by the Court is binding on the respondent Government from the moment such a request has been formulated, whether it be on initial communication of an application to the Government or at a subsequent stage in the proceedings (see *Enukidze and Girgvliani v. Georgia*, no. 25091/07, § 295, 26 April 2011, and *Bekirski v. Bulgaria*, no. 71420/01, §§ 111-13, 2 September 2010). It is a fundamental requirement that the requested material be submitted in its entirety, if the Court has so directed, and that any missing elements be properly accounted for (see *Damir Sibgatullin v. Russia*, no. 1413/05, §§ 65-68, 24 April 2012; *Enukidze and Girgvliani*, cited above, §§ 299-300; and *Davydov and Others v. Ukraine*, nos. 17674/02 and 39081/02, §§ 167 et seq., 1 July 2010). In addition, any material requested must be produced promptly and, in any event, within the time-limit fixed by the Court, for a substantial and unexplained delay may lead the Court to find the respondent State's explanations unconvincing (see *Damir Sibgatullin*, § 68; *Tahsin Acar*, § 254; and *Enukidze and Girgvliani*, §§ 297 and 301, all cited above).

204. The Court has previously found that the respondent Government failed to comply with the requirements of Article 38 in cases where they did not provide any explanation for the refusal to submit documents that had been requested (see, for instance, *Bekirski*, cited above, § 115; *Tigran Ayrapetyan v. Russia*, no. 75472/01, § 64, 16 September 2010; and *Maslova and Nalbandov v. Russia*, no. 839/02, §§ 128-29, 24 January 2008) or submitted an incomplete or distorted copy while refusing to produce the original document for the Court's inspection (see *Trubnikov v. Russia*, no. 49790/99, §§ 50-57, 5 July 2005).

205. In cases where the Government advanced confidentiality or security considerations as the reason for their failure to produce the material requested, the Court had to satisfy itself that there existed reasonable and solid grounds for treating the documents in question as secret or confidential. Thus, in many cases chiefly concerning disappearances in the Chechen Republic, the Russian Government relied on a provision of the Code of Criminal Procedure which, in their submission, precluded the disclosure of documents from the file of an ongoing investigation. The Court, however, pointed out that the provision in question did not contain an absolute prohibition but rather set out the procedure for, and limits to, such disclosure. It also noted that in many similar cases the Russian Government had submitted the documents requested without mentioning that provision, or had agreed to produce documents from the investigation files even though they had initially invoked that provision (see, among other cases, *Sasita Israilova and Others v. Russia*, no. 35079/04, § 145,

28 October 2010, and *Musikhanova and Others v. Russia*, no. 27243/03, § 107, 4 December 2008).

206. As regards the classification of documents as secret, the Court was not satisfied, in one case, with the respondent Government's explanation according to which regulations relating to the procedure for review of prisoners' correspondence constituted a State secret (see *Davydov and Others*, cited above, § 170) or, in another case, that the domestic law did not lay down a procedure for communicating information classified as a State secret to an international organisation (see *Nolan and K. v. Russia*, no. 2512/04, § 56, 12 February 2009). The Court pointed out that, if there existed legitimate national security concerns, the Government should have edited out the sensitive passages or supplied a summary of the relevant factual grounds (*loc. cit.*). Finally, when reviewing the nature of the classified information, the Court took into account whether the document was known to anyone outside the secret intelligence services and the highest State officials. The supposedly highly sensitive nature of information was cast into doubt once it became clear that lay persons, such as counsel for the claimant in a civil case, could take cognisance of the document in question (*loc. cit.*).

2. *Application of the above principles to the present case*

207. In giving notice of the two applications at the origin of the instant case to the respondent Government, the Court put a number of questions to the parties and requested the Government to produce a copy of the decision of 21 September 2004 relating to the discontinuation of the proceedings in criminal case no. 159. The Government refused to provide it, citing its top secret classification at domestic level. On 5 July 2011 the Court adopted a partial admissibility decision, invited the parties to submit any additional material which they wished to bring to its attention, and also put a question regarding the Government's compliance with their obligations under Article 38 of the Convention. The Government did not submit a copy of the requested decision. In the proceedings before the Grand Chamber, on 30 November 2012 and 17 January 2013, the Government submitted a number of additional documents which, however, did not include the copy of the decision of 21 September 2004 that had been requested.

208. The Court reiterates that Article 38 of the Convention requires the Contracting States to furnish all necessary facilities to the Court, whether it is conducting a fact-finding investigation or performing its general duties as regards the examination of applications. Being master of its own procedure and of its own rules, the Court has complete freedom in assessing not only the admissibility and the relevance but also the probative value of each item of evidence before it. Only the Court may decide whether and to what extent

the participation of a particular witness would be relevant for its assessment of the facts and what kind of evidence the parties are required to produce for due examination of the case. The parties are obliged to comply with its evidential requests and instructions, provide timely information on any obstacles in complying with them and provide any reasonable or convincing explanations for failure to comply (see *Davydov and Others*, cited above, § 174; *Nevmerzhtitskiy v. Ukraine*, no. 54825/00, § 77, 5 April 2005; and *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 210, Series A no. 25). It is therefore sufficient that the Court regards the evidence contained in the requested decision as necessary for the establishment of the facts in the present case (see *Dedovskiy and Others v. Russia*, no. 7178/03, § 107, 15 May 2008, and also *Akhmadova and Sadulayeva v. Russia*, no. 40464/02, § 137, 10 May 2007).

209. As regards the allegedly derivative nature of the obligation to furnish all necessary facilities for its investigation, flowing from Article 38 of the Convention, the Court reiterates that this obligation is a corollary of the undertaking not to hinder the effective exercise of the right of individual application under Article 34 of the Convention. Indeed, the effective exercise of this right may be thwarted by a Contracting Party's failure to assist the Court in conducting an examination of all circumstances relating to the case, including in particular by not producing evidence which the Court considers crucial for its task. Both provisions work together to guarantee the efficient conduct of the judicial proceedings and they relate to matters of procedure rather than to the merits of the applicants' grievances under the substantive provisions of the Convention or its Protocols. Although the structure of the Court's judgments traditionally reflects the numbering of the Articles of the Convention, it has also been customary for the Court to examine the Government's compliance with their procedural obligation under Article 38 of the Convention at the outset, especially if negative inferences are to be drawn from the Government's failure to submit the requested evidence (see, among other cases, *Shakhgiriyeva and Others v. Russia*, no. 27251/03, §§ 134-40, 8 January 2009; *Utsayeva and Others v. Russia*, no. 29133/03, §§ 149-53, 29 May 2008; *Zubayrayev v. Russia*, no. 67797/01, §§ 74-77, 10 January 2008; and *Tangiyeva*, cited above, §§ 73-77). The Court also reiterates in this connection that it may establish a failure by the respondent Government to comply with their procedural obligations even in the absence of any admissible complaint about a violation of a substantive Convention right (see *Poleshchuk v. Russia*, no. 60776/00, 7 October 2004). Furthermore, it is not required that the Government's alleged interference should have actually restricted, or had any appreciable impact on, the exercise of the right of individual petition (see *McShane v. the*

United Kingdom, no. 43290/98, § 151, 28 May 2002). The Court reaffirms that the Contracting Party's procedural obligations under Articles 34 and 38 of the Convention must be enforced irrespective of the eventual outcome of the proceedings and in such a manner as to avoid any actual or potential chilling effect on the applicants or their representatives.

210. Turning to the justification advanced by the Government for their failure to produce a copy of the requested decision, the Court observes that it focused on the fact that the decision had been lawfully classified at domestic level and that the existing laws and regulations prevented the Government from communicating classified material to international organisations in the absence of guarantees as to its confidentiality.

211. The Court reiterates that it has already found in another case against Russia that a mere reference to the structural deficiency of the domestic law which rendered impossible communication of sensitive documents to international bodies is an insufficient explanation to justify the withholding of information requested by the Court (see *Nolan and K.*, cited above, § 56). It has also previously rejected similar objections from the Russian Government relating to the alleged lack of safeguards in the Court's procedure guaranteeing the confidentiality of documents or imposing sanctions on foreign nationals for a breach of confidentiality (see *Shakhgiriyeva and Others*, cited above, §§ 136-40). The Court reiterates in this connection that the Convention is an international treaty which, in accordance with the principle of *pacta sunt servanda* codified in Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, is binding on the Contracting Parties and must be performed by them in good faith. Pursuant to Article 27 of the Vienna Convention, the provisions of internal law may not be invoked as justification for a failure by the Contracting State to abide by its treaty obligations. In the context of the obligation flowing from the text of Article 38 of the Convention, this requirement means that the respondent Government may not rely on domestic legal impediments, such as the absence of a special decision by a different agency of the State, to justify a failure to furnish all the facilities necessary for the Court's examination of the case. It has been the Court's constant position that Governments are answerable under the Convention for the acts of any State agency since what is in issue in all cases before the Court is the international responsibility of the State (see *Lukanov v. Bulgaria*, 20 March 1997, § 40, *Reports* 1997-II).

212. Even though in the Grand Chamber proceedings the Government submitted copies of the judgments issued by the domestic courts in the declassification proceedings, these did not make any more apparent the exact nature of the security concerns that informed the decision to classify a portion of the materials in the criminal case file, including the decision

of 21 September 2004 requested by the Court. It has become clear that the classification decision was not made by the Chief Military Prosecutor's Office of its own initiative but rather on the basis of the opinion of some officials from the Federal Security Service, which had "the right to dispose as it saw fit of the information reproduced in the Chief Military Prosecutor's decision". It was also stated that the decision of 21 September 2004 contained information "in the field of intelligence, counterintelligence and operational and search activities", without further elaboration (see paragraph 64 above).

213. The Court reiterates that the judgment by the national authorities in any particular case in which national security considerations are involved is one which it is not well equipped to challenge. However, even where national security is at stake, the concepts of lawfulness and the rule of law in a democratic society require that measures affecting fundamental human rights must be subject to some form of adversarial proceedings before an independent body competent to review the reasons for the decision and the relevant evidence. If there was no possibility of challenging effectively the executive's assertion that national security was at stake, the State authorities would be able to encroach arbitrarily on rights protected by the Convention (see *Liu*, cited above, §§ 85-87, and *Al-Nashif v. Bulgaria*, no. 50963/99, §§ 123-24, 20 June 2002).

214. In the instant case the Moscow City Court's judgment of 2 November 2010, as endorsed by the Supreme Court, contains no substantive analysis of the reasons for maintaining the classified status of the case materials. It is not even apparent whether the City Court was presented with a copy of the expert report issued by the Federal Security Service. The national courts did not subject to any meaningful scrutiny the executive's assertion that information contained in that decision should be kept secret more than seventy years after the events. They confined the scope of their inquiry to ascertaining that the classification decision had been issued within the administrative competence of the relevant authorities, without carrying out an independent review of whether the conclusion that its declassification constituted a danger to national security had a reasonable basis in fact. The Russian courts did not address in substance Memorial's argument that the decision brought to an end the investigation into a mass murder of unarmed prisoners, that is, one of the most serious violations of human rights committed on orders from the highest-ranking Soviet officials, and that it was not therefore amenable to classification by virtue of section 7 of the State Secrets Act. Finally, they did not perform a balancing exercise between the alleged need to protect the information owned by the Federal Security Service, on the one hand, and the public interest in a transparent investigation into the crimes of the previous totalitarian regime and the

private interest of the victims' relatives in uncovering the circumstances of their death, on the other hand. Given the restricted scope of the domestic judicial review of the classification decision, the Court is unable to accept that the submission of a copy of the decision of 21 September 2004, as it had requested, could have affected Russia's national security.

215. The Court emphasises, lastly, that legitimate national security concerns may be accommodated in its proceedings by means of appropriate procedural arrangements, including restricted access to the document in question under Rule 33 of the Rules of Court and, *in extremis*, the holding of a hearing behind closed doors. Although the Russian Government were fully aware of those possibilities, they did not request the application of such measures, even though it is the responsibility of the party requesting confidentiality to make and substantiate such a request.

216. Accordingly, the Court considers that in the present case the respondent State failed to comply with their obligations under Article 38 of the Convention on account of their refusal to submit a copy of the document requested by the Court.

V. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

217. Article 41 of the Convention provides:

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

A. Damage

218. The applicants Mr Jerzy Karol Malewicz, Mr Janowiec and Mr Trybowski claimed compensation for the loss of their fathers and grandfather respectively. All the applicants also claimed compensation in respect of non-pecuniary damage in connection with the alleged violations of Articles 2 and 3 of the Convention, leaving the determination of the amount of just satisfaction to the discretion of the Court.

219. The Government disputed their claims.

220. The Court has not found a violation of Article 2 or Article 3 of the Convention as alleged by the applicants. The Russian Government's failure to comply with Article 38 of the Convention was a procedural matter which does not call for an award of just satisfaction to the applicants. Accordingly, the Court rejects the applicants' claims in respect of pecuniary and non-pecuniary damage.

B. Costs and expenses

221. The applicants claimed the following amounts:

(i) 25,024.82 euros (EUR) in legal fees for Mr Szewczyk (exclusive of the legal aid received from the Court);

(ii) EUR 7,000 in legal fees for Mr Karpinskiy and Ms Stavitskaya in the Russian proceedings;

(iii) EUR 7,581 and 1,199.25 Polish zlotys for transport and translation costs incurred in the Chamber proceedings;

(iv) EUR 4,129 in transport and accommodation costs relating to the lawyers' and the applicants' preparation for, and participation in, the hearing at which the Chamber judgment was delivered and at the Grand Chamber hearing;

(v) EUR 124 for translation and postal expenses in the Grand Chamber proceedings.

222. In addition, the applicant Mr Jerzy Karol Malewicz claimed 2,219.36 United States dollars for his daughter's and his own travel and accommodation expenses incurred in connection with their attendance at the Chamber hearing.

223. The Government commented that Mr Szewczyk's fees appeared excessive, that the necessity of travel expenses had not been convincingly shown, and that the two Russian lawyers had taken part only in the domestic "rehabilitation" proceedings, which fell outside the scope of the instant case. Moreover, the claim by Russian counsel was not based on any payment rate and was not linked to the amount of work actually performed. The expenses relating to the applicants' presence at the delivery hearing and the Grand Chamber hearing were not necessarily incurred as the applicants had been represented by a team of three lawyers. Finally, by their own admission, Mr Kamiński and Mr Sochański had carried out the legal work on a *pro bono* basis which, in the Government's view, prevented them from claiming any amounts for the preparation of the case.

224. The Court reiterates that it did not find the violations the applicants alleged. It accepts nonetheless that the Russian Government's failure to comply with Article 38 of the Convention generated an additional amount of work for the applicants' representatives, who were required to address that issue in their written and oral submissions. However, it considers that the amounts which were paid to the representatives by way of legal aid were sufficient as to quantum in these circumstances. Accordingly, the Court rejects the claims for costs and expenses.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds*, unanimously, that Mr Piotr Malewicz and Mr Kazimierz Raczyński have standing to pursue the application in place of the late Mr Krzysztof Jan Malewicz and the late Ms Halina Michalska respectively;
2. *Holds*, by thirteen votes to four, that the Court has no competence to examine the complaint under Article 2 of the Convention;
3. *Holds*, by twelve votes to five, that there has been no violation of Article 3 of the Convention;
4. *Holds*, unanimously, that the respondent State failed to comply with their obligations under Article 38 of the Convention;
5. *Dismisses*, by twelve votes to five, the applicants' claim for just satisfaction.

Done in English and French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 21 October 2013.

Erik Fribergh
Registrar

Josep Casadevall
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

- (a) concurring opinion of Judge Gyulumyan;
- (b) concurring opinion of Judge Dedov;
- (c) partly concurring and partly dissenting opinion of Judge Wojtyczek;
- (d) joint partly dissenting opinion of Judges Ziemele, De Gaetano, Laffranque and Keller.

J.C.
E.F

CONCURRING OPINION OF JUDGE GYULUMYAN

Although I do share the opinion of the majority on all points in this case, I nevertheless have certain reservations of a more general character about the Court's approach concerning the "humanitarian clause" and "genuine connection" requirements. In substantiating its position the Court referred to the time factor, having regard to the period of time between the death of the applicants' relatives and the entry into force of the Convention. I do not find this reasoning persuasive. The State's obligation to carry out a thorough investigation is engaged when gross human rights violations (genocide, crimes against humanity and war crimes) are at stake. The mere fact that the crimes in question took place before the Convention came into existence is not decisive. If the investigation is carried out before the ratification of the Convention by the respondent State, it is the complaints as to the quality of the investigation which might fall outside of the Court's competence *ratione temporis*.

I do believe that human rights violations of this kind can be prevented and redressed in the future only by the respondent State's willingness and readiness to confront its past and not to bury its history under layers. In this respect I attach particular importance to the fact that an investigation was carried out and that a significant number of actions were undertaken by the Soviet and subsequently the Russian authorities to acknowledge responsibility for the Katyn massacre and to pay tribute to the victims (see paragraphs 38, 41 and 73).

If the above-mentioned actions had not been undertaken and no investigation had been carried out, that is to say, if there had been an absolute denial of the crime, I would have chosen instead to join in the dissenting opinion of Judges Ziemele, De Gaetano, Laffranque and Keller.

CONCURRING OPINION OF JUDGE DEDOV

Responsibility for acts should be determined in accordance with the law in force. For this purpose the law (the Convention in this case) should not be applied retrospectively. This principle is supported by the judgment, and it applies to all member States. That is why the special status of crimes against humanity cannot override this procedural principle as it relates to different matters. Recognising that the Court lacks jurisdiction *ratione temporis* does not amount to recognising as lawful a situation entailing a breach of a *jus cogens* rule such as the prohibition of war crimes.

In support of the judgment's findings I would stress that the protection afforded by *jus cogens* rules is based on the responsibility of individuals rather than that of the State (starting with the Nuremberg trials, organised to prosecute prominent members of the political, military and economic leadership of Nazi Germany). Even in international conflicts it is important to adhere to this approach and not to blame the State automatically. In particular, the Russian Federation did not exist in 1940 and the Soviet Union was a totalitarian State in which a large number of families suffered under Stalin's regime and millions of people were subjected to killings without a fair trial. The Politburo's order authorised the execution of Polish prisoners of war and of thousands of Soviet citizens at the same time. Indeed, the right approach would be to punish those members of the Politburo but not the State itself, because all the people of that country who were victims cannot at the same time bear responsibility for this crime against humanity.

Furthermore, this crime against humanity was not supported by citizens in silence, nor did they authorise their representatives in Parliament for any purpose, as happens nowadays when it comes to launching a military invasion of another country. In such a case, the State has to be held fully responsible for every life lost due to that invasion. All this suggests that the Convention system and *jus cogens* rules in the global context should effectively serve the modern world rather than history.

PARTLY CONCURRING AND PARTLY DISSENTING
OPINION OF JUDGE WOJTYCZEK

(Translation)

1. I do not share the view that there has been no violation of Article 3 of the Convention by the respondent State; nor can I subscribe to the majority's argument concerning the issue of the applicability of Article 2 of the Convention.

2. Firstly, it is necessary to emphasise at this point a number of important circumstances for the assessment of this case. Not only did the applicants lose their relatives and were then confronted with official propaganda attributing the crime to the Germans, but also, over many years in the Soviet Union and Poland, any private attempt to conduct research into the truth of the Katyn massacre was punished, as was the dissemination of information gathered on that subject. It is not therefore exact to say that the alleged events occurred more than seventy years ago: on the contrary, various forms of violation of the applicants' fundamental rights characterised the entire period of the communist regime in both countries. It should be added here that, for the victims of a crime or for their relatives, time does not always flow in the same manner in different States. From the perspective of human rights protection, decades in a totalitarian State cannot be compared with the same lapse of time in a democratic State governed by the rule of law. Consequently, the argument concerning the lapse of time, occasionally relied on to justify the termination of legal obligations with regard to human rights (see, for example, paragraph 157 of the judgment), must always be examined in the specific historical context of each country. Moreover, the applicants have described in detail the various acts and omissions of the Russian authorities subsequent to the date of entry into force of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in respect of the Russian Federation. In particular, they report the disparaging remarks made against them by certain representatives of the Russian authorities. The Chamber judgment (see *Janowiec and Others v. Russia*, nos. 55508/07 and 29520/09, 16 April 2012) established a number of important facts reflecting those authorities' dismissive and disdainful attitude. I note that the Grand Chamber did not consider it necessary to express a position on this matter in its judgment.

3. The Convention is an international treaty, and not a constitution. It is undeniable that, while the international treaties on protection of human rights have certain specific and important features which have an indisputable impact on their application and interpretation, they nonetheless

remain subject to the rules of interpretation of treaties, developed under customary international law and codified in the Vienna Convention on the Law of Treaties (“the Vienna Convention”). Indeed, the Court has explicitly confirmed in a number of cases the applicability of those rules of interpretation, referring to the provisions of the Vienna Convention (see, for example, the judgments in *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, Series A no. 18; *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, Series A no. 112; and *Saadi v. the United Kingdom* [GC], no. 13229/03, ECHR 2008; and the decision in *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], no. 52207/00, ECHR 2001-XII). Although this latter treaty does not as such apply to the Convention, it remains a point of reference in so far as it codifies the rules of customary treaty law.

Under the general rule of interpretation set out in Article 31 of the Vienna Convention, a treaty is to be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. Consequently, the Convention must be read in the light of its object and purpose, which is the effective protection of a certain number of fundamental human rights set out therein.

The Convention is undeniably a living instrument, since its application must give constant material effect, through the case-law and in hitherto unconsidered situations, to the general rules. In this respect, it does not differ significantly from the majority of other international treaties. The interpretation of the Convention as a living instrument is subject to the limits set by the rules governing the interpretation of international treaties.

The legitimacy of an international court depends, *inter alia*, on the persuasive force of its decisions. The case examined here raises fundamental questions of interpretation and application of the Convention and of other rules of conventional or customary international law. The Court’s decision establishing the interpretation of the Convention in the present case requires the greatest methodological vigilance. An interpretive decision in international law presupposes (a) precise identification and formulation of the applicable rules of interpretation; (b) an account of the provisions to be interpreted and their context (within the meaning of the law of treaties); (c) wording of the conclusion which sets out with sufficient precision the legal rule derived from the international text as interpreted in this manner; and (d) the reasoning for the decision in question, regard being had to the rules of interpretation applied in the case. I regret that the majority has refused to follow such a methodology. In addition, the approach taken seems, in my opinion, to contravene the rules of international law concerning the interpretation and scope of treaties.

4. The paramount question which arises in the present case is the temporal scope of the Convention. In responding, it is first necessary to make a clear distinction between two concepts: the temporal scope of the Convention (in other words, the temporal import of the Convention) and the Court's jurisdiction *ratione temporis*. While the temporal scope of a treaty is a matter of substantive law, the extent of the jurisdiction *ratione temporis* of an international body is governed by the rules of jurisdiction. Furthermore, it should be pointed out that the temporal scope of the Convention varies according to the High Contracting Parties. In practice, under the rules of the law of treaties, the Convention comes into force with regard to a High Contracting Party on the date of its ratification and creates obligations as of that date.

The jurisdiction *ratione temporis* of an international court does not necessarily coincide with the temporal scope of the treaty which it is called upon to apply. Yet the wording of the reasoning in this judgment does not seem to take account of this scholarly distinction, which may have an important practical significance.

If the alleged violation of the Convention does not fall within the temporal scope of the Convention, the question of the Court's jurisdiction to find such a violation is devoid of purpose. In contrast, the fact that the alleged violation of the Convention falls within the temporal scope of the Convention does not automatically mean that the Court has jurisdiction to examine it. A legal rule defining the scope of the Court's jurisdiction may in fact restrict such jurisdiction in respect of certain violations of the international obligations deriving from the Convention. To illustrate this point, one might refer here to the situation of the States which had made a declaration recognising the competence of the European Commission of Human Rights to examine individual applications, under the legal regime applicable prior to 1 November 1998, that is, prior to the entry into force of Protocol No. 11 to the Convention, restructuring the control machinery established thereby. Such a declaration could recognise the competence of the Commission for matters arising after or based on facts occurring subsequent to the given declaration. Violations of the Convention committed between the date of its entry into force with regard to the State making the declaration and the date of that declaration fall within the temporal scope of application of the Convention but fall outside the scope of the Court's jurisdiction *ratione temporis* (see Article 6 of Protocol No. 11).

In examining any application alleging violations of human rights, before responding to the question of the Court's temporal jurisdiction, it is first necessary to verify whether the alleged facts fall within the temporal scope of the Convention. To do so, it is necessary to set out unequivocally the

Convention rule applicable to the High Contracting Party and to define precisely its temporal scope.

5. One of the fundamental principles of international law is that of the non-retroactivity of treaties. This principle of customary international law has been codified in Article 28 of the Vienna Convention, worded as follows:

Article 28: Non-retroactivity of Treaties

“Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.”

Where the temporal scope of an international treaty is determined, it is necessary firstly to verify whether the parties intended to accord it retroactive scope. Nothing in the text of the Convention or its additional Protocols suggests that the High Contracting Parties had the intention of giving retroactive effect to the Convention. Nor, in my opinion, does such an intention on the part of the High Contracting Parties appear to derive from other elements of value in interpreting this treaty. On the contrary, it seems that the aims of the Convention were solely prospective: regard being had to Europe’s painful past, the issue was that of preventing future violations of human rights.

The concepts of the retroactivity and non-retroactivity of legal rules raise particularly difficult questions, which have been examined both by legal theory and by international law scholarship. I am perfectly aware that it is not easy to define unequivocally the content of the principle of non-retroactivity of treaties. In particular, the characterisation of the events as representing a single situation or a number of different situations may frequently be open to discussion. In addition, the finding of a situation’s continued (present) or discontinued (past) nature is often a matter of more or less subjective assessment. In those circumstances, the principle of the non-retroactivity of the Convention must be interpreted and applied with a certain flexibility, taking account of the specific nature and object of this international treaty. At the same time, in spite of the difficulties referred to, the principle of non-retroactivity in treaty law has a sufficiently precise normative content, making it possible, on the one hand, to rule in the instant case, and, on the other, to assess the relevance of the applicability criteria in respect of Article 2 of the Convention proposed by the majority.

It is clear that the Convention provisions do not bind a Party in relation to any act or facts which took place before the date of its entry into force with respect to that Party or any situation which ceased to exist on that

date. The Convention, read in the light of the rules of interpretation of international treaties, allows for no exception to this rule. On the other hand, it may be applied to continuing situations which existed at the date of entry into force of the Convention in respect of the State concerned.

It should be added that while Article 32 § 2 of the Convention authorises the Court to rule on the scope of its own jurisdiction, it does not permit it to extend that jurisdiction beyond its scope as defined by the other Convention provisions. In ruling on the basis of Article 32 § 2, the Court is bound by all the other legal rules which define its jurisdiction.

6. The Court has explicitly acknowledged the principle of the non-retroactive nature of the Convention and applied it consistently for many years (see, for example, the decision in *Kadiķis v. Latvia*, no. 47634/99, 29 June 2000, and the judgment in *Blečić v. Croatia* [GC], no. 59532/00, ECHR 2006-III, and the case-law cited in that judgment). As emphasised in the reasoning of the *Blečić* judgment, “the Court, on account of its subsidiary role in safeguarding human rights, must be careful not to reach a result tantamount to compelling the domestic authorities to apply the Convention retroactively” (§ 90 *in fine*).

The judgment in *Šilih v. Slovenia* ([GC], no. 71463/01, 9 April 2009) marked a significant departure from the case-law. The Court held in that judgment:

“161. ... the Court’s temporal jurisdiction as regards compliance with the procedural obligation of Article 2 in respect of deaths that occur before the critical date is not open-ended.

...

163. ... there must exist a genuine connection between the death and the entry into force of the Convention in respect of the respondent State for the procedural obligations imposed by Article 2 to come into effect.

Thus a significant proportion of the procedural steps required by this provision – which include not only an effective investigation into the death of the person concerned but also the institution of appropriate proceedings for the purpose of determining the cause of the death and holding those responsible to account ... – will have been or ought to have been carried out after the critical date.

However, the Court would not exclude that in certain circumstances the connection could also be based on the need to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention are protected in a real and effective manner.”

Analysis of this judgment indicates that the State is under an obligation to investigate a death which occurred prior to the date of entry into force of the Convention in its regard (a) where a significant proportion of the procedural steps *were* carried out after the “critical date”; (b) where a

significant proportion of the procedural steps *ought to have been* carried out after the “critical date”; or (c) where it is necessary to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention are protected in a real and effective manner. The State in question may therefore, of its own motion, launch application of the Convention rule requiring that an effective investigation be conducted if it takes investigative measures into events which occurred prior to its ratification of the Convention. The new approach proposed in the above-cited *Šilih* judgment was then confirmed in numerous subsequent judgments.

I share the opinion of those who submit that this approach amounts to imposing retroactive obligations on the High Contracting Parties that they could not have foreseen at the date of ratification of the Convention. I also subscribe here to the highly critical views expressed by Judges Bratza and Türmen in their dissenting opinion joined to the above-cited *Šilih* judgment. The majority’s reasoning in that case is not, in my opinion, substantiated by arguments which would confirm the intention of the High Contracting Parties to give retroactive effect to the Convention. It should also be noted in passing that the practical consequences of the criteria identified in the *Šilih* judgment vary from one State to another, depending on the date of ratification of the Convention, and are of particular import for those States which have recently ratified the Convention. In those circumstances, it would be desirable for the Court to agree to return to its initial interpretation of the principle of the non-retroactivity of the Convention.

7. As Judge Lorenzen quite rightly pointed out in his concurring opinion joined to the above-cited *Šilih* judgment, the criteria established in that judgement are not very clear. The term “genuine connection” between a death and the ratification of the Convention does not appear adequate and may be a source of confusion, in that its linguistic meaning does not reflect the content ascribed to it by the Court. At first sight, one might think that there is a connection between the ratification of a treaty and violations of human rights if that ratification represents a reaction in relation to the human rights violations committed in the past. Furthermore, while the *Šilih* judgment states that Article 2 of the Convention is applicable to a situation in which “the procedural steps required ... *ought to have been* carried out after the critical date”, it raises questions as to the nature of the (domestic? international?) legal rule from which this obligation to investigate should arise.

It is important to note that application of the criteria established in the *Šilih* case leads to the conclusion that the alleged violation of the Convention in the instant case falls within the temporal scope of this treaty. Firstly, it should be noted that Russia’s ratification of the Convention was precisely

a reaction against the massive violations of human rights committed under the communist regime, for example the massacre of Polish prisoners of war, since it was intended to prevent such violations in the future. The existence of a “genuine connection”, in the ordinary meaning of these words, is hardly open to dispute. Secondly, under Russian domestic law and the rules of international law applicable in Russia, the Russian authorities were obliged to prosecute the perpetrators of the massacre of Polish prisoners of war. In those circumstances, given that the investigation carried out prior to Russia’s ratification of the Convention was incomplete, a significant proportion of the procedural steps *ought to have been* carried out after the “critical date” (one of the criteria in the *Šilih* judgment). In addition, a significant proportion of the investigative measures were indeed carried out after the Convention’s entry into force in respect of Russia (an alternative criterion from the *Šilih* judgment). Thirdly, given the gravity of the human rights violations committed, the “genuine connection” here is based, irrespective of the above considerations, on the need to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention are protected in a real and effective manner.

8. In the instant case, the majority has proposed amending the criteria established in the *Šilih* judgment by limiting the retroactive effect given to the Convention in that judgment. Firstly, they assert that the “genuine connection” between an event and the ratification of the Convention exists if the lapse of time between the two is relatively short. Secondly, they set the maximum period for this lapse of time at ten years. Thirdly, while they accept that the requirements of protection of the Convention values may require acceptance of a longer time-limit, they set the time-limit for retroactive application of the Convention at 4 November 1950. Such an interpretation of the Convention represents a fresh departure from the case-law and does not find sufficient justification in the rules of international law, applicable in this case, on the interpretation of treaties.

9. There is no doubt that at the time when the massacre of the Polish prisoners was committed, sufficiently precise rules of international humanitarian law existed, which prohibited such acts and were binding on the Soviet Union. This massacre amounts to a war crime within the meaning of international law. Moreover, the rules of international law applicable to Russia imposed on it a duty to prosecute the perpetrators of that crime. In this respect, I share the opinion expressed by Judges Ziemele, De Gaetano, Laffranque and Keller in their dissenting opinion, which analyses these questions in detail.

I fully agree that the Convention must be interpreted in the light and in the context of international law as a whole and of international

humanitarian law in particular. Such an interpretation does not, however, permit extension of the scope of the Convention as that has been defined by the Convention itself. The Convention does not impose an obligation to investigate or to punish violations of human rights, however serious they might be, which fall outside its temporal or territorial scope. An obligation to punish war crimes, such as those in issue here, may, in contrast, arise under other rules of international law. In any event, the Court does not have jurisdiction to rule on human rights violations which fall within the rules of international humanitarian law but do not fall within the scope of the Convention or the Protocols thereto.

It must be concluded from the arguments set out above that the massacre of the Polish prisoners of war in 1940 falls outside the Convention's temporal scope and that Article 2 of the Convention did not impose an obligation to carry out a criminal investigation into those events.

10. Under the principle of the non-retroactive nature of treaties, the Court has jurisdiction in this case only to examine the acts and omissions of the Russian authorities from the date on which the Convention came into force in respect of Russia.

In accordance with Article 3 of the Convention, any action by the authorities of a High Contracting Party must comply with the prohibition on torture and inhuman or degrading treatment. This obligation protects, *inter alia*, the relatives of victims of various crimes, irrespective of whether or not the Convention imposes an obligation on the authorities to prosecute the perpetrators of the crimes. The relatives of deceased persons are particularly vulnerable to the actions and omissions of the authorities, which, in this context, are obliged to act with all the tact and sensitivity called for in the circumstances.

The applicants considered that the actions and omissions of the Russian authorities after 1998 amounted to a violation of Article 3. The essence of their complaints lies in the latter's dismissive and disdainful attitude. The alleged facts go far beyond the usual consequences of the disappearance or unexplained death of a relative. The alleged violations, by their nature and gravity, are distinct from the complaint under Article 2 and should therefore be examined in detail, separately from the issue of that Article's admissibility, as indeed the Chamber did in its judgment of 16 April 2012.

The United Nations Human Rights Committee has developed an interesting case-law on the basis of Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights, cited in the present Grand Chamber judgment. This case-law allows for full compliance with the principle of the non-retroactivity of treaties, and the Chamber drew on it in examining the

complaint under Article 3 of the Convention. On this point, I am in general agreement with the finding of the Chamber judgment.

It should be added here that, for many years, the applicants experienced a threefold trauma: the suffering caused by the loss of their relatives, the official organised lie and the punishment of any attempt to establish the truth. On the date of Russia's ratification of the Convention, the situation was that those applicants who knew that their relatives had been victims of a war crime were still seeking to obtain more specific information about their fate and the location of their graves. As the Chamber pointed out, the applicants were refused access to documents from the investigation file or the proceedings on the ground of their foreign nationality. The military courts consistently avoided any mention of the victims' execution. In addition, as Judges Spielmann, Villiger and Nußberger pointed out in their dissenting opinion joined to the Chamber judgment, serious allegations of a criminal nature were made against the applicants' relatives. Those three judges were correct in stating that it is hard to disagree with the applicants' argument that such a finding by the Russian courts "appeared to suggest that there might have been good reasons for their relatives' execution, as if they had been common criminals deserving of capital punishment".

In those circumstances, regard being had to the authorities' conduct, taken together with the various facts of the case, there has been a violation of Article 3 of the Convention. In my opinion, the applicants' situation represents a flagrant example of suffering which has "a dimension and character distinct from the emotional distress which may be regarded as inevitably caused to the closest relatives of victims of a war crime".

This conclusion applies to all of the applicants in the instant case. On this last point, I do not share the opinion of the Chamber, which considered it necessary to distinguish between two categories of applicant. In my opinion, all the applicants have demonstrated that they had very close family ties to the victims of the massacre and that they were involved in the attempts to establish the truth regarding that event. In particular, the fact that certain of the applicants had never had personal contact with their fathers does not strike me as a relevant argument. On the contrary, this absence of any contact with one of one's parents usually gives rise to particularly deep suffering.

11. It should be noted that the instant case was referred to the Grand Chamber at the request of the applicants. While the Convention does not set out a prohibition of *reformatio in peius*, the situation is paradoxical, in that a remedy provided for by Article 43 of the Convention and used by the applicants with a view to ensuring protection of human rights has ultimately

led to a Grand Chamber judgment which is much less favourable to them than the Chamber judgment.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF
JUDGES ZIEMELE, DE GAETANO, LAFFRANQUE
AND KELLER

1. We agree with the majority’s finding that Article 38 of the Convention has been violated. To our great regret, we are unable to follow the majority’s opinion concerning the findings under Articles 2 and 3. This case is about an undeniable obligation to investigate and prosecute gross human rights and humanitarian law violations which under international law are not subject to statutory limitations. The mass killings of the Polish prisoners of war by the Soviet authorities are war crimes. It is evident that in this case the Court was called upon to identify the relationship between the Convention and one of the most important obligations in international law. We are therefore convinced that the Court should have either distinguished this case from previous cases on jurisdiction *ratione temporis* or applied the *Šilih* principles differently (see *Šilih v. Slovenia* [GC], no. 71463/01, 9 April 2009). In particular, this case would have been a perfect opportunity for applying the “humanitarian clause”. What follows are the arguments in support of these two positions.

2. We concentrate our reasoning on the question of jurisdiction *ratione temporis* for the application of Article 2. Since, as we will argue below, it is our opinion that the Court should have assumed jurisdiction and found a violation of Article 2, there is no need to distinguish between different groups of victims (as the Chamber did concerning victim status under Article 3 of the Convention in regard to the suffering of the various family members – see paragraphs 153 and 154 of the Chamber judgment (see *Janowiec and Others v. Russia*, nos. 55508/07 and 29520/09, 16 April 2012)). In Article 2 cases, the Court recognises not only surviving parents, spouses, children and siblings as victims, but also uncles and aunts, grandchildren and in-laws (see, for example, *Isayeva v. Russia*, no. 57950/00, § 201, 24 February 2005, and *Estamirov and Others v. Russia*, no. 60272/00, § 131, 12 October 2006).

3. The legal basis for all matters of jurisdiction is Article 32 of the Convention. We recall the wording of Article 32 § 2: “In the event of dispute as to whether the Court has jurisdiction, the Court shall decide.”

I. Difference between *Šilih* and *Janowiec*

4. The case at hand is hardly comparable to the situation in *Šilih* (cited above). *Šilih* concerned a death resulting from medical malpractice, whereas

Janowiec deals with the massacre of more than twenty-one thousand Polish prisoners of war.

5. We accept that the principles governing the jurisdiction of the Court must be the same for all cases. However, the reasons for declaring a *Šilih* type of situation to be outside of the Court’s jurisdiction might change in a *Janowiec* type of case. In the former, the argument that an effective investigation might be difficult after a certain period of time is understandable and correct. In the latter, however, the investigation is not essentially dependent on the evidence available but rather on the goodwill of the State concerned. In the former, the evidence is a technical matter which becomes more difficult to collect with the passage of time. In the latter, the ultimate proof is available in the Russian archives notwithstanding that seventy years have passed since the event.

II. Applying the *Šilih* principles to *Janowiec*

6. Even if one based one’s reasoning on the principles established in the *Šilih* judgment, the case at hand offers ample opportunity to acknowledge the Court’s jurisdiction *ratione temporis* in the specific circumstances of the case.

7. We could agree with the majority’s opinion that the *Šilih* principles need some clarification (see paragraphs 140-41 of the judgment). In a situation in which the death in question occurred before the critical date, the Court’s jurisdiction is limited to the period after that date for the procedural obligations stemming from Article 2 of the Convention (first principle). In order to establish the Court’s jurisdiction *ratione temporis*, the Court requires a “genuine connection” between the death and the entry into force of the Convention in respect of the State concerned (second principle). If there is no genuine connection, the Court can exceptionally assume jurisdiction based on the need to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention are applied and upheld in a real and effective manner (third principle, the so-called humanitarian clause). We disagree, however, with some aspects of the clarification and the concrete application of those principles to the case at hand, where the majority’s finding overlooked vital factual and legal elements.

(a) *The first Šilih principle: procedural acts and omissions after the crucial date*

8. Regarding the first principle, the majority defines “procedural acts” in a narrow way, that is, in the sense of “acts undertaken in the framework of criminal, civil or disciplinary proceedings which are capable of leading

to the identification and punishment of those responsible or to an award of compensation”, and excludes “other types of inquiries that may be carried out for other purposes, such as establishing a historical truth” (see paragraphs 143 et seq. of the judgment).

9. This distinction is problematic for two reasons. Firstly, the two types of proceedings might very often go hand in hand, and it would be difficult in practice to separate one from the other. Sometimes, one procedural step is a precondition for another. Secondly, in international law there is a clear trend towards recognising a right to the truth in cases of gross human rights violations (see United Nations Human Rights Committee, *Mariam Sankara et al. v. Burkina Faso*, Communication No. 1159/2003, § 12.2, and *Schedko v. Belarus*, Communication No. 886/1999, § 10.2; see also the 8th recital of the Preamble and Article 24(2) of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, New York, 20 December 2006, in force since 23 December 2010, 40 States Parties). The Court has also recognised such a right via its jurisprudence (see the Chamber judgment in this case, § 163; see also *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], no. 39630/09, § 191, ECHR 2012; *Varnava and Others v. Turkey* [GC], nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, §§ 200-02, ECHR 2009; and *Association “21 December 1989” and Others v. Romania*, nos. 33810/07 and 18817/08, § 144, 24 May 2011).

10. Under Articles 2 and 3 of the Convention, the Court requires a thorough and effective investigation whenever an individual is killed or is presumed to have been killed by State agents (as regards Article 2, see *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 55721/07, §§ 163 and 166-67, ECHR 2011, and *Bazorkina v. Russia*, no. 69481/01, §§ 117-19, 27 July 2006; see also *Isayeva v. Russia*, no. 57950/00, 24 February 2005; *Isayeva and Others v. Russia*, nos. 57947/00, 57948/00 and 57949/00, 24 February 2005; and *Khashiyev and Akayeva v. Russia*, nos. 57942/00 and 57945/00, 24 February 2005), or whenever an arguable claim of a violation of Article 3 is raised (see *El-Masri*, cited above, § 182). For example, in *El-Masri* (cited above, § 182) the Grand Chamber found:

“[W]here an individual raises an arguable claim that he has suffered treatment infringing Article 3 at the hands of the police or other similar agents of the State, that provision, read in conjunction with ... Article 1 of the Convention ..., requires by implication that there should be an effective official investigation ... capable of leading to the identification and punishment of those responsible.”

As regards Article 2, the Court has stated:

“[T]he investigation must be effective in the sense that it is capable of leading to a determination of whether the force used was or was not justified in the circumstances

and to the identification and punishment of those responsible. This is not an obligation of result, but of means. The authorities must take the reasonable steps available to them to secure the evidence concerning the incident ...” (see *Al-Skeini and Others*, cited above, § 166)

In disappearance cases the Court emphasises:

“[T]he procedural obligation will, potentially, persist as long as the fate of the person is unaccounted for; the ongoing failure to provide the requisite investigation will be regarded as a continuing violation. This is even so where death may, eventually, be presumed and even if this death had occurred prior to the ratification of the Convention by the respondent State.” (see *Tashukhadzhiyev v. Russia*, no. 33251/04, § 76, 25 October 2011)

11. In determining whether the procedural obligation to investigate the killings of Polish prisoners of war falls within the *ratione temporis* jurisdiction of the Court, the majority refers to the relevant principles as recently clarified in three main judgments: *Varnava and Others* (cited above), *Šilih* (cited above), and *Blečić v. Croatia* ([GC], no. 59532/00, ECHR 2006-III – see paragraphs 128-31 of the judgment). It should be pointed out that in *Varnava and Others* the Court dealt with a particular situation of continuing human rights violations in respect of which Turkey had not elucidated the facts. The Court, while referring to its previous case-law, took into consideration the specificities of the case concerned. In fact, it refuted the Government’s reliance on *Blečić* and its argument “that complaints concerning such investigations, or lack of them, fell foul of the principle that procedures aimed at redressing violations do not affect the lack of temporal jurisdiction for facts occurring beforehand” (*Varnava and Others*, cited above, § 136). The Court held as follows (*ibid.*, § 136):

“This argument fails since the procedural obligation to investigate under Article 2 is not a procedure of redress within the meaning of Article 35 § 1. The lack of an effective investigation itself is the heart of the alleged violation. It has its own distinct scope of application which can operate independently from the substantive limb of Article 2, which is concerned with State responsibility for any unlawful death or life-threatening disappearance, as shown by the numerous cases decided by the Court where a procedural violation has been found in the absence of any finding that State agents were responsible for the use of lethal force (see, amongst many examples, *Finucane v. the United Kingdom*, no. 29178/95, ECHR 2003-VIII).”

The Court was very clear in stating that the character of the right claimed has a bearing on its jurisdiction. The Court said that “the continuing nature” of the violations involved “has implications for the *ratione temporis* jurisdiction of the Court” (*ibid.*, § 139). It is our submission that the Court, while having a standard procedure for assessing its *ratione temporis* jurisdiction, which is clearly summed up in the *Blečić* judgment (concerning

loss of property as an instantaneous act), must also respond to the nature of the right invoked.

12. Finally, it is recalled that the discovery of new material after the critical date may give rise to a fresh obligation to investigate. We fully subscribe to these principles, which are well established in the Court’s case-law.

13. Unfortunately these very same principles have been wrongly applied to the facts of the case in hand (see paragraphs 142-44 of the majority judgment).

Procedural shortcomings

14. Turning to the facts of the case, the Court holds tersely that it is “impossible, on the basis of the information available in the case file and in the parties’ submissions, to identify any real investigative steps after 5 May 1998” (see paragraph 159 of the judgment). With this, it is our opinion that the majority not only overlooks the fact that proceedings continued until the decision of 2004 (see paragraph 45), which was confirmed in 2009 (see paragraph 60), but also fails to give sufficient importance to the significant shortcomings in the investigation into the deaths, to the apparent contradictions between the various proceedings and to the partially arbitrary attitude of the Russian authorities.

15. In 2004, the domestic proceedings resulted in the classification of thirty-six volumes of the relevant files as “top secret”; an additional eight volumes were classified as “for internal use only” (see paragraph 45). Judges Spielmann, Villiger and Nußberger rightly found it to be “inconsistent, and hence shocking” that “what was initially a transparent investigation ended in total secrecy” (see the Chamber judgment, joint partly dissenting opinion of Judges Spielmann, Villiger and Nußberger, paragraph 8). Furthermore, the Russian Government refused to provide the Court with a copy of the decision of the Chief Military Prosecutor’s Office of 21 September 2004, in which it decided to discontinue criminal investigation no. 159 into the origin of the mass graves in Kharkov. The decision’s secret classification was given as justification for this refusal (see paragraphs 45 et seq. of the judgment). Attempts to achieve the declassification of the decision were unsuccessful (see paragraphs 61 et seq.).

16. The lack of transparency regarding the application for declassification of the decision represents just one of the shortcomings of the domestic proceedings. Further shortcomings regarding the complaint under Article 2 include the failure of the Russian authorities to account for the difference between the number of individuals actually killed and those they considered to have “perished”, as well as the lack of transparency regarding the refusal

to grant the applicants the status of injured parties. In addition, the declaration by the Russian military courts that the relatives of the applicants were “missing persons” is illogical considering that Russian prosecutors had previously confirmed the execution of those individuals (see paragraph 122). Furthermore, the domestic authorities failed to undertake an investigation “geared towards identifying the perpetrators and bringing them to justice”, despite the fact that at least two of the functionaries implicated were alive in the 1990s (see paragraph 119). Lastly, the Russian authorities argued that the domestic proceedings could not be conducted to the standards of the law of criminal procedure because they had been conducted “for political reasons, as a goodwill gesture to the Polish authorities” (see paragraphs 109 and 111). Such an “exemption” of the proceedings from the procedural requirements of Article 2 is arbitrary and untenable. Further evidence of the generally uncooperative attitude of the Russian authorities can be found in the arbitrary denial of rehabilitation of the relatives of the applicants (see paragraphs 86 et seq.). These shortcomings render the domestic procedure insufficient as regards the requirements of Article 2 of the Convention.

Isolated violation of Article 38

17. In this context, it is important to note that, to the best of our knowledge, this is the first time in the Court’s history that an isolated violation of Article 38 has been found. So far, all of the cases in which the Court found that a State had failed to comply with the obligations under Article 38 also concerned another Convention right (mostly Article 2 or 3) which the Court found to have been violated. On the one hand, the present judgment emphasises the autonomous character of the obligation to cooperate. On the other, it raises certain suspicions about the finding concerning Articles 2 and 3. In other instances, where a State’s failure to submit information to the Court resulted in a finding of a breach of Article 38, the Court associated that failure with “the drawing of inferences as to the well-foundedness of the applicant’s allegations” regarding the other Articles relied upon (see *Timurtaş v. Turkey*, no. 23531/94, §§ 66 and 70, ECHR 2000-VI, and *Bitiyeva and X v. Russia*, nos. 57953/00 and 37392/03, § 122, 21 June 2007).

Discovery of new material

18. Finally, the majority states that the discovery of new material after the critical date may give rise to a fresh obligation to investigate, but – where the triggering event lies outside of the Court’s temporal jurisdiction – only if either the “genuine connection” test or the “Convention values” test is

met (see paragraph 144). This connection between the triggering of a fresh obligation to investigate and the *Šilih* principles is not as straightforward as the judgment makes it seem. For example, in *Stanimirović v. Serbia* (no. 26088/06, §§ 28 et seq., 18 October 2011) the emergence of significant new evidence seems alternative, and not cumulative, to these principles. The same is true for *Mrdenović v. Croatia* ((dec.), no. 62726/10, 5 June 2012).

19. In this context, it is necessary to mention the events between 1998 and 2004 (see paragraph 121), and in particular the discovery of “the Ukrainian list” in 2002 (see paragraph 113). Furthermore, 2010 was a decisive year in the proceedings, and this for two reasons: firstly, the disclosure of essential historical documents on the website of the Russian State Archives Service on 28 April 2010 manifested a change in the Russian authorities’ attitude which gave some hope to the applicants (see paragraph 24); secondly, we consider the fact that the Russian Duma adopted a statement on the Katyn tragedy on 26 November 2010, that is, more than twelve years after the crucial date, as significant. It is unusual for a national parliament to acknowledge responsibility for gross human rights violations. The change in the attitude of Russia is a vital step in the process of coming to terms with the past. The Duma recognised not only “that the mass extermination of Polish citizens on USSR territory during the Second World War had been an arbitrary act by the totalitarian State” and “that the Katyn crime was carried out on the direct orders of Stalin and other Soviet leaders”, but emphasised that work for the establishment of the facts “must be carried on”. We consider the Duma’s statement as a clear political signal of a new approach by the Russian government, an approach desiring that all the circumstances of the tragedy be uncovered.

(b) The second Šilih principle: the “genuine connection” test

20. As to the “genuine connection” between the triggering event and the entry into force of the Convention in respect of the respondent State, the majority’s finding emphasises the time element and, by referring to classic cases of disappearance, repeats that the period concerned should not exceed ten years (see paragraph 146). In exceptional circumstances, the majority’s finding allows an extension of the time-limit further into the past, but only “on condition that the requirements of the ‘Convention values’ test have been met” (ibid.).

21. We do not agree with this interpretation of the “genuine connection” test. The exceptional circumstances allowing the extension of the time-limit must be interpreted separately from the third *Šilih* principle. Otherwise, the two conditions would merge together and would not have independent meaning. Furthermore, such an interpretation is clearly incompatible with

international law in the case of war crimes, and the Court, in its interpretation of the Convention, must respect international law. For example, in the *travaux préparatoires* to the Convention, in 1950, the Committee of Experts instructed to draw up a draft Convention providing a collective guarantee of human rights and fundamental freedoms made it clear that, in accordance with international law on State responsibility, “[the] jurisprudence of a European Court will never ... introduce any new element or one contrary to existing international law”¹. The history of the Convention thus shows that it was not designed to function in isolation, but was instead intended to harmonise with international law. This principle is well established in the Court’s jurisprudence:

“In the Court’s view, the principles underlying the Convention cannot be interpreted and applied in a vacuum. Mindful of the Convention’s special character as a human rights treaty, it must also take into account any relevant rules of international law when deciding on disputes concerning its jurisdiction pursuant to Article 49 of the Convention (art. 49).” (see *Loizidou v. Turkey* (merits), 18 December 1996, § 43 *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI)

In *Nada v. Switzerland* ([GC], no. 10593/08, § 169, ECHR 2012), the Court elaborated this further by saying:

“Moreover, the Court reiterates that the Convention cannot be interpreted in a vacuum but must be interpreted in harmony with the general principles of international law. Account should be taken, as indicated in Article 31 § 3 (c) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, of ‘any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties’, and in particular the rules concerning the international protection of human rights ...”

22. There is no doubt that the Katyn massacre must be qualified as a war crime (see paragraph 140 of the Chamber judgment, and paragraph 6 of the joint partly dissenting opinion of Judges Spielmann, Villiger and Nußberger in the Chamber judgment)². The Court has recently pointed out:

“[B]y May 1944 war crimes were defined as acts contrary to the laws and customs of war and that international law had defined the basic principles underlying, and an extensive range of acts constituting, those crimes. States were at least permitted (if not required) to take steps to punish individuals for such crimes, including on the basis of command responsibility. Consequently, during and after the Second World War, international and national tribunals prosecuted soldiers for war crimes committed during the Second World War.” (see *Kononov v. Latvia* [GC], no. 36376/04, § 213, ECHR 2010)

1. Commentary to Article 39 (43) (new) in the *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights*, 8 vols., The Hague 1975-1985, vol. IV, at 44.

2. See also W.A. Schabas, “Victor’s Justice: Selecting ‘Situations’ at the International Criminal Court”, 43 *John Marshall Law Review* 535, at 536.

This statement by the Court reflects the relevant state of international law already in the 1940s. Since then, the obligation to investigate and prosecute serious violations of international humanitarian law has gained in prominence and detail. The majority view correctly refers to the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity (see paragraph 151). Article IV of that Convention spells out the obligation concerned as well as the principle that statutory limitations do not apply in relation to the obligation to prosecute those responsible.

23. Also regarding statutory limitations for proceedings concerning war crimes, it is relevant to recall Article 7 § 2 of the Convention. A long-established understanding of the Court based on the *travaux préparatoires* to the Convention has been:

“[T]he purpose of the second paragraph of Article 7 was to specify that Article 7 did not affect laws which, in the wholly exceptional circumstances at the end of the Second World War, were passed in order to punish, *inter alia*, war crimes so that Article 7 does not in any way aim to pass legal or moral judgment on those laws (see *X. v. Belgium*, no. 268/57, Commission decision of 20 July 1957, Yearbook 1, p. 241). The Court further notes that the definition of war crimes included in Article 6(b) of the [Charter of the International Military Tribunal (Nuremberg Charter)] was found to be declaratory of international laws and customs of war as understood in 1939 ...” (see *Kononov*, cited above, § 186)

In other words, the Convention does not prevent laws aimed at punishing war crimes. As noted in the previous paragraph, it also accepts that such an obligation exists under international law. In its decision in *Kolk and Kislyiy v. Estonia* ((dec.), nos. 23052/04 and 24018/04, ECHR 2006-I) the Court noted that no statutory limitation applies to crimes against humanity, irrespective of the date on which they were committed.

24. We would point out that, while the applicants have an undeniable interest in the elucidation of the fate of their family members, it is equally clear that the obligation to investigate and prosecute those responsible for grave human rights and serious humanitarian law violations serves fundamental public interests by allowing a nation to learn from its history and by combating impunity. It has been recognised in a series of international instruments that “there can be no just and lasting reconciliation unless the need for justice is effectively satisfied” and “that national and international measures must be taken for that purpose with a view to securing jointly, in the interests of the victims of violations, observance of the right to know and, by implication, the right to the truth, the right to justice and the right to reparation, without which there can be no effective remedy against the pernicious effects of impunity” (see the United Nations Commission on Human Rights Updated

Set of Principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity, UN Doc. E/N.4/2005/102/Add.1). The right to the truth is “a vital safeguard against the recurrence of violations” and protects the collective memory of the affected people, which is a part of its heritage (ibid.).

25. The argument of the Russian Government (see paragraph 110 of the judgment) that there existed no binding international humanitarian law on the definition of responsibility for war crimes and crimes against humanity is untenable. At the time, customary international law, as codified by the Hague Convention IV of 1907 and the Geneva Convention of 1929, which required in no uncertain terms the humane treatment of prisoners of war, applied to all States concerned.

26. While Russia existed under a different political regime in 1907, it was this very State that had initiated the conferences which resulted in the adoption of the Hague laws: Nicholas II, the Tsar of Russia, had convened the International Peace Conference at the Hague in 1899, which – in a second meeting in 1907 – led to the adoption of the Hague Convention IV³. The Russian Empire was one of the original signatories of the Hague Convention and ratified it on 27 November 1909. There is also considerable evidence which speaks in favour of the thesis that the Russian Federation continues the legal personality of the former USSR, having inherited obligations entered into under the Soviet regime⁴. In *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* ([GC], no. 48787/99, § 378, ECHR 2004-VII) the Court also noted at the outset that the Russian Federation is the successor State to the USSR under international law. There is no question under international law that, despite the changes of government, Russia has always existed as the same State.

27. However, even according to the rules of State succession, the argument must be made that the USSR was bound by the international obligations of Tsarist Russia. Under public international law, a solid body of literature and practice speaks for an exemption of State obligations under human rights treaties from the *tabula rasa* of treaty obligations on a new State: these obligations do not end with the ratifying State, but

3. Preamble to the Final Act of the International Peace Conference, The Hague, 29 July 1899, and Final Act of the Second Peace Conference, The Hague, 18 October 1907.

4. See H. Hamant, *Démembrement de l'URSS et problèmes de succession d'États*, Bruylant, 2007, p. 128. Support for this argument can be found in the recognition by the USSR, in 1955, of the obligations under the Hague Convention as incurred by Tsarist Russia (Soviet note to the Netherlands, cited in G.B. Baldwin, “A New Look at the Law of War: Limited War and Field Manual 27-10”, 4 *Military Law Review* 1 (1959), pp. 1-38).

are transferred to its successor State(s)⁵. For example, the Human Rights Committee considers:

“[O]nce the people are accorded the protection of the rights under the Covenant, such protection devolves with territory and continues to belong to them, notwithstanding change in Government of the State party, including ... State succession ...”⁶

Moreover, it must be noted that, in 1954, the USSR ratified the Geneva Conventions of 1949⁷. At the Nuremberg trial, the Soviet prosecutor attempted to charge leading Nazis with the Katyn massacre, thereby showing that Russia considered the prohibition of war crimes such as those concerned here to be a binding principle of international law (see paragraph 140 of the Chamber judgment). According to both the rules of State continuity and those of State succession, and plainly in view of the applicable rules of customary law, the Government’s submission that they are not bound by the international humanitarian law on war crimes thus violates the principle of *venire contra factum proprium*. In light of the above, we must conclusively find that the massacre of the Polish prisoners of war in 1940 constituted a violation of the prohibition of war crimes and crimes against humanity. Under customary international humanitarian law, States have an obligation “to investigate war crimes allegedly committed by their nationals or armed forces, or on their territory, and, if appropriate, prosecute the suspects”⁸.

5. M.T. Kamminga, “State Succession in Respect of Human Rights Treaties”, 7 *European Journal of International Law* 4 (1996) 469-484, pp. 472 et seq.; F. Pocar, “Some Remarks On the Continuity of Human Rights and International Humanitarian Law Treaties,” in E. Cannizzaro, *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press: Oxford 2011, pp. 292 et seq.

6. Human Rights Committee, General Comment 26 (61) on the Continuity of Obligations, CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1, 8 December 1997, paragraph 4.

7. Table of Ratifications of the Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva, 12 August 1949, available at: <http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=365>, accessed 26 August 2013.

8. J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press: Cambridge 2005, Rule 158, p. 607; First Geneva Convention (Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva, 12 August 1949, 195 States Parties, in force since 21 October 1950), Art. 49; Second Geneva Convention (Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Geneva, 12 August 1949, 195 States Parties, in force since 21 October 1950), Art. 50; Third Geneva Convention (Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 August 1949, 195 States Parties, in force since 21 October 1950), Art. 129; Fourth Geneva Convention (Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 August 1949, 195 States Parties, in force since 21 October 1950), Art. 146; UN General Assembly Resolutions 2583 (XXIV) of 15 December 1969 and 2712 (XXV) of 15 December 1970; United Nations Principles of international co-operation in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity, adopted by General Assembly Resolution 3074 (XXVIII) of 3 December 1973.

There is no time-limit on this obligation, for war crimes and crimes against humanity are imprescriptible⁹.

28. Finally, paragraph 148 of the judgment must be read with some caution. We agree that *in principle* both of the criteria mentioned therein must be fulfilled, that is, only a short time should have passed between the death and the entry into force of the Convention for the State concerned, and the major part of the investigation must have been carried out or ought to have been carried out after the entry into force. However, in a situation such as that in the case at hand, where the national authorities denied any connection to or responsibility for the Katyn crimes for over forty years, the mere counting of years leads to an absurd result. In particular, the period of deadlock, in which any procedural steps were completely blocked and the victims did not have the slightest hope of making any progress in finding out who was responsible for the death of their relatives, should not be held against the applicants.

29. The above is sufficient for us to conclude that the Court should have accepted its jurisdiction *ratione temporis* on the basis of the first two *Šilih* principles in this case. However, even if one were to deny the existence of the “genuine connection”, we are of the view that this case was perfectly suited for the application of the so-called “humanitarian clause”.

(c) *The third Šilih principle: the “humanitarian clause”*

30. According to the third *Šilih* principle, a connection might not be qualified as “genuine”, but may nonetheless be sufficient to establish the Court’s jurisdiction if “it is needed to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention are protected in a real and effective way” (see paragraph 141 of the judgment).

31. We agree with the circumscription of the “underlying values of the Convention” as applied by the Chamber judgment (see paragraph 119 of that judgment) and repeated by the majority (see paragraph 150 of the present judgment). The “humanitarian clause” allows the Court to acknowledge its jurisdiction in cases of gross human rights violations of a larger dimension than those resulting from ordinary criminal offences, that is, those events falling under the definitions of war crimes, genocide or crimes against humanity contained in the relevant international instruments.

32. However, the Court does not apply the humanitarian clause, arguing that it “cannot be applied to events which occurred prior to the adoption of

9. Compare the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity of 26 November 1968, United Nations Treaty Series vol. 754, p. 73, in force since 11 November 1970, 54 States Parties.

the Convention, on 4 November 1950” (see paragraph 151). This stand is most problematic for several reasons.

33. Firstly, if the crucial sentence in paragraph 151 of the judgment means what it says, the majority should have stopped the examination at that very point. In other words, the examination of the events after the ratification of the Convention by the respondent State in paragraphs 158 and 159 is superfluous, if not contradictory. Secondly, this interpretation of the “humanitarian clause” closes the Court’s door to victims of any gross human rights violation that occurred prior to the existence of the Convention, although it is clearly accepted today that the States concerned carry a continuing procedural obligation to establish the facts, to find the perpetrators and to punish them. Thirdly, the majority’s position contradicts a principle well established in the Court’s case-law, namely that the Convention shall not be interpreted in splendid isolation, but is to be interpreted taking into account the relevant international law (see *Nada*, cited above, § 169; *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI; and *Al-Jedda v. the United Kingdom* [GC], no. 27021/08, §§ 76 and 105, ECHR 2011). In paragraph 151, the Court creates an artificial distinction between the relevant international law and the Convention, finding that the “Convention values” clause is inapplicable to events occurring before the adoption of the Convention in 1950. This distinction was not made in the previous case-law, which had not given the Court the opportunity to consider a case potentially falling under the “Convention values” clause (see paragraph 149). Lastly, it must be noted that the killings committed in 1940 were, also at the time of their commission, in violation of the authorities’ obligations under customary international law.

34. We thus agree that “the gravity and magnitude of the war crimes committed in 1940 in Katyn, Kharkov and Tver, coupled with the attitude of the Russian authorities after the entry into force of the Convention, warrant application of the special-circumstances clause in the last sentence of paragraph 163 [of the *Šilih* judgment]” (see Chamber judgment, joint partly dissenting opinion of Judges Spielmann, Villiger and Nußberger, paragraph 4). According to Article 32 § 2 of the Convention (see paragraph 3 above), the Court has the competence to define its own jurisdiction. With this judgment, the Court has missed an opportunity to fulfil this very task and thereby uphold the “Convention values” clause in the *Šilih* principles. In doing so, it has deprived that clause of its humanitarian effect in the case at hand and potentially weakened its effect in the event of its future application. This approach is untenable if the Convention system is to fulfil

the role for which it was intended: to provide a Court that would act as a “conscience” for Europe¹⁰.

35. In accordance with its purpose as Europe’s conscience, the Convention is intended to guarantee “not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective” (see *Stanev v. Bulgaria* [GC], no. 36760/06, § 231, ECHR 2012). The interpretation of the humanitarian clause by the majority contradicts this very aim. We regret the majority’s interpretation of the humanitarian clause in the most non-humanitarian way.

III. Conclusion

36. We express our profound disagreement and dissatisfaction with the findings of the majority in this case, a case of most hideous human rights violations, which turn the applicants’ long history of justice delayed into a permanent case of justice denied.

10. Statement of Lynn Ungood-Thomas (United Kingdom) at the first session of the Consultative Assembly of the Council of Europe, Strasbourg, in *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights*, vol. II, p. 174.

JANOWIEC ET AUTRES c. RUSSIE
(Requêtes n^{os} 55508/07 et 29520/09)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 21 OCTOBRE 2013¹

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

SOMMAIRE¹**Allégations de défaut d'enquête adéquate sur le sort de prisonniers de guerre exécutés par la police secrète soviétique à Katyn en 1940**

Pour que puisse être établi un « lien véritable » permettant à la Cour d'exercer sa compétence temporelle afin d'examiner un grief tiré, sur le terrain de l'article 2 de la Convention, d'un défaut de conduite d'une enquête effective sur un décès antérieur à la date de l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'État défendeur concerné, le laps de temps écoulé entre le décès et cette date doit être relativement bref (c'est-à-dire ne pas dépasser en principe dix ans) et la majeure partie de l'enquête doit avoir été conduite, ou aurait dû l'être, après l'entrée en vigueur (paragraphe 141 et 146 à 148 de l'arrêt).

Bien que, même lorsque le critère du « lien véritable » n'est pas satisfait, la Cour puisse dans des conditions extraordinaires exercer sa compétence de manière à garantir une protection réelle et effective des valeurs qui sous-tendent la Convention, elle ne peut le faire si les faits en cause sont antérieurs à l'adoption de la Convention le 4 novembre 1950 (paragraphe 149 à 151 de l'arrêt).

Article 35 § 3

Compétence ratione temporis – Compétence temporelle de la Cour à l'égard de décès survenus cinquante-huit ans avant l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'État défendeur – Obligation procédurale de conduire une enquête effective – Absence de « lien véritable » entre les décès et l'entrée en vigueur à l'égard de l'État défendeur – Critères à prendre en compte pour déterminer si la protection réelle et effective des garanties de la Convention et des valeurs qui la sous-tendent constituent néanmoins une base suffisante pour reconnaître l'existence d'un tel lien – Graves crimes de droit international – Inapplicabilité de l'exception des « valeurs de la Convention » à des faits antérieurs à l'adoption de la Convention en 1950

Article 3

Traitement inhumain – Obligations positives – Allégations de défaut d'enquête adéquate sur le sort de prisonniers de guerre exécutés par la police secrète soviétique à Katyn en 1940 – Absence d'incertitudes quant au sort des proches des requérants à la date de l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Russie – Affaire de « décès confirmé » – Absence de circonstances spéciales confirmant l'existence d'une souffrance

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

distincte du désarroi émotionnel inévitablement causé aux proches des victimes de violations graves des droits de l'homme

Article 38

Fournir toutes facilités nécessaires – Refus pour des raisons de sécurité nationale de produire copie d'une décision d'une juridiction interne classant sans suite l'enquête pénale sur le massacre de Katyn – Contrôle indépendant obligatoire dans le cadre d'une procédure contradictoire de la nécessité d'une classification d'informations lorsque des droits de l'homme fondamentaux sont en jeu – Absence de contrôle réel d'une décision de refus par l'administration de déclassification d'informations concernant une enquête sur des violations graves des droits de l'homme revêtant un caractère historique

*

* *

En fait

Les requérants sont des membres des familles d'officiers et de fonctionnaires polonais détenus dans des camps ou des prisons soviétiques à la suite de l'invasion par l'Armée rouge de la République de Pologne en septembre 1939 et ultérieurement tués par la police secrète soviétique sans autre forme de procès avec plus de 21 000 autres personnes, en avril et mai 1940. Les victimes furent enterrées dans des charniers dans la forêt de Katyn. Des investigations sur ce massacre furent ouvertes en 1990 mais classées sans suite en 2004. Le texte de la décision portant classement sans suite était toujours frappé du secret à la date de l'arrêt rendu par la Cour et les requérants n'y avaient pas accès. Leurs multiples demandes d'accès à cette décision et de déclassification de celle-ci furent à chaque fois rejetées par les tribunaux russes. Les autorités russes ont également refusé de communiquer copie de la décision à la Cour au motif que le document n'était pas crucial pour cette affaire et que le droit interne faisait obstacle à la production d'informations classifiées.

En droit

1. Article 2 (volet procédural): la Cour rappelle que sa compétence temporelle pour vérifier le respect de l'obligation procédurale que l'article 2 fait à l'État de conduire une enquête effective sur des meurtres illégaux qu'auraient commis des agents de l'État n'est pas sans limites lorsque les décès sont antérieurs à la date d'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de cet État. En pareil cas, seuls les actes et omissions de nature procédurale postérieurs à cette date relèvent de la compétence temporelle de la Cour et seulement s'il existe un « lien véritable » entre le décès en tant que fait générateur et l'entrée en vigueur de la Convention. Pour qu'il y ait un « lien véritable », le laps de temps écoulé entre le fait générateur et la date critique doit demeurer relativement bref et la majeure partie de l'enquête doit

avoir été conduite, ou aurait dû l'être, après l'entrée en vigueur. À cette fin, un laps de temps relativement bref veut dire un délai ne dépassant pas dix ans.

Au vu du dossier, il faut présumer que les proches des requérants ont été exécutés par les autorités soviétiques en 1940. Or la Russie n'a ratifié la Convention que le 5 mai 1998, soit cinquante-huit ans après. Ce laps de temps est non seulement beaucoup plus long que ceux qui ont conduit à l'application de l'obligation procédurale découlant de l'article 2 dans toutes les affaires antérieures portées devant la Cour, mais aussi trop long dans l'absolu pour établir un lien véritable entre les décès et l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Russie. De plus, bien que l'enquête sur l'origine des charniers n'ait été formellement classée qu'en 2004, six ans après l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Russie, il est impossible, au vu des éléments versés au dossier et des observations des parties, de déceler la moindre mesure d'instruction digne de ce nom qui aurait été accomplie après cette date. La Cour considère que l'on ne peut voir dans une nouvelle appréciation des preuves, dans des constats différant des conclusions antérieures ni dans une décision de classification des pièces de l'enquête la «part importante des mesures procédurales» requise pour l'établissement d'un «lien véritable» aux fins de l'article 2 de la Convention. Aucun élément de preuve pertinent ni aucune information substantielle ne sont apparus depuis la date critique. Dès lors, aucun des critères permettant d'établir l'existence d'un «lien véritable» ne se trouve non plus rempli.

Néanmoins, comme la Cour l'a dit dans son arrêt *Šilih c. Slovénie* ([GC], n° 71463/01, 9 avril 2009), il peut exister des situations extraordinaires ne satisfaisant pas au critère du «lien véritable», mais où la nécessité de protéger de manière réelle et effective les garanties offertes par la Convention et les valeurs qui la sous-tendent constitue un fondement suffisant pour reconnaître l'existence d'un lien. Pour que celle-ci puisse être constatée en pareil cas, il faut que le fait générateur revête une dimension plus large qu'une infraction pénale ordinaire et constitue la négation des fondements mêmes de la Convention. Tel serait le cas de graves crimes de droit international tels que les crimes de guerre, le génocide ou les crimes contre l'humanité. Toutefois, le critère des «valeurs de la Convention» ne peut pas s'appliquer à des événements antérieurs à l'adoption de la Convention, le 4 novembre 1950, car c'est seulement à cette date que celle-ci a commencé à exister en tant qu'instrument international de protection des droits de l'homme. La responsabilité sur le terrain de la Convention d'une Partie à celle-ci ne peut pas être engagée pour la non-réalisation d'une enquête sur un crime de droit international, fût-il le plus abominable, si celui-ci est antérieur à la Convention. À cet égard, il y a une différence fondamentale entre la possibilité de poursuivre une personne pour un grave crime de droit international si les circonstances le permettent et l'obligation de le faire au regard de la Convention. Les événements qui auraient pu faire naître l'obligation d'enquêter découlant de l'article 2 ont eu lieu au début de l'année 1940, soit plus de dix ans avant que la Convention ne voie le jour. Il n'existe

donc en l'espèce aucun élément de nature à former un pont entre le passé lointain et la période, récente, postérieure à l'entrée en vigueur de la Convention et la Cour n'a pas compétence pour examiner le grief soulevé sur le terrain de l'article 2.

Conclusion : exception préliminaire retenue (treize voix contre quatre).

2. Article 3 : dans sa jurisprudence, la Cour a reconnu que la souffrance des proches d'une « personne disparue » qui ont dû vivre longtemps entre l'espoir et le désespoir peut justifier un constat de violation distincte de l'article 3 à raison de l'attitude particulièrement insensible des autorités nationales face à leurs demandes de renseignements. Cependant, en l'espèce, la Cour n'a compétence qu'en ce qui concerne la période qui a commencé le 5 mai 1998, date d'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Russie. À cette date, il ne subsistait plus aucune incertitude quant au sort des prisonniers de guerre polonais. Bien que tous les corps n'aient pas été retrouvés, leur décès a été publiquement reconnu par les autorités soviétiques et par les autorités russes et est devenu un fait historique établi. Il s'ensuit nécessairement que ce qui pouvait passer au départ pour une affaire de « disparition » doit être considéré comme une affaire de « décès confirmé ». Aucune des circonstances spéciales qui avaient conduit la Cour à constater une violation distincte de l'article 3 dans les affaires de « décès confirmés » (par exemple être un témoin direct des souffrances de la victime) n'étant présente dans le cas des requérants, leur souffrance ne peut passer pour avoir atteint une dimension et un caractère distincts du désarroi émotionnel qui peut être considéré comme inévitable pour les proches de victimes de graves violations des droits de l'homme.

Conclusion : non-violation (douze voix contre cinq).

3. Article 38 : le Gouvernement n'a pas donné suite à la demande que lui avait fait la Cour de lui communiquer copie de la décision de septembre 2004 classant sans suite l'enquête sur le massacre de Katyn, au motif que la décision avait été régulièrement classée « ultrasecret » au plan interne et qu'il était interdit au Gouvernement de communiquer des informations classifiées à des organisations internationales en l'absence de garanties quant à leur confidentialité.

La Cour rappelle que, même lorsque des considérations de sécurité nationale sont en jeu, les principes de légalité et d'état de droit applicables dans une société démocratique exigent que toute mesure touchant les droits fondamentaux de la personne puisse être soumise à une forme de procédure contradictoire devant un organe indépendant compétent pour examiner les motifs de la décision en question et les preuves pertinentes car, sinon, les autorités de l'État pourraient porter arbitrairement atteinte aux droits protégés par la Convention.

En l'espèce, les juridictions nationales n'ont pas examiné sérieusement la thèse de l'exécutif selon laquelle les informations contenues dans la décision de classement sans suite du dossier devaient rester secrètes plus de soixante-dix ans après les faits. Elles se sont bornées à vérifier que la décision de classification avait bien été prise dans le cadre de la compétence administrative des autorités

concernées, sans rechercher de manière indépendante si la conclusion suivant laquelle une déclassification eût constitué un risque pour la sécurité nationale était raisonnablement fondée en fait. Elles n'ont pas répondu sur le fond à l'argument tiré de ce que la décision de classement sans suite aurait été en réalité insusceptible de classification en droit interne dès lors qu'elle mettrait fin à une enquête sur une violation gravissime des droits de l'homme commise sur les ordres des plus hautes instances. Elles n'ont pas non plus mis en balance, d'une part, la nécessité alléguée de protéger les informations, et, d'autre part, l'intérêt du public de voir conduire une enquête transparente et l'intérêt privé des familles des victimes à voir élucider les circonstances du décès de leurs proches. Compte tenu de la portée limitée du contrôle juridictionnel auquel la décision de classification a été soumise au niveau interne, la Cour ne peut admettre que la production d'une copie de la décision de 2004 demandée par elle eût pu nuire à la sécurité nationale de la Russie.

La Cour souligne en outre que, dans le cadre de sa procédure, elle peut répondre à des impératifs légitimes de sécurité nationale par des aménagements adéquats, par exemple en restreignant l'accès à des documents en vertu de l'article 33 de son règlement ou, en dernier ressort, en tenant une audience à huis clos. Or le Gouvernement n'a pas demandé l'application de telles mesures.

Conclusion: non-respect de l'article 38 (unanimité).

Article 41 : rejet des demandes pour dommage matériel, la violation de l'article 38 de la Convention étant une question d'ordre procédural n'appelant l'octroi d'aucune somme au titre de la satisfaction équitable.

Jurisprudence citée par la Cour

Açış c. Turquie, n° 7050/05, 1^{er} février 2011

Agache et autres c. Roumanie, n° 2712/02, 20 octobre 2009

Akhmadova et Sadoulaïeva c. Russie, n° 40464/02, 10 mai 2007

Akkum et autres c. Turquie, n° 21894/93, CEDH 2005-II

Al-Nashif c. Bulgarie, n° 50963/99, 20 juin 2002

Aslakhanova et autres c. Russie, n^{os} 2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08 et 42509/10, 18 décembre 2012

Association « 21 Décembre 1989 » et autres c. Roumanie, n^{os} 33810/07 et 18817/08, 24 mai 2011

Bajić c. Croatie, n° 41108/10, 13 novembre 2012

Bazorkina c. Russie, n° 69481/01, 27 juillet 2006

Bekirski c. Bulgarie, n° 71420/01, 2 septembre 2010

Bitieva et autres c. Russie, n° 36156/04, 23 avril 2009

Blečić c. Croatie [GC], n° 59532/00, CEDH 2006-III

Brecknell c. Royaume-Uni, n° 32457/04, 27 novembre 2007

Çakıcı c. Turquie [GC], n° 23657/94, CEDH 1999-IV

Çakir c. Chypre (déc.), n° 7864/06, 29 avril 2010

Chakhguriyeva et autres c. Russie, n° 27251/03, 8 janvier 2009

- Crăiniceanu et Frumușanu c. Roumanie*, n° 12442/04, 24 avril 2012
- Dalban c. Roumanie* [GC], n° 28114/95, CEDH 1999-VI
- Damayev c. Russie*, n° 36150/04, 29 mai 2012
- Damir Sibgatullin c. Russie*, n° 1413/05, 24 avril 2012
- Davydov et autres c. Ukraine*, n°s 17674/02 et 39081/02, 1^{er} juillet 2010
- Dedovski et autres c. Russie*, n° 7178/03, 15 mai 2008
- Dimovi c. Bulgarie*, n° 52744/07, 6 novembre 2012
- Enoukidze et Guirguliani c. Géorgie*, n° 25091/07, 26 avril 2011
- Er et autres c. Turquie*, n° 23016/04, 31 juillet 2012
- Esmukhambetov et autres c. Russie*, n° 23445/03, 29 mars 2011
- Gongadze c. Ukraine*, n° 34056/02, CEDH 2005-XI
- Gutiérrez Dorado et Dorado Ortiz c. Espagne* (déc.), n° 30141/09, 27 mars 2012
- Igor Shevchenko c. Ukraine*, n° 22737/04, 12 janvier 2012
- Imakaïeva c. Russie*, n° 7615/02, 9 novembre 2006
- Inderbiyeva c. Russie*, n° 56765/08, 27 mars 2012
- Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, série A n° 25
- Jularić c. Croatie*, n° 20106/06, 20 janvier 2011
- Karner c. Autriche*, n° 40016/98, CEDH 2003-IX
- Khadjialiyev et autres c. Russie*, n° 3013/04, 6 novembre 2008
- Khashuyeva c. Russie*, n° 25553/07, 19 juillet 2011
- Kopecký c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98, CEDH 2004-IX
- Kudra c. Croatie*, n° 13904/07, 18 décembre 2012
- Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, CEDH 2000-IV
- Lăpușan et autres c. Roumanie*, n°s 29007/06, 30552/06, 31323/06, 31920/06, 34485/06, 38960/06, 38996/06, 39027/06 et 39067/06, 8 mars 2011
- Liou c. Russie* (n° 2), n° 29157/09, 26 juillet 2011
- Loukanov c. Bulgarie*, 20 mars 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II
- Loulouïev et autres c. Russie*, n° 69480/01, CEDH 2006-XIII
- Lyubov Efimenko c. Ukraine*, n° 75726/01, 25 novembre 2010
- Maslova et Nalbandov c. Russie*, n° 839/02, 24 janvier 2008
- McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, série A n° 324
- McShane c. Royaume-Uni*, n° 43290/98, 28 mai 2002
- Mladenović c. Serbie*, n° 1099/08, 22 mai 2012
- Mocanu et autres c. Roumanie*, n°s 10865/09, 45886/07 et 32431/08, 13 novembre 2012
- Mousikhanova et autres c. Russie*, n° 27243/03, 4 décembre 2008
- Moussaïev et autres c. Russie*, n°s 57941/00, 58699/00 et 60403/00, 26 juillet 2007
- Nevmerjitski c. Ukraine*, n° 54825/00, 5 avril 2005
- Nolan et K. c. Russie*, n° 2512/04, 12 février 2009
- Orhan c. Turquie*, n° 25656/94, 18 juin 2002
- Osmanoğlu c. Turquie*, n° 48804/99, 24 janvier 2008
- Otašević c. Serbie*, n° 32198/07, 5 février 2013

Ousaïeva et autres c. Russie, n° 29133/03, 29 mai 2008
P.M. c. Bulgarie, n° 49669/07, 24 janvier 2012
Paçacı et autres c. Turquie, n° 3064/07, 8 novembre 2011
Pastor et Țiclete c. Roumanie, n°s 30911/06 et 40967/06, 19 avril 2011
Polechtchouk c. Russie, n° 60776/00, 7 octobre 2004
Sabri Güneş c. Turquie [GC], n° 27396/06, 29 juin 2012
Salakhov et Islyamova c. Ukraine, n° 28005/08, 14 mars 2013
Sambiyev et Pokaïeva c. Russie, n° 38693/04, 22 janvier 2009
Șandru et autres c. Roumanie, n° 22465/03, 8 décembre 2009
Sasita Israilova et autres c. Russie, n° 35079/04, 28 octobre 2010
Šilih c. Slovénie [GC], n° 71463/01, 9 avril 2009
Stanimirović c. Serbie, n° 26088/06, 18 octobre 2011
Tahsin Acar c. Turquie [GC], n° 26307/95, CEDH 2004-III
Tanguiyeva c. Russie, n° 57935/00, 29 novembre 2007
Taniş et autres c. Turquie, n° 65899/01, CEDH 2005-VIII
Tanlı c. Turquie, n° 26129/95, CEDH 2001-III
Tanrıkuş c. Turquie [GC], n° 23763/94, CEDH 1999-IV
Tigran Ayrapetyan c. Russie, n° 75472/01, 16 septembre 2010
Timurtaş c. Turquie, n° 23531/94, CEDH 2000-VI
Troubnikov c. Russie, n° 49790/99, 5 juillet 2005
Trufin c. Roumanie, n° 3990/04, 20 octobre 2009
Tuna c. Turquie, n° 22339/03, 19 janvier 2010
Udayeva et Youssoupova c. Russie, n° 36542/05, 21 décembre 2010
Vagapova et Zoubiraïev c. Russie, n° 21080/05, 26 février 2009
Varnava et autres c. Turquie [GC], n°s 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, CEDH 2009
Velcea et Mazăre c. Roumanie, n° 64301/01, 1^{er} décembre 2009
Velkhiyev et autres c. Russie, n° 34085/06, 5 juillet 2011
Yasin Ateş c. Turquie, n° 30949/96, 31 mai 2005
Yatsenko c. Ukraine, n° 75345/01, 16 février 2012
Zoubairiaïev c. Russie, n° 67797/01, 10 janvier 2008

En l'affaire Janowiec et autres c. Russie,

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

Josep Casadevall, *président*,

Guido Raimondi,

Ineta Ziemele,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Corneliu Bîrsan,

Peer Lorenzen,

Alvina Gyulumyan,

Khanlar Hajiyev,

Dragoljub Popović,

Luis López Guerra,

Kristina Pardalos,

Vincent A. De Gaetano,

Julia Laffranque,

Helen Keller,

Helena Jäderblom,

Krzysztof Wojtyczek,

Dmitry Dedov, *juges*,

et de Erik Fribergh, *greffier*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 13 février et le 5 septembre 2013,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouvent deux requêtes (n^{os} 55508/07 et 29520/09) dirigées contre la Fédération de Russie et dont quinze ressortissants polonais (« les requérants ») ont saisi la Cour le 19 novembre 2007 et le 24 mai 2009 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, dont les noms sont cités aux paragraphes 25 à 37 ci-dessous, habitent en Pologne ou aux États-Unis d'Amérique. MM. Janowiec et Trybowski ont été représentés devant la Cour par M^e J. Szewczyk, avocat polonais exerçant à Varsovie. Les autres requérants ont été représentés par M. I. Kamiński, professeur à l'Institut des études juridiques, M^e R. Nowosielski et M^e B. Sochański, avocats polonais exerçant

respectivement à Gdańsk et à Szczecin, ainsi que par M^e R. Karpinskiy et M^e A. Stavitskaya, avocats russes exerçant à Moscou.

3. Le gouvernement russe («le Gouvernement») a été représenté par M. G. Matyushkin, représentant de la Fédération de Russie auprès de la Cour européenne des droits de l'homme.

4. Le gouvernement polonais, qui a exercé son droit d'intervenir dans la procédure comme le permet l'article 36 § 1 de la Convention, a été représenté tout d'abord par son agent, M. J. Wołásiewicz, du ministère des Affaires étrangères, puis par son coagent, M^{me} A. Mężykowska.

5. Les requêtes ont été attribuées à la cinquième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour – «le règlement»). Le 7 octobre 2008 et le 24 novembre 2009, le président de la section a décidé de les porter à la connaissance des gouvernements russe et polonais. Il a également été décidé de réserver à ces requêtes un traitement prioritaire en vertu de l'article 41 du règlement.

6. Par une décision du 5 juillet 2011, la Cour a joint les requêtes. Elle a décidé en outre de joindre au fond l'exception d'incompétence *ratione temporis* formulée par le Gouvernement relativement au grief soulevé sous l'angle du volet procédural de l'article 2 de la Convention et a déclaré les requêtes partiellement recevables.

7. Le 16 avril 2012, une chambre de la cinquième section composée de Dean Spielmann, président, Karel Jungwiert, Boštjan M. Zupančič, Anatoly Kovler, Mark Villiger, Ganna Yudkivska et Angelika Nußberger, juges, a rendu son arrêt. Par quatre voix contre trois, elle s'est déclarée incompétente pour statuer au fond sur le grief formulé sur le terrain de l'article 2 ; par cinq voix contre deux, elle a conclu à la violation de l'article 3 de la Convention à l'égard de dix requérants et, à l'unanimité, elle a conclu à la non-violation de cette disposition à l'égard des autres requérants. Elle a également jugé, par quatre voix contre trois, que le Gouvernement avait failli à ses obligations découlant de l'article 38 de la Convention.

8. Le 5 juillet 2012, les requérants ont demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre en vertu des articles 43 de la Convention et 73 du règlement. Le 24 septembre 2012, un collège de la Grande Chambre a fait droit à cette demande.

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

10. Tant les requérants que le Gouvernement ont produit un mémoire devant la Grande Chambre.

11. Par la suite, en vertu de l'article 36 § 2 de la Convention, le président de la Grande Chambre a autorisé les organisations suivantes à présenter des observations écrites en qualité de tierces parties : Open Society Justice

Initiative, Amnesty International et Public International Law and Policy Group. Un groupe de trois organisations non gouvernementales – Memorial, European Human Rights Advocacy Centre et Transitional Justice Network – a également été autorisé à présenter des tierces observations conjointes par écrit.

12. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 13 février 2013 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le gouvernement défendeur*

MM. G. Matyushkin, *agent,*
N. Mikhaylov,
P. Smirnov, *conseillers;*

– *pour les requérants*

MM. J. Szewczyk
I. Kamiński,
B. Sochański, *conseils;*

– *pour le gouvernement polonais*

M. M. Szpunar, *vice-ministre des Affaires étrangères,*
M^{me} A. Mężykowska, *coagent,*
M. W. Schabas, *conseiller.*

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Szewczyk, M. Kamiński et M. Sochański pour les requérants, M. Matyushkin pour le gouvernement défendeur, et M^{me} Mężykowska pour le gouvernement polonais.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

13. Les faits de la cause, tels qu'exposés ou admis par les parties, peuvent se résumer comme suit.

A. Contexte

14. Le 23 août 1939, les ministres des Affaires étrangères de l'Union soviétique et de l'Allemagne nazie signèrent un traité de non-agression, le « Pacte Molotov-Ribbentrop », qui renfermait un protocole additionnel secret par lequel les parties s'entendaient sur la « question de la délimitation

de leurs sphères d'influence respectives en Europe de l'Est». Il y était en particulier conclu ceci :

«2. Dans le cas d'une réorganisation territoriale et politique des zones appartenant à l'État polonais, les sphères d'influence de l'Allemagne et de l'URSS [Union des républiques socialistes soviétiques] seront délimitées approximativement par les fleuves Narev, Vistule et San.»

15. Le 1^{er} septembre 1939, l'Allemagne envahit la Pologne, déclenchant la Seconde Guerre mondiale. Le 17 septembre 1939, l'Armée rouge soviétique, expliquant que l'État polonais s'était effondré à cause de l'attaque allemande et n'était plus en mesure de garantir la sécurité de ses propres citoyens, pénétra en territoire polonais dans le but affiché de protéger les Ukrainiens et Biélorusses habitant la partie orientale de la Pologne. L'armée polonaise n'offrit aucune résistance militaire. L'URSS annexa les territoires qui venaient de passer sous son contrôle et déclara en novembre 1939 que les 13,5 millions de citoyens polonais qui y résidaient étaient désormais des citoyens soviétiques.

16. À la suite de l'avancée de l'Armée rouge, environ 250 000 soldats, gardes-frontières, policiers, gardiens de prison, fonctionnaires de l'État et autres agents publics polonais furent arrêtés. Après avoir été désarmés, certains d'entre eux furent relâchés ; les autres furent envoyés dans des camps d'internement spéciaux créés par le Commissariat du peuple aux Affaires intérieures (NKVD – l'un des organismes ayant précédé le Comité pour la sécurité de l'État (KGB)) à Kozelsk, Ostachkov et Starobelsk. Le 9 octobre 1939, il fut décidé que le corps des officiers polonais serait cantonné dans les camps de Kozelsk et Starobelsk et que le reste des fonctionnaires, dont les policiers et les gardiens de prison, le serait à Ostachkov.

17. Au début du mois de mars 1940, Lavrenti Beria, le chef du NKVD, soumit à Joseph Staline, le Secrétaire général du Parti communiste de l'Union soviétique («le PCUS»), une demande d'approbation d'une proposition consistant à exécuter les prisonniers de guerre polonais au motif qu'ils étaient tous des «ennemis des autorités soviétiques pétris de haine envers le système soviétique» et qu'ils «cherchaient à poursuivre leur manœuvres [contre-révolutionnaires]» et à «mener une agitation antisoviétique». Il était précisé dans cette proposition que les camps de prisonniers de guerre accueillait 14 736 anciens officiers de l'armée et de la police, dont plus de 97 % étaient de nationalité polonaise, et que 10 685 autres Polonais étaient détenus dans les prisons des régions situées dans l'ouest de l'Ukraine et de la Biélorussie.

18. Le 5 mars 1940, le Bureau politique (Politburo) du Comité central du PCUS examina la proposition et décida ceci :

« [Le Politburo]

I. Donne l'instruction suivante au NKVD de l'URSS :

1. Les cas des 14 700 personnes restant dans les camps de prisonniers de guerre (anciens officiers de l'armée, fonctionnaires, propriétaires terriens, policiers, agents du renseignement, policiers militaires, colons et gardiens de prison polonais),

2. et les cas des personnes arrêtées et restant dans les prisons des régions de l'ouest de l'Ukraine et de la Biélorussie, au nombre de 11 000 (membres de divers organismes contre-révolutionnaires d'espionnage et de sabotage, anciens propriétaires terriens, propriétaires d'usines, anciens officiers de l'armée polonaise, fonctionnaires et fugitifs), doivent être examinés dans le cadre d'une procédure spéciale, et ces personnes doivent être condamnées à la peine capitale – [exécution] par balles.

II. Ces cas doivent être traités sans que les prisonniers soient convoqués ni que les chefs d'inculpation soient communiqués et sans que la moindre conclusion sur l'issue de l'enquête ni les actes d'accusation ne leur soient signifiés, et ce selon les modalités suivantes :

a) pour les personnes restant dans les camps de prisonniers de guerre : sur la base des informations fournies par la direction des prisonniers de guerre du NKVD de l'URSS,

b) pour les personnes arrêtées : sur la base des informations fournies par le NKVD de la République socialiste soviétique d'Ukraine et par le NKVD de la République socialiste soviétique de Biélorussie. »

La décision était signée de Joseph Staline, Kliment Vorochilov, Anastase Mikoyan, Viatcheslav Molotov, Mikhaïl Kalinine et Lazare Kaganovitch.

19. Les exécutions se déroulèrent en avril et mai 1940. Les prisonniers du camp de Kozelsk furent tués en un lieu proche de Smolensk appelé forêt de Katyn ; ceux du camp de Starobelsk furent tués dans la prison du NKVD à Kharkov et leurs corps furent enterrés à proximité du village de Pyatikhatki ; les policiers du camp d'Ostachkov furent tués dans la prison du NKVD à Kalinine (aujourd'hui Tver) et enterrés à Mednoye. Les circonstances de l'exécution des détenus des prisons situées dans les régions de l'ouest de l'Ukraine et de la Biélorussie demeurent inconnues à ce jour.

20. En 1942 et 1943, des cheminots polonais puis l'armée allemande découvrirent des charniers près de la forêt de Katyn. Une commission internationale composée de douze experts en criminalistique de plusieurs pays (Belgique, Bulgarie, Croatie, Danemark, Finlande, France, Hongrie, Italie, Pays-Bas, Roumanie, Slovaquie et Suède), accompagnés de leurs équipes de soutien, fut mise en place pour conduire les travaux d'exhumation d'avril à juin 1943. Les dépouilles de 4 243 officiers polonais furent exhumées,

dont 2 730 furent identifiées. La commission internationale conclut que les Soviétiques étaient responsables du massacre.

21. En réaction, les autorités soviétiques rejetèrent la responsabilité sur les Allemands, qui selon elles avaient mis la main sur les prisonniers polonais à l'été 1941 et les avaient exécutés. À la suite de la libération du district de Smolensk par l'Armée rouge en septembre 1943, le NKVD créa une commission d'État extraordinaire, avec à sa tête Nikolai Bourdenko, chargée de rassembler des preuves de la responsabilité allemande dans l'exécution des officiers polonais. Dans son communiqué du 22 janvier 1944, la commission Bourdenko déclara que les prisonniers polonais avaient été exécutés par les Allemands à l'automne 1941.

22. Au cours du procès des criminels de guerre allemands devant le Tribunal militaire international de Nuremberg («le Tribunal de Nuremberg»), les exécutions de Katyn figuraient dans l'acte d'accusation comme chef de crimes de guerre (acte d'accusation : chef d'accusation n° 3 – crimes de guerre, section C 2). Le 13 février 1946, le colonel Y.V. Pokrovsky, le procureur général adjoint de l'URSS, inculpa les accusés de l'exécution de 11 000 prisonniers de guerre polonais à l'automne 1941, sur la base des conclusions de la commission d'État extraordinaire (Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, vol. VII, pp. 425-427). Malgré les objections des procureurs soviétiques à l'audition de témoins, le Tribunal de Nuremberg entendit, les 1^{er} et 2 juillet 1946, trois témoins pour l'accusation et trois témoins pour la défense (Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, vol. XVII, pp. 270-371). À l'issue du procès, aucune mention ne fut faite des exécutions de Katyn, ni dans le texte du jugement du Tribunal de Nuremberg ni dans l'opinion dissidente du juge soviétique.

23. Le 3 mars 1959, Alexandre Chelepine, le président du KGB, proposa à Nikita Khrouchtchev, le Secrétaire général du PCUS, de détruire les documents relatifs à l'exécution des prisonniers de guerre polonais :

«Depuis 1940, des archives et d'autres documents concernant les prisonniers et officiers, policiers, gendarmes, colons [militaires], propriétaires terriens internés et autres membres de l'ancienne Pologne bourgeoise qui ont été exécutés cette année-là ont été conservés par le Comité pour la sécurité de l'État du Conseil des ministres de l'URSS. Au total 21 857 personnes furent abattues sur la base des décisions de la troïka spéciale du NKVD soviétique, dont 4 421 dans la forêt de Katyn (district de Smolensk), 3 820 dans le camp de Starobelsk près de Kharkov, 6 311 dans le camp d'Ostachkov (district de Kalinine) et 7 305 dans d'autres camps et prisons de l'ouest de l'Ukraine et de la Biélorussie.

Toute l'opération visant à liquider les personnes susmentionnées fut conduite sur la base d'une décision du Comité central du Parti communiste de l'URSS du 5 mars

1940 (...) Depuis l'époque où cette opération a été exécutée, c'est-à-dire depuis 1940, aucune information n'a été communiquée à quiconque au sujet de cette affaire et l'ensemble des 21 857 dossiers ont été conservés en lieu sûr.

Aucun de ces dossiers ne revêt la moindre valeur opérationnelle ou historique pour les organes soviétiques. De même, il est fort douteux qu'ils puissent avoir une quelconque valeur réelle aux yeux de nos amis polonais. Au contraire, un incident fortuit risquerait de conduire à la révélation de l'opération, avec toutes les conséquences fâcheuses qui s'ensuivraient pour notre pays, surtout depuis que, s'agissant des personnes abattues dans la forêt de Katyn, la version officielle a été confirmée par une enquête conduite à l'initiative des autorités soviétiques en 1944 (...)

Au vu de ces éléments, il semble opportun de détruire tous les dossiers relatifs aux personnes abattues en 1940 au cours de l'opération susmentionnée (...) [L]es procès-verbaux des réunions de la troïka du NKVD soviétique ordonnant l'exécution de ces personnes ainsi que les documents relatifs à la mise en application de cette décision pourraient être conservés.»

24. Les documents restants furent archivés dans un dossier spécial, appelé « paquet n° 1 », auquel seul le Secrétaire général du PCUS avait accès. Le 28 avril 2010, son contenu fut officiellement rendu public sur le site Internet du service des archives de l'État russe. Le dossier renferme les documents historiques suivants : la proposition de Beria du 5 mars 1940, la décision prise par le Politburo à cette même date, les pages supprimées du procès-verbal de la réunion du Politburo et la note de Chelepine du 3 mars 1959.

B. Les requérants et leurs liens avec les victimes

1. Les auteurs de la requête n° 55508/07

25. Le premier requérant, M. Jerzy-Roman Janowiec, est né en 1929. Il est le fils d'Andrzej Janowiec, né en 1890, qui était lieutenant dans l'armée polonaise avant la Seconde Guerre mondiale.

26. Le second requérant, M. Antoni-Stanisław Trybowski, est né en 1940. Il est le petit-fils d'Antoni Nawratil, né en 1883, qui était lieutenant-colonel dans l'armée polonaise.

27. Andrzej Janowiec et Antoni Nawratil furent tous deux faits prisonniers au cours de l'invasion soviétique de la Pologne en septembre 1939 puis envoyés au camp de Starobelsk en URSS. Sur la liste des prisonniers du camp, ils portaient respectivement les numéros 3914 et 2407. Ils furent ultérieurement transférés dans une prison à Kharkov puis exécutés en avril 1940.

2. Les auteurs de la requête n° 29520/09

28. Les première et deuxième requérantes, M^{mes} Witomiła Wołk-Jezińska et Ojcumiła Wołk, sont nées respectivement en 1940 et en 1917. Elles sont respectivement la fille et l'épouse de Wincenty Wołk, né en 1909, qui était lieutenant dans une unité d'artillerie lourde de l'armée polonaise avant la Seconde Guerre mondiale. Ce dernier fut fait prisonnier par l'Armée rouge la nuit du 19 septembre 1939 puis incarcéré au camp spécial de Kozelsk (son nom figure en 3^e position sur la liste de répartition 052/3 du NKVD d'avril 1940). Il fut exécuté le 30 avril 1940 et enterré à Katyn. Son corps fut identifié au cours de l'exhumation de 1943 (n° 2564).

29. La troisième requérante, M^{me} Wanda Rodowicz, est née en 1938. Elle est la petite-fille de Stanisław Rodowicz, né en 1883, qui était officier de réserve dans l'armée polonaise. Ce dernier fut fait prisonnier par l'Armée rouge à la frontière hongroise vers le 20 septembre 1939 puis incarcéré au camp spécial de Kozelsk (son nom figure en 94^e position sur la liste 017/2). Il fut exécuté et enterré à Katyn. Son corps fut identifié au cours de l'exhumation de 1943 (n° 970).

30. La quatrième requérante, M^{me} Halina Michalska, née en 1929, est décédée en 2012. Elle était la fille de Stanisław Uziębło, né en 1889. Officier dans l'armée polonaise, ce dernier fut fait prisonnier par les Soviétiques près de Białystok (Pologne) puis incarcéré au camp spécial du NKVD de Starobelsk (son nom figure en 3 400^e position). On présume qu'il a été exécuté à Kharkov et enterré près de cette ville, à Pyatikhatki (aujourd'hui en Ukraine).

31. Le cinquième requérant, M. Artur Tomaszewski, est né en 1933. Il est le fils de Szymon Tomaszewski, né en 1900. Ce dernier, qui était commandant du poste de police de Kobylia, à la frontière soviéto-polonaise, y fut arrêté par des soldats soviétiques puis emmené au camp spécial du NKVD d'Ostachkov (son nom figure en 5^e position sur la liste 045/3). Il fut exécuté à Tver et enterré à Mednoye.

32. Le sixième requérant, M. Jerzy Lech Wielebnowski, est né en 1930. Son père, Aleksander Wielebnowski, né en 1897, était un policier posté à Luck, dans l'Est de la Pologne. En octobre 1939, il fut arrêté par des soldats soviétiques puis conduit au camp d'Ostachkov (son nom figure en 10^e position sur la liste 033/2). Il fut exécuté à Tver et enterré à Mednoye.

33. Le septième requérant, M. Gustaw Erchard, est né en 1935. Son père, Stefan Erchard, né en 1900, était le directeur d'une école primaire à Rudka (Pologne). Il fut arrêté par les Soviétiques puis incarcéré au camp de Starobelsk (son nom figure en 3 869^e position). On présume qu'il a été exécuté à Kharkov et enterré à Pyatikhatki.

34. Le huitième requérant, M. Jerzy Karol Malewicz, est né en 1928. Son frère, le neuvième requérant, M. Krzysztof Jan Malewicz, né en 1931, est décédé en 2011. Leur père, Stanisław August Malewicz, né en 1889, était médecin dans l'armée polonaise. Il fut fait prisonnier à Równe (Pologne) puis incarcéré au camp de Starobelsk (son nom figure en 2 219^e position). On présume qu'il a été exécuté à Kharkov et enterré à Pyatikhatki.

35. Les dixième et onzième requérantes, M^{mes} Krystyna Krzyszkowiak et Irena Erchard, nées respectivement en 1940 et 1936, sont les filles de Michał Adamczyk. Né en 1903, ce dernier était le commandant du poste de police de Sarnaki. Il fut arrêté par les Soviétiques, incarcéré au camp d'Ostachkov (son nom figure en 5^e position sur la liste 037/2), exécuté à Tver et enterré à Mednoye.

36. La douzième requérante, M^{me} Krystyna Mieszczankowska, née en 1930, est la fille de Stanisław Mielecki. Celui-ci, officier polonais né en 1895, fut détenu au camp de Kozelsk après avoir été arrêté par des soldats soviétiques. Il fut exécuté et enterré à Katyn. Son corps fut identifié au cours de l'exhumation de 1943.

37. Le treizième requérant, M. Krzysztof Romanowski, né en 1953, est le neveu de Ryszard Żołędziowski. Ce dernier, né en 1887, fut détenu au camp de Starobelsk (son nom figure en 1 151^e position) et on présume qu'il a été exécuté à Kharkov et enterré à Pyatikhatki. Une liste des prisonniers de ce camp sur laquelle figurait son nom fut retrouvée dans la poche du manteau d'un officier polonais dont la dépouille, qui présentait des blessures par balles à la tête, fut retrouvée au cours d'une exhumation effectuée conjointement par une équipe russe et une équipe polonaise à proximité de Kharkov en 1991.

C. L'enquête sur le dossier pénal n° 159

38. Le 13 avril 1990, Mikhaïl Gorbatchev, le président de l'URSS, remit à Wojciech Jaruzelski, le président polonais, en visite à Moscou, les documents relatifs au massacre de Katyn. L'agence de presse soviétique officielle publia un communiqué qui indiquait qu'il ressortait de documents d'archives nouvellement publiés que « Beria, Merkoulov et leurs subordonnés port[aient] la responsabilité directe du crime commis dans la forêt de Katyn ».

39. Le 22 mars 1990, le parquet régional de Kharkov ouvrit une enquête pénale sur l'origine des charniers découverts dans le district Lesopark de la ville. Le 6 juin 1990, le parquet de Kalinine (Tver) fit de même au sujet de la « disparition » (*исчезновение*) en mai 1940 des prisonniers de guerre polonais qui étaient détenus dans le camp du NKVD d'Ostachkov. Le 27 septembre 1990, le parquet militaire principal de l'URSS reprit l'enquête

conduite à Kharkov, lui attribua le numéro 159 et la confia à un groupe de procureurs militaires.

40. Au cours de l'été et de l'automne 1991, des experts polonais et russes exhumèrent des corps des charniers situés à Kharkov, Mednoye et Katyn. Ils compulsèrent en outre les archives relatives au massacre de Katyn, interrogèrent au moins quarante témoins et ordonnèrent des expertises médico-légales.

41. Le 14 octobre 1992, le président russe Boris Eltsine révéla que les officiers polonais avaient été condamnés à mort par Staline et par le Politburo du PCUS. Le directeur des archives d'État de la Russie remit aux autorités polonaises un certain nombre de documents, dont la décision du 5 mars 1940. Au cours d'une visite officielle en Pologne le 25 août 1993, le président Eltsine rendit hommage aux victimes devant la croix de Katyn à Varsovie.

42. À la fin du mois de mai 1995, des procureurs biélorusses, polonais, russes et ukrainiens tinrent à Varsovie une réunion de travail au cours de laquelle ils firent le bilan de l'enquête sur le dossier n° 159. Ils décidèrent que les procureurs russes solliciteraient leurs homologues biélorusses et ukrainiens dans le cadre de l'entraide judiciaire afin de faire la lumière sur les circonstances dans lesquelles 7 305 citoyens polonais avaient été exécutés.

43. Le 13 mai 1997, les autorités biélorusses informèrent leurs homologues russes qu'elles n'avaient pas été en mesure de retrouver le moindre document relatif à l'exécution de prisonniers de guerre polonais en 1940. En 2002, les autorités ukrainiennes produisirent des documents concernant le transfert de prisonniers polonais du camp de Starobelsk dans la prison du NKVD de la région de Kharkov.

44. En 2001, 2002 et 2004, le président de l'Institut polonais de la mémoire nationale (« l'IMN ») demanda à plusieurs reprises au parquet militaire principal russe l'accès aux dossiers d'enquête, mais en vain.

45. Le 21 septembre 2004, le parquet militaire principal russe décida de classer le dossier pénal n° 159, apparemment au motif que les personnes présentées comme responsables du crime étaient déjà décédées. Le 22 décembre 2004, la Commission interservices de protection des secrets d'État (« la Commission interservices ») classa « ultrasecret » 36 volumes du dossier – sur un total de 183 – et « à usage interne seulement » 8 autres volumes. La décision de mettre fin à l'enquête fut classée « ultrasecret » et son existence ne fut révélée que le 11 mars 2005, lors d'une conférence de presse donnée par le procureur militaire principal.

46. Le gouvernement russe refusa d'accéder à une demande de la Cour tendant à la production d'une copie de la décision du 21 septembre 2004, au motif que le document était protégé par le secret. Il ressort de

ses observations que le classement de l'enquête fut prononcé sur la base de l'article 24 § 4 1) du code russe de procédure pénale, pour décès des suspects.

47. Du 9 au 21 octobre 2005, trois procureurs de l'IMN chargés de l'enquête sur le massacre de Katyn et l'expert en chef de la Commission centrale de répression des crimes contre la nation polonaise se rendirent à Moscou à l'invitation du parquet militaire principal. Ils examinèrent les 67 volumes non classés secret du dossier n° 159 mais ne furent pas autorisés à en faire des copies.

48. Le 8 mai 2010, le président russe, Dmitri Medvedev, communiqua au président du Parlement polonais 67 volumes du dossier d'enquête sur ce massacre. Selon les informations fournies par le gouvernement polonais, les autorités russes lui ont remis des copies certifiées de 148 volumes au total, représentant environ 45 000 pages.

D. L'action en justice formée par les auteurs de la requête n°55508/07

49. En 2003, M^e Szewczyk, un avocat polonais engagé par le premier requérant (M. Janowiec) et par la mère du deuxième requérant (M. Trybowski), saisit le procureur général de la Fédération de Russie d'une demande tendant à la production de documents concernant Andrzej Janowiec, Antoni Nawratil et une troisième personne.

50. Le 23 juin 2003, le parquet général répondit à M^e Szewczyk que le parquet militaire principal enquêtait sur un dossier pénal concernant l'exécution d'officiers polonais en 1940. Il précisa que, en 1991, cette enquête avait permis de découvrir environ deux cents corps dans les régions de Kharkov, Tver et Smolensk et d'identifier certains d'entre eux, dont ceux d'Andrzej Janowiec et d'Antoni Nawratil. Il ajouta que les noms de ces derniers figuraient sur la liste des prisonniers du camp de Starobelsk et que tous les autres documents les concernant avaient été antérieurement détruits.

51. Le 4 décembre 2004, M^e Szewczyk pria formellement le parquet militaire principal de reconnaître à MM. Janowiec et Trybowski les droits découlant de leur qualité de parents d'officiers polonais exécutés et l'invita à leur communiquer copie des actes de procédure ainsi que des documents personnels concernant Andrzej Janowiec et Antoni Nawratil.

52. Le 10 février 2005, le parquet militaire principal répondit que les noms de ces derniers figuraient sur la liste des prisonniers du camp de Starobelsk qui avaient été exécutés en 1940 par le NKVD et enterrés près de Kharkov. Il ajouta qu'il n'existait aucun autre document à leur sujet et que des copies des actes de procédure ne pouvaient être communiquées qu'aux victimes officiellement reconnues ou à leurs représentants.

53. Par la suite, les requérants firent appel à un avocat russe, M^e Bouchouyev, qui demanda au parquet militaire principal l'autorisation de compulsier le dossier. Le 7 novembre 2006, le parquet militaire principal rejeta sa demande au motif que ses clients n'avaient pas été formellement reconnus comme victimes dans cette affaire.

54. L'avocat saisit la justice d'un recours contre les refus opposés par le parquet militaire principal le 10 février 2005 et le 7 novembre 2006. Il soutenait en particulier que la qualité de victime d'une infraction pénale se déterminait en fonction des circonstances factuelles, par exemple selon que l'intéressé avait été lésé ou non par l'infraction. Il estimait que, dans ces conditions, la reconnaissance par l'enquêteur de la qualité de victime d'une personne valait reconnaissance formelle de pareilles circonstances factuelles. Il demanda donc l'octroi de cette qualité à MM. Janowiec et Trybowski et l'accès au dossier.

55. Le 18 avril 2007, le tribunal militaire du commandement de Moscou («le tribunal militaire») rejeta le recours. Il releva que, si les noms d'Andrzej Janowiec et d'Antoni Nawratil figuraient bien sur la liste des prisonniers du camp de Starobelsk, leurs dépouilles ne faisaient pas partie de celles identifiées au cours de l'enquête. Il en conclut qu'il n'y avait aucune raison en droit de supposer que l'infraction visée eût été la cause de leur décès. Quant aux pièces du dossier, il constata que la décision de classement sans suite prise le 21 septembre 2004 avait été classée secret d'État et que, de ce fait, aucun étranger ne pouvait y avoir accès.

56. Le 24 mai 2007, la Cour suprême de la Fédération de Russie confirma ce jugement en cassation, reprenant mot pour mot le raisonnement du tribunal militaire.

E. L'action en justice formée par les auteurs de la requête n° 29520/09

57. Le 20 août 2008, les auteurs de cette requête, par le biais de leur équipe d'avocats, saisirent la justice d'un recours contre la décision du procureur du 21 septembre 2004. Ils soutenaient que leurs proches étaient parmi les officiers polonais emprisonnés dont l'exécution avait été ordonnée par le Politburo du PCUS le 5 mars 1940 mais que, n'ayant pu obtenir la qualité de victime dans le cadre de l'affaire n° 159, ils ne pouvaient ni formuler des demandes ou pétitions, ni avoir accès aux pièces du dossier, ni recevoir copie des décisions. Ils plaidaient également l'ineffectivité de l'enquête, expliquant qu'aucune démarche n'avait été faite pour prélever sur eux des échantillons biologiques de manière à permettre l'identification des dépouilles exhumées.

58. Par un jugement du 14 octobre 2008, le tribunal militaire rejeta le recours. Il releva que, en 1943, la commission internationale et la commission

technique de la Croix-Rouge polonaise avaient exhumé les dépouilles avant de les remettre en terre, sans les avoir identifiées ni dénombrées. Il ajouta qu'une nouvelle exhumation conduite en 1991 n'avait permis d'identifier que vingt-deux corps, parmi lesquels ne figuraient pas ceux des proches des requérants. Il reconnut que les noms de ces derniers étaient inscrits sur les listes du NKVD pour les camps d'Ostachkov, de Starobelsk et de Kozelsk, mais dit que « l'enquête sur « Katyn » (...) n'a[va]it pas permis de faire la lumière sur le sort de ces personnes ». Il estima que, les corps n'ayant pas été identifiés, rien ne prouvait que l'infraction d'abus de pouvoir (article 193-17 du code pénal soviétique de 1926) mentionnée dans la décision du 21 septembre 2004 eût été la cause des décès. Il conclut qu'aucun élément ne permettait d'accorder aux requérants la qualité de victime au titre de l'article 42 du code de procédure pénale. Il ajouta que des « représentants d'États étrangers » ne pouvaient avoir accès à des pièces classées secret.

59. Les mêmes requérants, par le biais de leurs avocats, déposèrent un mémoire dans lequel ils soutenaient que le manque d'information sur le sort de leurs proches était le résultat d'une enquête ineffective. Ils exposaient que les vingt-deux personnes identifiées ne l'avaient été que grâce à leurs plaques d'identité militaires retrouvées dans les charniers et que les enquêteurs n'avaient pris aucune mesure ni ordonné aucune expertise médico-légale pour identifier les dépouilles exhumées. Ils ajoutaient qu'il était de notoriété publique que l'exhumation de 1943 avait permis de retrouver les restes de 4 243 personnes, dont 2 730 avaient été identifiées. Ils plaidaient que, parmi les personnes identifiées, trois étaient des proches de plaignants, et que l'octroi à ces derniers de la qualité de victime aurait permis d'identifier les dépouilles grâce aux méthodes de la génétique. Ils concluaient enfin que rien dans le dossier pénal sur le massacre de Katyn ne permettait de dire que l'un quelconque des officiers polonais sortis des camps du NKVD eût survécu ou fût décédé de mort naturelle.

60. Le 29 janvier 2009, la Cour suprême de la Fédération de Russie confirma en tous points le jugement du 14 octobre 2008. Elle reprit mot pour mot de longs passages des motifs du tribunal militaire, ajoutant par ailleurs que la décision du 21 septembre 2004 ne pouvait être annulée étant donné que le délai de prescription avait expiré et que le classement du dossier concernant certains suspects avait été prononcé pour des « raisons de réhabilitation ».

F. La procédure tendant à la déclassification de la décision du 21 septembre 2004

61. Le 26 mars 2008, Memorial, organisation non gouvernementale russe de défense des droits de l'homme, présenta au parquet militaire principal

une demande tendant à la déclassification de la décision du 21 septembre 2004. Dans sa réponse du 22 avril 2008, le parquet lui indiqua qu'il n'avait pas le pouvoir de lever une classification approuvée le 22 décembre 2004 par la Commission interservices.

62. Le 12 mars 2009, Memorial demanda à la Commission interservices la déclassification de la décision du 21 septembre 2004, soutenant que la classification des pièces de l'enquête sur Katyn était moralement et juridiquement inacceptable et, de surcroît, contraire à l'article 7 de la loi sur le secret d'État, qui interdisait la classification de toute information relative à une violation des droits de l'homme. Par une lettre du 27 août 2009, la Commission interservices répondit à l'organisation que sa demande avait été examinée et rejetée, sans donner plus de détails.

63. Memorial attaqua le refus de la Commission interservices devant le tribunal de Moscou. Ce dernier, lors d'une audience tenue le 13 juillet 2010, donna lecture d'une lettre du 25 juin 2010 adressée au président de la formation de jugement par la Commission interservices. Celle-ci y indiquait qu'elle n'avait nullement pris, le 22 décembre 2004, une décision ordonnant la classification de la décision rendue par le parquet militaire principal le 21 septembre 2004.

64. Le 2 novembre 2010, à la suite d'une audience à huis clos, le tribunal de Moscou rejeta la demande de déclassification formée par Memorial. Sa décision comportait notamment le passage suivant :

«Le tribunal a établi que, par une décision du 21 septembre 2004, le parquet militaire principal avait prononcé le classement sans suite de l'enquête pénale ouverte par le parquet régional de Kharkov de la République socialiste soviétique d'Ukraine le 22 mars 1990 à l'occasion de la découverte de restes de ressortissants polonais dans la zone boisée de Kharkov (...)

L'enquête a qualifié d'abus de pouvoir avec circonstances particulièrement aggravantes (article 193-17 b) du code pénal de la RSFSR [République socialiste fédérative soviétique de Russie] les actions d'un certain nombre de hauts responsables de l'URSS nommément désignés. Les poursuites pénales contre ces derniers ont été abandonnées sur le fondement de l'article 24 § 1 4) du code de procédure pénale russe (pour décès des coupables). Celles ouvertes contre les autres ont été abandonnées sur la base de l'article 24 § 1 2) (absence d'infraction pénale).

Le parquet militaire principal a communiqué son projet de décision de classement au Service fédéral de sécurité pour que celui-ci donne son avis éclairé sur le point de savoir si le texte renfermait la moindre information confidentielle ou secrète au sens de l'article 9 de la loi sur le secret d'État, ce service étant habilité à disposer comme il l'entend des informations reprises dans ladite décision.

Une commission d'experts du Service fédéral de sécurité a estimé que le projet de décision du parquet militaire principal renfermait des informations qui n'avaient

pas été déclassifiées. Elle a souligné en outre que ce projet de décision recelait des informations d'accès restreint (...)

Le 21 septembre 2004, un membre du parquet militaire principal a rendu la décision de classement de l'enquête pénale n° 159. À la lumière des conclusions susmentionnées du Service fédéral de sécurité et sur la base de l'article 5 § 4, alinéas 2 et 3 et de l'article 8 de la loi sur le secret d'État et du point 80 du décret présidentiel n° 1203 du 30 novembre 1995, le document a été classé ultrasecret (...). Il n'y a donc aucune base légale permettant d'accéder à la demande de Memorial tendant à faire déclarer irrégulière et injustifiée la classification ordonnée par le procureur militaire principal de la décision du 21 septembre 2004 (...)

Quant au moyen tiré par la demanderesse de ce qu'en vertu de l'article 7 de la loi sur le secret d'État aucune information relative à des violations de la loi par des autorités ou agents de l'État ne pourrait être déclarée secret d'État ou classifiée, il est dépourvu de fondement, dès lors que la décision du procureur militaire principal du 21 septembre 2004 renfermait des informations ayant trait au renseignement, au contre-renseignement et à des activités opérationnelles et de recherche, lesquelles, en vertu de l'article 4 de cette même loi, relèvent du secret d'État (...)

65. Par un arrêt du 26 janvier 2011, la Cour suprême de la Fédération de Russie rejeta le pourvoi formé par Memorial contre le jugement du tribunal de Moscou.

G. Les procédures en « réhabilitation » des proches des requérants

66. La plupart des requérants saisirent à plusieurs reprises différentes autorités russes, à commencer par le parquet militaire principal, afin d'obtenir des informations au sujet de l'enquête pénale sur Katyn ainsi que la « réhabilitation » de leurs proches, conformément aux dispositions de la loi de 1991 sur la réhabilitation (paragraphe 86 ci-dessous).

67. Par une lettre du 21 avril 1998 répondant à une demande en réhabilitation formée par M^{me} Ojcumiła Wołk, le parquet militaire principal confirma que l'époux de celle-ci, Wincenty Wołk, avait été détenu comme prisonnier de guerre dans le camp de Kozelsk puis exécuté, avec d'autres prisonniers, au printemps 1940. Il précisait que la demande en réhabilitation ne serait examinée qu'une fois l'enquête pénale terminée.

68. Le 25 octobre 2005, à la suite du classement sans suite de l'enquête sur le dossier n° 159, M^{me} Witomiła Wołk-Jezińska demanda au parquet militaire principal copie de la décision de classement. Expliquant que la décision était classée ultrasecret, le parquet rejeta la demande par une lettre du 23 novembre 2005. Le 8 décembre 2005, l'ambassade de Pologne à Moscou demanda au parquet des explications au sujet du dossier de réhabilitation de Wincenty Wołk. Dans une lettre du 18 janvier 2006, le parquet émit l'opinion qu'il n'y avait aucune base légale permettant de

réhabiliter W. Wołk ou d'autres ressortissants polonais, l'enquête n'ayant pas permis de déterminer sur quelle disposition du code pénal de 1926 reposait la répression dont les personnes en question avaient fait l'objet. Par une lettre du 12 février 2007 libellée de manière analogue, le parquet repoussa une nouvelle demande en réhabilitation formulée par M^{me} Wołk.

69. Le 13 mars 2008, le parquet militaire principal rejeta une demande en réhabilitation formulée par l'ensemble des requérants par le biais de leurs avocats. Il déclara qu'il n'était pas possible de déterminer sur quelle base juridique reposaient les poursuites dont les ressortissants polonais en question avaient fait l'objet en 1940. Il ajouta que, malgré l'existence de documents indiquant que les proches des requérants avaient été transférés des camps du NKVD d'Ostachkov, de Kozelsk et de Starobelsk à Kalinine, Smolensk et Kharkov, les efforts conjugués des enquêteurs biélorusses, polonais, russes et ukrainiens n'avaient permis de découvrir aucun dossier pénal ni aucun document relatifs à des poursuites engagées contre eux en 1940. Il conclut que, en l'absence de pareilles pièces, il n'était pas possible de statuer sur l'applicabilité de la loi sur la réhabilitation. Il ajouta que les dépouilles des proches des requérants ne figuraient pas parmi celles retrouvées au cours des travaux d'exhumation.

70. Les requérants, par le biais de leurs avocats, saisirent la justice d'un recours contre le refus du procureur.

71. Le 24 octobre 2008, le tribunal du district Khamovnitsheski de Moscou rejeta le recours. Tout en confirmant que les noms des proches des requérants étaient inscrits sur les listes de prisonniers du NKVD, il souligna que, à l'issue des exhumations conduites dans le cadre de l'enquête sur le dossier n° 159, seules vingt dépouilles avaient été identifiées, parmi lesquelles ne figuraient pas celles des proches des requérants. Il conclut en outre qu'il n'y avait aucune raison de supposer que les dix prisonniers de guerre polonais en question (les proches des requérants) eussent réellement été exécutés, et que des avocats russes n'avaient aucun intérêt juridique à obtenir la réhabilitation de ressortissants polonais.

72. Le 25 novembre 2008, le tribunal de Moscou rejeta de façon sommaire le recours formé contre le jugement du tribunal de district.

H. La déclaration de la Douma russe sur la tragédie de Katyn

73. Le 26 novembre 2010, la Douma d'État, la chambre basse du Parlement russe, adopta une déclaration intitulée «La tragédie de Katyn et ses victimes», qui comportait notamment le passage suivant :

«Il y a soixante-dix ans furent abattus des milliers de ressortissants polonais détenus dans les camps de prisonniers de guerre du NKVD de l'URSS et dans des prisons

situées dans les régions de l'ouest de la [République socialiste soviétique] d'Ukraine et de la [République socialiste soviétique] de Biélorussie.

La propagande soviétique officielle imputa la responsabilité de ces atrocités, que l'on a appelées de manière collective la tragédie de Katyn, à des criminels nazis (...) Au début des années 1990, notre pays a fait de grands progrès sur la voie de l'établissement de la vérité au sujet de la tragédie de Katyn. Il a été reconnu que l'extermination massive de ressortissants polonais sur le territoire de l'Union soviétique au cours de la Seconde Guerre mondiale était un acte arbitraire perpétré par cet État totalitaire (...)

Les éléments publiés, qui avaient été conservés pendant de nombreuses années dans des archives secrètes, démontrent l'ampleur de cette terrible tragédie mais attestent aussi que le crime de Katyn fut perpétré sur les ordres directs de Staline et d'autres responsables soviétiques (...)

Des copies de nombreux documents conservés dans les archives confidentielles du Politburo du Parti communiste de l'Union soviétique ont d'ores et déjà été transmises à la partie polonaise. Les membres de la Douma d'État estiment qu'il faut poursuivre ce travail. Il faut continuer à compiler les archives, à vérifier les listes de victimes, à rétablir la réputation des personnes qui ont péri à Katyn et ailleurs, et à faire la lumière sur les circonstances de cette tragédie (...)

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. La quatrième Convention de La Haye

74. Le Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la Convention (IV) de La Haye du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre dispose notamment :

Article 4

« Les prisonniers de guerre sont au pouvoir du gouvernement ennemi, mais non des individus ou des corps qui les ont capturés.

Ils doivent être traités avec humanité.

(...)»

Article 23

« Outre les prohibitions établies par des conventions spéciales, il est notamment interdit :

(...)

b) de tuer ou de blesser par trahison des individus appartenant à la nation ou à l'armée ennemie ;

c) de tuer ou de blesser un ennemi qui, ayant mis bas les armes ou n'ayant plus les moyens de se défendre, s'est rendu à discrétion ;

(...)»

Article 50

«Aucune peine collective, pécuniaire ou autre, ne pourra être édictée contre les populations à raison de faits individuels dont elles ne pourraient être considérées comme solidairement responsables.»

B. La Convention de Genève

75. La Convention de Genève du 27 juillet 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre dispose notamment :

Article 2

«Les prisonniers de guerre sont au pouvoir de la Puissance ennemie, mais non des individus ou des corps de troupe qui les ont capturés.

Ils doivent être traités, en tout temps, avec humanité et être protégés notamment contre les actes de violence, les insultes et la curiosité publique.

Les mesures de représailles à leur égard sont interdites.»

Article 61

«Aucun prisonnier de guerre ne pourra être condamné sans avoir eu l'occasion de se défendre.

Aucun prisonnier ne pourra être contraint de se reconnaître coupable du fait dont il est accusé.»

Article 63

«Un jugement ne pourra être prononcé à la charge d'un prisonnier de guerre que par les mêmes tribunaux et suivant la même procédure qu'à l'égard des personnes appartenant aux forces armées de la Puissance détentrice.»

C. Le Statut du Tribunal de Nuremberg

76. Le Statut du Tribunal militaire international («la Charte de Nuremberg»), créé conformément à l'accord signé le 8 août 1945 par les gouvernements des États-Unis d'Amérique, de la France, du Royaume-Uni et de l'URSS, donnait les définitions suivantes en son article 6 :

«(...) Les actes suivants, ou l'un quelconque d'entre eux, sont des crimes soumis à la juridiction du Tribunal et entraînent une responsabilité individuelle :

a) «Les Crimes contre la Paix»: c'est-à-dire la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression, ou d'une guerre en violation des traités, assurances ou accords internationaux, ou la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent ;

b) «Les Crimes de guerre»: c'est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements et la déportation pour des travaux forcés ou pour tout autre but, des

populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires;

c) «Les Crimes contre l'Humanité»: c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime.»

77. Ces définitions ont par la suite été codifiées dans le Principe VI des Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, énoncés par la Commission du droit international en 1950 en vertu de la Résolution 177 (II) de l'Assemblée générale des Nations unies et confirmés par cette dernière.

D. La Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité

78. La Convention du 26 novembre 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, à laquelle la Fédération de Russie est partie, dispose en particulier :

Article premier

«Les crimes suivants sont imprescriptibles, quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis :

a) Les crimes de guerre, tels qu'ils sont définis dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945 et confirmés par les résolutions 3 (I) et 95 (I) de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies, en date des 13 février 1946 et 11 décembre 1946 (...)

b) Les crimes contre l'humanité, qu'ils soient commis en temps de guerre ou en temps de paix, tels qu'ils sont définis dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945 et confirmés par les résolutions 3 (I) et 95 (I) de l'Assemblée générale [de] l'Organisation des Nations [unies], en date des 13 février 1946 et 11 décembre 1946 (...).»

Article IV

«Les États parties à la présente Convention s'engagent à prendre, conformément à leurs procédures constitutionnelles, toutes mesures législatives ou autres qui seraient nécessaires pour assurer l'imprescriptibilité des crimes visés aux articles premier et II de la présente Convention, tant en ce qui concerne les poursuites qu'en ce qui concerne la peine; là où une prescription existerait en la matière, en vertu de la loi ou autrement, elle sera abolie.»

E. La Convention de Vienne sur le droit des traités

79. La Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (« la Convention de Vienne »), à laquelle la Fédération de Russie est partie, dispose notamment :

Article 26

Pacta sunt servanda

« Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi. »

Article 27

Droit interne et respect des traités

« Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. (...) »

Article 28

Non-rétroactivité des traités

« À moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date. »

F. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

80. L'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« le Pacte »), auquel la Fédération de Russie est partie, dispose :

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

81. Dans son Observation générale n° 31 (80) sur la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adoptée le 29 mars 2004 à la 2187^e séance, le Comité des droits de l'homme des Nations unies a dit notamment ceci :

« 4. Les obligations découlant du Pacte en général et de l'article 2 en particulier s'imposent à tout État partie considéré dans son ensemble. Toutes les autorités de l'État (pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire), ainsi que les pouvoirs publics et autres instances publiques à quelque échelon que ce soit – national, régional ou local –, sont à même d'engager la responsabilité de l'État partie. Le pouvoir exécutif, qui généralement représente l'État partie à l'échelon international, y compris devant le Comité, ne peut arguer du fait qu'un acte incompatible avec les dispositions du Pacte a été exécuté par une autre autorité de l'État partie pour tenter d'exonérer l'État partie de la responsabilité de cet acte et de l'incompatibilité qui en résulte. Cette interprétation découle directement du principe énoncé à l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, aux termes duquel un État partie « ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ». (...) »

82. Au cours de sa réunion du 3 avril 2003, le Comité des droits de l'homme, créé en application de l'article 28 du Pacte, s'est exprimé comme suit à l'issue de son examen de la communication n° 886/1999, présentée au nom de Natalia Schedko et Anton Bondarenko contre le Belarus :

« 10.2 Le Comité relève que l'auteur se plaint que sa famille n'a été informée ni de la date, ni de l'heure, ni du lieu de l'exécution de son fils, pas plus que du lieu exact où celui-ci a ensuite été enterré, et que cette affirmation n'a pas été contestée. Étant donné que l'État partie ne s'est pas inscrit en faux contre cette plainte, et n'a fourni aucune autre information pertinente sur la manière dont se déroulent les exécutions de peines capitales, il convient d'accorder le crédit voulu à l'allégation de l'auteur. Le Comité comprend l'angoisse et la pression psychologique dont l'auteur, mère d'un prisonnier condamné à mort, a souffert et souffre encore parce qu'elle ne connaît toujours pas les circonstances ayant entouré l'exécution de son fils, ni l'emplacement de sa tombe. Le Comité considère que le secret total entourant la date d'exécution et le lieu de la sépulture, ainsi que le refus de remettre la dépouille mortelle aux fins d'enterrement ont pour effet d'intimider ou de punir les familles en les laissant délibérément dans un état d'incertitude et de souffrance psychologique. Le Comité considère que le fait que les autorités aient tout d'abord omis de notifier à l'auteur la date prévue pour l'exécution de son fils, puis aient persisté à ne pas lui indiquer l'emplacement de la tombe de son fils, constitue un traitement inhumain à l'égard de l'auteur, contraire à l'article 7 du Pacte. »

83. Au cours de sa réunion du 28 mars 2006, le Comité des droits de l'homme s'est exprimé comme suit à l'issue de son examen de la communication n° 1159/2003, présentée au nom de Mariam, Philippe, Auguste et Thomas Sankara contre le Burkina Faso :

« 6.2 Le Comité a noté l'argumentation de l'État partie sur l'irrecevabilité *ratione temporis* de la communication. Ayant également pris note des arguments des auteurs, le Comité a estimé qu'il convenait de distinguer, d'un côté, la plainte ayant trait à M. Thomas Sankara, et de l'autre, celle concernant M^{me} Sankara et ses enfants. Le Comité a estimé que le décès de Thomas Sankara, qui aurait pu constituer des violations de plusieurs articles du Pacte, était survenu le 15 octobre 1987, et donc avant l'entrée en vigueur du Pacte et du Protocole facultatif pour le Burkina Faso. Cette partie de la communication était donc irrecevable *ratione temporis*. L'acte de décès de Thomas Sankara, du 17 janvier 1988, établissant une mort naturelle contrairement aux faits, de notoriété publique, et tel qu'attesté par l'État partie (...) et sa non-rectification par les autorités depuis lors, devait être appréhendé au regard de ses effets continus à l'endroit de M^{me} Sankara et de ses enfants.

(...)

12.2 En ce qui concerne une violation de l'article 7, le Comité comprend l'angoisse et la pression psychologique dont M^{me} Sankara et ses fils, famille d'un homme tué dans des circonstances contestées, ont souffert et souffrent encore parce qu'ils ne connaissent toujours pas les circonstances ayant entouré le décès de Thomas Sankara, ni le lieu précis où sa dépouille a été officiellement enterrée. La famille de Thomas

Sankara a le droit de connaître les circonstances de sa mort, et le Comité rappelle que toute plainte contre des actes prohibés par l'article 7 du Pacte doit faire l'objet d'enquêtes rapides et impartiales des autorités compétentes. De plus, le Comité note, comme il l'a fait lors de ses délibérations sur la recevabilité, la non-rectification de l'acte de décès de Thomas Sankara du 17 janvier 1988, établissant une mort naturelle contrairement aux faits, de notoriété publique, et tel qu'attestés par l'État partie. Le Comité considère que le refus de mener une enquête sur la mort de Thomas Sankara, la non-reconnaissance officielle du lieu de sa dépouille, et la non-rectification de l'acte de décès constituent un traitement inhumain à l'égard de M^{me} Sankara et ses fils, contraire à l'article 7 du Pacte.»

III. LE DROIT INTERNE PERTINENT

A. Le code de procédure pénale de la Fédération de Russie (loi n° 174-FZ du 18 décembre 2001)

84. L'article 24 § 1 de ce code prévoit notamment les motifs suivants de classement sans suite d'une affaire pénale :

- « 1) il n'y a pas d'infraction pénale ;
- 2) les actes commis ne sont pas constitutifs d'une infraction pénale ;
- (...)
- 4) le suspect ou l'accusé est décédé, sauf lorsqu'il y a lieu de poursuivre la procédure pénale aux fins de sa réhabilitation (...).»

85. L'article 42 définit comme « victime » toute personne à qui une infraction pénale a causé un dommage corporel, pécuniaire ou moral. C'est l'enquêteur, le magistrat instructeur, le procureur ou le juge qui reconnaît à un individu la qualité de « victime ».

B. La loi sur la réhabilitation (loi n° 1761-I du 18 octobre 1991)

86. D'après son préambule, la loi sur la réhabilitation a pour but la « réhabilitation » de toutes les victimes de répression politique qui ont été poursuivies sur le territoire de la Fédération de Russie après le 7 novembre 1917, la notion de « réhabilitation » étant définie comme « le rétablissement des droits civils, la suppression de toute autre conséquence négative des actions arbitraires et l'indemnisation du dommage matériel ».

87. Aux termes de l'article 1, la « répression politique » s'entend des différentes mesures de contrainte, y compris l'infliction de la mort ou les privations de liberté, imposées par l'État pour des motifs politiques, ainsi que de toute autre restriction aux droits ou libertés des personnes reconnues comme étant socialement dangereuses pour l'État ou pour le régime

politique du fait de leur classe, de leur origine sociale ou ethnique ou de leur religion.

88. L'article 2 élargit l'application de la loi sur la réhabilitation à l'ensemble des ressortissants russes, anciens ressortissants de l'URSS, ressortissants étrangers et apatrides victimes de répression politique sur le territoire de la Fédération de Russie après le 7 novembre 1917.

89. L'article 3 énonce les catégories de personnes susceptibles de « réhabilitation ». Son alinéa b) concerne les personnes ayant été victimes de répression politique à la suite de décisions de la Commission extraordinaire panrusse (Tchéka, *ВЧК*), de la Direction politique d'État (Guépéou, *ГПУ*), du Commissariat du peuple aux affaires intérieures (NKVD, *НКВД*), du ministère de la Sécurité d'État (MGB, *МГБ*), des procureurs ou de leurs organes collégiaux, des « commissions spéciales », de la troïka ou d'autres autorités investies de fonctions judiciaires.

C. La classification et la déclassification des secrets d'État en Russie

90. D'après son préambule, la loi sur le secret d'État (loi n° 5485-I du 21 juillet 1993) fixe la procédure pour l'identification de ce qui relève du secret d'État, la classification et la déclassification des informations et la protection des informations dans l'intérêt de la sécurité nationale de la Fédération de Russie.

91. L'article 5 de cette loi énumère les catégories d'informations qui relèvent du secret d'État. Sont notamment visées :

« 4. Les informations appartenant au domaine du renseignement, du contre-renseignement et des activités opérationnelles et de recherche, ainsi qu'à celui de la lutte contre le terrorisme :

– relatives aux ressources, moyens, sources, méthodes, plans et résultats des activités du renseignement, du contre-renseignement et des opérations et recherches, ainsi qu'à leur financement (...)

– relatives aux personnes qui ont collaboré ou collaborent confidentiellement avec les autorités chargées du renseignement, du contre-renseignement et des activités opérationnelles et de recherche. »

92. L'article 7 dresse une liste des informations qui ne peuvent pas être couvertes par le secret d'État ni être classifiées. Y figurent notamment celles qui sont :

« – relatives aux violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales des individus et des citoyens (...)

– relatives aux actes illégaux des autorités ou fonctionnaires de l'État. »

93. L'article 13 fixe la procédure de déclassification des informations. Il prévoit aussi ceci :

«Le délai pendant lequel le secret d'État doit demeurer classifié ne peut excéder trente ans. Dans des cas exceptionnels, la Commission interservices de protection des secrets d'État peut prolonger ce délai.»

94. Le 2 août 1997, le Gouvernement a pris le règlement (n° 973) relatif à la préparation des informations classées secret d'État en vue de leur communication à des États étrangers ou à des organisations internationales. Ce texte permet au gouvernement russe d'ordonner la communication d'informations de ce type sur la base d'un rapport établi par la Commission interservices de protection des secrets d'État (§ 3). Le destinataire doit s'engager à protéger les informations classifiées en concluant un traité international prévoyant notamment la procédure de communication des informations, une clause de confidentialité et une procédure de règlement des différends (§ 4).

D. Le code pénal de la Fédération de Russie (loi n° 63-FZ du 13 juin 1996)

95. Le chapitre 34 de ce code énumère les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. L'article 356 interdit en particulier le « traitement cruel de prisonniers de guerre ou de civils », infraction passible d'une peine pouvant aller jusqu'à vingt ans d'emprisonnement.

96. L'article 78 § 5 prévoit l'imprescriptibilité des infractions définies aux articles 353 (guerre), 356 (moyens de guerre prohibés), 357 (génocide) et 358 (écocide) du code.

EN DROIT

I. SUR LA QUESTION DE SAVOIR SI LES PROCHES PARENTS DES REQUÉRANTS DÉCÉDÉS ONT QUALITÉ POUR AGIR DEVANT LA COUR

97. À la suite du décès de Krzysztof Jan Malewicz le 7 juillet 2011, son fils, M. Piotr Malewicz, a fait part à la Cour de sa volonté de poursuivre à la place de son père les griefs soulevés par ce dernier.

98. La chambre a rappelé que, dans des affaires antérieures où le requérant était décédé au cours de la procédure, la Cour avait pris en compte les déclarations par lesquelles ses héritiers ou des membres de sa famille proche avaient dit vouloir poursuivre l'instance devant elle (*Karner c. Autriche*, n° 40016/98, § 25, CEDH 2003-IX, et *Dalban c. Roumanie* [GC], n° 28114/95, § 39, CEDH 1999-VI). Aussi a-t-elle accepté que

M. Piotr Malewicz poursuit la requête pour autant qu'elle avait été introduite par son défunt père.

99. Halina Michalska est décédée le 28 novembre 2012. Par une lettre du 30 janvier 2013, son fils, M. Kazimierz Raczyński, a exprimé sa volonté de poursuivre l'instance à la place de sa mère.

100. La Grande Chambre relève que M. Piotr Malewicz et M. Kazimierz Raczyński sont tous deux de proches parents des requérants défunts et que la reconnaissance par la chambre à M. Piotr Malewicz de la qualité pour agir n'est contestée ni par l'une ni par l'autre des parties. Elle ne voit donc aucune raison de parvenir à une conclusion différente, que ce soit à l'égard de M. Piotr Malewicz ou, par analogie, à l'égard de M. Kazimierz Raczyński.

101. La Cour accepte dès lors que MM. Piotr Malewicz et Kazimierz Raczyński poursuivent la requête pour autant que celle-ci a été introduite par feu Krzysztof Jan Malewicz et par feu Halina Michalska respectivement.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 2 DE LA CONVENTION

102. Les requérants soutiennent que les autorités russes ont manqué à leurs obligations découlant du volet procédural de l'article 2 de la Convention, qui selon eux imposait de mener une enquête adéquate et effective sur le décès de leurs proches. L'article 2 est ainsi libellé :

« 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. »

A. L'arrêt de la chambre

103. Rappelant que, dans sa décision du 5 juillet 2011 sur la recevabilité, la Cour avait joint au fond l'exception d'incompétence *ratione temporis* formulée par le Gouvernement sous l'angle du volet procédural de l'article 2 de la Convention, la chambre a tout d'abord recherché si cette exception était fondée ou non. À cette fin, elle a passé en revue la jurisprudence pertinente de la Cour et les principes régissant les limites temporelles des obligations procédurales de l'État tels qu'énoncés dans l'arrêt *Šilih c. Slovénie* ([GC],

n° 71463/01, §§ 160-163, 9 avril 2009) et appliqués dans une série d'affaires du même type concernant la Roumanie, l'Ukraine et la Croatie.

104. En ce qui concerne le premier critère, à savoir l'existence nécessaire d'un « lien véritable », évoquée dans la première phrase du paragraphe 163 de l'arrêt *Šilih* (précité), la chambre a dit que ce critère n'était satisfait que si le temps écoulé entre le fait générateur et la date de ratification demeurait relativement court. En outre, elle a souligné qu'une part importante des mesures d'instruction requises pour assurer le respect de l'obligation procédurale découlant de l'article 2 devaient avoir été exécutées après la date de ratification. Or elle a estimé qu'aucune de ces deux conditions n'était remplie dans la présente affaire, où le temps écoulé entre la date des décès (1940) et celle de la ratification (5 mai 1998) était bien trop long dans l'absolu pour satisfaire au critère du « lien véritable ». De même, elle n'a pu déceler ni dans le dossier ni dans les observations des parties le moindre élément indiquant que des mesures procédurales d'une importance comparable à celles adoptées avant la date de ratification eussent été prises postérieurement à cette date.

105. La chambre a recherché ensuite si les circonstances de l'espèce permettaient de conclure que le lien entre le fait générateur et la ratification se fondait sur la « nécessité de veiller à la protection effective des garanties de la Convention et des valeurs qui sous-tendent celle-ci » (paragraphe 139 de l'arrêt de chambre), comme indiqué à la dernière phrase du paragraphe 163 de l'arrêt *Šilih*. Il s'agissait de la première affaire dans laquelle la Cour était appelée à interpréter ce critère. La chambre, s'inspirant de l'arrêt *Brecknell c. Royaume-Uni* (n° 32457/04, 27 novembre 2007), l'a commenté en ces termes :

« 139. (...) Loin d'être fortuite, la référence à ces valeurs indique que, pour qu'un tel lien puisse être établi, l'événement en question doit être d'une dimension plus large qu'une infraction pénale ordinaire et constituer la négation des fondements mêmes de la Convention, par exemple un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. Bien que ces crimes soient imprescriptibles en vertu de la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (...), l'État n'a pas pour autant éternellement l'obligation d'enquêter à leur sujet. Toutefois, l'obligation procédurale peut renaître si des éléments censés jeter une nouvelle lumière sur les circonstances de tels crimes sont révélés au public après la date critique. Toute assertion ou allégation ne pourra pas faire réapparaître l'obligation d'enquêter découlant de l'article 2 de la Convention. Vu l'importance fondamentale de cette disposition, les autorités de l'État doivent être sensibles à toute information ou pièce susceptible soit de mettre en cause les conclusions d'une enquête antérieure, soit de permettre la poursuite d'une enquête antérieure non concluante (...) Dès lors que surgit postérieurement à la ratification un nouvel élément suffisamment important et impérieux pour justifier l'ouverture d'une nouvelle instance, la Cour aura compétence *ratione temporis* pour rechercher

si l'État défendeur s'est acquitté de l'obligation procédurale que fait peser sur lui l'article 2 d'une manière compatible avec les principes énoncés dans sa jurisprudence.» (références omises)

106. Faisant application de ces principes en l'espèce, la chambre a conclu que le massacre de prisonniers polonais par la police secrète soviétique présentait les caractéristiques d'un crime de guerre mais qu'aucun élément de preuve susceptible, par sa nature ou par sa teneur, de faire renaître l'obligation procédurale d'enquêter ou de soulever des questions nouvelles ou plus larges n'avait été produit ou découvert après le 5 mai 1998. Elle en a conclu que rien ne permettait de créer un pont entre le passé lointain et la période récente postérieure à la ratification, et que l'existence de circonstances spéciales justifiant d'établir un lien entre les décès et la ratification n'avait pas été démontrée.

107. À la lumière de ces considérations, la chambre a conclu que la Cour n'avait pas compétence *ratione temporis* pour connaître au fond du grief formulé sur le terrain de l'article 2 de la Convention.

B. Thèses des parties

1. Le gouvernement russe

108. Le Gouvernement estime que sur le plan juridique il y a lieu de distinguer une violation de la Convention intervenue au cours de la période échappant à la compétence *ratione temporis* de la Cour et une violation de la Convention «juridiquement inexistante» au motif que, à l'époque considérée, la Convention n'existait pas. Il s'agit là pour lui d'une distinction cruciale, seule une violation de l'article 2 sous son volet matériel «juridiquement existante» – tout en ayant pu se produire en dehors de la compétence *ratione temporis* de la Cour – étant susceptible selon lui de faire naître pour l'État les obligations procédurales découlant de l'article 2 de la Convention combiné avec l'article 1. Dans les affaires précédemment examinées par la Cour, les faits générateurs de l'obligation d'enquêter auraient été postérieurs à l'adoption de la Convention alors que, en l'espèce, non seulement la violation alléguée de l'article 2 sous son volet matériel échapperait à la compétence temporelle de la Cour, mais elle serait juridiquement inexistante, les «événements de Katyn» étant antérieurs de dix ans à l'adoption de la Convention, intervenue le 4 novembre 1950, et de cinquante-huit ans à sa ratification par la Russie, intervenue le 5 mai 1998. Le Gouvernement y voit un obstacle à l'examen par la Cour de la question du respect par la Russie de ses obligations procédurales. Il estime par ailleurs que la Cour n'a pas compétence *ratione materiae* pour qualifier le massacre de Katyn de «crime de guerre» au sens du droit international humanitaire.

109. Le Gouvernement soutient qu'aucune obligation d'enquêter sur les « événements de Katyn » ne peut passer pour être née, que ce soit au regard du droit interne ou du droit international humanitaire ou sur le terrain de la Convention. À l'échelon national, une enquête aurait été conduite sur une infraction pénale (abus de pouvoir ayant eu de lourdes conséquences, avec circonstances aggravantes) réprimée par l'article 193-17 b) du code pénal de 1926 de la République socialiste fédérative soviétique de Russie (la RSFSR), qui l'assortissait d'un délai de prescription de dix ans. Le code de procédure pénale russe de l'époque aurait imposé l'abandon des poursuites une fois ce délai expiré. De plus, les membres du NKVD de l'URSS seraient décédés avant l'ouverture de l'enquête pénale. Du point de vue de la procédure pénale russe, leur décès constituerait une cause juridique distincte empêchant l'ouverture ou la poursuite d'une action pénale contre eux. En droit international, le décès des suspects ou des accusés serait également un motif communément reconnu de refus d'ouverture ou d'abandon de poursuites pénales (le Gouvernement cite la décision rendue le 21 mai 2007 par la chambre de première instance du Tribunal spécial pour la Sierra Leone dans l'affaire *Prosecutor v. Norman, Fofana and Kondewa*, SCSL-04-14-T-776, et l'ordonnance mettant fin à la procédure engagée contre Slobodan Milosević, rendue le 14 mars 2006 par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, IT-02-54, dans l'affaire *Le procureur c. Slobodan Milosević*). Pour le Gouvernement, il est clair que l'enquête sur le dossier pénal n° 159 a été conduite « en violation des exigences de la procédure pénale, pour des raisons politiques, à titre de geste de bonne volonté envers les autorités polonaises ».

110. Pour ce qui est du droit international humanitaire, le Gouvernement estime que, au moins jusqu'en 1945, il n'existait aucune règle de droit international universellement applicable définissant les crimes de guerre ou les crimes contre l'humanité ou régissant l'attribution des responsabilités et les poursuites contre les auteurs de tels crimes. Le Tribunal de Nuremberg ayant été créé sur une base *ad hoc*, la portée de la Charte de Nuremberg, y compris de ses dispositions définissant les crimes soumis à sa juridiction, se serait limitée aux procès conduits devant elle contre les grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe. Le Gouvernement en conclut que le droit international tel qu'il existait en 1940 n'offrait pas une base suffisante pour qualifier les « événements de Katyn » de crime de guerre, de crime contre l'humanité ou de génocide, sauf à considérer qu'ils étaient imputables aux grands criminels de guerre européens de l'Axe et qu'ils relevaient de la compétence du Tribunal de Nuremberg. Néanmoins, à la demande des autorités polonaises, les enquêteurs russes auraient examiné la « thèse du génocide » et conclu à l'absence d'un tel crime, considérant que le

mobile des suspects était d'ordre purement criminel et ne procédait pas d'une intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux (pour reprendre les articles 2 et 3 de la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide).

111. Pour ce qui est de l'obligation procédurale d'enquêter qui découlerait de la Convention, le Gouvernement réaffirme premièrement que l'enquête sur le dossier pénal n° 159 a été conduite pour des raisons politiques, en signe de bonne volonté, et qu'elle ne peut donc être appréciée à l'aune des exigences procédurales de l'article 2. Il estime deuxièmement que seuls les événements postérieurs à l'adoption de la Convention peuvent faire naître une quelconque obligation procédurale. Il considère troisièmement que l'on ne peut raisonnablement reprocher aux autorités russes de ne pas avoir mené une enquête effective cinquante-huit ans environ après les faits, alors que les témoins n'auraient plus été en vie et que les documents essentiels auraient été détruits. À titre subsidiaire, il plaide que la Convention « n'impose (...) aucune obligation spécifique de redresser les injustices ou dommages causés avant [sa ratification] » (*Kopecký c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98, § 38, CEDH 2004-IX). Autrement dit, dès lors qu'elle n'aurait pas compétence *ratione temporis* pour examiner les circonstances d'un décès, la Cour ne pourrait établir si, oui ou non, celui-ci a fait naître une obligation procédurale sur le terrain de l'article 2 (*Kholodovy c. Russie* (déc.), n° 30651/05, 14 septembre 2006, et *Moldovan et autres et Rostaş et autres c. Roumanie* (déc.), nos 41138/98 et 64320/01, 13 mars 2001).

112. Quant à la détachabilité de l'obligation procédurale, le Gouvernement soutient que tout décès ne fait pas naître pareille obligation et que la Cour doit rechercher d'abord si les circonstances du décès sont de nature à la faire entrer en jeu. Il ajoute toutefois que, si le décès est antérieur à la date de ratification, la Cour n'a pas compétence *ratione temporis* pour se livrer à une telle analyse. De plus, le principe de la détachabilité doit être assorti de limites si l'on veut éviter une extension imprévisible de la compétence de la Cour et du champ d'application de la Convention. Premièrement, le temps écoulé devrait être relativement court. Or ce ne serait pas le cas en l'espèce. Deuxièmement, une part importante des mesures d'instruction devraient avoir été conduites après la date de ratification. Or ce critère ne serait pas non plus satisfait en l'espèce. Enfin, s'agissant de la nécessité de garantir une protection réelle et effective des valeurs qui sous-tendent la Convention, le Gouvernement convient que l'événement en question doit être d'une dimension plus large qu'une infraction pénale ordinaire. Il considère toutefois que la Cour n'a compétence ni *ratione temporis* ni *ratione materiae* pour analyser les « événements de Katyn » sous l'angle du droit international humanitaire.

113. Le Gouvernement souligne que les principales mesures procédurales dans l'enquête sur ces événements ont toutes été exécutées entre 1990 et 1995 et qu'aucun «élément nouveau» pertinent n'est apparu après le 5 mai 1998. Contrairement à ce que soutient le gouvernement polonais, la décision de classification de certaines pièces ne pourrait s'analyser en un «élément nouveau» susceptible de faire (re)naître l'obligation procédurale découlant de l'article 2. Il en irait de même de la découverte alléguée de la liste ukrainienne en 2002, qui n'aurait débouché que sur une demande d'éclaircissements de la part des autorités ukrainiennes.

2. Les requérants

114. Les requérants reconnaissent que le massacre commis à Katyn en 1940 est un fait qui échappe au champ d'application temporel de la Convention et que la Cour n'a pas compétence *ratione temporis* pour en connaître sur le terrain du volet matériel de l'article 2. Ils estiment néanmoins que la Cour devrait avoir compétence pour rechercher si la Russie a respecté l'obligation procédurale découlant de l'article 2, laquelle serait une obligation distincte et autonome s'imposant à l'État quand bien même les décès seraient survenus avant la date de ratification de la Convention.

115. Les requérants considèrent que le lien véritable nécessaire à l'établissement de la compétence temporelle de la Cour doit se fonder avant tout sur la «nécessité de vérifier que les garanties offertes par la Convention et les valeurs qui la sous-tendent [ont été] protégées de manière réelle et effective» (*Šilih*, précité, § 163 *in fine*). Dans des affaires antérieures, la Cour se serait référée aux «valeurs qui sous-tendent la Convention» pour conclure que certains cas de discours de haine, par exemple des propos niant l'Holocauste ou faisant l'apologie de crimes de guerre, étaient incompatibles avec les valeurs de la Convention (*Garaudy c. France* (déc.), n° 65831/01, CEDH 2003-IX, *Witzsch c. Allemagne* (déc.), n° 7485/03, 13 décembre 2005, et *Orban et autres c. France*, n° 20985/05, § 35, 15 janvier 2009). Dès lors que des propos niant la réalité de crimes de droit international auraient ainsi été jugés contraires aux valeurs qui sous-tendent la Convention, le même raisonnement vaudrait *a fortiori* pour les crimes eux-mêmes, qui bafoueraient dans leur essence même la justice et la paix, les valeurs fondamentales de la Convention aux termes de son préambule. La mention au paragraphe 163 de l'arrêt *Šilih* des valeurs sous-jacentes à la Convention montrerait qu'il y a des exemples de faits contraires aux fondements mêmes du système de la Convention dont la nature, l'ampleur et la gravité justifient que la Cour ait compétence *ratione temporis* pour examiner l'obligation incombant à l'État de conduire une enquête effective.

116. Les requérants voient dans le massacre de Katyn un crime de droit international. Les soldats polonais capturés par l'Armée rouge auraient eu droit à toute la protection, notamment contre les actes de violence et de cruauté, garantie aux prisonniers de guerre par la Convention (IV) de La Haye du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre («la quatrième Convention de La Haye») et par la Convention de Genève du 27 juillet 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre («la Convention de Genève de 1929»). Le meurtre de prisonniers de guerre polonais en 1940 aurait été un fait illicite contraire aux articles 4, 23 c) et 50 de la quatrième Convention de La Haye et aux articles 2, 46, 61 et 63 de la Convention de Genève de 1929. L'URSS n'aurait certes été partie ni à l'une ni à l'autre de ces conventions, mais elle n'en aurait pas moins été tenue de respecter les principes du droit international coutumier universellement applicables, que ces deux traités n'auraient fait que codifier. La reconnaissance par l'URSS du caractère juridiquement contraignant de cette obligation ressortirait clairement de ce que, au procès de Nuremberg, le procureur soviétique aurait cherché à imputer aux dirigeants nazis le meurtre des prisonniers de guerre polonais. L'extermination de ces derniers aurait été constitutive d'un crime de guerre au sens de l'article 6 b) de la Charte de Nuremberg, et l'exécution de civils d'un crime contre l'humanité tel que défini à l'article 6 c) de cette même charte. La qualification de crime de guerre pour le massacre de Katyn, telle qu'alléguée, selon les requérants, devant le Tribunal de Nuremberg, revêtirait un caractère objectif et ne varierait pas en fonction de l'identité des auteurs de ces atrocités. De plus, la communauté internationale considérerait et traiterait l'exécution de prisonniers de guerre comme un crime de guerre, ainsi que le montrerait de manière convaincante la jurisprudence abondante tirée des procès de criminels de guerre conduits au lendemain de la guerre. Crime de droit international aux yeux des requérants, le massacre de Katyn aurait été imprescriptible à la date de sa perpétration, comme il le serait aujourd'hui, et l'obligation concomitante d'enquêter aurait survécu jusqu'à ce jour.

117. Les requérants évoquent en outre deux éléments qui étayent selon eux la thèse de la compétence de la Cour pour statuer sur le respect par la Russie de l'obligation procédurale découlant de l'article 2. Premièrement, le Conseil de l'Europe et la Convention auraient vu le jour en tant que solutions politiques et juridiques à caractère démocratique censées se substituer aux atteintes massives à la dignité humaine commises par deux régimes totalitaires, le nazisme et le stalinisme. Le massacre de Katyn aurait été perpétré par un régime totalitaire aux principes et valeurs en totale contradiction avec ceux de la Convention. Pour protéger la Convention de manière réelle et effective, il faudrait donc que les Parties contractantes actuelles enquêtent

de manière effective sur les crimes totalitaires. Deuxièmement, une enquête de cette nature sur le massacre de Katyn serait un préalable indispensable à la «réhabilitation» des personnes assassinées en tant que victimes d'une répression politique et à une meilleure sensibilisation du public aux crimes totalitaires.

118. Les requérants estiment par ailleurs que, même si l'on retient le «critère de l'élément nouveau» élaboré et appliqué dans l'arrêt de la chambre, la Cour peut avoir compétence pour examiner la question du respect par la Russie de l'obligation procédurale découlant de l'article 2 si l'on considère que l'élément nouveau requis ne doit pas forcément être une preuve nouvelle importante apparue après la ratification mais peut être aussi un élément de procédure nouveau et suffisamment important. Pour eux, ce critère devrait également englober les cas où les autorités internes se sont abstenues de recueillir de nouvelles preuves ou sont parvenues à des conclusions diamétralement opposées à des constats antérieurs ou à des faits historiques. Les requérants estiment que, bien qu'elle ne soit pas en elle-même un élément nouveau de l'enquête, la décision de mettre fin à celle-ci peut passer pour constituer un épisode procédural nouveau à prendre en compte sur le terrain de l'article 2 de la Convention, surtout parce qu'elle représente à leurs yeux un tournant brusque dans le déroulement de l'enquête. De plus, dès lors qu'une bonne partie des pièces du dossier d'enquête devinrent classifiées et que le même sort fut réservé à la décision définitive en la matière, il y a d'après eux de bonnes raisons de présumer que le tournant brusque et radical dans le déroulement de l'enquête a dû résulter d'éléments nouveaux pertinents.

119. Sur le fond du grief tiré de l'article 2, les requérants estiment que l'enquête russe n'a pas satisfait aux exigences élémentaires de cette disposition. Les autorités russes n'auraient pas justifié l'écart entre le nombre de personnes tuées (21 857) et le nombre nettement inférieur de personnes renseignées comme ayant «péri» (1 803). Elles n'auraient pas procédé à des excavations complètes dans tous les charniers. Les requérants se seraient vu refuser le statut de parties lésées dans le cadre des procédures, et l'enquête aurait donc manqué de transparence. Enfin, les investigations n'auraient pas visé à l'identification et à la traduction en justice des auteurs des atrocités. Les requérants citent nommément deux hauts fonctionnaires soviétiques qui auraient été impliqués dans le massacre de Katyn et qui auraient encore été en vie dans les années 1990.

3. Le gouvernement polonais

120. Le gouvernement polonais soutient que l'interprétation du «critère des circonstances spéciales» qu'il dégage de la dernière phrase

du paragraphe 163 de l'arrêt *Šilih* doit tenir compte de la spécificité des faits commis, constitutifs selon lui de crimes de guerre au regard du droit international. Il estime par ailleurs que la Cour devrait tenir compte des éléments suivants : premièrement, enquêter sur le massacre de Katyn aurait été politiquement impossible avant 1990 ; deuxièmement, les investigations ouvertes se seraient poursuivies pendant six ans après la ratification de la Convention par la Russie ; troisièmement, un nombre non négligeable de personnes auraient un intérêt légitime à découvrir les circonstances du massacre ; et, quatrièmement, la poursuite de l'enquête serait encore possible de bien des manières.

121. Le gouvernement polonais ajoute que, entre 1998 et 2004, dans le cadre de l'enquête sur le massacre de Katyn, les autorités du parquet russe ont effectué un certain nombre d'actes de procédure qui ont selon lui permis de rassembler de nouveaux éléments de preuve susceptibles de « faire renaître » l'obligation procédurale découlant de l'article 2. Parmi ces éléments figureraient 1) les lettres échangées en 2002 entre les procureurs russes et ukrainiens au sujet du crime de Katyn ; 2) l'envoi de plus de trois mille demandes de renseignements aux centres de données à caractère personnel en Russie sur le sort des ressortissants polonais dont les noms étaient inscrits sur la « liste ukrainienne de Katyn » ; 3) les consultations bilatérales russo-polonaises ; 4) la formulation de plus de quatre-vingt-dix demandes par des proches des victimes de Katyn ; 5) la commande de deux expertises sur la qualification juridique du massacre de Katyn ; et 6) la décision de classification des pièces du dossier d'enquête.

122. Quant au fond du grief soulevé sur le terrain de l'article 2, le gouvernement polonais estime que l'enquête sur les événements de Katyn n'a pas été effective. Alors que les procureurs russes auraient confirmé l'exécution des proches des requérants en 1940, les tribunaux militaires russes les auraient déclarés disparus. Les autorités russes n'auraient pas recueilli les dépositions des requérants ni fait le moindre effort pour conduire des examens médico-légaux ou rechercher des pièces. Elles auraient mal analysé les preuves qui leur auraient été remises par la partie polonaise et elles auraient erronément qualifié d'abus de pouvoir le massacre de Katyn. Le droit d'être associés à l'enquête et la qualité procédurale de parties lésées auraient été refusés aux requérants. Enfin, en classifiant une bonne partie des pièces du dossier, les autorités russes n'auraient pas ménagé un juste équilibre entre l'intérêt public à voir la lumière faite sur les crimes du passé totalitaire et l'intérêt privé des requérants à voir établies les circonstances du décès de leurs proches.

4. *Les tiers intervenants*

a) **Open Society Justice Initiative**

123. Open Society Justice Initiative soutient que la Convention et le droit international coutumier imposent aux États de conduire des enquêtes sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité pour autant que cela soit concrètement réalisable. Cette obligation découlerait implicitement de l'imprescriptibilité de ces crimes et ne serait aucunement limitée dans le temps. Certes, l'écoulement du temps rendrait de plus en plus difficile la conduite d'une enquête effective, mais la pratique actuelle des tribunaux nationaux et internationaux, qui se déclareraient compétents à l'égard de violations passées, montrerait qu'il est possible de mener des poursuites à bien même de nombreuses décennies après les faits générateurs. Le tiers intervenant invoque les arrêts rendus par la Cour dans les affaires *Brecknell c. Royaume-Uni* (n° 32457/04, 27 novembre 2007) et *Varnava et autres c. Turquie* ([GC], n°s 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, CEDH 2009), ainsi que la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (« la CIADH ») dans les affaires *Heliodoro Portugal c. Panama* (arrêt du 12 août 2008) et *Gomes Lund et autres c. Brésil* (arrêt du 24 novembre 2010). Il soutient qu'une enquête effective sur des crimes commis au cours de la Seconde Guerre mondiale reste possible après 1998. Il cite à titre d'exemple les investigations sur des crimes nazis conduites en Allemagne, en Hongrie, en Italie et en Pologne, dont certaines auraient abouti à des condamnations malgré l'âge des accusés. De plus, en 2012, un tribunal britannique aurait autorisé l'ouverture d'une action civile en réparation contre le gouvernement britannique à raison d'actes de torture qui auraient été perpétrés au cours du soulèvement kenyan entre 1952 et 1961.

124. Le tiers intervenant soutient par ailleurs que le droit à la vérité, dans sa dimension individuelle, implique l'accès aux résultats des enquêtes, ainsi qu'aux dossiers archivés et aux dossiers des enquêtes en cours. La divulgation de ces informations serait essentielle à la prévention des violations, à la lutte contre l'impunité et au maintien de la confiance du public en l'état de droit (*Kelly et autres c. Royaume-Uni*, n° 30054/96, § 118, 4 mai 2001). Dès lors que le droit à la vérité serait concerné, la classification d'informations se rapportant à des violations des droits de l'homme ne serait permise que dans des circonstances exceptionnelles mettant en jeu un intérêt impérieux de l'État, sous le contrôle indépendant du juge, pendant une durée limitée et à condition qu'il n'existe aucune autre solution moins contraignante. Et le tiers intervenant de produire les conclusions d'une étude sur les lois régissant

le droit à l'information dans quatre-vingt-treize États dont il ressortirait que quarante-quatre d'entre eux imposent expressément la communication des informations si l'intérêt que celle-ci revêt pour le public prime tout intérêt au secret. La reconstitution objective de la vérité sur des méfaits passés serait essentielle pour permettre aux nations de tirer les leçons de leur histoire et de prendre des mesures pour prévenir de futures atrocités (Haut Commissariat aux droits de l'homme des Nations unies, Ensemble mis à jour de principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité, résolution 2005/81, 8 février 2005, principes 2 et 3).

b) Amnesty International

125. Amnesty International soutient que l'obligation d'enquêter sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité s'applique aussi aux crimes commis antérieurement à la rédaction et à l'entrée en vigueur de la Convention. Le meurtre et la maltraitance de prisonniers de guerre et de civils auraient été proscrits par le droit international coutumier en 1939 et les États auraient été soumis à l'obligation d'ouvrir des enquêtes et des poursuites concernant les crimes de guerre bien avant 1939, sans qu'il y ait de prescription légale (*Kononov c. Lettonie* [GC], n° 36376/04, §§ 186 et 232, CEDH 2010, et les arrêts rendus par la CIADH dans les affaires *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, 29 juillet 1988, § 174, et *Gomes Lund et autres c. Brésil*, 24 novembre 2010, § 108). Le tiers intervenant souligne que la CIADH a conclu à maintes reprises à la violation de l'obligation d'enquêter, de poursuivre et de réprimer s'agissant de faits antérieurs à la ratification par l'État défendeur de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (*Gomes Lund et autres*, précité, et *Almonacid Arellano et autres c. Chili*, 26 septembre 2006, § 151). Il estime que l'écoulement du temps n'a aucune incidence sur l'obligation pour l'État de conduire une enquête et d'offrir des recours adéquats et effectifs aux victimes. Le droit des victimes à un accès effectif à la justice inclurait le droit à être entendu et le droit à une réparation intégrale, lequel comprendrait les éléments suivants: la restitution, l'indemnisation, la réhabilitation, la satisfaction et les garanties de non-répétition (sont citées les conclusions de la CIADH dans son arrêt *Gomes Lund et autres* (précité), §§ 261-262, 277 et 297). Enfin, le tiers intervenant soutient, là encore en invoquant l'arrêt *Gomes Lund et autres* (*ibidem*, §§ 241-242), que le défaut d'une enquête effective porte atteinte au droit des familles à être traitées avec humanité.

c) **Memorial (Moscou), European Human Rights Advocacy Centre (EHRAC, Londres) et Transitional Justice Network (Essex)**

126. Ces trois organisations soutiennent que les textes de l'Assemblée générale des Nations unies, le système interaméricain de protection des droits de l'homme et le droit international conventionnel prévoient l'obligation d'ouvrir des enquêtes et des poursuites concernant les crimes de guerre, afin de donner aux victimes, à leurs familles, au public en général et à la communauté internationale des informations exactes et transparentes sur les violations. Elles voient dans le droit pour les familles de connaître le sort de leurs proches disparus ou défunts un volet autonome de l'obligation d'enquêter, laquelle constituerait une norme codifiée de droit international coutumier (elles citent en particulier la règle 117 énoncée in *Droit international humanitaire coutumier, Volume I: Règles*, étude sur le droit international coutumier du Comité international de la Croix-Rouge, 2005, ainsi que la jurisprudence de la CIADH). Elles décrivent en outre les pratiques suivies dans divers États, comme la création de commissions vérité ou d'organes d'enquête similaires en réaction à la perpétration de crimes internationaux, et elles donnent notamment des informations détaillées sur les attributions et fonctions de ce type d'organes.

C. **Appréciation de la Cour**

127. Le Gouvernement plaide à titre préliminaire l'incompétence *ratione temporis* de la Cour pour connaître du fond du grief soulevé par les requérants sous l'angle du volet procédural de l'article 2 de la Convention. La Cour doit donc tout d'abord se prononcer sur cette exception.

1. *Principes généraux*

128. La Cour rappelle que les dispositions de la Convention ne lient une Partie contractante ni relativement aux actes ou faits antérieurs à la date de l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de cette partie (la « date critique »), ni relativement aux situations qui avaient cessé d'exister avant cette date. Il s'agit d'un principe constant dans la jurisprudence de la Cour, fondé sur la règle générale de droit international consacrée par l'article 28 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (*Varnava et autres*, précité, § 130, *Šilih*, précité, § 140, et *Blečić c. Croatie* [GC], n° 59532/00, § 70, CEDH 2006-III).

129. Lorsqu'un acte, une omission ou une décision présentés comme contraires à la Convention se sont produits avant l'entrée en vigueur de la Convention, mais que la procédure pour en obtenir le redressement a été engagée ou s'est prolongée après cette date, cette procédure ne saurait

être considérée comme formant partie des faits constitutifs de la violation alléguée et ne fait pas entrer la cause dans la compétence temporelle de la Cour (*Varnava et autres*, précité, § 130, et *Blečić*, précité, §§ 77-79).

130. S'il est vrai que, à partir de la date critique, toutes les actions et omissions des États contractants doivent être conformes à la Convention, celle-ci ne leur impose aucune obligation spécifique de redresser les injustices ou dommages causés avant cette date (*Kopecký*, précité, § 38). Ainsi, pour établir la compétence temporelle de la Cour, il est essentiel dans chaque affaire donnée de localiser dans le temps l'ingérence alléguée. La Cour doit tenir compte à cet égard tant des faits dont se plaint le requérant que de la portée du droit garanti par la Convention dont la violation est alléguée (*Varnava et autres*, précité, § 131, et *Blečić*, précité, §§ 72 et 81-82).

131. La Cour a statué sur un certain nombre d'affaires dans lesquelles les faits se rapportant au volet matériel de l'article 2 ou de l'article 3 échappaient à sa compétence temporelle, tandis que les faits relatifs au volet procédural connexe, c'est-à-dire à la procédure ultérieure, relevaient au moins partiellement de sa compétence (pour un résumé de la jurisprudence, voir l'arrêt *Šilih* précité, §§ 148-152).

132. Elle y a conclu que l'obligation procédurale découlant de l'article 2 de mener une enquête effective avait acquis un caractère distinct et autonome. Bien que cette obligation procède de faits relevant du volet matériel de l'article 2, elle peut être considérée comme une obligation détachable résultant de l'article 2 et pouvant s'imposer à l'État même lorsque le décès est antérieur à la date critique (*Varnava et autres*, précité, § 138, et *Šilih*, précité, § 159).

133. Cependant, compte tenu du principe de la sécurité juridique, la compétence temporelle de la Cour pour vérifier le respect de l'obligation procédurale découlant de l'article 2 relativement à un décès antérieur à la date critique n'est pas sans limites (*Šilih*, précité, § 161). Dans l'arrêt *Šilih*, la Cour a défini ainsi les limites de sa compétence temporelle :

« 162. Premièrement, il est clair que dans le cas d'un décès survenu avant la date critique, seuls les actes et/ou omissions de nature procédurale postérieurs à cette date peuvent relever de la compétence temporelle de la Cour.

163. Deuxièmement, pour que les obligations procédurales imposées par l'article 2 deviennent applicables, il doit exister un lien véritable entre le décès et l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'État défendeur.

Ainsi, il doit être établi qu'une part importante des mesures procédurales requises par cette disposition – non seulement une enquête effective sur le décès de la personne concernée, mais aussi le déclenchement d'une procédure adéquate visant à déterminer la cause du décès et à obliger les responsables à répondre de leurs actes (...) – ont été ou auraient dû être mises en œuvre après la date critique.

La Cour n'exclut pas, toutefois, que dans certaines circonstances ce lien puisse également reposer sur la nécessité de vérifier que les garanties offertes par la Convention et les valeurs qui la sous-tendent sont protégées de manière réelle et effective.»

134. Dans l'arrêt *Varnava et autres* (précité), la Cour a apporté des explications sur l'importante distinction qu'il y a lieu d'établir entre l'obligation d'enquêter sur un décès suspect et l'obligation d'enquêter sur une disparition suspecte :

«148. (...) Une disparition est un phénomène distinct, qui se caractérise par une situation où les proches sont confrontés de manière continue à l'incertitude et au manque d'explications et d'informations sur ce qui s'est passé, les éléments pertinents à cet égard pouvant parfois même être délibérément dissimulés ou obscurcis (...) Cette situation dure souvent très longtemps, prolongeant par là même le tourment des proches de la victime. Dès lors, on ne saurait ramener une disparition à un acte ou événement «instantané»; l'élément distinctif supplémentaire que constitue le défaut ultérieur d'explications sur ce qu'il est advenu de la personne disparue et sur le lieu où elle se trouve engendre une situation continue. Par conséquent, l'obligation procédurale subsiste potentiellement tant que le sort de la personne concernée n'a pas été éclairci; l'absence persistante de l'enquête requise sera considérée comme emportant une violation continue (...) Il en est ainsi même lorsque l'on peut finalement présumer que la victime est décédée.»

135. La Cour a souligné par ailleurs que l'exigence d'une proximité entre le décès et les mesures d'instruction, d'une part, et la date d'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'État défendeur, d'autre part (*Šilih*, précité), vaut uniquement en cas d'homicide ou de décès suspect, lorsque l'élément factuel central, la mort de la victime, est connu avec certitude, même si la cause exacte ou la responsabilité ultime ne l'est pas. En pareils cas, l'obligation procédurale ne revêt pas un caractère continu (*Varnava et autres*, précité, § 149).

2. *Jurisprudence récente*

136. À la suite de l'arrêt *Šilih*, les principes régissant la compétence temporelle de la Cour s'agissant de l'obligation «détachable» découlant de l'article 2 de la Convention d'enquêter sur le décès d'une personne ont été appliqués dans un grand nombre d'affaires.

137. La masse de celles-ci peut être répartie en différents groupes dont le plus important est constitué d'affaires dirigées contre la Roumanie dans lesquelles était alléguée l'ineffectivité des investigations sur les décès de manifestants au cours de la révolution roumaine de décembre 1989. Dans ces affaires, la Cour s'est déclarée compétente pour connaître des griefs au motif que, à la date de l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Roumanie, les procédures étaient toujours en cours devant le parquet (*Association «21 Décembre 1989» et autres c. Roumanie*, n^{os} 33810/07 et

18817/08, 24 mai 2011, *Pastor et Țiclete c. Roumanie*, n^{os} 30911/06 et 40967/06, 19 avril 2011, *Lăpușan et autres c. Roumanie*, n^{os} 29007/06, 30552/06, 31323/06, 31920/06, 34485/06, 38960/06, 38996/06, 39027/06 et 39067/06, 8 mars 2011, *Șandru et autres c. Roumanie*, n^o 22465/03, 8 décembre 2009, et *Agache et autres c. Roumanie*, n^o 2712/02, 20 octobre 2009). Elle a statué de manière analogue dans deux affaires postérieures qui avaient pour objet des incidents violents survenus en juin 1990 (*Mocanu et autres c. Roumanie*, n^{os} 10865/09, 45886/07 et 32431/08, 13 novembre 2012) et en septembre 1991 (*Crăiniceanu et Frumușanu c. Roumanie*, n^o 12442/04, 24 avril 2012).

138. Dans d'autres affaires récentes – à l'exception de l'affaire *Tuna c. Turquie* (n^o 22339/03, §§ 57-63, 19 janvier 2010), qui avait pour origine un décès en garde à vue survenu environ sept ans avant la reconnaissance par la Turquie du droit de recours individuel –, où il n'était pas allégué que le décès en question était la conséquence de quelconques actes d'agents de l'État, le décès précédait de un à quatre ans la date d'entrée en vigueur et une part importante de la procédure avait été conduite après cette date (*Kudra c. Croatie*, n^o 13904/07, §§ 110-112, 18 décembre 2012 : quatre ans, décès accidentel causé par la négligence d'une société privée; *Igor Shevchenko c. Ukraine*, n^o 22737/04, §§ 45-48, 12 janvier 2012 : trois ans, accident de la circulation; *Bajić c. Croatie*, n^o 41108/10, § 62, 13 novembre 2012 : quatre ans, erreur médicale; *Dimovi c. Bulgarie*, n^o 52744/07, §§ 36-45, 6 novembre 2012 : trois ans, décès causé par un incendie; *Velcea et Mazăre c. Roumanie*, n^o 64301/01, §§ 85-88, 1^{er} décembre 2009 : un an, dispute familiale; *Trufin c. Roumanie*, n^o 3990/04, §§ 32-34, 20 octobre 2009 : deux ans, meurtre; et *Lyubov Efimenko c. Ukraine*, n^o 75726/01, § 65, 25 novembre 2010 : quatre ans, vol à main armée et meurtre). Dans deux affaires, le fait que des insurgés ou des formations paramilitaires eussent tué les proches des requérants sept et six ans respectivement avant la date critique n'a pas empêché la Cour de connaître du fond du grief soulevé sous l'angle du volet procédural de l'article 2 (*Paçacı et autres c. Turquie*, n^o 3064/07, §§ 64-66, 8 novembre 2011, et *Jularić c. Croatie*, n^o 20106/06, §§ 38 et 45-46, 20 janvier 2011). La période de treize ans ayant séparé le décès du fils du requérant dans une bagarre et l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Serbie n'a pas non plus été considérée comme primant l'importance des actes de procédure accomplis après la date critique (*Mladenović c. Serbie*, n^o 1099/08, §§ 38-40, 22 mai 2012).

139. La Cour a également statué sur un certain nombre d'affaires dans lesquelles le requérant disait avoir été victime d'un traitement prohibé par l'article 3 de la Convention à un moment donné avant la date critique. Elle a conclu qu'elle avait compétence pour vérifier le respect par l'État défendeur

– pendant la période postérieure à l'entrée en vigueur – de l'article 3 sous son volet procédural, qui lui imposait de conduire une enquête effective respectivement dans un cas de brutalités policières (*Yatsenko c. Ukraine*, n° 75345/01, § 40, 16 février 2012, et *Stanimirović c. Serbie*, n° 26088/06, §§ 28-29, 18 octobre 2011), dans un cas de viol (*P.M. c. Bulgarie*, n° 49669/07, § 58, 24 janvier 2012) et dans un cas de mauvais traitements infligés par un particulier (*Otašević c. Serbie*, n° 32198/07, 5 février 2013).

3. Clarification des critères élaborés dans l'arrêt Šilih

140. Malgré le nombre toujours croissant d'arrêts dans lesquels la Cour statue sur sa compétence *ratione temporis* en se fondant sur les critères adoptés dans l'arrêt *Šilih*, l'application en pratique de ces derniers est parfois source d'incertitudes. Une clarification est donc souhaitable.

141. Les critères exposés aux paragraphes 162 et 163 de l'arrêt *Šilih* (repris au paragraphe 133 ci-dessus) peuvent se résumer comme suit. Premièrement, dans le cas d'un décès survenu avant la date critique, seuls les actes et omissions de nature procédurale postérieurs à cette date relèvent de la compétence temporelle de la Cour. Deuxièmement, pour que l'obligation procédurale entre en jeu, il doit exister un « lien véritable » entre le décès en tant que fait générateur et l'entrée en vigueur de la Convention. Troisièmement, un lien qui ne serait pas « véritable » peut néanmoins suffire à établir la compétence de la Cour si sa prise en compte est nécessaire pour permettre de vérifier que les garanties offertes par la Convention et les valeurs qui la sous-tendent sont protégées de manière réelle et effective. La Cour examinera tour à tour chacun de ces éléments.

a) Actes et omissions de nature procédurale postérieurs à l'entrée en vigueur de la Convention

142. La Cour rappelle d'emblée que l'enquête que requiert l'article 2 sous son volet procédural ne constitue pas un mode de redressement d'une violation alléguée du droit à la vie qui a pu survenir avant la date critique. La violation alléguée de l'obligation procédurale a pour origine l'absence d'enquête effective; l'obligation procédurale a son propre champ d'application et peut jouer indépendamment de l'obligation matérielle de l'article 2 (*Varnava et autres*, précité, § 136, et *Šilih*, précité, § 159). Dès lors, la compétence temporelle de la Cour englobe les actes et omissions de nature procédurale qui sont survenus ou auraient dû survenir après l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'État défendeur.

143. La Cour considère en outre que par « actes de nature procédurale » il faut entendre les actes inhérents à l'obligation procédurale découlant de l'article 2 ou, le cas échéant, de l'article 3 de la Convention, c'est-à-dire

les actes pris dans le cadre d'une procédure pénale, civile, administrative ou disciplinaire susceptible de mener à l'identification et à la punition des responsables ou à l'indemnisation de la partie lésée (*Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, § 131, CEDH 2000-IV, et *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, § 161, série A n° 324). Cette définition a pour effet d'exclure les autres types de démarches pouvant être entreprises à d'autres fins, par exemple pour établir une vérité historique.

144. Les « omissions » visent les cas où il n'y a eu aucune enquête et ceux où seuls des actes de procédure insignifiants ont été effectués mais où il est allégué qu'une enquête effective aurait dû être menée. Dès lors que se présente une allégation, un moyen de preuve ou un élément d'information plausible et crédible qui pourrait permettre d'identifier et, au bout du compte, d'inculper ou de punir les responsables, les autorités sont tenues de prendre des mesures d'enquête (*Gutiérrez Dorado et Dorado Ortiz c. Espagne* (déc.), n° 30141/09, §§ 39-41, 27 mars 2012, *Çakir c. Chypre* (déc.), n° 7864/06, 29 avril 2010, et *Brecknell*, précité, §§ 66-72). Si vient à surgir postérieurement à l'entrée en vigueur un élément nouveau suffisamment important et déterminant pour justifier l'ouverture d'une nouvelle instance, la Cour devra s'assurer que l'État défendeur s'est acquitté de l'obligation procédurale que lui impose l'article 2 d'une manière compatible avec les principes énoncés dans sa jurisprudence. Toutefois, si le fait générateur échappe à la compétence temporelle de la Cour, la découverte d'éléments nouveaux après la date critique ne pourra faire renaître l'obligation d'enquêter que si le critère du « lien véritable » ou celui des « valeurs de la Convention » (voir ci-dessous) a été satisfait.

b) Le critère du « lien véritable »

145. La première phrase du paragraphe 163 de l'arrêt *Šilih* pose que l'existence d'un « lien véritable » entre le fait générateur et l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'État défendeur est une condition *sine qua non* pour que l'obligation procédurale découlant de l'article 2 de la Convention devienne applicable.

146. La Cour considère que l'élément temporel est le premier et le plus important des indicateurs lorsqu'il s'agit d'établir le caractère « véritable » du lien. À l'instar de la chambre dans son arrêt, elle ajoute que pour qu'il y ait un « lien véritable » le laps de temps écoulé entre le fait générateur et la date critique doit demeurer relativement bref. Bien qu'il n'existe en droit aucun critère apparent permettant de définir la limite absolue de ce délai, celui-ci ne devrait pas excéder dix ans (voir, par analogie, *Varnava et autres*, précité, § 166, et *Er et autres c. Turquie*, n° 23016/04, §§ 59-60, 31 juillet 2012). À supposer même que, en raison de circonstances exceptionnelles, il soit

justifié de faire remonter ce délai encore plus loin dans le passé, il faudra qu'il soit satisfait au critère des « valeurs de la Convention ».

147. Toutefois, la durée du délai qui sépare le fait générateur de la date critique n'est pas décisive en elle-même pour déterminer si le lien est « véritable ». Comme l'indique la deuxième phrase du paragraphe 163 de l'arrêt *Šilih*, le lien sera établi si l'essentiel de l'enquête sur le décès a eu lieu ou aurait dû avoir lieu postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention. Cela englobe la conduite d'une procédure visant à établir la cause du décès et à faire répondre les responsables de leurs actes, ainsi que l'adoption d'une part importante des mesures procédurales essentielles au déroulement de l'enquête. Il s'agit d'un corollaire au principe voulant que la Cour n'ait compétence qu'à l'égard des actes et omissions de nature procédurale postérieurs à la date d'entrée en vigueur. Si toutefois la majeure partie de la procédure ou les mesures procédurales les plus importantes sont antérieures à cette date, la capacité de la Cour à apprécier globalement l'effectivité de l'enquête à l'aune des exigences procédurales de l'article 2 de la Convention peut s'en trouver irrémédiablement amoindrie.

148. Eu égard à ce qui précède, la Cour conclut que, pour qu'un « lien véritable » puisse être établi, il doit être satisfait aux deux critères : le délai entre le décès en tant que fait générateur et l'entrée en vigueur de la Convention doit avoir été relativement bref, et la majeure partie de l'enquête doit avoir été conduite, ou aurait dû l'être, après l'entrée en vigueur.

c) Le critère des « valeurs de la Convention »

149. La Cour admet par ailleurs qu'il peut exister des situations extraordinaires ne satisfaisant pas au critère du « lien véritable » tel qu'exposé ci-dessus, mais où la nécessité de protéger de manière réelle et effective les garanties offertes par la Convention et les valeurs qui la sous-tendent constitue un fondement suffisant pour reconnaître l'existence d'un lien. La dernière phrase du paragraphe 163 de l'arrêt *Šilih* n'exclut pas cette éventualité, qui constituerait alors une exception à la règle générale que représente le critère du « lien véritable ». Dans toutes les affaires précitées, la Cour a admis l'existence d'un « lien véritable » parce que le laps de temps écoulé entre le décès et la date critique était relativement bref et qu'une part considérable de la procédure avait été conduite après cette date. La présente affaire est donc la première à pouvoir relever de cette autre catégorie, à caractère exceptionnel. Aussi la Cour doit-elle expliciter les modalités d'application du critère des « valeurs de la Convention ».

150. À l'instar de la chambre, la Grande Chambre estime que le renvoi aux valeurs qui sous-tendent la Convention signifie que l'existence du lien requis peut être constatée si le fait générateur revêt une dimension plus large

qu'une infraction pénale ordinaire et constitue la négation des fondements mêmes de la Convention. Tel serait le cas de graves crimes de droit international tels que les crimes de guerre, le génocide ou les crimes contre l'humanité, conformément aux définitions qu'en donnent les instruments internationaux pertinents.

151. Le caractère odieux et la gravité de pareils crimes ont poussé les parties à la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité à considérer que ces infractions doivent être imprescriptibles et que les prescriptions qui existeraient en la matière dans leur ordre juridique interne doivent être abolies. La Cour considère néanmoins que le critère des « valeurs de la Convention » ne peut pas s'appliquer à des événements antérieurs à l'adoption de la Convention, le 4 novembre 1950, car c'est seulement à cette date que celle-ci a commencé à exister en tant qu'instrument international de protection des droits de l'homme. Dès lors, la responsabilité sur le terrain de la Convention d'une Partie à celle-ci ne peut pas être engagée pour la non-réalisation d'une enquête sur un crime de droit international, fût-il le plus abominable, si celui-ci est antérieur à la Convention. Bien qu'elle soit sensible à l'argument selon lequel, même aujourd'hui, certains pays ont réussi à juger des responsables de crimes de guerre commis au cours de la Seconde Guerre mondiale, la Cour souligne la différence fondamentale qui existe entre la possibilité de poursuivre une personne pour un grave crime de droit international si les circonstances le permettent et l'obligation de le faire au regard de la Convention.

4. Application en l'espèce des principes susmentionnés

152. Pour en venir aux faits non contestés de la présente cause, la Cour rappelle que les proches des requérants étaient des militaires de l'armée polonaise qui avaient été faits prisonniers à la suite de l'invasion soviétique de la partie orientale de la Pologne en septembre 1939. Au cours des mois qui suivirent, ils furent détenus dans les camps du NKVD situés dans la partie occidentale de l'URSS, à Kozelsk, Ostachkov et Starobelsk.

153. Le 5 mai 1940, sur la proposition du chef du NKVD, les membres du Politburo du comité central du Parti communiste de l'URSS approuvèrent une proposition d'exécution extrajudiciaire de prisonniers de guerre polonais, qui devait être mise en œuvre par des membres du NKVD. Les prisonniers furent abattus et enterrés dans des charniers à diverses dates en avril et mai 1940. Les listes des prisonniers à exécuter avaient été dressées sur la base des « listes de répartition » du NKVD, sur lesquelles étaient inscrits notamment les noms des membres des familles des requérants.

154. Trois des proches des requérants furent identifiés au cours de l'exhumation de 1943; les dépouilles des autres n'ont pas été retrouvées

ni identifiées. La Cour rappelle avoir formulé à maintes reprises dans sa jurisprudence des conclusions factuelles selon lesquelles telle ou telle personne disparue pouvait être présumée décédée. En général, ces conclusions ont été émises en réponse à des arguments du gouvernement défendeur consistant à dire que la personne en question était toujours en vie ou qu'il n'avait pas été démontré qu'elle fût décédée alors qu'elle se trouvait entre les mains d'agents de l'État. Cette présomption de décès n'est pas automatique; elle n'est posée qu'après un examen des circonstances de l'affaire, le laps de temps écoulé depuis la dernière fois que la personne a été vue vivante ou qu'on a eu de ses nouvelles étant à cet égard un élément pertinent (*Aslakhanova et autres c. Russie*, nos 2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08 et 42509/10, § 100, 18 décembre 2012, *Varnava et autres*, précité, § 143, et *Vagapova et Zoubiraïev c. Russie*, n° 21080/05, §§ 85-86, 26 février 2009). La Cour a présumé le décès dans des situations où l'absence complète de nouvelles fiables de la personne disparue durait depuis un laps de temps variant de quatre ans et demi (*Imakaïeva c. Russie*, n° 7615/02, § 155, 9 novembre 2006) à plus de dix ans (*Aslakhanova et autres*, précité, §§ 103-115).

155. Il n'est pas contesté – et les «listes de répartition» du NKVD constituent des preuves documentaires à cet égard – que, à la fin de l'année 1939 et au début de l'année 1940, les proches des requérants ont été détenus en territoire soviétique, sous le contrôle entier et exclusif des autorités soviétiques. La décision prise par le Politburo le 5 mars 1940 indiquait que tous les prisonniers de guerre polonais détenus dans les camps du NKVD, sans exception, devaient faire l'objet d'exécutions extrajudiciaires, lesquelles furent effectuées par la police secrète soviétique au cours des mois suivants. Des charniers de prisonniers portant l'uniforme polonais furent découverts dans la forêt de Katyn dès 1943, consécutivement à la prise du territoire par les Allemands. Une note rédigée en 1959 par le chef du KGB, entité qui avait succédé au NKVD, reconnaissait que, au total, plus de vingt et un mille prisonniers polonais avaient été abattus par des membres du NKVD. Les familles des prisonniers ont cessé de recevoir des lettres de leurs proches en 1940 et elles n'ont plus jamais reçu de nouvelles d'eux depuis cette époque, qui remonte à plus de soixante-dix ans.

156. La Cour conclut de ces éléments de fait qu'il faut présumer que les proches des requérants faits prisonniers en 1939 ont été exécutés par les autorités soviétiques en 1940.

157. La Fédération de Russie a ratifié la Convention le 5 mai 1998, soit cinquante-huit ans après l'exécution des proches des requérants. La Grande Chambre fait sienne la conclusion de la chambre selon laquelle le laps de temps écoulé entre les décès et la date critique est non seulement beaucoup plus long que ceux qui ont conduit à l'application de l'obligation

procédurale découlant de l'article 2 dans toutes les affaires antérieures, mais aussi trop long dans l'absolu pour établir un lien véritable entre les décès et l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Russie.

158. L'enquête sur l'origine des charniers commença en 1990 et son classement fut formellement prononcé en septembre 2004. Même si le gouvernement russe plaide l'irrégularité de la décision initiale d'ouvrir des poursuites, la procédure était susceptible, au moins en théorie, de conduire à l'identification et à la punition des responsables. Elle relevait donc des « actes et omissions d'ordre procédural » aux fins de l'article 2 de la Convention.

159. Au début des années 1990, les autorités soviétiques puis les autorités russes prirent un nombre important de mesures procédurales. Des corps furent exhumés en 1991 des charniers situés à Kharkov, Mednoye et Katyn, et les enquêteurs ordonnèrent un certain nombre d'expertises médico-légales et interrogèrent des témoins potentiels des exécutions. Des visites officielles et des réunions de coordination furent organisées entre les autorités russes, polonaises, ukrainiennes et biélorusses. Cependant, toutes ces démarches eurent lieu avant la date critique. Pour ce qui est de la période postérieure à cette date, il est impossible, au vu des éléments versés au dossier et des observations des parties, de déceler la moindre mesure d'instruction digne de ce nom qui aurait été accomplie après le 5 mai 1998. La Cour considère que l'on ne peut voir dans une nouvelle appréciation des preuves des constats différant des conclusions antérieures ou une décision de classification des pièces de l'enquête la « part importante des mesures procédurales » requise pour l'établissement d'un « lien véritable » aux fins de l'article 2 de la Convention. Par ailleurs, aucun élément de preuve pertinent ni aucune information substantielle ne sont apparus depuis la date critique. La Cour en conclut qu'aucun des critères permettant d'établir l'existence d'un « lien véritable » ne se trouve rempli.

160. Reste enfin à déterminer si l'existence ou non en l'espèce de circonstances exceptionnelles justifieraient de déroger au critère du « lien véritable » pour appliquer celui des valeurs de la Convention. Comme la Cour l'a établi, les événements qui auraient pu faire naître l'obligation d'enquêter découlant de l'article 2 ont eu lieu au début de l'année 1940, soit plus de dix ans avant que la Convention ne voie le jour. La Cour confirme donc la conclusion de la chambre selon laquelle il n'existe en l'espèce aucun élément de nature à former un pont entre le passé lointain et la période, récente, postérieure à l'entrée en vigueur de la Convention.

161. Eu égard aux considérations qui précèdent, la Cour fait droit à l'exception d'incompétence *ratione temporis* soulevée par le Gouvernement et conclut qu'elle n'a pas compétence pour connaître du grief tiré de l'article 2 de la Convention.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION

162. Les requérants se plaignent d'une dénégation persistante d'un fait historique par les autorités russes, auxquelles ils reprochent par ailleurs de leur cacher des informations sur le sort de leurs proches et d'avoir répondu avec indifférence et de manière contradictoire à leurs demandes de renseignements. Ils y voient un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la Convention, ainsi libellé :

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

A. Arrêt de la chambre

163. La chambre a séparé les requérants en deux groupes en fonction de la proximité des liens familiaux qui les unissaient aux victimes du massacre de Katyn. Elle a reconnu qu'il existait un « lien familial solide » s'agissant de la veuve et des neuf enfants nés avant 1940 et que les membres de ce groupe pouvaient se prétendre victimes de la violation alléguée de l'article 3. Elle a en revanche estimé que les souffrances morales subies par les cinq autres requérants, nés en 1940 ou postérieurement ou parents plus éloignés des victimes de Katyn, n'étaient pas de nature à relever de l'article 3 de la Convention.

164. La chambre a ensuite examiné la situation des membres du premier groupe de requérants à diverses époques. Elle a estimé que, au cours de la Seconde Guerre mondiale, ils étaient « restés dans un état d'incertitude quant au sort » de leurs proches ; que, après la guerre, ils avaient pu « toujours nourrir l'espoir qu'au moins certains des prisonniers polonais eussent pu survivre, que ce soit dans des camps soviétiques plus éloignés ou comme fugitifs après une évasion » ; que, pendant toute l'existence de la Pologne socialiste placée sous le contrôle de l'URSS, ils « n'[avaient] pas été autorisés, pour des raisons politiques, à connaître la vérité sur ce qui s'était passé et [qu']ils [avaie]nt été contraints d'accepter la dénégation de faits historiques par les autorités communistes soviétiques et polonaises » et que, même après la reconnaissance publique du massacre de Katyn par les autorités soviétiques et russes, ils avaient dû « éprouver de la frustration devant la stagnation apparente de l'enquête ».

165. La chambre a constaté que, au cours de la période postérieure à l'entrée en vigueur, les requérants s'étaient vu refuser l'accès aux pièces du dossier de l'enquête ou avaient été exclus des procédures en raison de leur nationalité étrangère. Elle s'est déclarée particulièrement frappée par la « réticence apparente des autorités russes à reconnaître la réalité du massacre

de Katyn». Elle a relevé que, tout en reconnaissant que les proches des requérants avaient été détenus comme prisonniers dans les camps du NKVD, les tribunaux militaires russes avaient constamment évité toute mention de leur exécution ultérieure, au motif que l'enquête sur Katyn n'en avait pas apporté la preuve. Elle a qualifié cette attitude de « franc mépris à l'égard des préoccupations des intéressés et d'occultation délibérée des circonstances du massacre de Katyn ». Au sujet des procédures en réhabilitation, elle a dit qu'« un déni de la réalité du massacre, aggravé par l'idée implicite que les prisonniers polonais avaient peut-être été condamnés en bonne et due forme à la peine capitale après avoir eu à répondre de chefs d'accusation dénot[ait] une attitude vis-à-vis des requérants qui [était] non seulement chargée d'opprobre mais aussi dépourvue d'humanité ».

166. La chambre a reconnu que le laps de temps écoulé depuis la séparation des requérants d'avec leurs proches était bien plus long en l'espèce que dans d'autres affaires et que les intéressés ne souffraient plus de l'angoisse de ne pas savoir si les membres de leurs familles étaient vivants ou morts. Néanmoins, se référant à la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations unies concernant l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, analogue à l'article 3 de la Convention, elle a jugé que l'obligation faite aux autorités par cette dernière disposition ne pouvait se réduire à une simple reconnaissance de la matérialité du décès mais leur imposait aussi de rendre compte des circonstances du décès et de l'emplacement de la tombe. Elle a estimé que, en l'espèce, les autorités russes n'avaient fourni aux requérants aucune information officielle sur les circonstances entourant le décès de leurs proches et n'avaient pas pris la moindre initiative sérieuse en vue de localiser le lieu où ils avaient été enterrés. Elle a ainsi conclu à la violation de l'article 3 de la Convention.

B. Thèses des parties

1. Le gouvernement russe

167. Le Gouvernement soutient tout d'abord que, pour que la situation des proches parents de personnes tuées ou disparues soulève une question au regard de l'article 3, il faut démontrer l'existence de deux éléments : premièrement, ces requérants doivent avoir vécu une période d'incertitude quant au sort de leurs proches et, secondement, les actions des autorités doivent avoir aggravé leurs souffrances au cours de cette période (*Loulouïev et autres c. Russie*, n° 69480/01, §§ 114-115, CEDH 2006-XIII).

168. Pour ce qui est du premier élément, à savoir l'état d'incertitude, le Gouvernement considère que, même si le sort des proches des requérants

n'a pu être établi avec la certitude requise aux fins d'une action pénale ou d'une procédure en réhabilitation, il n'était pas raisonnable de penser qu'ils pouvaient encore être en vie au 5 mai 1998, compte tenu de leurs dates de naissance et de l'absence de toute nouvelle d'eux depuis la Seconde Guerre mondiale. Il estime que, le premier élément faisant défaut, aucune question distincte de celle déjà examinée sous l'angle de l'article 2 ne peut se poser sur le terrain de l'article 3 (*Esmukhambetov et autres c. Russie*, n° 23445/03, § 189, 29 mars 2011, *Velkhiyev et autres c. Russie*, n° 34085/06, § 137, 5 juillet 2011, *Sambiyev et Pokaïeva c. Russie*, n° 38693/04, §§ 74-75, 22 janvier 2009, et *Tanguiyeva c. Russie*, n° 57935/00, § 104, 29 novembre 2007).

169. Le Gouvernement plaide en outre l'absence de «facteurs particuliers» qui auraient pu conférer à la souffrance des requérants «une dimension et un caractère distincts du désarroi affectif que l'on peut considérer comme inévitable pour les proches d'une personne victime de violations graves des droits de l'homme» (*Gongadze c. Ukraine*, n° 34056/02, § 184, CEDH 2005-XI, et *Orhan c. Turquie*, n° 25656/94, §§ 357-358, 18 juin 2002). Pour ce qui est du premier «facteur particulier», à savoir la «proximité de la parenté», cinq des requérants seraient nés après l'arrestation de leurs proches disparus, et la chambre n'aurait constaté aucune violation de l'article 3 à leur égard. Le deuxième de ces facteurs, à savoir la «mesure dans laquelle le parent a été témoin des événements en question», ferait défaut, aucun des requérants n'ayant assisté aux événements ayant conduit au décès de leurs proches. Quant au troisième critère – la «participation aux tentatives d'obtention de renseignements sur le disparu» – il ne serait pas rempli dans le chef des requérants, faute pour eux d'avoir pris part à l'enquête sur Katyn et d'avoir formulé des demandes ou fait des dépositions. Le Gouvernement ajoute que, alors que les médias russes et polonais relataient abondamment cette procédure depuis plus de quatorze ans, ce n'est qu'après le classement de l'enquête que deux requérants avaient demandé à être formellement associés à la procédure (voir, *a contrario*, *Mousikhanova et autres c. Russie*, n° 27243/03, §§ 81-82, 4 décembre 2008).

170. Concernant la manière dont les autorités russes ont répondu aux demandes des requérants, élément qui correspond au quatrième «facteur particulier», le Gouvernement invoque deux circonstances qu'il juge importantes. D'abord, les requérants ne pourraient plus aujourd'hui prétendre se trouver dans l'incertitude quant au sort de leurs proches. Ensuite, une période de cinquante-huit ans séparerait les «événements de Katyn» de la ratification de la Convention par la Russie. Le Gouvernement considère que ces deux circonstances ont nettement réduit les conséquences négatives ayant pu résulter de son action ou de son inaction. Pour démontrer

la légitimité de l'attitude adoptée par les autorités russes, il avance plusieurs explications. En premier lieu, la « réhabilitation » des prisonniers polonais aurait été impossible, faute du moindre élément d'information sur les chefs d'accusation retenus contre eux. En deuxième lieu, les autorités n'auraient nullement été tenues par la loi de localiser les requérants ou de leur accorder la qualité de victime, faute d'éléments suffisants permettant, à l'aune du critère de preuve requis en matière pénale, d'établir un lien de causalité entre les « événements de Katyn » et le décès de leurs proches. En troisième lieu, les lettres adressées par les procureurs aux requérants auraient renfermé des « conclusions inexactes », et les « incohérences » auraient finalement été corrigées par les tribunaux russes, lesquels auraient correctement apprécié les pièces du dossier, avec la participation des représentants des requérants.

171. Le Gouvernement récuse la conclusion de la chambre relative à un déni par les tribunaux russes de la réalité du massacre de Katyn. Il estime que les tribunaux n'ont « fait que souligner un manque d'éléments suffisants pour établir les circonstances du décès des proches des requérants » à l'aune du critère de preuve applicable en matière pénale. Il considère en outre que les autorités russes n'avaient pas l'obligation de rechercher ce qu'il était advenu des personnes disparues ni le lieu où les corps avaient été enterrés, arguant que les proches des requérants n'étaient pas des « personnes disparues » et qu'aucune obligation de ce type ne découlait du droit interne, du droit international humanitaire ou de la Convention. Enfin, il dit n'avoir jamais eu l'intention de dénaturer des faits historiques ou de soumettre les requérants à une quelconque forme de traitement dégradant.

2. Les requérants

172. Les requérants partagent l'avis exprimé dans l'arrêt de la chambre selon lequel l'obligation imposée par l'article 3 est distincte de celle découlant de l'article 2 en ce que la seconde oblige l'État à prendre des mesures juridiques spécifiques, tandis que la première revêt un caractère humanitaire plus général. Ils soutiennent que la Cour devrait pouvoir tenir compte des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la Convention dans la mesure où ils pourraient être importants pour la compréhension de faits postérieurs à cette date (*Broniowski c. Pologne* (déc.) [GC], n° 31443/96, § 74, CEDH 2002-X, et *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, § 53, série A n° 299-A). De plus, la Cour devrait selon eux pouvoir examiner la question du respect par les autorités de l'État de leurs obligations découlant de l'article 3 quand bien même le décès initial échapperait à sa compétence *ratione temporis* (ils dressent un parallèle avec la décision rendue par le Comité des droits de l'homme des Nations unies le 28 mars 2006 dans l'affaire *Mariam Sankara et autres c. Burkina Faso* (communication n° 1159/2003)).

173. Les requérants contestent le parti pris par la chambre de les répartir en deux groupes distincts selon la proximité de leurs liens de parenté. Ils disent que la situation à l'intérieur de la Pologne socialiste de l'après-guerre et les événements consécutifs à la reconnaissance par les Soviétiques du massacre de Katyn les ont tous autant touchés. Ils soutiennent, à l'inverse de la chambre, que ceux d'entre eux qui ne se souviennent pas de leurs pères ou à qui on a refusé la possibilité d'avoir le moindre contact personnel avec ceux-ci sont plus sensibles au sort tragique de leurs parents. Au demeurant, les requérants du second groupe – ceux à l'égard desquels la chambre a conclu à la non-violation de l'article 3 – auraient activement pris part à une série de démarches judiciaires ainsi qu'à d'autres activités en rapport avec la commémoration de leurs parents tués: M^{me} Wołk-Jezińska aurait rédigé plusieurs ouvrages sur le massacre de Katyn, M^{me} Krzyszkowiak aurait créé une maison d'édition publiant des ouvrages consacrés à ce massacre, M^{me} Rodowicz aurait été l'auteur de plusieurs œuvres artistiques sur ce même sujet et M. Romanowski, le plus jeune des requérants, aurait « hérité » de sa défunte mère la mission d'honorer la mémoire de son oncle tué. Invoquant la jurisprudence de la CIADH, les requérants s'estiment tous victimes des faits qu'ils dénoncent sur le terrain de l'article 3, soit en tant que parents directs adultes de personnes tuées, soit en tant que parents collatéraux ayant démontré leur implication énergique et constante par de nombreuses actions en rapport avec le sort de leurs proches tués.

174. S'agissant de la réaction des autorités russes face à leurs demandes de renseignements, les requérants indiquent que, dans des affaires précédemment examinées par la Cour, il est parfois arrivé que des « personnes disparues » deviennent des « personnes décédées » une fois leurs corps découverts. Dans le cas du massacre de Katyn, l'ordre aurait été inversé: les « morts » seraient devenus des « disparus » aux yeux des autorités russes. Ce renversement constituerait un déni pur et simple de faits historiques et aurait fait naître chez les requérants un fort sentiment de douleur, d'angoisse et de stress. Ce serait comme si l'on disait à un groupe de proches de victimes de l'Holocauste qu'on ignore tout de ce qu'il est advenu d'elles car, les documents ayant été détruits par les autorités nazies, on ne pourrait retrouver leur trace que jusqu'au terminus de la voie ferrée menant à un camp de concentration. De plus, en se disant incapables d'établir « quelle disposition du code pénal constituait la base légale permettant de demander des comptes aux prisonniers [polonais] », les procureurs militaires auraient sous-entendu en fait que les victimes étaient peut-être des criminels ayant été dûment condamnés à la peine capitale. De surcroît, dans le cadre

des procédures en réhabilitation conduites devant le tribunal de Moscou, le procureur aurait soutenu qu'il existait de « bonnes raisons » à la répression en cause : il aurait accusé certains des officiers polonais d'être « des espions, des terroristes et des saboteurs » et l'armée polonaise d'avant-guerre d'avoir été « entraînée pour combattre l'Union soviétique ». Les requérants en concluent que leurs souffrances morales ne peuvent passer pour une conséquence inhérente aux décès eux-mêmes mais résultent du traitement que leur ont fait subir les autorités russes.

3. Le gouvernement polonais

175. Le gouvernement polonais soutient que les autorités russes ont soumis les requérants à un traitement inhumain et dégradant. Il souligne que les personnes faites prisonnières, incarcérées puis exécutées par les autorités soviétiques étaient des proches parents des requérants. Pendant de nombreuses années, pour des raisons politiques, les autorités soviétiques auraient refusé l'accès à toute information officielle sur le sort des personnes faites prisonnières à la fin de l'année 1939. Après l'ouverture d'une enquête en 1990, les requérants auraient tenté en vain d'avoir accès aux pièces du dossier d'enquête afin d'obtenir la réhabilitation de leurs proches. Ce refus d'accès et le caractère contradictoire des informations reçues auraient fait naître en eux un sentiment constant d'incertitude et d'angoisse et les auraient mis à la merci des autorités russes, dont les actions auraient visé à les humilier. Il s'agirait là d'un traitement contraire à l'article 3.

4. Le tiers intervenant

176. Le Public International Law and Policy Group a produit un aperçu de la jurisprudence de la Cour sur la nature et la force des liens de parenté requis pour qu'un requérant puisse se prétendre victime d'une violation de l'article 3 à raison du sort infligé à un de ses proches parents. Le tiers intervenant dégage de cette jurisprudence que la Cour tient de plus en plus compte de l'action du requérant et du rôle joué par l'État une fois saisi de demandes de renseignements. Il ajoute que les critères utilisés pour la reconnaissance de la qualité de victime, fondés sur la participation du parent aux démarches visant à l'obtention de renseignements au sujet de la personne disparue, ainsi que sur la manière dont les autorités réagissent à ces démarches, sont conformes à ceux retenus par d'autres juridictions internationales, dont la CIADH (*Garrido et Baigorria c. Argentine*, arrêt du 27 août 1998, et *Blake c. Guatemala*, arrêt du 24 janvier 1998) et les chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens.

C. Appréciation de la Cour

1. Principes généraux

177. Dans sa jurisprudence, la Cour a toujours été sensible aux lourdes conséquences psychologiques qu'une grave violation des droits de l'homme entraîne pour les proches de la victime qui sont requérants devant elle. Toutefois, pour qu'une violation distincte de l'article 3 de la Convention puisse être constatée dans le chef de ces derniers, il doit exister des facteurs particuliers conférant à leur souffrance une dimension et un caractère distincts du désarroi affectif qu'entraîne inévitablement la violation susmentionnée elle-même. Parmi ces facteurs figurent la proximité de la parenté, les circonstances particulières de la relation, la mesure dans laquelle le parent a été témoin des événements en question et sa participation aux recherches de renseignements sur le sort de la victime.

178. À cet égard, la Cour rappelle qu'un membre de la famille d'une « personne disparue » peut se prétendre victime d'un traitement contraire à l'article 3 lorsque la disparition est suivie d'une longue période d'incertitude jusqu'à la découverte du corps du disparu. L'essence de la question qui se pose sur le terrain de l'article 3 dans ce type d'affaires ne réside pas tant dans la gravité de la violation des droits de l'homme commise à l'égard de la personne portée disparue que dans l'indifférence affichée par les autorités face à la situation portée à leur connaissance. Le constat d'une violation pour ce motif ne se limite pas aux affaires où l'État défendeur est tenu pour responsable de la disparition. Il peut aussi être formulé lorsque l'absence de réponse des autorités à la demande d'informations des proches ou les obstacles dressés sur le chemin de ceux-ci, obligés en conséquence de supporter la charge d'élucider les faits, peuvent passer pour révéler un mépris flagrant, continu et implacable de l'obligation de rendre compte du sort de la personne disparue (voir, en particulier, *Açış c. Turquie*, n° 7050/05, §§ 36 et 51-54, 1^{er} février 2011, *Varnava et autres*, précité, § 200, *Osmanoğlu c. Turquie*, n° 48804/99, § 96, 24 janvier 2008, *Loulouïev et autres*, précité, § 114, *Bazorkina c. Russie*, n° 69481/01, § 139, 27 juillet 2006, *Gongadze*, précité, § 184, *Tanış et autres c. Turquie*, n° 65899/01, § 219, CEDH 2005-VIII, *Orhan*, précité, § 358, et *Çakıcı c. Turquie* [GC], n° 23657/94, § 98, CEDH 1999-IV).

179. La Cour a suivi une approche restrictive lorsqu'il s'agissait de personnes mises en détention et retrouvées mortes ultérieurement, après une période d'incertitude relativement brève quant à leur sort (*Tanlı c. Turquie*, n° 26129/95, § 159, CEDH 2001-III, et *Bitieva et autres c. Russie*,

n° 36156/04, § 106, 23 avril 2009). Dans une série d'affaires tchéchènes où, n'ayant pas assisté au décès de leurs proches, les requérants n'avaient appris celui-ci qu'à la découverte des corps, elle a estimé que dès lors qu'elle avait déjà conclu à une violation de l'article 2 de la Convention sous ses volets matériel et procédural, un constat distinct de violation de l'article 3 ne s'imposait pas (*Velkhiyev et autres*, § 137, *Sambiyev et Pokaïeva*, §§ 74-75, et *Tanguiyeva*, § 104, tous précités).

180. Par ailleurs, dans le cas de personnes tuées par les autorités en violation de l'article 2, la Cour a jugé que, compte tenu du caractère instantané de l'incident à l'origine des décès en question, il n'y avait normalement pas lieu d'étendre l'application de l'article 3 aux proches des victimes (*Damayev c. Russie*, n° 36150/04, § 97, 29 mai 2012, *Yasin Ateş c. Turquie*, n° 30949/96, § 135, 31 mai 2005, *Udayeva et Youssoupova c. Russie*, n° 36542/05, § 82, 21 décembre 2010, *Khashuyeva c. Russie*, n° 25553/07, § 154, 19 juillet 2011, et *Inderbiyeva c. Russie*, n° 56765/08, § 110, 27 mars 2012).

181. Elle a néanmoins estimé qu'il se justifiait de dresser un constat séparé de violation de l'article 3 dans des cas de décès confirmés où les requérants avaient été témoins directs de la souffrance des membres de leur famille (voir les affaires *Salakhov et Islyamova c. Ukraine*, n° 28005/08, § 204, 14 mars 2013, où la requérante avait assisté au lent décès de son fils en détention sans avoir la possibilité de l'aider; *Esmukhambetov*, précité, § 190, où une violation de l'article 3 a été constatée à l'égard d'un requérant qui avait assisté au meurtre de toute sa famille, mais pas à l'égard des autres requérants, qui n'avaient appris les meurtres qu'ultérieurement; *Khadjialiyev et autres c. Russie*, n° 3013/04, § 121, 6 novembre 2008, où les requérants n'avaient pas pu inhumer décentement les corps démembrés et décapités de leurs enfants; *Moussaïev et autres c. Russie*, nos 57941/00, 58699/00 et 60403/00, § 169, 26 juillet 2007, où le requérant avait été témoin de l'exécution extrajudiciaire de plusieurs de ses parents et voisins, et *Akkum et autres c. Turquie*, n° 21894/93, §§ 258-259, CEDH 2005-II, où le requérant s'était vu présenter le corps mutilé de son fils).

2. Application en l'espèce des principes susmentionnés

182. La Cour observe que la situation qui se trouve au cœur du grief tiré de l'article 3 présentait au départ les caractéristiques d'une affaire de «disparition». Des proches des requérants furent faits prisonniers par les forces d'occupation soviétiques et incarcérés dans des camps soviétiques. Des éléments prouvent que des échanges de lettres entre les prisonniers

polonais et leur famille se sont poursuivis jusqu'au printemps 1940. On peut donc considérer que jusque-là les familles savaient que les intéressés étaient en vie. Après avoir cessé de recevoir en Pologne des lettres d'eux, les familles des prisonniers restèrent pendant de nombreuses années dans l'incertitude quant à ce qu'il était advenu de leurs proches.

183. En 1943, à la suite de la découverte de charniers à proximité de la forêt de Katyn, les restes furent en partie exhumés et identifiés. Cependant, seuls trois des proches des requérants – Wincenty Wolk, Stanisław Rodowicz et Stanisław Mielecki – furent alors identifiés. Les autorités soviétiques nièrent avoir exécuté les prisonniers de guerre polonais et, sans accès aux dossiers du Politburo ou du NKVD, il n'a pas été possible de déterminer ce qu'il était advenu des prisonniers dont les corps n'avaient pas été identifiés. Il n'y eut aucune autre tentative d'identification des victimes du massacre de Katyn au cours de la guerre froide, la version soviétique de meurtres orchestrés par les nazis ayant été la version officielle imposée en République populaire de Pologne pendant toute la durée de l'existence du régime socialiste, soit jusqu'en 1989.

184. En 1990, l'URSS reconnut officiellement la responsabilité des dirigeants soviétiques dans l'exécution des prisonniers de guerre polonais. Au cours des années suivantes, les documents relatifs aux massacres qui n'avaient pas été détruits furent rendus publics et les enquêteurs conduisirent d'autres exhumations partielles sur plusieurs sites. Une série de consultations se tinrent entre les procureurs polonais, russes, ukrainiens et biélorusses.

185. À la date de la ratification de la Convention par la Fédération de Russie, le 5 mai 1998, plus de cinquante-huit années s'étaient écoulées depuis l'exécution des prisonniers de guerre polonais. Compte tenu de la durée de cette période, des éléments apparus dans l'intervalle et des efforts déployés par diverses parties pour faire la lumière sur les circonstances du massacre de Katyn, la Cour estime que, en ce qui concerne la période postérieure à la date critique, on ne peut pas dire que les requérants aient vécu dans l'incertitude quant au sort de leurs proches faits prisonniers par l'armée soviétique en 1939. Il s'ensuit nécessairement que ce qui pouvait passer au départ pour une affaire de « disparition » doit être considéré comme une affaire de « décès confirmé ». Les requérants approuvent cette manière d'apprécier les faits de la cause (voir, en particulier, le paragraphe 116 ci-dessus ainsi que le paragraphe 119 de l'arrêt de la chambre). Les conclusions rendues par les juridictions russes dans le cadre de diverses procédures internes où elles se sont abstenues de reconnaître explicitement que les proches des requérants avaient été tués dans les camps soviétiques ne changent rien à cette analyse.

186. La Cour ne doute pas du profond sentiment de chagrin et de désarroi que l'exécution extrajudiciaire de leurs proches a dû causer aux requérants. Elle rappelle toutefois qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas de ses propres précédents sans motif impérieux (*Sabri Güneş c. Turquie* [GC], n° 27396/06, § 50, 29 juin 2012). Ainsi qu'elle l'a déjà dit, sa jurisprudence reconnaît que la souffrance des proches d'une « personne disparue » qui ont dû longtemps vivre entre l'espoir et le désespoir peut justifier un constat de violation distincte de l'article 3 à raison de l'attitude particulièrement insensible des autorités nationales face à leurs demandes de renseignements. Pour ce qui est de la présente affaire, la Cour n'a compétence qu'en ce qui concerne la période qui a commencé le 5 mai 1998, date d'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Russie. Elle a conclu ci-dessus qu'il fallait considérer qu'après cette date il ne subsistait plus aucune incertitude quant au sort des prisonniers de guerre polonais. Bien que tous les corps n'aient pas été retrouvés, le décès des intéressés a été publiquement reconnu par les autorités soviétiques puis par les autorités russes et est devenu un fait historique établi. Si l'ampleur des crimes commis par les autorités soviétiques en 1940 est propre à susciter beaucoup d'émotion, il reste que, d'un point de vue purement juridique, la Cour ne peut y voir un motif impérieux de s'écarter de sa jurisprudence relative à la reconnaissance de la qualité de victime d'une violation de l'article 3 aux proches des « personnes disparues » et de conférer cette qualité aux requérants, pour lesquels le décès de leurs proches était une certitude.

187. En outre, la Cour ne relève l'existence d'aucune autre des circonstances spéciales qui l'avaient conduite à constater une violation distincte de l'article 3 dans les affaires de « décès confirmés » (voir la jurisprudence citée au paragraphe 181 ci-dessus).

188. Dans ces conditions, la Cour estime que la souffrance des requérants ne peut passer pour avoir atteint une dimension et un caractère distincts du désarroi qui peut être considéré comme inévitable pour les proches de victimes de graves violations des droits de l'homme.

189. Dès lors, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 3 de la Convention.

IV. SUR L'OBSERVATION DE L'ARTICLE 38 DE LA CONVENTION PAR L'ÉTAT DÉFENDEUR

190. À plusieurs reprises, la Cour a demandé au gouvernement défendeur de produire une copie de la décision du 21 septembre 2004 classant sans suite l'enquête sur le massacre de Katyn (paragraphe 45 ci-dessus). Face au

refus du Gouvernement de communiquer la pièce sollicitée, elle a invité les parties à présenter des observations sur la question du respect par lui de l'obligation que l'article 38 de la Convention lui faisait de fournir à la Cour toutes facilités nécessaires à la conduite de son enquête. L'article 38 est ainsi libellé :

« La Cour examine l'affaire de façon contradictoire avec les représentants des parties et, s'il y a lieu, procède à une enquête pour la conduite efficace de laquelle les Hautes Parties contractantes intéressées fourniront toutes facilités nécessaires. »

A. Arrêt de la chambre

191. La chambre a rappelé que « seule la Cour peut décider (...) quels éléments de preuve les parties doivent produire pour lui permettre d'examiner correctement le dossier » et que « [l]es parties sont tenues de se conformer à ses demandes et instructions en matière de preuve ». Elle a constaté en outre que le Gouvernement n'avait apporté aucune explication plausible quant à la nature des impératifs de sécurité censés avoir présidé à la décision de classer le document demandé. Elle a fait observer que ce document « se rapportait (...) à un événement historique, dont la plupart des protagonistes étaient déjà morts, et [qu']il ne pouvait dès lors avoir une incidence sur des opérations ou activités de surveillance actuellement conduites par la police ». D'une manière plus générale, elle a fait remarquer qu'une enquête publique transparente sur les crimes perpétrés par l'ancien régime totalitaire ne pouvait guère compromettre les impératifs de sécurité nationale de la Fédération de Russie démocratique d'aujourd'hui, d'autant que la responsabilité des autorités soviétiques concernant ce crime avait déjà été reconnue au plus haut niveau politique.

B. Thèses des parties

1. Le gouvernement russe

192. Le Gouvernement soutient tout d'abord que la classification dans la catégorie des documents « ultrasecrets » de trente-six volumes du dossier d'enquête et de la décision du 21 septembre 2004 était régulière, arguant que ces documents renfermaient des informations relevant du renseignement, du contre-renseignement et des activités opérationnelles et de recherche et que la classification avait été « vérifiée et confirmée » par le Service fédéral de sécurité (FSB) et par la Commission interservices de protection des secrets d'État, ainsi que par des décisions ultérieures du tribunal de Moscou et de la Cour suprême, saisis par l'organisation Memorial. Il expose que la loi russe n'interdisait nullement de manière absolue la communication

d'informations sensibles à des organisations internationales et que si la décision du 21 septembre 2004 n'avait pas été communiquée à la Cour, c'était pour la seule raison que « les organes nationaux compétents n'étaient pas parvenus à la conclusion » qu'il serait possible de le faire.

193. Le Gouvernement plaide que l'article 38 de la Convention ne peut être interprété de manière à imposer aux États contractants de révéler des informations susceptibles de compromettre leur sécurité. Il invite la Cour à analyser les lois d'autres États membres, « qui pourraient très vraisemblablement prévoir des règles similaires ». Il invoque les dispositions de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale ainsi que l'accord relatif à l'assistance judiciaire et aux relations juridiques en matière civile et pénale conclu entre la Fédération de Russie et la République de Pologne, qui permettraient à l'État contractant de refuser de donner suite à une demande dans les cas où y répondre risquerait de porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels du pays (*Liou c. Russie (n° 2)*, n° 29157/09, § 85, 26 juillet 2011, et *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 138, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V). Il ajoute que l'article 33 du règlement de la Cour ne prévoit aucune sanction en cas de communication non autorisée d'informations confidentielles confiées à la Cour.

194. Le Gouvernement estime qu'il a fourni sur la teneur de la décision du 21 septembre 2004 des informations qui devraient être considérées comme suffisantes pour satisfaire à l'obligation que l'article 38 met à sa charge. Il aurait indiqué l'autorité auteur de la classification, les considérations de sécurité en jeu, les motifs du classement sans suite et la qualification juridique retenue pour les infractions alléguées. La décision en question ne mentionnerait pas les requérants ni ne renfermerait la moindre information sur le sort de leurs proches ou sur le lieu où ces derniers auraient été enterrés.

195. Enfin, le Gouvernement critique ce qu'il appelle la « logique inhabituelle » de l'arrêt de la chambre. Il estime que la question de l'article 38 aurait dû être examinée à la fin de l'arrêt, comme dans les affaires antérieures. Il ajoute que l'obligation imposée par l'article 38 revêt un « caractère purement procédural » et qu'un manquement allégué à celle-ci « ne pourrait causer le moindre préjudice aux requérants » ni « l'emporter sur la gravité des violations alléguées des articles 2 et 3 ». Selon lui, l'obligation prévue à l'article 38 ne doit pas être respectée en toutes circonstances : elle serait subsidiaire par nature et tributaire de l'existence de griefs recevables sur le terrain d'autres dispositions de la Convention. Or, en l'espèce, il serait inutile d'examiner la question du respect de l'article 38 puisque la Cour devrait se déclarer incompétente pour connaître au fond du grief tiré de l'article 2 de la Convention.

2. *Les requérants*

196. Les requérants soutiennent que, en vertu d'un principe de droit international coutumier établi de longue date, aucune règle de droit interne, fût-elle de valeur constitutionnelle, ne peut être invoquée comme justification d'un non-respect du droit international (ils citent la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de justice – la CIJ). Ce principe aurait été codifié à l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités en tant que prolongement du principe plus général *pacta sunt servanda* et il aurait été fréquemment appliqué par les tribunaux et organes quasi judiciaires internationaux, notamment le Comité des droits de l'homme, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (le TPIY), la CIADH, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, et diverses juridictions arbitrales. Dans les cas où un État partie se montrerait réticent, pour des raisons de confidentialité, à communiquer les pièces demandées, les juridictions internationales tiendraient des audiences à huis clos (Godínez Cruz c. Honduras, CIADH, arrêt du 20 janvier 1989, et Ballo c. UNESCO, Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail, jugement n° 191, 15 mai 1972). Certes, dans l'affaire du Détroit de Corfou (CIJ, arrêt du 9 avril 1949), la CIJ n'aurait tiré aucune conséquence négative du refus par le Royaume-Uni de communiquer des pièces qui, selon lui, relevaient du secret naval. Dans l'affaire Le procureur c. Tihomir Blaškić (TPIY, arrêt du 29 octobre 1997), en revanche, le TPIY aurait jugé inopérante l'invocation par le gouvernement croate de l'arrêt Détroit de Corfou comme justification de son refus de produire certains documents et éléments à caractère militaire après avoir estimé, en particulier, qu'accorder aux États un droit général de refuser, pour des raisons de sécurité, de communiquer des documents nécessaires au procès pourrait mettre en échec la fonction même du TPIY. Le TPIY aurait ajouté qu'il était possible par des aménagements procéduraux, par exemple en tenant des audiences à huis clos et en adoptant des procédures spéciales de communication et d'enregistrement des documents sensibles, de tenir compte d'impératifs de sécurité valablement avancés par l'État. Dans l'affaire Le procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez (TPIY, décision du 9 septembre 1999), examinée ultérieurement, le TPIY aurait jugé en outre que l'évaluation de la pertinence des pièces sollicitées aux fins de la procédure relevait de son appréciation souveraine et ne pouvait être contestée par l'État. La *ratio decidendi* de ces affaires serait applicable, *mutatis mutandis*, en l'espèce.

197. Les requérants répètent que le gouvernement russe n'a pas étayé ses allégations de risques pour la sécurité de l'État ni expliqué pourquoi il

fallait classer un document relatif à des atrocités commises par l'ancien régime totalitaire. La décision de classification serait également contraire à la loi russe sur le secret d'État, dont l'article 7 interdirait la classification des informations relatives aux violations des droits de l'homme. Or le massacre de Katyn s'analyserait en une violation massive du droit à la vie commise sur les ordres des plus hautes instances de l'URSS.

198. Les requérants approuvent les conclusions de l'arrêt de la chambre pour autant qu'elles constatent une violation de l'article 38 de la Convention. Ils estiment que la Cour a tout pouvoir pour dire quelle pièce lui est nécessaire pour l'examen de l'affaire et qu'un refus de coopérer avec elle peut conduire à un constat de violation de l'article 38 même si aucune violation d'un droit matériel garanti par la Convention n'a été établie.

3. Le gouvernement polonais

199. Le gouvernement polonais souscrit à l'analyse de la chambre concernant le constat d'une violation de l'article 38 de la Convention. Il indique d'emblée que, même devant la Cour, le gouvernement russe a présenté des informations contradictoires quant à l'auteur et à la date de la décision de classification des pièces. Dans ses observations du 19 mars 2010, le gouvernement russe aurait dit que la décision avait été prise par la Commission interservices, tandis que dans ses observations écrites du 30 novembre 2012 il aurait indiqué que c'était le parquet militaire principal, en consultation avec le FSB, qui avait adopté cette décision.

200. Le gouvernement polonais considère que la décision de classification des pièces de l'enquête était contraire au droit matériel russe. Selon lui, le code russe de procédure pénale définissait clairement ce que devait contenir une décision de classement sans suite et excluait toute mention d'informations classées secret d'État. À supposer que la décision comportât des informations sur les personnes visées par la procédure, il n'y aurait pas eu là matière à en classer ultrasecret l'intégralité. Toute information concernant des hauts dignitaires soviétiques aurait porté sur la période antérieure à 1970 et, à la date d'adoption de la décision, la période maximale de classification, fixée à trente ans par l'article 13 de la loi sur le secret d'État, aurait donc déjà expiré. Par ailleurs, pour autant que le gouvernement russe aurait reconnu que les actions des responsables soviétiques avaient été juridiquement qualifiées d'abus de pouvoir, cette information aurait, en vertu de l'article 7 de la loi sur le secret d'État, été expressément insusceptible de classification. En outre, le gouvernement russe n'aurait pas produit de décision motivée concernant la classification.

201. Enfin, l'enquête sur Katyn n'aurait pas visé les fonctions ou opérations actuelles des services spéciaux de la police. Quand bien même

une partie des pièces auraient été classifiées par le régime précédent, il n'existerait plus aujourd'hui aucun motif d'intérêt public véritable justifiant le maintien de cette mesure.

C. Appréciation de la Cour

1. Principes généraux

202. La Cour rappelle qu'il est de la plus haute importance, pour un fonctionnement efficace du système de recours individuel instauré par l'article 34 de la Convention, que les États contractants coopèrent autant que possible pour permettre un examen sérieux et effectif des requêtes. Ils ont ainsi obligation de fournir toutes facilités nécessaires à la Cour, que celle-ci cherche à établir les faits ou à accomplir ses fonctions d'ordre général afférentes à l'examen des requêtes. Le défaut de communication par un gouvernement, sans justification satisfaisante, d'informations en sa possession peut non seulement amener la Cour à tirer des conclusions quant au bien-fondé des allégations du requérant, mais aussi avoir des conséquences négatives sur l'appréciation de la mesure dans laquelle l'État défendeur peut passer pour s'être acquitté de ses obligations découlant de l'article 38 de la Convention (*Tahsin Acar c. Turquie* [GC], n° 26307/95, §§ 253-254, CEDH 2004-III, *Timurtaş c. Turquie*, n° 23531/94, §§ 66 et 70, CEDH 2000-VI, et *Tanrikulu c. Turquie* [GC], n° 23763/94, § 70, CEDH 1999-IV).

203. L'obligation de fournir les éléments de preuve sollicités par la Cour s'impose à l'État défendeur dès formulation de la demande, qu'elle intervienne lors de la communication initiale de la requête au Gouvernement ou à un stade ultérieur de la procédure (*Enoukidze et Guirgvliani c. Géorgie*, n° 25091/07, § 295, 26 avril 2011, et *Bekirski c. Bulgarie*, n° 71420/01, §§ 111-113, 2 septembre 2010). C'est une exigence fondamentale que les documents sollicités soient produits dans leur intégralité si la Cour a précisé que tel devait être le cas, et l'absence d'un élément, quel qu'il soit, doit être dûment justifiée (*Damir Sibgatullin c. Russie*, n° 1413/05, §§ 65-68, 24 avril 2012, *Enoukidze et Guirgvliani*, précité, §§ 299-300, et *Davydov et autres c. Ukraine*, n°s 17674/02 et 39081/02, §§ 167 et suiv., 1^{er} juillet 2010). De plus, tout document demandé doit être produit dans les meilleurs délais, et en tout état de cause dans le respect de l'échéance fixée par la Cour, un retard substantiel et inexplicé pouvant conduire celle-ci à juger non convaincantes les explications de l'État défendeur (*Damir Sibgatullin*, § 68, *Tahsin Acar*, § 254, et *Enoukidze et Guirgvliani*, §§ 297 et 301, tous précités).

204. La Cour a conclu au non-respect des exigences de l'article 38 dans des affaires antérieures où le gouvernement défendeur n'avait fourni aucune explication à son refus de produire les documents sollicités (voir, par exemple, *Bekirski*, précité, § 115, *Tigran Ayrapetyan c. Russie*, n° 75472/01, § 64, 16 septembre 2010, et *Maslova et Nalbandov c. Russie*, n° 839/02, §§ 128-129, 24 janvier 2008) ou avait communiqué une copie incomplète ou altérée tout en refusant de produire l'original aux fins d'inspection par la Cour (*Troubnikov c. Russie*, n° 49790/99, §§ 50-57, 5 juillet 2005).

205. Dans des affaires où le gouvernement défendeur avait invoqué la confidentialité ou des considérations de sécurité pour justifier son refus de produire les pièces sollicitées, la Cour a dû vérifier s'il existait des raisons légitimes et solides de traiter les documents en question comme étant secrets ou confidentiels. Ainsi, dans de nombreuses affaires qui avaient principalement pour objet des disparitions en République tchétchène, le gouvernement russe avait invoqué une disposition du code de procédure pénale qu'il disait mettre obstacle à la publication des pièces du dossier d'une enquête en cours. La Cour a toutefois relevé que cette disposition ne renfermait pas une interdiction absolue, mais fixait plutôt la procédure régissant la publication de ces pièces et les limites à respecter en la matière. Elle a également noté que, dans beaucoup d'autres affaires analogues, le gouvernement russe avait communiqué les documents sollicités sans mentionner cette disposition ou avait accepté de produire les pièces d'un dossier d'enquête alors même qu'il l'avait initialement invoquée (voir, par exemple, *Sasita Israilova et autres c. Russie*, n° 35079/04, § 145, 28 octobre 2010, et *Mousikhanova et autres c. Russie*, n° 27243/03, § 107, 4 décembre 2008).

206. Pour ce qui est des documents classés secret, la Cour n'a pas jugé convaincants, dans d'autres affaires, les arguments du gouvernement défendeur consistant à dire que les règles régissant la procédure de contrôle de la correspondance des détenus relevaient du secret d'État (*Davydov et autres*, précité, § 170) ou que le droit interne ne prévoyait aucune procédure de communication à une organisation internationale des informations classées secret d'État (*Nolan et K. c. Russie*, n° 2512/04, § 56, 12 février 2009). Elle a souligné que, s'il existait des impératifs légitimes de sécurité nationale, le Gouvernement aurait pu supprimer les passages sensibles ou produire un résumé des éléments de fait pertinents (*ibidem*). Enfin, dans le cadre de son examen de la nature des informations classifiées, elle a considéré qu'il fallait tenir compte du point de savoir si les documents concernés étaient ou non connus de personnes étrangères aux services du renseignement et aux plus hautes sphères de l'État. Elle a mis en doute le caractère hautement sensible prêté aux informations en cause dès lors qu'il était apparu clairement que des

profanes tels que l'avocat d'une partie à un procès civil pouvaient prendre connaissance du document qui les renfermait (*ibidem*).

2. Application en l'espèce des principes susmentionnés

207. Lorsqu'elle a communiqué au gouvernement défendeur les deux requêtes à l'origine de la présente affaire, la Cour a posé un certain nombre de questions aux parties et a prié le Gouvernement de lui communiquer copie de la décision du 21 septembre 2004 classant sans suite le dossier pénal n° 159. Invoquant le fait qu'elle avait été classée « ultrasecret » au plan interne, le Gouvernement a refusé de la produire. Le 5 juillet 2011, la Cour a rendu une décision de recevabilité partielle, invité les parties à produire toute pièce supplémentaire qu'elles souhaiteraient porter à son attention et posé aussi une question sur le respect par le Gouvernement des obligations lui incombant en vertu de l'article 38 de la Convention. Le Gouvernement n'a pas produit de copie de la décision sollicitée. Le 30 novembre 2012 et le 17 janvier 2013, dans le cadre de la procédure devant la Grande Chambre, il a remis un certain nombre de documents supplémentaires, parmi lesquels ne figuraient cependant pas la copie demandée de la décision du 21 septembre 2004.

208. La Cour rappelle que l'article 38 de la Convention impose aux États contractants de lui fournir toutes facilités nécessaires, qu'elle cherche à établir les faits ou à accomplir ses fonctions d'ordre général afférentes à l'examen des requêtes. Maîtresse de sa procédure et de son règlement, elle apprécie en toute liberté non seulement la recevabilité et la pertinence de chaque élément du dossier mais aussi sa valeur probante. Elle seule peut décider si et dans quelle mesure la participation de tel ou tel témoin serait utile à l'établissement des faits et quels moyens de preuve les parties doivent produire pour la mettre en mesure d'instruire correctement le dossier. Les parties sont tenues de se conformer à ses demandes et instructions en matière de preuve, ou de lui faire part dans les meilleurs délais de tout obstacle les empêchant ou de donner une explication raisonnable ou convaincante en cas de non-obtempération (*Davydov et autres*, précité, § 174, *Nevmerjitski c. Ukraine*, n° 54825/00, § 77, 5 avril 2005, et *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 210, série A n° 25). Il suffit donc que la Cour juge nécessaires à l'établissement des faits de la cause les éléments contenus dans la décision demandée (*Dedovski et autres c. Russie*, n° 7178/03, § 107, 15 mai 2008, et *Akhmadova et Sadoulaïeva c. Russie*, n° 40464/02, § 137, 10 mai 2007).

209. Quant à l'argument du gouvernement russe selon lequel l'obligation résultant pour lui de l'article 38 de la Convention de fournir toutes facilités nécessaires à l'instruction de la cause revêtirait un caractère subsidiaire, la

Cour rappelle que cette obligation va de pair avec l'engagement, pris en vertu de l'article 34 de la Convention, de ne pas entraver l'exercice effectif du droit de recours individuel. En effet, l'exercice effectif de ce droit peut être contrarié si une Partie contractante n'aide pas la Cour quand celle-ci examine l'ensemble des circonstances de l'espèce, surtout par exemple lorsque ne sont pas produits des éléments de preuve qu'elle estime essentiels à sa mission. Les articles 34 et 38 concourent à garantir la conduite effective de la procédure judiciaire; ils portent tous deux sur des questions de procédure plutôt que sur le fond des griefs formulés par les requérants sur le terrain des dispositions matérielles de la Convention ou de ses Protocoles. Bien que le plan de ses arrêts suive traditionnellement l'ordre de numérotation des articles de la Convention c'est souvent d'emblée que la Cour aborde la question du respect par le gouvernement défendeur de l'obligation procédurale découlant de l'article 38, en particulier s'il faut tirer des conséquences négatives du défaut de production par ledit gouvernement des éléments sollicités (voir, parmi d'autres, *Chakhgiryeva et autres c. Russie*, n° 27251/03, §§ 134-140, 8 janvier 2009, *Outsaïeva et autres c. Russie*, n° 29133/03, §§ 149-153, 29 mai 2008, *Zoubairiaïev c. Russie*, n° 67797/01, §§ 74-77, 10 janvier 2008, et *Tanguiyeva*, précité, §§ 73-77). La Cour rappelle en outre à cet égard qu'elle peut constater un manquement par l'État défendeur à ses obligations procédurales même en l'absence de tout grief recevable tiré d'une violation d'un droit matériel protégé par la Convention (*Polechtchouk c. Russie*, n° 60776/00, 7 octobre 2004). Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que le manque de coopération reproché au gouvernement ait effectivement restreint ou affecté de manière sensible l'exercice du droit de recours individuel (*McShane c. Royaume-Uni*, n° 43290/98, § 151, 28 mai 2002). La Cour réaffirme que les obligations procédurales incombant aux Parties contractantes en vertu des articles 34 et 38 de la Convention doivent être respectées indépendamment de l'issue que peut connaître la procédure et d'une manière qui évite tout effet dissuasif réel ou potentiel sur les requérants ou sur leurs représentants.

210. Concernant l'explication fournie par le Gouvernement pour justifier la non-production d'une copie de la décision sollicitée, la Cour observe qu'elle repose sur le fait que la décision avait été classifiée dans le respect des prescriptions légales au plan interne et que les lois et règlements en vigueur faisaient obstacle à la communication de documents classifiés à des organisations internationales en l'absence de garanties quant au respect de leur confidentialité.

211. La Cour rappelle avoir déjà jugé dans une autre affaire concernant la Russie que la seule invocation de la déficience structurelle du droit interne qui rendait impossible la communication aux organisations internationales

de documents sensibles ne constituait pas une explication suffisante pour justifier la rétention des informations sollicitées par elle (*Nolan et K.*, précité, § 56). De plus, elle a déjà écarté des objections similaires formulées par le Gouvernement à propos de l'absence dans son règlement de dispositions garantissant la confidentialité des documents ou prévoyant de sanctionner les ressortissants étrangers qui ne la respecteraient pas (*Chakhguriyeva et autres*, précité, §§ 136-140). La Cour rappelle à cet égard que la Convention est un traité international qui, conformément au principe *pacta sunt servanda* codifié à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, lie les Parties contractantes et doit être exécuté par elles de bonne foi. En vertu de l'article 27 de la Convention de Vienne, nulle disposition de droit interne ne peut être invoquée pour justifier la non-exécution d'un traité par une Partie contractante. S'agissant de l'obligation que renferme l'article 38 de la Convention, cette règle signifie que le gouvernement défendeur ne peut pas invoquer le moindre obstacle de droit interne, par exemple l'absence d'une décision *ad hoc* d'un autre service de l'État, pour justifier un refus de fournir toutes facilités nécessaires à l'examen de l'affaire par la Cour. La position constante de la Cour est que les États contractants répondent au regard de la Convention des actes de leurs organes car, dans toutes les affaires dont elle est saisie, c'est la responsabilité internationale de l'État qui se trouve en jeu (*Loukanov c. Bulgarie*, 20 mars 1997, § 40, *Recueil* 1997-II).

212. Le Gouvernement a certes produit devant la Grande Chambre copie des jugements rendus par les tribunaux internes dans le cadre de la procédure de déclassification, mais ces documents n'éclairent en rien la nature exacte des impératifs de sécurité sur lesquels était censée reposer la classification d'une partie des pièces du dossier pénal, et notamment de la décision du 21 septembre 2004 sollicitée par la Cour. Il apparaît à l'évidence que la décision de classification a été prise non pas d'office par le parquet militaire principal mais plutôt sur l'avis de certains fonctionnaires du FSB, lequel était « habilité à disposer comme il l'entend[ait] des informations reprises dans [la] décision [du parquet militaire principal] ». Ces juridictions internes ont quant à elles admis, sans donner plus de précisions, que la décision du 21 septembre 2004 renfermait des informations « ayant trait au renseignement, au contre-renseignement et à des activités opérationnelles et de recherche » (paragraphe 64 ci-dessus).

213. La Cour rappelle qu'elle n'a pas réellement les moyens de contester, dans un cas donné, l'avis des autorités nationales selon lequel des considérations de sécurité nationale sont en jeu. Toutefois, même lorsque de telles considérations entrent en ligne de compte, les principes de légalité et d'état de droit applicables dans une société démocratique exigent que toute mesure touchant les droits fondamentaux de la personne puisse être soumise

à une forme de procédure contradictoire devant un organe indépendant compétent pour examiner les motifs de la décision en question et les preuves pertinentes. En effet, s'il était impossible de contester effectivement un impératif de sécurité nationale invoqué par l'exécutif, les autorités de l'État pourraient porter arbitrairement atteinte aux droits protégés par la Convention (*Liou*, précité, §§ 85-87, et *Al-Nashif c. Bulgarie*, n° 50963/99, §§ 123-124, 20 juin 2002).

214. En l'espèce, la décision rendue par le tribunal de Moscou le 2 novembre 2010, qui fut confirmée par la Cour suprême, ne renferme aucune analyse au fond des motifs censés justifier le maintien de la classification des pièces du dossier. Elle ne permet même pas de déterminer si cette juridiction avait reçu copie de l'avis produit par le FSB. Les juridictions nationales n'ont pas examiné sérieusement la thèse de l'exécutif selon laquelle les informations contenues dans la décision de classement sans suite du dossier devaient rester secrètes plus de soixante-dix ans après les faits. Elles se sont bornées à vérifier que la décision de classification avait bien été prise dans le cadre de la compétence administrative des autorités concernées, sans rechercher de manière indépendante si la conclusion suivant laquelle une déclassification eût constitué un risque pour la sécurité nationale était raisonnablement fondée en fait. Elles n'ont pas répondu sur le fond à l'organisation Memorial, qui plaidait que la décision de classement sans suite était insusceptible de classification en vertu de l'article 7 de la loi sur le secret d'État dès lors qu'elle mettait fin à une enquête sur le massacre de prisonniers non armés, fait constitutif selon Memorial d'une violation gravissime des droits de l'homme commise sur les ordres des plus hauts responsables soviétiques. Enfin, elles n'ont pas mis en balance, d'une part, la nécessité alléguée de protéger les informations en la possession du FSB, et, d'autre part, l'intérêt du public de voir conduire une enquête transparente sur les crimes de l'ancien régime totalitaire et l'intérêt privé des familles des victimes à voir élucider les circonstances du décès de leurs proches. Compte tenu de la portée limitée du contrôle juridictionnel auquel la décision de classification a été soumise au niveau interne, la Cour ne peut admettre que la production d'une copie de la décision du 21 septembre 2004 demandée par elle eût pu nuire à la sécurité nationale de la Russie.

215. La Cour souligne pour finir que dans le cadre de sa procédure elle peut répondre à des impératifs légitimes de sécurité nationale par des aménagements adéquats, par exemple en restreignant l'accès à des documents en vertu de l'article 33 de son règlement ou, en dernier ressort, en tenant une audience à huis clos. Alors qu'il était parfaitement informé de ces possibilités et que c'est à la partie désireuse d'obtenir des garanties de confidentialité de

formuler et de justifier une requête en ce sens, le gouvernement russe n'a pas demandé l'application de telles mesures.

216. Aussi la Cour conclut-elle que, en refusant de produire copie du document sollicité par elle, le Gouvernement a manqué en l'espèce aux obligations résultant pour lui de l'article 38 de la Convention.

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

217. 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

218. M. Jerzy Karol Malewicz, M. Janowiec et M. Trybowski demandent réparation pour la perte de leur père, pour les deux premiers, et de leur grand-père, pour le troisième. Tous les requérants réclament également, à titre de satisfaction équitable pour le dommage moral qu'ils disent leur avoir été causé par les violations alléguées des articles 2 et 3 de la Convention, une somme dont ils laissent à la Cour le soin de fixer le montant.

219. Le Gouvernement conteste ces demandes.

220. La Cour n'a conclu à la violation ni de l'article 2 ni de l'article 3 de la Convention invoqués par les requérants. Quant au non-respect par le gouvernement russe de l'article 38 de la Convention, elle estime qu'il s'agit là d'une question de procédure qui ne justifie pas l'octroi d'une somme à titre de satisfaction équitable. Elle rejette en conséquence les demandes formulées par les requérants pour dommage matériel et pour dommage moral.

B. Frais et dépens

221. Les requérants réclament les montants suivants :

- i) 25 024,82 euros (EUR) pour les honoraires de M^e Szewczyk (en sus du montant versé par la Cour au titre de l'assistance judiciaire) ;
- ii) 7 000 EUR pour les honoraires de M^{es} Karpinskiy et Stavitskaya concernant les procédures devant les juridictions russes ;
- iii) 7 581 EUR et 1 199,25 zlotys polonais pour les frais de déplacement et de traduction engendrés par la procédure devant la chambre ;
- iv) 4 129 EUR pour les frais de déplacement et de logement liés à la préparation et à la participation des avocats et des requérants à l'audience du prononcé de l'arrêt de chambre et à l'audience devant la Grande Chambre ;

v) 124 EUR pour les frais de traduction et d'affranchissement afférents à la procédure devant la Grande Chambre.

222. De plus, M. Jerzy Karol Malewicz réclame 2 219,36 dollars américains pour les frais de déplacement et de logement engagés par lui et sa fille pour venir assister à l'audience devant la chambre.

223. Le Gouvernement estime que les honoraires de M^e Szewczyk paraissent excessifs, que la nécessité des frais de déplacement n'a pas été démontrée de manière convaincante et que les deux conseils russes n'ont été associés qu'aux procédures en « réhabilitation » conduites en Russie, lesquelles sortiraient du champ de la présente affaire. De plus, les sommes demandées par les conseils russes ne seraient fondées sur aucun barème et seraient sans rapport avec la quantité de travail réellement fournie. Quant aux dépenses consenties par les requérants pour pouvoir assister à l'audience du prononcé de l'arrêt de la chambre et à l'audience devant la Grande Chambre, leur nécessité n'aurait pas été établie, les intéressés ayant été représentés par une équipe de trois avocats. Enfin, M^{es} Sochański et Kamiński ayant de leur propre aveu travaillé à titre gracieux, ils ne seraient pas fondés à réclamer la moindre somme au titre de la préparation de l'affaire.

224. La Cour rappelle qu'elle n'a constaté aucune des violations alléguées par les requérants. Elle reconnaît néanmoins que le non-respect par le gouvernement russe de l'article 38 de la Convention a demandé un surcroît de travail aux représentants des requérants, qui ont dû aborder la question dans leurs observations écrites et orales. Elle estime toutefois suffisant au vu des circonstances le montant des sommes versées aux représentants des requérants au titre de l'assistance judiciaire. Partant, la Cour rejette la demande pour frais et dépens.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, à l'unanimité, que MM. Piotr Malewicz et Kazimierz Raczyński ont qualité pour poursuivre la requête à la place de feu Krzysztof Jan Malewicz et de feu Halina Michalska respectivement ;

2. *Dit*, par treize voix contre quatre, que la Cour n'a pas compétence pour connaître du grief tiré de l'article 2 de la Convention ;

3. *Dit*, par douze voix contre cinq, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 3 de la Convention ;

4. *Dit*, à l'unanimité, que l'État défendeur a manqué à ses obligations découlant de l'article 38 de la Convention ;

5. *Rejette*, par douze voix contre cinq, la demande de satisfaction équitable présentée par les requérants.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 21 octobre 2013.

Erik Fribergh
Greffier

Josep Casadevall
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion concordante de la juge Gyulumyan ;
- opinion concordante du juge Dedov ;
- opinion en partie concordante et en partie dissidente du juge Wojtyczek ;
- opinion en partie dissidente des juges Ziemele, De Gaetano, Laffranque et Keller.

J.C.
E.F.

OPINION CONCORDANTE DE LA JUGE GYULUMYAN

(Traduction)

Bien que je partage l'opinion de la majorité sur tous les points en l'espèce, j'ai néanmoins certaines réserves de nature plus générale quant à l'approche de la Cour concernant les critères de la « clause humanitaire » et du « lien véritable ». Pour étayer sa position, la Cour invoque l'élément temporel, prenant en compte le laps de temps écoulé entre le décès des proches des requérants et l'entrée en vigueur de la Convention. Je ne trouve pas ce raisonnement convaincant. L'obligation pour l'État de conduire une enquête complète entre en jeu dès lors qu'il est question de violations flagrantes de droits de l'homme (génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre). Le seul fait que les crimes en question soient antérieurs à la naissance de la Convention n'est pas déterminant. Si l'enquête est conduite antérieurement à la ratification de la Convention par l'État défendeur, ce sont les griefs tirés de la qualité de l'enquête qui pourraient échapper à la compétence *ratione temporis* de la Cour.

Je crois fermement que les violations des droits de l'homme de cette nature ne peuvent être prévenues et redressées à l'avenir que si l'État défendeur est disposé et consent à confronter son passé et à ne pas enterrer son histoire. À cet égard, j'attache une importance particulière au fait qu'une enquête avait été menée et qu'un nombre important de mesures avaient été prises par les Soviétiques puis par les autorités russes en vue d'attribuer les responsabilités pour le massacre de Katyn et de rendre hommage aux victimes (paragraphe 38, 41 et 73 de l'arrêt).

Si les mesures susmentionnées n'avaient pas été adoptées et si aucune enquête n'avait été conduite, c'est-à-dire s'il y avait eu un déni absolu du crime, je me serais plutôt ralliée à l'opinion dissidente des juges Ziemele, De Gaetano, Laffranque et Keller.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE DEDOV

(Traduction)

La responsabilité à raison d'un fait doit être déterminée conformément au droit en vigueur. À ce titre, le droit (la Convention dans notre cas) ne doit pas être appliqué rétroactivement. Ce principe, approuvé par le présent arrêt, s'applique à tous les États membres. C'est pourquoi la particularité des crimes contre l'humanité ne saurait faire échec à ce principe procédural car celui-ci se rapporte à des questions différentes. Reconnaître l'incompétence *ratione temporis* de la Cour ne revient pas à reconnaître la légalité d'une situation emportant violation d'une règle de *jus cogens* telle que la prohibition des crimes de guerre.

À l'appui des conclusions de l'arrêt, je soulignerais que la protection accordée par les règles de *jus cogens* se fonde sur la responsabilité des individus plutôt que sur celle de l'État (à commencer par les procès de Nuremberg, qui visaient à juger des responsables politiques, militaires et économiques de l'Allemagne nazie). Même s'agissant de conflits internationaux, il est important de suivre cette approche et de ne pas automatiquement blâmer l'État. En particulier, la Fédération de Russie n'existait pas en 1940 et l'Union soviétique était un État totalitaire sous la férule duquel, pendant le régime stalinien, un grand nombre de familles a souffert et des millions de personnes ont été victimes de meurtres en l'absence d'un procès équitable. L'instruction du Politburo autorisait l'exécution de prisonniers de guerre polonais et de milliers de citoyens soviétiques conjointement. D'ailleurs, la bonne approche consisterait à punir les membres de ce Politburo et non l'État lui-même car toutes les victimes dans ce pays ne sauraient en même temps être tenues pour responsables de ce crime contre l'humanité.

Par ailleurs, les citoyens de ce pays n'ont pas approuvé tacitement ce crime contre l'humanité ni habilité leurs représentants au parlement à quelque fin que ce soit, comme cela arrive aujourd'hui lorsqu'il s'agit de lancer une invasion militaire contre un autre pays. En pareil cas, l'État doit être tenu pour pleinement responsable de chaque vie perdue du fait de cette invasion. Tout cela montre que, concrètement, le système de la Convention et les règles de *jus cogens* dans le contexte mondial doivent être utiles au monde moderne plutôt qu'à l'histoire.

OPINION EN PARTIE CONCORDANTE ET EN PARTIE DISSIDENTE DU JUGE WOJTYCZEK

1. Je ne partage pas l'opinion selon laquelle l'État défendeur n'a pas violé l'article 3 de la Convention et je ne puis souscrire non plus à l'argumentation de la majorité concernant la question de l'applicabilité de l'article 2 de la Convention.

2. En premier lieu, il faut souligner ici un certain nombre de circonstances importantes pour l'appréciation de l'affaire. Non seulement les requérants ont perdu leurs proches et ont été ensuite confrontés à une propagande officielle attribuant le crime commis aux Allemands, mais aussi, pendant de longues années en Union soviétique et en Pologne, toute tentative privée de recherche de la vérité sur le massacre de Katyn était réprimée, tout comme la diffusion d'informations collectées à ce sujet. Il ne serait donc pas exact de dire que les faits allégués se sont produits il y a plus de soixante-dix ans : au contraire, différentes sortes de violations des droits fondamentaux des requérants ont marqué toute la période du régime communiste dans les deux pays. Il faut ajouter ici que, pour les victimes d'un crime ou pour leurs proches, le temps ne s'écoule pas toujours de la même façon selon les États. Du point de vue de la protection des droits de l'homme, des dizaines d'années dans un État totalitaire ne sont pas comparables avec une même période dans un État démocratique de droit. Par conséquent, l'argument de l'écoulement du temps, invoqué parfois pour justifier l'extinction d'obligations juridiques en matière de droits de l'homme (voir, par exemple, le paragraphe 157 de l'arrêt), doit toujours être examiné dans le contexte historique spécifique de chaque pays. Par ailleurs, les requérants ont décrit en détail différentes actions et omissions des autorités russes postérieures à la date de l'entrée en vigueur de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention ») à l'égard de la Fédération de Russie. Ils font état notamment de propos désobligeants à leur encontre tenus par certains représentants des autorités russes. L'arrêt de chambre (*Janowiec et autres c. Russie*, n^{os} 55508/07 et 29520/09, 16 avril 2012) a établi un certain nombre de faits importants traduisant l'attitude dédaigneuse et méprisante de ces autorités. Je constate que la Grande Chambre n'a pas jugé nécessaire de prendre position à ce sujet dans son arrêt.

3. La Convention est un traité international et non une constitution. Il est indéniable que, si les traités internationaux de protection des droits de l'homme présentent certaines spécificités importantes qui ont une incidence incontestable sur leur application et leur interprétation, ils restent néanmoins soumis aux règles d'interprétation des traités développées en droit

international coutumier et codifiées dans la Convention de Vienne sur les droit des traités (« la Convention de Vienne »). La Cour a d'ailleurs confirmé explicitement, dans un certain nombre d'affaires, l'applicabilité de ces règles d'interprétation, en se référant aux dispositions de la Convention de Vienne (voir, par exemple, les arrêts rendus dans les affaires *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, série A n° 18, *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, série A n° 112, et *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, CEDH 2008, ainsi que la décision *Bankovic et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, CEDH 2001-XII). Si ce dernier traité ne s'applique pas en tant que tel à la Convention, il reste un point de référence dans la mesure où il a codifié les règles de droit coutumier des traités.

Selon la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne, un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Par conséquent, la Convention doit être lue à la lumière de son objet et de son but, qui est la protection effective d'un certain nombre de droits de l'homme fondamentaux énoncés par elle.

La Convention est indéniablement un instrument vivant car son application exige la concrétisation jurisprudentielle constante de règles générales dans des situations inédites. Sur ce point, elle ne diffère sensiblement pas de la plupart des autres traités internationaux. L'interprétation de la Convention comme instrument vivant trouve des limites fixées par les règles d'interprétation des traités internationaux.

La légitimité d'une juridiction internationale dépend entre autres de la force persuasive de ses décisions. L'affaire examinée ici soulève des questions fondamentales d'interprétation et d'application de la Convention ainsi que d'autres règles de droit international conventionnel ou coutumier. La décision de la Cour fixant l'interprétation de la Convention dans la présente affaire exige la plus grande rigueur méthodologique. Une décision interprétative en droit international présuppose: 1) la détermination et la formulation précises des règles d'interprétation applicables, 2) l'exposé des dispositions à interpréter et de leur contexte (au sens du droit des traités), 3) la formulation de la conclusion qui énonce avec une précision suffisante la règle de droit découlant du texte international ainsi interprété, ainsi que 4) la motivation de la décision en question, eu égard aux règles d'interprétation appliquées en l'espèce. Je regrette que la majorité ait refusé de suivre une telle méthodologie. De plus, le raisonnement retenu me semble méconnaître les règles de droit international relatives à l'interprétation et au champ d'application des traités.

4. La question primordiale qui se pose dans la présente affaire est celle du champ d'application temporel de la Convention. Pour y répondre, il faut

tout d'abord distinguer clairement deux notions : le champ d'application temporel de la Convention (autrement dit la portée temporelle de la Convention) et la compétence de la Cour *ratione temporis*. Si le champ d'application temporel d'un traité relève du droit matériel, l'étendue de la compétence *ratione temporis* d'un organe international est régie par les règles de compétence. Il faut rappeler par ailleurs que le champ d'application temporel de la Convention varie selon les Hautes Parties contractantes. En effet, selon les règles du droit des traités, la Convention entre en vigueur à l'égard d'une Haute Partie contractante à la date de la ratification par celle-ci et crée des obligations à partir de cette date.

La compétence *ratione temporis* d'une juridiction internationale ne coïncide pas nécessairement avec le champ d'application temporel du traité qu'elle doit appliquer. Or les formulations de la motivation de l'arrêt en l'espèce ne semblent pas tenir compte de cette distinction doctrinale qui peut avoir une portée pratique importante.

Si la violation alléguée de la Convention n'entre pas dans le champ d'application temporel de la Convention, la question de la compétence de la Cour pour constater une telle violation est sans objet. En revanche, le fait que la violation alléguée de la Convention entre dans le champ d'application temporel de la Convention ne signifie pas automatiquement que la Cour a compétence pour en connaître. Une règle de droit définissant l'étendue de la compétence de la Cour peut en effet restreindre cette compétence à l'égard de certaines violations des obligations internationales découlant de la Convention. Pour illustrer ce point, on peut rappeler ici la situation des États qui avaient formulé une déclaration reconnaissant la compétence de la Commission européenne des droits de l'homme pour examiner les requêtes individuelles, sous le régime juridique applicable avant le 1^{er} novembre 1998, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention. Une telle déclaration pouvait reconnaître la compétence de la Commission pour les seules affaires postérieures ou fondées sur des faits postérieurs à ladite déclaration. Les violations de la Convention commises entre la date de l'entrée en vigueur à l'égard de l'État déclarant et la date de prise d'effet de cette déclaration entrent dans le champ d'application temporel de la Convention mais échappent en principe à la compétence de la Cour *ratione temporis* (article 6 du Protocole n° 11).

Dans l'examen de toute requête alléguant des violations des droits de l'homme, avant de répondre à la question de la compétence temporelle de la Cour, il faut donc d'abord vérifier si les faits allégués entrent dans le champ d'application temporel de la Convention. Pour cela, il est nécessaire

d'énoncer sans équivoque la règle conventionnelle applicable à la Haute Partie contractante et définir avec précision sa portée temporelle.

5. L'un des principes fondamentaux de droit international est celui de la non-rétroactivité des traités. Ce principe de droit international coutumier a été codifié à l'article 28 de la Convention de Vienne, libellé comme suit :

Article 28 – Non-rétroactivité des traités

« À moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date. »

Lorsqu'est déterminé le champ d'application temporel d'un traité international, il faut en premier lieu vérifier si les parties avaient l'intention de lui donner une portée rétroactive. Rien dans le texte de la Convention et de ses Protocoles additionnels ne donne à penser que les Hautes Parties contractantes avaient eu pour intention de donner un effet rétroactif à la Convention. Une telle intention des Hautes Parties contractantes ne me paraît pas non plus se dégager d'autres éléments utiles à l'interprétation du traité en question. Au contraire, il semble que les buts de la Convention étaient uniquement prospectifs : eu égard au passé douloureux de l'Europe, il s'agissait de prévenir les violations des droits de l'homme à l'avenir.

Les notions de rétroactivité et de non-rétroactivité des règles de droit soulèvent des questions particulièrement difficiles, examinées aussi bien en théorie du droit que par la doctrine de droit international. Je suis parfaitement conscient qu'il n'est pas facile de définir sans équivoque le contenu du principe de non-rétroactivité des traités. En particulier, la qualification des faits comme constituant une seule situation ou un ensemble de situations différentes peut très souvent prêter à discussion. De plus, la constatation du caractère continu (présent) ou clos (passé) d'une situation est souvent une question d'appréciation plus ou moins subjective. Dans ces conditions, le principe de non-rétroactivité de la Convention doit être interprété et appliqué avec une certaine souplesse, en tenant compte de la nature et de l'objet spécifiques de ce traité international. Dans le même temps, malgré les difficultés évoquées, le principe de non-rétroactivité en droit des traités a un contenu normatif suffisamment précis, permettant d'une part de statuer dans la présente affaire et d'autre part d'apprécier la pertinence des critères d'applicabilité de l'article 2 de la Convention proposés par la majorité.

Il est évident que les dispositions de la Convention ne lient pas une partie à raison des actes et faits antérieurs à la date d'entrée en vigueur de celle-ci à l'égard de cette partie ou d'une situation qui avait cessé d'exister à cette date. La Convention, lue à la lumière des règles d'interprétation des

traités internationaux, ne permet aucune exception à cette règle. Elle peut en revanche s'appliquer aux situations continues qui existaient à la date de l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'État concerné.

Il faut ajouter que si l'article 32 § 2 de la Convention autorise la Cour à statuer sur l'étendue de sa propre compétence, il ne permet pas d'étendre celle-ci au-delà de son champ défini par les autres dispositions de la Convention. En statuant sur le fondement de l'article 38 § 2, la Cour est liée par toutes les autres règles de droit qui définissent sa compétence.

6. La Cour a reconnu explicitement le principe de non-rétroactivité de la Convention et l'a appliqué d'une façon conséquente pendant de nombreuses années (voir, par exemple, la décision *Kadiķis c. Lettonie* (déc.), n° 47634/99, 29 juin 2000, et l'arrêt *Blečić c. Croatie* [GC], n° 59532/00, CEDH 2006-III, ainsi que la jurisprudence citée dans cet arrêt). Comme l'a souligné la motivation de l'arrêt *Blečić* (*ibidem*, § 90 *in fine*), « [d]ès lors qu'elle joue un rôle subsidiaire dans la sauvegarde des droits de l'homme, la Cour doit veiller à ne pas aboutir à des conclusions revenant à obliger les autorités internes à appliquer la Convention de manière rétroactive ».

L'arrêt *Šilih c. Slovénie* ([GC], n° 71463/01, 9 avril 2009) marque un revirement jurisprudentiel important. Dans cet arrêt, la Cour a dit ceci :

« 161. (...) la compétence temporelle de la Cour pour vérifier le respect de l'obligation procédurale découlant de l'article 2 relativement à un décès antérieur à la date critique n'est pas sans limites.

(...)

163. (...) pour que les obligations procédurales imposées par l'article 2 deviennent applicables, il doit exister un lien véritable entre le décès et l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'État défendeur.

Ainsi, il doit être établi qu'une part importante des mesures procédurales requises par cette disposition – non seulement une enquête effective sur le décès de la personne concernée, mais aussi le déclenchement d'une procédure adéquate visant à déterminer la cause du décès et à obliger les responsables à répondre de leurs actes (...) – ont été ou auraient dû être mises en œuvre après la date critique.

La Cour n'exclut pas, toutefois, que dans certaines circonstances ce lien puisse également reposer sur la nécessité de vérifier que les garanties offertes par la Convention et les valeurs qui la sous-tendent sont protégées de manière réelle et effective. »

Il ressort de l'analyse de cet arrêt que l'État a l'obligation d'enquêter sur un décès antérieur à la date d'entrée en vigueur de la Convention à son égard : 1) si une part importante des mesures procédurales *a été* mise en œuvre après la « date critique », 2) si une part importante des mesures procédurales *aurait dû* être mise en œuvre après la « date critique » ou 3) s'il est nécessaire de vérifier que les garanties offertes par la Convention et les

valeurs qui la sous-tendent sont protégées de manière réelle et effective. L'État intéressé peut donc déclencher de lui-même l'application de la règle conventionnelle qui exige de mener une enquête effective s'il prend des mesures d'enquête sur des faits antérieurs à la ratification par lui de la Convention. La nouvelle approche proposée dans l'arrêt *Šilih* a ensuite été confirmée dans de nombreux arrêts ultérieurs.

Je partage l'opinion de ceux qui soutiennent que cette approche aboutit à imposer des obligations rétroactives aux Hautes Parties contractantes que celles-ci ne pouvaient pas prévoir à la date de la ratification de la Convention. Je souscris ici aussi dans l'ensemble aux opinions très critiques exprimées par les juges Bratza et Türmen dans leur opinion dissidente jointe à l'arrêt *Šilih*. Le raisonnement retenu par la majorité dans cette dernière affaire ne me semble pas étayé par des arguments qui confirmeraient l'intention des Hautes Parties contractantes de donner un effet rétroactif à la Convention. Il faut remarquer aussi, entre parenthèses, que la portée pratique des critères dégagés dans l'arrêt *Šilih* varie d'un État à l'autre en fonction de la date de la ratification de la Convention et revêt une importance particulière pour les États qui ont ratifié la Convention récemment. Dans ces conditions, il serait souhaitable que la Cour accepte d'en revenir à son interprétation initiale du principe de non-rétroactivité de la Convention.

7. Comme l'a souligné à très juste titre le juge Lorenzen dans son opinion concordante jointe à l'arrêt *Šilih*, les critères dégagés dans cet arrêt ne sont pas très clairs. Le terme « lien véritable » entre un décès et la ratification de la Convention ne semble pas adéquat et peut prêter à confusion parce que son sens linguistique ne reflète pas le contenu qui lui est attribué par la Cour. À première vue, on pourrait penser qu'il y a un lien entre la ratification d'un traité et des violations des droits de l'homme si cette ratification constitue une réaction par rapport aux violations des droits de l'homme commises dans le passé. Par ailleurs, si l'arrêt *Šilih* déclare l'article 2 de la Convention applicable à une situation dans laquelle « des mesures procédurales requises (...) *auraient dû* être mises en œuvre après la date critique », il suscite des interrogations quant à la nature de la règle de droit (interne ? internationale ?) dont doit découler cette obligation d'enquêter.

Il est important de noter que l'application des critères dégagés dans l'affaire *Šilih* aboutit à la conclusion que la violation alléguée de la Convention dans la présente affaire entre dans le champ d'application temporel de ce traité. Tout d'abord, il faut remarquer que la ratification de la Convention par la Russie a constitué précisément une réaction contre les violations massives des droits de l'homme commises sous le régime communiste, par exemple le massacre des prisonniers de guerre polonais, car elle avait pour but de prévenir de telles violations à l'avenir. L'existence d'un « lien véritable », au

sens ordinaire de ces mots, n'est guère contestable. Deuxièmement, en vertu du droit national russe et des règles de droit international applicables à la Russie, les autorités russes étaient tenues de poursuivre les coupables du massacre des prisonniers de guerre polonais. Dans ces conditions, l'enquête menée avant la ratification de la Convention par la Russie étant incomplète, une part importante des mesures procédurales *aurait dû* être mise en œuvre après la «date critique» (l'un des critères de l'arrêt *Šilih*). De plus, une part importante des mesures d'enquête a bien été prise après l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Russie (autre critère alternatif de l'arrêt *Šilih*). Troisièmement, vu la gravité des violations des droits de l'homme commises, le «lien véritable» repose ici, indépendamment des considérations qui précèdent, sur la nécessité de vérifier que les garanties offertes par la Convention et les valeurs qui la sous-tendent sont protégées de manière réelle et effective.

8. Dans la présente affaire, la majorité a proposé de modifier les critères dégagés dans l'arrêt *Šilih* en limitant la portée rétroactive attribuée à la Convention par ce dernier arrêt. Premièrement, elle affirme que le «lien véritable» entre un fait et la ratification de la Convention existe si le délai écoulé entre les deux est relativement bref. Deuxièmement, elle fixe le délai maximal à dix ans. Troisièmement, si elle admet que les impératifs de protection des valeurs de la Convention peuvent exiger l'acceptation d'un délai plus long, elle fixe la date limite de l'application rétroactive de la Convention au 4 novembre 1950. Une telle interprétation de la Convention constitue un nouveau revirement de jurisprudence et ne trouve pas de justification suffisante dans les règles de droit international, applicables en l'espèce, relatives à l'interprétation des traités.

9. Il ne fait aucun doute qu'au moment où le massacre des prisonniers polonais a été perpétré, il existait des règles de droit international humanitaire suffisamment précises, prohibant de tels actes et liant l'Union soviétique. Ce massacre constitue un crime de guerre au sens du droit international. Par ailleurs, les règles de droit international applicables à la Russie lui imposaient de poursuivre les coupables de ce crime. Sur ce point, je partage l'avis exprimé par les juges Ziemele, De Gaetano, Laffranque et Keller dans leur opinion dissidente qui analyse ces questions de façon détaillée.

Je suis tout à fait d'accord sur le fait que la Convention doit être interprétée à la lumière et dans le contexte du droit international dans son ensemble et du droit international humanitaire en particulier. Une telle interprétation ne permet toutefois pas d'étendre le champ d'application de la Convention tel qu'il a été défini par ce traité lui-même. La Convention ne donne pas l'obligation d'investiguer ni de réprimer des violations des

droits de l'homme, aussi graves soient-elles, qui échapperaient au champ d'application temporel ou territorial de ce traité. Une obligation de réprimer des crimes de guerre comme ceux ici en cause peut en revanche découler d'autres règles de droit international. En tout état de cause, la Cour n'a pas compétence pour statuer sur des violations des droits de l'homme qui relèveraient des règles du droit international humanitaire mais n'entreraient pas dans le champ d'application de la Convention ou de ses Protocoles additionnels.

Il faut conclure des développements ci-dessus que le massacre des prisonniers de guerre polonais en 1940 échappe au champ d'application temporel de la Convention et que l'article 2 de ce traité ne donnait pas l'obligation de conduire une enquête pénale sur ces faits.

10. En vertu du principe de la non-rétroactivité des traités, la Cour n'a compétence en l'espèce que pour examiner les actions et omissions des autorités russes à partir de la date de l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Russie.

Conformément à l'article 3 de la Convention, toute action des autorités d'une Haute Partie contractante doit respecter l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. Cette obligation protège entre autres les proches des victimes des différents crimes et ce, que la Convention donne obligation ou non aux autorités de poursuivre les auteurs des crimes. Les proches de personnes décédées sont particulièrement vulnérables aux actions et inactions des pouvoirs publics qui, dans ce contexte, sont tenus d'agir avec tout le tact et toute la délicatesse qui s'imposent dans ces circonstances.

Les requérants voient dans les actions et omissions des autorités russes après 1998 une violation de l'article 3. Ils tirent essentiellement grief de l'attitude méprisante et dédaigneuse de celles-ci. Les faits allégués dépassent de loin les conséquences habituelles d'une disparition ou d'un décès non élucidé de proches. Les violations alléguées, de par leur nature et leur gravité, sont indépendantes du grief tiré de l'article 2 et doivent donc être examinées en détail, séparément de la question de l'applicabilité de ce dernier article, comme l'a fait la chambre dans son arrêt du 16 avril 2012.

Le Comité des droits de l'homme des Nations unies a développé une jurisprudence intéressante sur le fondement de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, citée dans le présent arrêt. Cette jurisprudence permet de respecter pleinement le principe de non-rétroactivité des traités. La chambre s'en est inspiré lorsqu'elle a examiné le grief tiré de l'article 3 de la Convention. Sur ce point, je souscris dans l'ensemble à ce que dit son arrêt.

Il faut ajouter ici que, pendant de longues années, les requérants ont vécu un triple traumatisme : les souffrances causées par la perte de leurs proches, par le mensonge officiel organisé et par la répression de toute recherche de la vérité. À la date de la ratification de la Convention par la Russie, la situation était que les requérants qui savaient que leurs proches avaient été victimes d'un crime de guerre cherchaient toujours à obtenir des informations plus précises sur leur sort et sur l'emplacement de leur tombe. Comme l'a constaté la chambre, les requérants se sont vu refuser l'accès aux pièces du dossier de l'enquête ou à la procédure en raison de leur nationalité étrangère. Les tribunaux militaires ont constamment évité toute mention de l'exécution des victimes. De plus, comme l'ont constaté les juges Spielmann, Villiger et Nußberger dans leur opinion dissidente jointe à l'arrêt de chambre, des allégations graves de nature pénale ont été formulées à l'encontre des proches des requérants. Ces trois juges ont raison d'affirmer qu'il est difficile de ne pas être d'accord avec les requérants lorsqu'ils soutiennent que le constat des tribunaux russes « apparaît impliquer qu'il aurait pu y avoir de bonnes raisons d'exécuter leurs proches, comme si ceux-ci avaient été des criminels de droit commun qui méritaient la peine capitale ».

Dans ces conditions, compte tenu de l'action des autorités, s'ajoutant aux différentes circonstances de l'espèce, il y a eu une violation de l'article 3 de la Convention. À mon avis, la situation des requérants constitue un exemple criant de souffrances qui « ont une dimension et un caractère distincts du désarroi qui peut être considéré comme inévitable pour les proches de victimes d'un crime de guerre ».

Cette conclusion vaut pour l'ensemble des requérants dans la présente affaire. Sur ce dernier point, je ne partage pas l'opinion de la chambre qui avait jugé nécessaire de distinguer deux catégories de requérants. À mes yeux, tous les requérants ont démontré qu'ils avaient des liens familiaux très étroits avec les victimes du massacre et qu'ils s'étaient impliqués dans la recherche de la vérité sur celui-ci. En particulier, le fait que certains requérants n'ont jamais eu de contact personnel avec leurs pères ne me semble pas un argument pertinent. Au contraire, cette absence de tout contact avec l'un des parents engendre habituellement une souffrance particulièrement profonde.

11. Il convient de noter que la présente affaire a été renvoyée en Grande Chambre à la demande des requérants. Si la Convention n'énonce pas d'interdiction de la *reformatio in pejus*, il y a une situation paradoxale dans la mesure où une voie de recours prévue à l'article 43 de la Convention et utilisée par des requérants en vue d'assurer la protection de droits de l'homme a finalement débouché sur un arrêt de Grande Chambre beaucoup moins favorable pour eux que l'arrêt de chambre.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DES JUGES ZIEMELE, DE GAETANO, LAFFRANQUE ET KELLER

(Traduction)

1. Nous partageons le constat par la majorité d'une violation de l'article 38 de la Convention. À notre grand regret, nous ne pouvons nous rallier à la majorité lorsqu'elle tire ses conclusions sur le terrain des articles 2 et 3. L'affaire a pour objet une obligation indéniable d'ouvrir une enquête et des poursuites sur des violations flagrantes des droits de l'homme et du droit humanitaire qui, en droit international, sont imprescriptibles. Le massacre de prisonniers de guerre polonais par les autorités soviétiques est un crime de guerre. Il est évident que, en l'espèce, la Cour était appelée à préciser la relation entre la Convention et l'une des obligations les plus importantes qui soient en droit international. Nous sommes donc convaincus qu'elle aurait dû soit distinguer la présente affaire des affaires antérieures en matière de compétence *ratione temporis* soit appliquer autrement les principes de l'arrêt *Šilih c. Slovénie* ([GC], n° 71463/01, 9 avril 2009). En particulier, cette affaire aurait été une occasion parfaite d'appliquer la « clause humanitaire ». Les développements qui suivent sont des arguments à l'appui de ces deux thèses.

2. Nous axons notre raisonnement sur la question de la compétence *ratione temporis* aux fins de l'application de l'article 2. Étant donné que, comme nous estimons – voir ci-dessous – que la Cour aurait dû se déclarer compétente et conclure à une violation de l'article 2, point n'est besoin d'opérer une distinction entre différents groupes de victimes (comme la chambre l'a fait concernant la question de la qualité de victime sur le terrain de l'article 3 de la Convention eu égard aux souffrances subies par divers proches des requérants – paragraphes 153 et 154 de l'arrêt de chambre (*Janowiec et autres c. Russie*, n°s 55508/07 et 29520/09, 16 avril 2012)). Dans les affaires relevant de l'article 2, la Cour reconnaît cette qualité non seulement aux parents, conjoints, enfants et frères et sœurs survivants, mais aussi aux oncles et tantes, aux petits-enfants et aux beaux-parents (voir, par exemple, *Issaïeva c. Russie*, n° 57950/00, § 201, 24 février 2005, et *Estamirov et autres c. Russie*, n° 60272/00, § 131, 12 octobre 2006).

3. Le fondement juridique pour toutes les questions de compétence est l'article 32 de la Convention, dont le paragraphe 2 dispose qu'« [e]n cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide ».

I. Différence entre les affaires *Šilih* et *Janowiec*

4. Les faits de la présente espèce ne sont guère comparables à ceux de l'affaire *Šilih* (précitée). L'affaire *Šilih* concernait un décès dû à une faute médicale, tandis que l'affaire *Janowiec* concerne le massacre de plus de 21 000 prisonniers de guerre polonais.

5. Nous reconnaissons que les principes régissant la compétence de la Cour doivent être les mêmes dans toutes les affaires. Toutefois, les raisons qui ont soustrait une situation comme celle en l'affaire *Šilih* à la compétence de la Cour pourraient être absentes dans une situation comme celle en l'affaire *Janowiec*. Dans la première affaire, l'argument voulant que conduire une enquête effective risque d'être difficile après un certain temps est compréhensible et fondé. Or, dans la seconde, l'enquête dépend surtout non pas des pièces du dossier mais plutôt de la bonne volonté de l'État concerné. Dans la première affaire, l'administration de la preuve est une question technique qui devient plus difficile avec l'écoulement du temps. Or, dans la seconde, les preuves irréfutables se trouvent dans les archives russes alors même que soixante-dix ans sont passés depuis les faits.

II. Appliquer les principes de l'arrêt *Šilih* à l'affaire *Janowiec*

6. Même en fondant le raisonnement sur les principes établis dans l'arrêt *Šilih*, la présente affaire, au vu de ses circonstances particulières, offre largement la possibilité de reconnaître la compétence *ratione temporis* de la Cour.

7. Nous pourrions admettre, avec la majorité, que les principes de l'arrêt *Šilih* méritent des éclaircissements (paragraphe 140-141 de l'arrêt). Lorsque le décès en question est antérieur à la date critique, la compétence de la Cour se limite à la période postérieure à cette date pour ce qui est des obligations procédurales découlant de l'article 2 de la Convention (premier principe). Pour établir sa compétence *ratione temporis*, la Cour exige l'existence d'un « lien véritable » entre le décès et l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'État concerné (deuxième principe). À défaut d'un tel lien, la Cour peut exceptionnellement se déclarer compétente en se fondant sur la nécessité de vérifier que les garanties offertes par la Convention et les valeurs qui la sous-tendent sont protégées de manière réelle et effective (troisième principe, appelé aussi « clause humanitaire »). Nous contestons cependant certains de ces éclaircissements et l'application concrète de ces principes au cas d'espèce, la conclusion de la majorité faisant abstraction d'éléments de fait et de droit vitaux.

a. Le premier principe de l'arrêt Šilih : les actes et omissions de nature procédurale postérieurs à la date critique

8. En ce qui concerne le premier principe, la majorité définit étroitement les « actes de nature procédurale » : il s'agit selon elle des « actes pris dans le cadre d'une procédure pénale, civile, administrative ou disciplinaire susceptible de mener à l'identification et à la punition des responsables ou à l'indemnisation de la partie lésée », ce qui exclut « les autres types de démarches pouvant être entreprises à d'autres fins, par exemple pour établir une vérité historique » (paragraphe 143 et suiv. de l'arrêt).

9. Cette distinction est problématique pour deux raisons. Premièrement, la procédure et les démarches susmentionnées peuvent très souvent aller de pair et il serait alors difficile en pratique de distinguer l'une des autres. Parfois, un acte de procédure est un préalable indispensable à un autre. Deuxièmement, il existe en droit international une nette tendance à la reconnaissance d'un droit à la vérité dans les cas de violations flagrantes des droits de l'homme (voir Comité des droits de l'homme des Nations unies, *Mariam Sankara et autres c. Burkina Faso*, Comm. 1159/2003, § 12.2, et *Schedko et Bondarenko c. Belarus*, Comm. 886/1999, § 10.2; voir aussi la huitième ligne du préambule et l'article 24 § 2 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, New York, 20 décembre 2006, en vigueur depuis le 23 décembre 2010, 40 États parties). La Cour a elle aussi reconnu un tel droit par le biais de sa jurisprudence (voir le paragraphe 163 de l'arrêt de chambre en l'espèce, ainsi que les arrêts *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 39630/09, § 191, CEDH 2012, *Varnava et autres c. Turquie* [GC], n°s 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, §§ 200-202, CEDH 2009, et *Association « 21 Décembre 1989 » et autres c. Roumanie*, n°s 33810/07 et 18817/08, § 144, 24 mai 2011).

10. Sur le terrain des articles 2 et 3 de la Convention, la Cour exige une enquête complète et effective dès lors qu'une personne est tuée ou présumée tuée par des agents de l'État (concernant l'article 2, voir *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, §§ 163 et 166-167, CEDH 2011, et *Bazorkina c. Russie*, n° 69481/01, §§ 117-119, 27 juillet 2006; voir également *Issaïeva*, précité, *Issaïeva et autres c. Russie*, n°s 57947/00, 57948/00 et 57949/00, 24 février 2005, et *Khachiev et Akaïeva c. Russie*, n°s 57942/00 et 57945/00, 24 février 2005) ou qu'un grief défendable de violation de l'article 3 est soulevé (*El-Masri*, précité, § 182). Ainsi, dans l'arrêt *El-Masri* (précité, § 182), la Grande Chambre a conclu :

« [L]orsqu'un individu soutient de manière défendable avoir subi, aux mains de la police ou d'autres services comparables de l'État, un traitement contraire à l'article 3, cette disposition, combinée avec (...) l'article 1 de la Convention (...), requiert, par implication, qu'il y ait une enquête officielle effective [susceptible de] mener à l'identification et à la punition des responsables. »

S'agissant de l'article 2, la Cour a dit que :

« [L]enquête doit être effective en ce sens qu'elle doit permettre de déterminer si le recours à la force était justifié ou non dans les circonstances et d'identifier et de sanctionner les responsables. Il s'agit d'une obligation non pas de résultat mais de moyens. Les autorités doivent avoir pris les mesures raisonnables dont elles disposaient pour assurer l'obtention des preuves relatives à l'incident en question (...). » (*Al-Skeini*, précité, § 166)

Dans les affaires de disparition, elle a souligné que :

« [L]obligation procédurale pourra subsister aussi longtemps que le sort de la personne n'aura pas été élucidé ; le manquement persistant à conduire l'enquête requise sera regardé comme une violation continue et ce, même si le décès est finalement présumé et s'il est antérieur à la ratification de la Convention par l'État défendeur. » (*Tashukhadzhiyev c. Russie*, n° 33251/04, § 76, 25 octobre 2011)

11. Pour déterminer si l'obligation procédurale d'enquêter sur le meurtre de prisonniers de guerre polonais relève de la compétence *ratione temporis* de la Cour, la majorité se réfère aux principes pertinents tels que récemment clarifiés dans trois arrêts principaux : *Varnava et autres*, précité, *Šilih*, précité, et *Blečić c. Croatie* [GC], n° 59532/00, §§ 128-131, CEDH 2006-III. Il faut souligner que, dans l'arrêt *Varnava et autres*, la Cour était saisie d'une situation particulière où la Turquie n'avait pas élucidé les circonstances de violations continues des droits de l'homme. Bien que s'étant référée à sa jurisprudence antérieure, la Cour a pris en considération les spécificités de la cause. Elle a même écarté le moyen tiré par le Gouvernement, sur le fondement de l'arrêt *Blečić*, de ce que « les griefs concernant de telles enquêtes, ou l'absence de telles enquêtes, se heurtent au principe suivant lequel les procédures introduites aux fins du redressement de violations ne peuvent faire entrer dans la compétence temporelle de la Cour des événements survenus antérieurement » (*Varnava et autres*, précité, § 136), répondant ainsi (*ibidem*, § 136) :

« [C]et argument n'est pas valable car l'enquête que requiert l'article 2 sous son volet procédural n'est pas une procédure de redressement aux fins de l'article 35 § 1. C'est l'absence même d'une enquête effective qui constitue le cœur de la violation alléguée. L'obligation procédurale a son propre champ d'application ; elle est distincte et peut jouer indépendamment de l'obligation matérielle de l'article 2, qui concerne la responsabilité de l'État pour tout homicide illégal ou toute disparition dans des conditions mettant la vie en danger. Cela ressort de nombreuses affaires dans lesquelles la Cour a constaté une violation de cette disposition sous son volet procédural en

l'absence de tout constat de responsabilité des agents de l'État pour le recours à la force meurtrière (voir, parmi beaucoup d'autres, *Finucane c. Royaume-Uni*, n° 29178/95, CEDH 2003-VIII).»

La Cour a dit sans équivoque que la nature du droit invoqué a des conséquences sur la question de sa compétence : « le caractère continu [des violations en cause] a des incidences sur [s]a compétence *ratione temporis* » (*ibidem*, § 139). Nous estimons que, si elle dispose d'une procédure standard pour examiner la question de sa compétence *ratione temporis*, clairement fixée dans l'arrêt *Blečić* (qui concernait la perte d'un bien en tant qu'acte instantané), la Cour doit également tenir compte de la nature du droit invoqué.

12. Enfin, rappelons que la découverte de nouveaux éléments après la date critique peut faire renaître l'obligation d'enquêter. Nous souscrivons sur tous les points à ces principes, constants dans la jurisprudence de la Cour.

13. Or malheureusement, ces mêmes principes ont été mal appliqués aux faits de l'espèce (paragraphe 142-144 de l'arrêt).

Carences procédurales

14. Pour en venir aux faits de l'espèce, la Cour dit laconiquement qu'il est « impossible, au vu des éléments versés au dossier et des observations des parties, de déceler la moindre mesure d'instruction digne de ce nom qui aurait été accomplie après le 5 mai 1998 » (paragraphe 159 de l'arrêt). Selon nous, en procédant ainsi, la majorité non seulement méconnaît le fait que la procédure s'est poursuivie jusqu'à la décision de 2004 (paragraphe 45 de l'arrêt), confirmée en 2009 (paragraphe 60 de l'arrêt), mais aussi ne fait pas suffisamment cas des carences significatives de l'enquête sur les décès, des contradictions apparentes entre les différentes procédures et de l'attitude partiellement arbitraire des autorités russes.

15. En 2004, la procédure interne s'est soldée par la classification « ultrasecret » de trente-six volumes pertinents du dossier et par la classification « à usage interne seulement » de huit autres volumes (paragraphe 45 de l'arrêt). Les juges Spielmann, Villiger et Nußberger ont fort justement estimé « incohérent, et donc choquant (...) qu'une enquête transparente au départ a[it] fini dans le secret le plus total » (arrêt de chambre, opinion partiellement dissidente des juges Spielmann, Villiger et Nußberger, § 8). De plus, le gouvernement russe a refusé de communiquer à la Cour copie de la décision rendue le 21 septembre 2004 par le procureur militaire principal portant classement sans suite de l'enquête pénale n° 159 sur l'origine des charniers de Kharkov. La classification de cette décision était le motif avancé à ce refus (paragraphe 45 et suiv. de l'arrêt). Des démarches

tendant à la déclassification de la décision furent entreprises, mais en vain (paragraphe 61 et suiv. de l'arrêt).

16. L'absence de transparence dans le cadre de la demande de déclassification de la décision n'est qu'une carence parmi d'autres dans la procédure interne. Parmi les autres carences concernant le grief relatif à l'article 2, il y a le défaut de justification par les autorités russes de l'écart entre le nombre de personnes effectivement tuées et celles considérées comme ayant « péri », ainsi que l'absence de transparence quant au refus d'accorder aux requérants la qualité de parties lésées. De surcroît, la déclaration des tribunaux militaires russes selon laquelle les proches des requérants étaient des « personnes disparues » est illogique étant donné que des procureurs russes avaient confirmé auparavant leur exécution (paragraphe 122 de l'arrêt). Par ailleurs, les autorités russes n'ont pas conduit d'investigations visant « à l'identification et à la traduction en justice des auteurs des atrocités », alors qu'au moins deux des fonctionnaires impliqués étaient en vie dans les années 1990 (paragraphe 119 de l'arrêt). Enfin, les autorités russes soutenaient que la procédure interne ne pouvait pas être conduite conformément aux exigences des règles de procédure pénale parce qu'elle avait été ouverte « pour des raisons politiques, à titre de geste de bonne volonté envers les autorités polonaises » (paragraphe 109 et 111 de l'arrêt). Or une telle « dérogation » aux exigences procédurales de l'article 2 est arbitraire et indéfendable. Le refus arbitraire de réhabiliter les proches des requérants confirme l'attitude généralement réticente des autorités russes (paragraphe 86 et suiv. de l'arrêt). Du fait de ces carences, la procédure interne n'a pas satisfait aux exigences de l'article 2 de la Convention.

Violation isolée de l'article 38

17. Au vu de ces éléments, il est important de noter que, à notre connaissance, c'est la première fois dans l'histoire de la Cour qu'une violation isolée de l'article 38 est constatée. Jusqu'à présent, toutes les affaires dans lesquelles la Cour avait jugé qu'un État avait manqué à ses obligations tirées de l'article 38 concernaient aussi un autre droit de la Convention (tiré des articles 2 ou 3 dans la plupart des cas) dont elle avait constaté la violation. D'un côté, le présent arrêt souligne le caractère autonome de l'obligation de coopérer. Or, d'un autre côté, il fait naître certains soupçons quant à la conclusion sur le terrain des articles 2 et 3. Dans d'autres affaires, lorsque le défaut de communication par l'État d'informations à la Cour avait emporté violation de l'article 38, celle-ci a dit que cette carence lui permettait de « tirer des conclusions quant au bien-fondé des allégations [du requérant] » sous l'angle des autres articles invoqués (*Timurtaş c. Turquie*, n° 23531/94,

§ 66, CEDH 2000-VI, et *Bitieva et X c. Russie*, n^{os} 57953/00 et 37392/03, § 122, 21 juin 2007).

Découverte de nouveaux éléments

18. Enfin, la majorité dit dans son opinion que la découverte de nouveaux éléments postérieurement à la date critique peut faire renaître l'obligation d'enquêter mais – lorsque le fait générateur échappe à la compétence temporelle de la Cour – seulement si le critère du « lien véritable » ou le critère des « valeurs de la Convention » est satisfait (paragraphe 144 de l'arrêt). Ce lien entre la naissance d'une nouvelle obligation d'enquêter et les principes de l'arrêt *Šilih* n'est pas aussi simple que l'arrêt le donne à penser. Ainsi, à la lecture de l'arrêt *Stanimirović c. Serbie* (n^o 26088/06, §§ 28 et suiv., 18 octobre 2011), l'apparition de nouveaux éléments de preuve importants semble être une condition subsidiaire, et non cumulative à ces principes (de même dans l'affaire *Mrdenovic c. Croatie* (déc.), n^o 62726/10, 5 juin 2012).

19. Dans ce contexte, il est nécessaire de mentionner les événements intervenus entre 1998 et 2004 (paragraphe 121 de l'arrêt) et en particulier la découverte de la « liste ukrainienne » en 2002 (paragraphe 113 de l'arrêt). De plus, 2010 était une année décisive dans la procédure pour deux raisons : premièrement, la publication le 28 avril 2010 de documents historiques essentiels sur le site Internet du service des archives d'État russes représente un changement dans l'attitude des autorités russes, qui avait donné de l'espoir aux requérants (paragraphe 24 de l'arrêt) ; deuxièmement, nous estimons que l'adoption par la Douma le 26 novembre 2010, soit plus de douze ans après la date critique, d'une déclaration sur la tragédie de Katyn est significatif. En effet, il est inhabituel qu'un parlement national reconnaisse une responsabilité pour des violations flagrantes de droits de l'homme. Ce changement dans l'attitude de la Russie est une étape essentielle dans le processus d'acceptation du passé. La Douma non seulement a reconnu que « l'extermination massive de ressortissants polonais sur le territoire de l'Union soviétique au cours de la Seconde Guerre mondiale était un acte arbitraire perpétré par cet État totalitaire » et que « le crime de Katyn fut perpétré sur les ordres directs de Staline et d'autres responsables soviétiques », mais aussi souligné qu'« il faut poursuivre » le travail d'établissement des faits. Nous voyons dans cette déclaration un signal politique clair d'une nouvelle approche des pouvoirs publics russes, visant à faire la lumière sur toutes les circonstances de la tragédie.

b. Le deuxième principe de l'arrêt Šilih : le critère du « lien véritable »

20. Pour ce qui est du « lien véritable » entre le fait générateur et l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'État défendeur, la majorité met

en avant l'élément temporel et, s'appuyant sur les affaires de disparition classiques, rappelle que le laps de temps en question ne doit pas excéder dix ans (paragraphe 146 de l'arrêt). La conclusion de la majorité permet, dans des circonstances exceptionnelles, de faire remonter plus loin encore ce délai dans le passé mais seulement s'il est « satisfait au critère des « valeurs de la Convention » (*ibidem*).

21. Nous ne souscrivons pas à cette interprétation du critère du « lien véritable ». Les circonstances exceptionnelles permettant un laps de temps plus long peuvent être interprétées séparément du troisième principe de l'arrêt *Šilih* car, sinon, les conditions ne feraient qu'une et ne revêtiraient pas de sens autonome. Par ailleurs, une telle interprétation est manifestement contraire au droit international en matière de crimes de guerre et, lorsqu'elle interprète la Convention, la Cour doit respecter le droit international. Ainsi, en 1950, dans les travaux préparatoires de la Convention, le Comité d'experts chargé d'élaborer le projet de convention de garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales précisa clairement que, conformément au droit international relatif à la responsabilité de l'État, « la jurisprudence de la Cour européenne n'apportera[it] (...) aucun élément nouveau ou contraire au droit international existant »¹. La genèse de la Convention montre donc que celle-ci est censée fonctionner non pas isolément mais en harmonie avec le droit international. Ce principe est constant dans la jurisprudence de la Cour, qui estime que :

« [L]es principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s'interpréter et s'appliquer dans le vide. Considérant le caractère particulier de la Convention en tant que traité sur les droits de l'homme, elle doit aussi prendre en compte toute règle pertinente de droit international lorsqu'elle se prononce sur des différends concernant sa juridiction en vertu de l'article 49 de la Convention. » (*Loizidou c. Turquie* (fond), 18 décembre 1996, § 43, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI)

Dans l'arrêt *Nada c. Suisse* ([GC], n° 10593/08, § 169, CEDH 2012), elle a précisé ainsi ce principe :

« Par ailleurs, la Cour rappelle que la Convention ne doit pas être interprétée isolément mais de manière à se concilier avec les principes généraux du droit international. En vertu de l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'interprétation d'un traité doit se faire en tenant compte de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties », en particulier de celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme. »

22. Il ne fait aucun doute que le massacre de Katyn doit être qualifié de crime de guerre (paragraphe 140 de l'arrêt de chambre et 6 de l'opinion

1. Commentaire de l'article 39 (43) (nouveau), *Recueil des Travaux Préparatoires de la Cour européenne des droits de l'homme*, 8 volumes, La Haye, 1975-1985, vol. IV, p. 44.

partiellement dissidente commune aux juges Spielmann, Villiger et Nußberger jointe à l'arrêt de chambre)². La Cour a récemment souligné ceci :

« [E]n mai 1944 les crimes de guerre étaient définis comme des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre, (...) le droit international exposait les principes fondamentaux sous-jacents à cette incrimination et (...) il donnait une large série d'exemples d'actes constitutifs de crimes de guerre. Les États avaient pour le moins l'autorisation (sinon l'obligation) de prendre des mesures pour punir les individus coupables de tels crimes, y compris sur la base du principe de la responsabilité des commandants. C'est ainsi que des tribunaux internationaux et nationaux ont, pendant et après la Seconde Guerre mondiale, poursuivi des soldats pour des crimes de guerre commis durant ce conflit. » (*Kononov c. Lettonie* [GC], n° 36376/04, § 213, CEDH 2010)

Ce qu'a dit ici la Cour est le reflet de ce qui était déjà l'état pertinent du droit international dans les années 1940. Depuis lors, l'obligation d'investiguer et de réprimer les graves violations du droit international humanitaire a gagné en importance et en précision. Dans son opinion, la majorité se réfère correctement à la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (paragraphe 151 de l'arrêt), dont l'article IV énonce cette obligation ainsi que le principe voulant que la prescription ne s'applique pas à l'obligation de poursuivre les responsables.

23. S'agissant encore de la prescription des poursuites en matière de crimes de guerre, il est utile d'évoquer l'article 7 § 2 de la Convention. La Cour considère depuis longtemps, sur la base des travaux préparatoires de la Convention, que :

« [L]e second paragraphe 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 de la fin de la Seconde Guerre mondiale, ont été adoptées pour réprimer, entre autres, les crimes de guerre ; dès lors, il ne vise aucune condamnation juridique ou morale de ces lois (*X. c. Belgique*, n° 268/57, décision de la Commission du 20 juillet 1957, Annuaire 1, p. 241). Quoiqu'il en soit, la Cour relève en outre que la définition des crimes de guerre figurant à l'article 6 b) du Statut du [Tribunal militaire international] de Nuremberg était regardée comme l'expression codifiée des lois et coutumes internationales de la guerre telles qu'elles étaient interprétées en 1939 (...) » (*Kononov*, précité, § 186)

Autrement dit, la Convention ne fait pas obstacle aux lois visant à réprimer les crimes de guerre. Ainsi qu'il est indiqué dans le paragraphe précédent, elle reconnaît aussi l'existence d'une telle obligation en droit international. Dans sa décision *Kolk et Kislyiy c. Estonie* ((déc.), nos 23052/04 et 24018/04, 17 janvier 2006), la Cour a dit qu'aucune prescription ne s'applique aux crimes contre l'humanité, quelle que soit la date de leur perpétration.

2. Voir aussi W. Schabas, « *Victor's Justice: Selecting "Situations" at the International Criminal Court* », 43 *John Marshall Law Review* 535, p. 536.

24. Nous tenons à souligner que, si les requérants ont un intérêt indéniable à faire la lumière sur le sort des membres de leur famille, il est également clair que l'obligation d'enquêter sur les graves violations des droits de l'homme et du droit humanitaire et de poursuivre les responsables de ces méfaits revêt un intérêt public fondamental en ce qu'elle permet à un pays de tirer les enseignements de son histoire et de lutter contre les impunités. Plusieurs instruments internationaux reconnaissent qu'« il n'est pas de réconciliation juste et durable sans que soit apportée une réponse effective au besoin de justice » et qu'il faut adopter « à cette fin des mesures d'ordre national et international pour que soit conjointement assuré, dans l'intérêt des victimes de violations des droits de l'homme, le respect effectif du droit de savoir qui implique le droit à la vérité, du droit à la justice et du droit à réparation sans lesquels il n'est pas de remède efficace contre les effets néfastes de l'impunité » (Nations unies, « Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité », UN doc. E/CN.4/2005/102/Add.1). Le droit à la vérité « constitue une protection essentielle contre le renouvellement des violations » et préserve de l'oubli la mémoire collective des personnes lésées, qui appartient à leur patrimoine (*ibidem*).

25. La thèse, soutenue par le gouvernement russe (paragraphe 110 de l'arrêt), de l'inexistence d'une règle contraignante de droit international humanitaire définissant les responsabilités pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité est indéfendable. À l'époque, le droit international coutumier – tel que codifié par la Convention (IV) de La Haye de 1907 et par la Convention de Genève de 1929 –, qui imposait sans équivoque le traitement humain des prisonniers de guerre, s'appliquait à tous les États concernés.

26. Certes, la Russie existait sous un régime politique différent en 1907, mais c'est ce même État qui fut à l'origine des conférences qui conduisirent à l'adoption des lois de La Haye: Nicolas II, le tsar russe, organisa à La Haye en 1899 la Conférence internationale de la Paix qui, à l'issue d'une seconde réunion en 1907, se solda par la conclusion de la Convention (IV) de La Haye³. L'Empire russe était l'un des signataires originaux de cette Convention et la ratifia le 27 novembre 1909. Il existe aussi un nombre considérable d'éléments à l'appui de la thèse selon laquelle la Fédération de Russie continue la personnalité juridique de l'ex-URSS et hérite des obligations souscrites sous le régime soviétique⁴. Dans l'arrêt *Ilaşcu et autres*

3. Préambule de l'Acte final de la Conférence internationale de la Paix, La Haye, 29 juillet 1899, et Acte final de la Deuxième Conférence de la Paix, La Haye, 18 octobre 1907.

4. H. Hamant, *Démembrement de l'URSS et problèmes de succession d'États*, éditions Bruylant, 2007, p. 128. À l'appui de cette thèse, il y a la reconnaissance par l'URSS, en 1955, des obligations découlant

c. Moldova et Russie ([GC], n° 48787/99, § 378, CEDH 2004-VII), la Cour a elle aussi relevé d'emblée que, en droit international, la Fédération de Russie est l'État successeur de l'URSS. Il ne fait aucun doute en droit international que, malgré les changements de régime, la Russie a toujours existé comme étant le même État.

27. Or, même selon les règles de la succession d'États, on peut soutenir que l'URSS était tenue par les obligations internationales de la Russie tsariste. En droit international public, de solides éléments de doctrine et de pratique militent en faveur d'une exception, lorsque naît un nouvel État, à la table rase faite des obligations contractées par l'État prédécesseur : celles découlant de traités de protection des droits de l'homme ne disparaissent pas avec l'État qui a ratifié ceux-ci mais sont transférées à son ou ses État(s) successeur(s)⁵. Ainsi, le Comité des droits de l'homme considère que :

« [d]ès lors que des individus se voient accorder la protection des droits qu'ils tiennent du Pacte, cette protection échoit au territoire et continue de leur être due, quelque modification qu'ait pu subir le gouvernement de l'État partie, y compris du fait (...) d'une succession d'États »⁶.

De plus, il faut noter que, en 1954, l'URSS ratifia les Conventions de Genève de 1949⁷. Au procès de Nuremberg, le procureur soviétique tenta d'inculper des responsables nazis du massacre de Katyn, montrant ainsi que, pour la Russie, l'interdiction des crimes de guerre de ce type était un principe contraignant de droit international (paragraphe 140 de l'arrêt de chambre). Au regard des règles tant de la continuité de l'État que de la succession d'États, et certainement des règles applicables de droit coutumier, la thèse du Gouvernement selon laquelle il n'est pas lié par les règles de droit international humanitaire relatives aux crimes de guerre est donc contraire au principe *venire contra factum proprium*. Force est pour nous d'en conclure que le massacre des prisonniers de guerre polonais en 1940 constitue une violation de l'interdiction des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. En vertu des règles coutumières de droit international

de la Convention de La Haye, telles que contractées par la Russie tsariste (note soviétique adressée aux Pays-Bas, in G. B. Baldwin, « *A New Look at the Law of War: Limited War and Field Manual 27-10* », 4 *Military Law Review* 1 (1959), pp. 1-38).

5. M. T. Kamminga, « *State Succession in Respect of Human Rights Treaties* », 7 *European Journal of International Law* 4 (1996), pp. 469-484, 472 et suiv. ; F. Pocar, « *Some Remarks on the Continuity of Human Rights and International Humanitarian Law Treaties* », in E. Cannizzaro, *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford 2011, pp. 292 et suiv.

6. Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 26 (61) sur la continuité des obligations, UN doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1, 8 décembre 1997, par. 4.

7. Tableau des ratifications de la Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, consultable ici : http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=365 (visité le 26 août 2013).

humanitaire, l'État est tenu « d'enquêter sur les crimes de guerre qui auraient été commis par ses ressortissants ou par ses forces armées sur son territoire et, le cas échéant, de poursuivre les suspects »⁸. Cette obligation n'est assortie d'aucun délai, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité étant imprescriptibles⁹.

28. Enfin, le paragraphe 148 de l'arrêt doit être lu avec une certaine prudence: nous sommes d'accord que, *en principe*, les deux critères y énoncés doivent être satisfaits, c'est-à-dire que seul un bref laps de temps doit s'être écoulé entre le décès et l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'État concerné et que la majeure partie de l'enquête doit avoir été conduite, ou aurait dû l'être, après l'entrée en vigueur. Toutefois, dans une situation comme celle en l'espèce, où les autorités nationales avaient pendant quarante ans nié tout lien avec les crimes de Katyn et décliné toute responsabilité pour ceux-ci, le simple calcul d'années conduit à un résultat absurde. En particulier, il ne faudrait pas opposer aux requérants la période d'impasse où toute démarche procédurale était entièrement bloquée et où aucune victime n'avait un quelconque espoir de faire le moindre progrès vers l'identification des personnes responsables du décès de ses proches.

29. Les éléments ci-dessus suffisent à conclure que la Cour aurait dû se déclarer compétente *ratione temporis* en l'espèce en se fondant sur les deux premiers principes de l'arrêt *Šilih*. En tout état de cause, même s'il fallait nier l'existence d'un « lien véritable », nous estimons que la présente affaire se prêtait parfaitement à l'application de ce qu'il est convenu d'appeler la « clause humanitaire ».

8. J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, règle 158, p. 607; première convention de Genève (Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, 195 États parties, en vigueur depuis le 21 octobre 1950), art. 49; deuxième convention de Genève (Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, 195 États parties, en vigueur depuis le 21 octobre 1950), art. 50; troisième convention de Genève (Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, 195 États parties, en vigueur depuis le 21 octobre 1950), art. 129; quatrième convention de Genève (Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, 195 États parties, en vigueur depuis le 21 octobre 1950), art. 146; résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies 2583 (XXIV) du 15 décembre 1969 et 2712 (XXV) du 15 décembre 1970; Nations unies, Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, adoptés par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 3074 (XXVIII) du 3 décembre 1973.

9. À comparer avec la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968, *Recueil des traités*, vol. 754, p. 73, en vigueur depuis le 11 novembre 1970, 54 États parties.

c. Le troisième principe de l'arrêt Šilih : la « clause humanitaire »

30. Selon le troisième principe de l'arrêt *Šilih*, un lien qui ne serait pas « véritable » peut néanmoins suffire à établir la compétence de la Cour « si sa prise en compte est nécessaire pour permettre de vérifier que les garanties offertes par la Convention et les valeurs qui la sous-tendent sont protégées de manière réelle et effective » (paragraphe 141 de l'arrêt).

31. Nous souscrivons à la manière dont la chambre dans son arrêt (paragraphe 119 de l'arrêt de chambre) et la majorité dans son opinion (paragraphe 150 de l'arrêt) ont circonscrit les « valeurs sous-tendant la Convention ». La « clause humanitaire » permet à la Cour de se déclarer compétente dans les cas de violations flagrantes des droits de l'homme d'une dimension plus large que celles résultant d'infractions pénales ordinaires, par exemple en cas de crime de guerre, de génocide ou de crime contre l'humanité au sens des instruments internationaux pertinents.

32. Or la Cour ne fait pas jouer la clause humanitaire, expliquant que celle-ci « ne peut pas s'appliquer à des événements antérieurs à l'adoption de la Convention, le 4 novembre 1950 » (paragraphe 151 de l'arrêt). Cette position est particulièrement problématique pour plusieurs raisons.

33. Premièrement, si la phrase cruciale au paragraphe 151 de l'arrêt veut dire ce qu'elle dit, la majorité aurait dû cesser son examen dès ce moment-là. Autrement dit, l'analyse, aux paragraphes 158 et 159, des événements postérieurs à la ratification de la Convention par l'État défendeur est superflue voire contradictoire. Deuxièmement, cette interprétation de la « clause humanitaire » ferme la porte de la Cour aux victimes de toute violation flagrante des droits de l'homme antérieure à la naissance de la Convention, alors qu'il est manifestement reconnu qu'aujourd'hui les États concernés sont tenus à une obligation procédurale continue d'établir les faits, de trouver les responsables et de les punir. Troisièmement, la position de la majorité va à l'encontre d'un principe bien établi de la jurisprudence de la Cour, à savoir que la Convention doit être interprétée non pas dans un splendide isolement mais en tenant compte du droit international pertinent (*Nada*, précité, § 169, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 55, CEDH 2001-XI, et *Al-Jedda c. Royaume-Uni* [GC], n° 27021/08, §§ 76 et 105, CEDH 2011). Au paragraphe 151 de son arrêt, la Cour opère une distinction artificielle entre le droit international pertinent et la Convention, jugeant la clause des « valeurs de la Convention » inapplicable à des faits survenus avant l'adoption de la Convention en 1950. Cette distinction est inexistante dans sa jurisprudence antérieure, qui ne lui avait pas donné l'occasion de connaître une affaire susceptible de relever de ladite clause (paragraphe 149 de l'arrêt). Enfin, il faut noter que, également à l'époque

de leur perpétration, les massacres commis en 1940 étaient contraires aux obligations imposées aux autorités par le droit international coutumier.

34. Nous estimons donc nous aussi que :

« [L]a gravité et l'ampleur des crimes de guerre commis en 1940 à Katyn, Kharkov et Tver, s'ajoutant à l'attitude des autorités russes après l'entrée en vigueur de la Convention, justifient l'application de la clause des circonstances spéciales de la dernière phrase du paragraphe 163 [de l'arrêt *Šilih*]. » (paragraphe 4 de l'opinion partiellement dissidente des juges Spielmann, Villiger et Nußberger jointe à l'arrêt de chambre)

En vertu de l'article 32 § 2 de la Convention (paragraphe 3 ci-dessus), la Cour statue sur sa propre compétence. Avec cet arrêt, elle a raté une occasion d'accomplir cette tâche-là et de confirmer ainsi la clause des « valeurs de la Convention » tirée des principes de l'arrêt *Šilih*. Ce faisant, elle a privé cette clause de sa portée humanitaire en l'espèce et peut-être amoindri sa portée dans l'hypothèse de son application future. Or cette approche est indéfendable si l'on veut que le système de la Convention remplisse le rôle censé être le sien, en l'occurrence faire de la Cour une « conscience » pour l'Europe¹⁰.

35. Conformément à sa vocation de conscience de l'Europe, la Convention a pour but de « protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs » (*Stanev c. Bulgarie* [GC], n° 36760/06, § 231, CEDH 2012). Or l'interprétation par la majorité de la clause humanitaire va à l'encontre de ce but même. Nous déplorons que la majorité ait interprété la clause humanitaire de la manière la moins humanitaire possible.

III. Conclusion

36. Nous exprimons notre désaccord et notre mécontentement profonds à l'égard des conclusions de la majorité dans la présente affaire, où furent perpétrées des violations particulièrement abominables des droits de l'homme, une affaire à l'issue de laquelle les longs retards de justice vécus par les requérants sont devenus un déni permanent de justice.

10. Déclaration de Lynn Ungood-Thomas (Royaume-Uni) lors de la première session de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, Strasbourg, *Recueil des travaux préparatoires de la CEDH*, Volume II, p. 174.

