

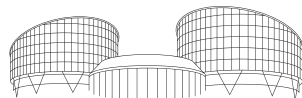
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME



REPORTS  
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL  
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2013-VI



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-VI**



Published by/Publié par

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

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

ISBN: 978-9-462-40245-4

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

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

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

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

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

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

### *Examples*

Judgment on the merits delivered by a Chamber

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

Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber

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

Decision on admissibility delivered by a Chamber

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

Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber

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

Judgment striking the case out delivered by a Chamber

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

Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

### *Exemples*

Arrêt rendu par une chambre sur le fond

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

Arrêt rendu par la Grande Chambre sur le fond

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

Décision rendue par une chambre sur la recevabilité

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

Décision rendue par la Grande Chambre sur la recevabilité

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

Arrêt rendu par une chambre rayant l'affaire du rôle

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

Arrêt rendu par une chambre sur un règlement amiable

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

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

---

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

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

## Contents/Table des matières

Subject matter/Objet des affaires .....	VII
<i>Del Río Prada v. Spain</i> [GC], no. 42750/09, judgment of 21 October 2013 (extracts) .....	1
<i>Del Río Prada c. Espagne</i> [GC], n° 42750/09, arrêt du 21 octobre 2013 (extraits) .....	63
<i>Vallianatos and Others v. Greece</i> [GC], nos. 29381/09 and 32684/09, judgment of 7 November 2013 (extracts) .....	125
<i>Vallianatos et autres c. Grèce</i> [GC], n°s 29381/09 et 32684/09, arrêt du 7 novembre 2013 (extraits).....	163
<i>Söderman v. Sweden</i> [GC], no. 5786/08, judgment of 12 November 2013.....	203
<i>Söderman c. Suède</i> [GC], n° 5786/08, arrêt du 12 novembre 2013....	259
<i>X v. Latvia</i> [GC], no. 27853/09, judgment of 26 November 2013 ...	319
<i>X c. Lettonie</i> [GC], n° 27853/09, arrêt du 26 novembre 2013.....	379



## Subject matter/Objet des affaires

### Article 5

#### Article 5 § 1

Postponement of final date of release as a result of change in case-law after imposition of original sentence

*Del Río Prada v. Spain* [GC], p. 1

Report de la date de mise en liberté définitive en application d'une nouvelle jurisprudence intervenue après la condamnation

*Del Río Prada c. Espagne* [GC], p. 63

### Article 7

#### Article 7 § 1

Postponement of final date of release as a result of change in case-law after imposition of original sentence

*Del Río Prada v. Spain* [GC], p. 1

Report de la date de mise en liberté définitive en application d'une nouvelle jurisprudence intervenue après la condamnation

*Del Río Prada c. Espagne* [GC], p. 63

### Article 8

Lack of clear statutory provisions criminalising act of covertly filming a naked child

*Söderman v. Sweden* [GC], p. 203

Absence de dispositions légales claires pour ériger en infraction le fait de filmer en secret un enfant nu

*Söderman c. Suède* [GC], p. 259

Lack of an in-depth examination of all relevant factors in reaching a decision on the return of a child in application of the Hague Convention

*X v. Latvia* [GC], p. 319

Absence d'examen approfondi de tous les éléments pertinents lors de la décision sur le retour d'un enfant en application de la Convention de La Haye

*X c. Lettonie* [GC], p. 379

**Article 14 in conjunction with Article 8/****Article 14 combiné avec l'article 8**

Exclusion of same-sex couples from “civil unions”

*Vallianatos and Others v. Greece* [GC], p. 125

Exclusion des couples de même sexe du « pacte de vie commune »

*Vallianatos et autres c. Grèce* [GC], p. 163



DEL RÍO PRADA v. SPAIN  
(*Application no. 42750/09*)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 21 OCTOBER 2013<sup>1</sup>

---

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



SUMMARY<sup>1</sup>**Postponement of final date of release as a result of change in case-law after imposition of original sentence**

A Supreme Court's departure from its previous case-law is in breach of Article 7 of the Convention – which unconditionally prohibits the retrospective application of criminal law to the accused's disadvantage – where such a change is unforeseeable and renders ineffective any remissions of sentence for work done in detention to which the applicant was entitled by the law in force at the relevant time and in accordance with final decisions, thus altering the scope of the penalty imposed (see paragraphs 112, 114 and 117).

**Article 7 § 1**

*Nulla poena sine lege – Heavier penalty – Retroactivity – Postponement of final date of release as a result of change in case-law after imposition of original sentence – Scope of penalty – Term to be served – Sentences pronounced or imposed – Remission of sentence – Combination of sentences and setting of maximum total term – Maximum term as a new, independent sentence – “Parot doctrine” – Manner of execution of sentence – Foreseeability*

**Article 5 § 1**

*Lawful arrest or detention – Postponement of final date of release as a result of change in case-law after imposition of original sentence*

\*

\* \*

*Facts*

Between 1988 and 2000, in eight sets of criminal proceedings, the applicant received a series of prison sentences amounting to more than 3,000 years in total for various offences linked to terrorist attacks. In November 2000, in view of the close legal and chronological connection between the offences, the *Audiencia Nacional* combined the applicant's sentences and fixed the total term to be served at thirty years, in accordance with the limit provided for in the 1973 Criminal Code, as in force at the relevant time. In April 2008 the authorities at the prison where the applicant was being held scheduled the date of her release for July 2008, after

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

deducting remissions of sentence for the work she had done in prison since the start of her detention in 1987. Subsequently, in May 2008 the *Audiencia Nacional* asked the prison authorities to revise the applicant's planned release date and recalculate it on the basis of a new approach (known as the "Parot doctrine") adopted by the Supreme Court in a judgment of February 2006, according to which the relevant sentence adjustments and remissions were to be applied to each of the sentences individually and not to the maximum term of thirty years' imprisonment. As a result, the final date for the applicant's release was set at 27 June 2017. Her subsequent appeals were unsuccessful.

#### *Law*

(1) Article 7 § 1: The parties' submissions mainly concerned the calculation of the total term to be served by the applicant in accordance both with the rules on combining sentences and setting a maximum term, and with the system of remissions of sentence for work done in detention as provided for in the 1973 Criminal Code.

(a) *Scope of the penalty imposed* – Under the 1973 Criminal Code, as applicable at the time when the offences had been committed, the maximum term of thirty years' imprisonment corresponded to the maximum term that could be served (*condena*) in the event of multiple related offences, as distinct from the concept of the "sentences" (*penas*) pronounced or imposed in the various judgments convicting the offender. Furthermore, for the purpose of discharging the "sentence imposed", prisoners were entitled to one day's remission for every two days' work done. However, there had been no specific rules on how to apply remissions of sentence when multiple sentences were combined and a maximum total term of imprisonment was set, as in the applicant's case, where sentences totalling 3,000 years' imprisonment had been reduced to thirty years. It was not until the new 1995 Criminal Code had been drafted that the law had expressly stated, with regard to the application of sentence adjustments, that in exceptional cases the total duration of the sentences imposed could be taken into account, rather than the maximum term that could be served by law.

Having regard to the case-law and practice concerning the interpretation of the relevant provisions of the 1973 Criminal Code, prior to the Supreme Court's 2006 judgment, when a prisoner's sentences had been combined and a maximum total term set, the prison authorities and the courts had applied any remissions of sentence for work done in detention to the maximum term to be served. They had thus taken into account the maximum legal term of thirty years' imprisonment when applying remissions of sentence for work done in detention. In a judgment of March 1994, the Supreme Court had referred to the maximum legal term of thirty years' imprisonment as a "new, independent sentence" to which any adjustments provided for by law should be applied. Accordingly, despite the ambiguity of the

relevant provisions of the 1973 Criminal Code and the fact that the Supreme Court had not set about clarifying them until 1994, it had clearly been the practice of the prison and judicial authorities to treat the term to be served (*condena*), as resulting from the thirty-year upper limit, as a new, independent sentence to which certain adjustments, such as remissions of sentence for work done in detention, were to be applied. In the light of that practice, while serving her prison sentence the applicant had been entitled to believe that the penalty imposed was the one resulting from the thirty-year maximum term, from which any remissions of sentence for work done in detention would be deducted. Moreover, remissions of sentence for work done in detention had been expressly provided for by statutory law, which required the term of imprisonment to be automatically reduced as a recompense for any work done in detention, except in two cases: when the prisoner escaped or attempted to escape, and when the prisoner misbehaved. Even in these two cases, remissions of sentence already allowed by a judge could not be taken away retroactively, as the days corresponding to the remissions of sentence already granted were deemed to have been served and formed part of the prisoner's legally acquired rights.

Although the 1995 Criminal Code had done away with remissions of sentence for work done in detention for people convicted in the future, its transitional provisions allowed prisoners convicted under the old 1973 Criminal Code – like the applicant – to continue to enjoy the benefits of such arrangements if this was to their advantage. However, the law had introduced harsher conditions for granting release on licence, even for prisoners convicted before its entry into force. The Court inferred from this that in opting, as a transitional measure, to maintain the effects of the rules concerning remissions of sentence for work done in detention and for the purposes of determining the more lenient criminal law, the legislature had considered those rules to be part of substantive criminal law, that is to say of the provisions affecting the actual fixing of the sentence, and not just its execution. In the light of the foregoing, at the time when the applicant had committed the offences for which she had been prosecuted and when the decision had been taken to combine the sentences and set a maximum prison term, the relevant law, taken as a whole, had been formulated with sufficient precision to enable the applicant to discern, to a degree that was reasonable in the circumstances, the scope of the penalty imposed on her, bearing in mind the maximum legal term of thirty years and the system of remissions of sentence for work done in detention as resulting from the 1973 Criminal Code. The penalty imposed on the applicant had thus amounted to a maximum of thirty years' imprisonment, it being understood that any remissions of sentence for work done in detention would be deducted from that term.

(b) *Whether the application of the “Parot doctrine” to the applicant had altered only the means of executing the penalty or its actual scope* – In May 2008 the *Audiencia Nacional* had rejected the proposal to set 2 July 2008 as the date for the applicant's

final release, instead relying on the “Parot doctrine” established in the Supreme Court’s judgment of February 2006 – well after the offences had been committed, the sentences combined and a maximum term of imprisonment fixed. It had taken the view that the new rule by which remissions of sentence for work done in detention were to be applied to each of the individual sentences – rather than to the thirty-year maximum term as previously – was more in conformity with the actual wording of the 1973 Criminal Code. The application of the “Parot doctrine” to the applicant’s situation had rendered ineffective the remissions of sentence for work done in detention to which she had been entitled by law and in accordance with final decisions by judges responsible for the execution of sentences. As a result, the maximum term of thirty years’ imprisonment had ceased to be an independent sentence to which remissions for work done in detention were to be applied, and instead had become a thirty-year prison sentence to which, in practice, no such remissions were applicable.

(c) *Whether the “Parot doctrine” had been reasonably foreseeable* – The change in the system for applying remissions of sentence had been the result of the Supreme Court’s departure from previous case-law, as opposed to a change in legislation. In March 1994 the Supreme Court had taken the view that the maximum term of thirty years’ imprisonment was a “new, independent sentence” to which all the remissions of sentence provided for by law were to be applied; and it had been the practice of the prison and judicial authorities prior to the “Parot doctrine” to apply remissions of sentence for work done in detention to the maximum term of thirty years’ imprisonment. The Supreme Court had not departed from its previous case-law until 2006, ten years after the law to which it referred had been repealed. It had given a new interpretation of the provisions of a law that was no longer in force, namely the 1973 Criminal Code, which had been superseded by the 1995 Criminal Code. In addition, the transitional provisions of the 1995 Criminal Code had been intended to maintain the effects of the system of remissions of sentence for work done in detention set in place by the 1973 Criminal Code in respect of people convicted under that Code, precisely so as to comply with the rules prohibiting retroactive application of the more stringent criminal law. However, the Supreme Court’s new interpretation, which had rendered ineffective any remissions of sentence already granted, meant in practice that the applicant and other people in similar situations were deprived of the benefits of the remission system.

Lastly, while the Court accepted that the Supreme Court had not retroactively applied the law amending the 1995 Criminal Code, it was nevertheless clear from the reasons given by the Supreme Court that it had pursued the same aim as the law in question, namely to guarantee the full and effective execution of the maximum legal term of imprisonment by those serving several long sentences. In this connection, while States were free to change their own criminal policy, for example by increasing the penalties applicable to criminal offences, in doing so they nevertheless had to comply with the requirements of Article 7 of the Convention,

which unconditionally prohibited the retrospective application of criminal law where this was to an accused's disadvantage.

In the light of the foregoing, at the times when the applicant had received her sentences and when she had been notified of the decision to combine them and set a maximum term of imprisonment, there had been no indication of any perceptible line of case-law development in keeping with the Supreme Court's 2006 judgment. The applicant had therefore had no reason to expect that the Supreme Court would depart from its previous case-law or that the *Audiencia Nacional*, as a result, would apply the remissions of sentence she had been granted to each of her sentences successively, rather than to the maximum thirty-year term. This departure from the case-law had had the effect of modifying the scope of the penalty imposed, to the applicant's disadvantage.

*Conclusion:* violation (fifteen votes to two).

(2) Article 5 § 1: The applicant had been convicted by a competent court in accordance with a procedure prescribed by law, and had received prison sentences totalling over 3,000 years. In most of the judgments concerned, as well as in its decision of November 2000 to combine the sentences and set a maximum total term, the *Audiencia Nacional* had indicated that the applicant was to serve a maximum term of thirty years' imprisonment in accordance with the 1973 Criminal Code. The applicant's detention had not yet attained that maximum term. There was clearly a causal link between the applicant's convictions and her continuing detention after 2 July 2008, which had resulted respectively from the guilty verdicts and the maximum thirty-year term of imprisonment.

In the light of the considerations that had led it to find a violation of Article 7 of the Convention, the Court considered that at the times when the applicant had been convicted, when she had worked while in detention and when she had been notified of the decision to combine the sentences and set a maximum total term, she could not reasonably have foreseen that the method used to apply remissions of sentence for work done in detention would change as a result of a departure from case-law by the Supreme Court in 2006, and that the new approach would be applied to her. This had delayed the date of her release by about nine years. She had therefore served a longer term of imprisonment than she should have served under the domestic legal system as it had stood at the time of her conviction, taking into account the remissions of sentence she had already been granted in conformity with the law. Accordingly, since 3 July 2008 the applicant's detention had not been "lawful".

*Conclusion:* violation (unanimously).

(3) Article 46: In view of the particular circumstances of the case and the urgent need to put an end to the violations of the Convention found in the present case,

it was incumbent on the respondent State to ensure that the applicant was released at the earliest possible date.

Article 41: The Court made an award to the applicant in respect of non-pecuniary damage.

### Case-law cited by the Court

- Achour v. France* [GC], no. 67335/01, ECHR 2006-IV  
*Aleksanyan v. Russia*, no. 46468/06, 22 December 2008  
*Alimuçaj v. Albania*, no. 20134/05, 7 February 2012  
*Amuur v. France*, 25 June 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III  
*Assanidze v. Georgia* [GC], no. 71503/01, ECHR 2004-II  
*Baranowski v. Poland*, no. 28358/95, ECHR 2000-III  
*Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey* [GC], nos. 23536/94 and 24408/94, ECHR 1999-IV  
*Boulois v. Luxembourg* [GC], no. 37575/04, ECHR 2012  
*Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, ECHR 2004-V  
*C.R. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, Series A no. 335-C  
*Cantoni v. France*, 15 November 1996, *Reports* 1996-V  
*Çelikkaya v. Turkey* (dec.), no. 34026/03, 1 June 2010  
*Coëme and Others v. Belgium*, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, ECHR 2000-VII  
*Creangă v. Romania* [GC], no. 29226/03, 23 February 2012  
*Dragotoniū and Militaru-Pidhorni v. Romania*, nos. 77193/01 and 77196/01, 24 May 2007  
*E.K. v. Turkey*, no. 28496/95, 7 February 2002  
*Ecer and Zeyrek v. Turkey*, nos. 29295/95 and 29363/95, ECHR 2001-II  
*Fatullayev v. Azerbaijan*, no. 40984/07, 22 April 2010  
*Giza v. Poland* (dec.), no. 1997/11, 23 October 2012  
*Grava v. Italy*, no. 43522/98, 10 July 2003  
*Grosskopf v. Germany*, no. 24478/03, 21 October 2010  
*Gurguchiani v. Spain*, no. 16012/06, 15 December 2009  
*Guzzardi v. Italy*, 6 November 1980, Series A no. 39  
*Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], no. 27765/09, ECHR 2012  
*Hogben v. the United Kingdom*, no. 11653/85, Commission decision of 3 March 1986, *Decisions and Reports* 46  
*Hosein v. the United Kingdom*, no. 26293/95, Commission decision of 28 February 1996  
*Jamil v. France*, 8 June 1995, Series A no. 317-B  
*K.-H.W. v. Germany* [GC], no. 37201/97, 22 March 2001  
*Kafkaris v. Cyprus* [GC], no. 21906/04, ECHR 2008  
*Kalan v. Turkey* (dec.), no. 73561/01, 2 October 2001  
*Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, Series A no. 260-A



*Kononov v. Latvia* [GC], no. 36376/04, ECHR 2010  
*Korbely v. Hungary* [GC], no. 9174/02, ECHR 2008  
*Kruslin v. France*, 24 April 1990, Series A no. 176-A  
*L.-G.R. v. Sweden*, no. 27032/95, Commission decision of 15 January 1997  
*M. v. Germany*, no. 19359/04, ECHR 2009  
*Macedo da Costa v. Luxembourg* (dec.), no. 26619/07, 5 June 2012  
*Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina* [GC], nos. 2312/08 and 34179/08, ECHR 2013  
*Mihai Toma v. Romania*, no. 1051/06, 24 January 2012  
*Monne v. France* (dec.), no. 39420/06, 1 April 2008  
*Oshurko v. Ukraine*, no. 33108/05, 8 September 2011  
*Pessino v. France*, no. 40403/02, 10 October 2006  
*Pilla v. Italy*, no. 64088/00, 2 March 2006  
*S.W. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, Series A no. 335-B  
*Şahin Karataş v. Turkey*, no. 16110/03, 17 June 2008  
*Scoppola v. Italy (no. 2)* [GC], no. 10249/03, 17 September 2009  
*Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, ECHR 2000-VIII  
*Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, ECHR 2002-IV  
*Stanev v. Bulgaria* [GC], no. 36760/06, ECHR 2012  
*Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, ECHR 2001-II  
*Szabó v. Sweden* (dec.), no. 28578/03, ECHR 2006-VIII  
*Uttley v. the United Kingdom* (dec.), no. 36946/03, 29 November 2005  
*Van der Velden v. the Netherlands* (dec.), no. 29514/05, ECHR 2006-XV  
*Van Droogenbroeck v. Belgium*, 24 June 1982, Series A no. 50  
*Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2)* [GC], no. 32772/02, ECHR 2009  
*Weeks v. the United Kingdom*, 2 March 1987, Series A no. 114  
*Welch v. the United Kingdom*, 9 February 1995, Series A no. 307-A



**In the case of Del Río Prada v. Spain,**

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

Dean Spielmann, *President*,  
Guido Raimondi,  
Ineta Ziemele,  
Mark Villiger,  
Isabelle Berro-Lefèvre,  
Elisabeth Steiner,  
George Nicolaou,  
Luis López Guerra,  
Ledi Bianku,  
Ann Power-Forde,  
Işıl Karakaş,  
Paul Lemmens,  
Paul Mahoney,  
Aleš Pejchal,  
Johannes Silvis,  
Valeriu Griţco,  
Faris Vehabović, *judges*,

and Michael O’Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 20 March 2013 and 12 September 2013,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 42750/09) against the Kingdom of Spain lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Spanish national, Ms Inés del Río Prada (“the applicant”), on 3 August 2009.

2. The applicant was represented by Mr S. Swaroop, Mr M. Muller and Mr M. Ivers, lawyers practising in London, Mr D. Rouget, a lawyer practising in Bayonne, Ms A. Izko Aramendia, a lawyer practising in Pamplona, and Mr U. Aiartza Azurtza, a lawyer practising in San Sebastián. The Spanish Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr F. Sanz Gandásegui, and their co-Agent, Mr I. Salama Salama, State Counsel.

3. The applicant alleged in particular that, since 3 July 2008, her continued detention had been neither “lawful” nor “in accordance with a procedure prescribed by law” as required by Article 5 § 1 of the Convention. Relying on Article 7, she also complained that what she considered to be the retroactive application of a new approach adopted by the Supreme Court after her conviction had increased the length of her imprisonment by almost nine years.

4. The application was allocated to the Third Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 19 November 2009 the President of the Third Section decided to give notice of the application to the Government. It was also decided to rule on the admissibility and merits of the application at the same time (Article 29 § 1 of the Convention). On 10 July 2012 a Chamber of that Section, composed of Josep Casadevall, President, Corneliu Bîrsan, Alvina Gyulumyan, Egbert Myjer, Ján Šikuta, Luis López Guerra and Nona Tsotsoria, judges, and Santiago Quesada, Section Registrar, gave judgment. They unanimously declared the complaints under Article 7 and Article 5 § 1 of the Convention admissible and the remainder of the application inadmissible, then proceeded to find a violation of those provisions.

5. On 4 October 2012 the Court received a request from the Government for the case to be referred to the Grand Chamber. On 22 October 2012 a panel of the Grand Chamber decided to refer the case to the Grand Chamber (Article 43 of the Convention).

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

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

8. In addition, third-party comments were received from Ms Róisín Pillay on behalf of the International Commission of Jurists (ICJ), who had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3).

9. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 20 March 2013 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr I. Salama Salama,  
Mr F. Sanz Gandásegui,  
Mr J. Requena Juliani,  
Mr J. Nistal Buron,

*Co-Agent,*  
*Agent,*  
  
*Advisers;*

(b) *for the applicant*

Mr M. Muller,

Mr S. Swaroop,

Mr M. Ivers,

*Counsel,*

Mr D. Rouget,

Ms A. Izko Aramendia,

Mr U. Aiartza Azurtza,

*Advisers.*

The Court heard addresses by Mr Muller, Mr Swaroop, Mr Ivers and Mr Salama Salama, as well as replies from Mr Muller, Mr Swaroop, Mr Ivers and Mr Sanz Gandásegui to its questions.

## THE FACTS

## I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

10. The applicant was born in 1958. She is serving a prison sentence in the region of Galicia.

11. In eight separate sets of criminal proceedings before the *Audiencia Nacional*<sup>1</sup>, the applicant was sentenced as follows.

(a) In judgment no. 77/1988 of 18 December 1988: for being a member of a terrorist organisation, to eight years' imprisonment; for illegal possession of weapons, to seven years' imprisonment; for possession of explosives, to eight years' imprisonment; for forgery, to four years' imprisonment; and for using forged identity documents, to six months' imprisonment.

(b) In judgment no. 8/1989 of 27 January 1989: for damage to property, in conjunction with six counts of grievous bodily harm, one of causing bodily harm and nine of causing minor injuries, to sixteen years' imprisonment.

(c) In judgment no. 43/1989 of 22 April 1989: for a fatal attack and for murder, to twenty-nine years' imprisonment on each count.

(d) In judgment no. 54/1989 of 7 November 1989, for a fatal attack, to thirty years' imprisonment; for eleven murders, to twenty-nine years for each murder; for seventy-eight attempted murders, to twenty-four years on each count; and for damage to property, to eleven years' imprisonment. The *Audiencia Nacional* ordered that, in accordance with Article 70.2 of the Criminal Code of 1973, the maximum term to be served (*condena*) should be thirty years.

1. Court with jurisdiction in terrorist cases, among other things, sitting in Madrid.

(e) In judgment no. 58/1989 of 25 November 1989: for a fatal attack and two murders, to twenty-nine years' imprisonment in respect of each charge. The *Audiencia Nacional* ordered that, in accordance with Article 70.2 of the Criminal Code of 1973, the maximum term to be served (*condena*) should be thirty years.

(f) In judgment no. 75/1990 of 10 December 1990: for a fatal attack, to thirty years' imprisonment; for four murders, to thirty years' imprisonment on each count; for eleven attempted murders, to twenty years' imprisonment on each count; and on the charge of terrorism, to eight years' imprisonment. The judgment indicated that for the purposes of the custodial sentences, the maximum sentence provided for in Article 70.2 of the Criminal Code of 1973 should be taken into account.

(g) In judgment no. 29/1995 of 18 April 1995: for a fatal attack, to twenty-eight years' imprisonment, and for attempted murder, to twenty years and one day. The court again referred to the limits provided for in Article 70 of the Criminal Code.

(h) In judgment no. 24/2000 of 8 May 2000: for an attack with intent to murder, to thirty years' imprisonment; for murder, to twenty-nine years' imprisonment; for seventeen attempted murders, to twenty-four years' imprisonment on each count; and for damage to property, to eleven years' imprisonment. The judgment stated that the sentence to be served should not exceed the limit provided for in Article 70.2 of the Criminal Code of 1973. In determining which criminal law was applicable (the Criminal Code of 1973, which was applicable at the material time, or the later Criminal Code of 1995), the *Audiencia Nacional* considered that the more lenient law was the 1973 Criminal Code, because of the maximum term to be served as provided for in Article 70.2 of that Code, combined with the remissions of sentence for work done in detention as provided for in Article 100.

12. In all, the terms of imprisonment to which the applicant was sentenced for these offences, committed between 1982 and 1987, amounted to over 3,000 years.

13. The applicant was held in pre-trial detention from 6 July 1987 to 13 February 1989 and began to serve her first sentence after conviction on 14 February 1989.

14. By a decision of 30 November 2000, the *Audiencia Nacional* notified the applicant that the legal and chronological links between the offences of which she had been convicted made it possible to group them together (*acumulación de penas*) as provided for in section 988 of the Criminal Procedure Act (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*) in conjunction with Article 70.2 of the 1973 Criminal Code, in force when the offences were committed. The *Audiencia Nacional* fixed the maximum term to be

served by the applicant in respect of all her prison sentences combined at thirty years.

15. By a decision of 15 February 2001, the *Audiencia Nacional* set the date on which the applicant would have fully discharged her sentence (*liquidación de condena*) at 27 June 2017.

16. On 24 April 2008, taking into account the 3,282 days' remission to which she was entitled for the work she had done since 1987, the authorities at Murcia Prison, where the applicant was serving her sentence, proposed to the *Audiencia Nacional* that she be released on 2 July 2008. Documents submitted to the Court by the Government show that the applicant was granted ordinary and extraordinary remissions of sentence by virtue of decisions of the judges responsible for the execution of sentences (*Jueces de Vigilancia Penitenciaria* at first instance and *Audiencias Provinciales* on appeal) in 1993, 1994, 1997, 2002, 2003 and 2004, for cleaning the prison, her cell and the communal areas and undertaking university studies.

17. However, on 19 May 2008 the *Audiencia Nacional* rejected that proposal and asked the prison authorities to submit a new date for the applicant's release, based on a new precedent (known as the "Parot doctrine") set by the Supreme Court in its judgment no. 197/2006 of 28 February 2006. According to this new approach, sentence adjustments (*beneficios*) and remissions were no longer to be applied to the maximum term of imprisonment of thirty years, but successively to each of the sentences imposed ...

18. The *Audiencia Nacional* explained that this new approach applied only to people convicted under the Criminal Code of 1973 to whom Article 70.2 thereof had been applied. As that was the applicant's case, the date of her release was to be changed accordingly.

19. The applicant lodged an appeal (*súplica*) against that decision. She argued, *inter alia*, that the application of the Supreme Court's judgment was in breach of the principle of non-retroactive application of criminal-law provisions less favourable to the accused, because instead of being applied to the maximum term to be served, which was thirty years, remissions of sentence for work done in detention were henceforth to be applied to each of the sentences imposed. The effect, she argued, would be to increase the term of imprisonment she actually served by almost nine years. The Court has not been apprised of the outcome of this appeal.

20. By an order of 23 June 2008, based on a new proposal by the prison authorities, the *Audiencia Nacional* set the date for the applicant's final release (*licenciamiento definitivo*) at 27 June 2017.

21. The applicant lodged a *súplica* appeal against the order of 23 June 2008. By a decision of 10 July 2008 the *Audiencia Nacional* rejected the

applicant's appeal, explaining that it was not a question of limits on prison sentences, but rather of how to apply reductions of sentence in order to determine the date of a prisoner's release. Such reductions were henceforth to be applied to each sentence individually. Lastly, the *Audiencia Nacional* considered that the principle of non-retroactive application had not been breached because the criminal law applied in this case had been that in force at the time of its application.

22. Relying on Articles 14 (prohibition of discrimination), 17 (right to liberty), 24 (right to effective judicial protection) and 25 (principle of legality) of the Constitution, the applicant lodged an *amparo* appeal with the Constitutional Court. By a decision of 17 February 2009, the Constitutional Court declared the appeal inadmissible on the ground that the applicant had not demonstrated the constitutional relevance of her complaints.

...

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 7 OF THE CONVENTION

56. The applicant alleged that what she considered to be the retroactive application of a departure from the case-law by the Supreme Court after she had been convicted had extended her detention by almost nine years, in violation of Article 7 of the Convention, which reads as follows:

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

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

#### **A. The Chamber judgment**

57. In its judgment of 10 July 2012, the Chamber found that there had been a violation of Article 7 of the Convention.

58. It reached that finding after having noted, first of all, that although the provisions of the Criminal Code of 1973 applicable to remissions of sentence and the maximum term of imprisonment a person could serve – namely thirty years under Article 70 of that Code – were somewhat



ambiguous, in practice the prison authorities and the Spanish courts tended to treat the maximum legal term of imprisonment as a new, independent sentence to which adjustments such as remission of sentence for work done in detention should be applied. It concluded that at the time when the offences had been committed and at the time when the decision to combine the sentences had been adopted (on 30 November 2000), the relevant Spanish law, taken as a whole, including the case-law, had been formulated with sufficient precision to enable the applicant to discern to a reasonable degree the scope of the penalty imposed and the manner of its execution (see paragraph 55 of the Chamber judgment, with a reference, by contrast, to *Kafkaris v. Cyprus* [GC], no 21906/04, § 150, ECHR 2008).

59. Secondly, the Chamber observed that in the applicant's case the new interpretation by the Supreme Court in 2006 of the way in which remissions of sentence should be applied had led, retroactively, to the extension of the applicant's term of imprisonment by almost nine years, by depriving her of the remissions of sentence for work done in detention to which she would otherwise have been entitled. That being so, it considered that this measure not only concerned the execution of the applicant's sentence, but also had a decisive impact on the scope of the "penalty" for the purposes of Article 7 (see paragraph 59 of the Chamber judgment).

60. Thirdly, the Chamber noted that the Supreme Court's change of approach had no basis in the case-law, and that the Government themselves had acknowledged that the previous practice of the prisons and the courts would have been more favourable to the applicant. It pointed out that the departure from previous practice had come about after the entry into force of the new Criminal Code of 1995, which had done away with remissions of sentence for work done in detention and established new – stricter – rules on the application of sentence adjustments to prisoners sentenced to several lengthy terms of imprisonment. It emphasised that the domestic courts must not, retroactively and to the detriment of the individual concerned, apply the criminal policy behind legislative changes brought in after the offence was committed (see paragraph 62 of the Chamber judgment). It concluded that it had been difficult, or even impossible, for the applicant to imagine, at the material time and also at the time when all the sentences were combined and a maximum term of imprisonment fixed, that the Supreme Court would depart from its previous case-law in 2006 and change the way remissions of sentence were applied, that this departure from case-law would be applied to her case and that the duration of her incarceration would be substantially lengthened as a result (see paragraph 63 of the Chamber judgment).

## **B. The parties' submissions to the Grand Chamber**

### *1. The applicant*

61. The applicant submitted that the thirty-year maximum term of imprisonment set by the decision of 30 November 2000 to combine the sentences and place an upper limit on the term to be served amounted to a new sentence and/or the final determination of her sentence. She agreed with the Chamber's finding that practice at the time gave her a legitimate expectation, while serving her prison sentence, that the remissions of sentence to which she was entitled for the work done since 1987 would be applied to the maximum legal term of thirty years' imprisonment.

62. That being so, she submitted that the application to her case of the Supreme Court's departure from case-law in its judgment no. 197/2006 amounted to the retroactive imposition of an additional penalty that could not merely be described as a measure relating to the execution of the sentence. As a result of this change of approach the thirty-year term fixed by the decision of 30 November 2000, of which she had been notified the same day, had ceased to be treated as a new, independent and/or final sentence and the various sentences imposed on her between 1988 and 2000 (totalling over 3,000 years' imprisonment) in eight trials had, in a manner of speaking, been restored. The applicant submitted that by applying the remissions of sentence to each of her sentences individually, the Spanish courts had deprived her of the remissions of sentence she had earned and added nine years to her imprisonment. In so doing, the courts concerned had not simply altered the rules applicable to remissions of sentence, but had also redefined and/or substantially changed the "penalty" she had been informed she would have to serve.

63. The applicant argued that the Supreme Court's departure from the case-law in its judgment no. 197/2006 had not been reasonably foreseeable in the light of the previous practice and case-law, and had deprived the remissions of sentence for work done in detention provided for in the Criminal Code of 1973 of any meaning for people in her situation. In the applicant's submission the judgment concerned had resulted in the application to her case of the criminal policy behind the new Criminal Code of 1995, in spite of the fact that the intention of the drafters of the Code had been to keep the remissions of sentence provided for in the Criminal Code of 1973 in place for anyone who had been convicted under that Code.

64. In the alternative, there was no denying that at the time the applicant had committed the offences Spanish law had not been formulated with sufficient precision to enable her to discern, to a degree that was reasonable

in the circumstances, the scope of the penalty imposed and the manner of its execution (the applicant referred to *Kafkaris*, cited above, § 150). In the applicant's submission, the Criminal Code of 1973 was ambiguous in that it did not specify whether the maximum term of thirty years' imprisonment was a new, independent sentence, whether the individual sentences continued to exist once they had been combined together, and to which sentence the remissions of sentence for work done should be applied. Judgment no. 197/2006 had not clarified the question of sentencing as the Supreme Court had not expressly set aside its order of 25 May 1990 according to which the combining of sentences provided for in Article 70.2 of the Criminal Code of 1973 was the means of determining the sentence.

Besides, had that order still been in force the *Audiencia Nacional* would have had to choose between the various sentences to which the remissions of sentence could potentially have been applied, namely the thirty-year maximum term or the individual sentences. In conformity with the *Scoppola v. Italy (no. 2)* judgment ([GC], no. 10249/03, 17 September 2009), the *Audiencia Nacional* would have been obliged to apply the more lenient criminal law, regard being had to the particular circumstances of the case.

65. Also, the distinction between the penalty and its execution was not always clear in practice. It was for the Government, when relying on that distinction, to demonstrate that it was applicable in a particular case, notably when the lack of clarity was due to the way in which the State had drafted or applied its laws. The present case should be distinguished from cases concerning discretionary measures of early release or measures that did not result in a redefinition of the penalty (the applicant referred to *Hogben [v. the United Kingdom]*, no. 11653/85, Commission decision of 3 March 1986, Decisions and Reports 46, p. 231]; *Hosein v. the United Kingdom*, no. 26293/95, Commission decision of 28 February 1996; *Grava [v. Italy]*, no. 43522/98, 10 July 2003]; and *Uttley v. the United Kingdom (dec.)*, no. 36946/03, 29 November 2005). In the alternative, from the point of view of the quality of the law the present case was more like the above-cited *Kafkaris* judgment in terms of the uncertainty as to the scope and substance of the penalty, due in part to the way in which the rules on remissions of sentence had been interpreted and applied. In any event, it was clear from *Kafkaris* that the "quality of law" requirement applied both to the scope of the penalty and to the manner of its execution, particularly when the substance and the execution of the penalty were closely linked.

66. Lastly, regarding the case-law in criminal matters, even assuming that it was legitimate for the courts to alter their approach to keep abreast of social changes, the Government had failed to explain why the new approach had been applied retroactively. In any event, neither the Government nor

the courts had claimed that the new 2006 approach had been applied to the applicant in response to “new social realities”.

## 2. *The Government*

67. The Government reiterated that the applicant was a member of the ETA criminal organisation and had taken part in numerous terrorist attacks from 1982 until her detention in 1987. They added that for her crimes the applicant had been sentenced between 1988 and 2000 to imprisonment totalling over 3,000 years, for twenty-three murders, fifty-seven attempted murders and other offences. They submitted that the different judgments convicting the applicant had been based on the Criminal Code of 1973, which had been in force at the times when the offences had been committed and which gave a very clear definition of the different offences and the penalties they entailed. Five of the judgments by which the applicant had been convicted, as well as the decision of 30 November 2000 to combine the sentences and set a maximum term of imprisonment, had expressly informed the applicant that, in accordance with Article 70.2 of the Criminal Code, the total duration of the prison sentence she would have to serve was thirty years. They also pointed out that on 15 February 2001, the date of the *Audiencia Nacional*'s decision setting 27 June 2017 as the date on which the applicant would have finished serving her sentence, the applicant had already accrued over four years' remission of sentence for work done in detention. And as she had not appealed against that decision, she was considered to have acquiesced to the release date fixed by the *Audiencia Nacional*.

68. It was perfectly clear under the provisions of the Criminal Code of 1973 that the maximum term of thirty years was not to be regarded as a new penalty but rather as a measure placing an upper limit on the total term of imprisonment in respect of the various sentences imposed, to be served successively in order of decreasing severity, the residual sentences being extinguished accordingly. The sole purpose of combining and placing an upper limit on the sentences had been to fix the duration of the actual term to be served as a result of all the sentences imposed in the different sets of proceedings. Besides, Article 100 of the Criminal Code of 1973 made it just as clear that remissions of sentence for work done in detention were to be applied to the “sentence imposed”, in other words to each of the sentences imposed until the maximum term had been reached.

69. While it was true that prior to the adoption by the Supreme Court of judgment no. 197/2006 the Spanish prisons and courts had tended, in practice, to apply remissions of sentence for work done in detention to the

thirty-year maximum term of imprisonment, that practice did not concern the determination of the penalty, but rather its execution. Furthermore, that practice had no basis in the case-law of the Supreme Court in the absence of any established principle as to the manner of applying remissions of sentence for work done in detention. The sole judgment delivered on this issue by the Supreme Court in 1994 did not suffice to set an authoritative precedent under Spanish law. The Supreme Court's case-law in the matter had not been settled until its Criminal Division had adopted judgment no. 197/2006. What is more, the Government argued, that case-law had been endorsed by the full Constitutional Court in several judgments delivered on 29 March 2012, containing numerous references to the Court's case-law concerning the distinction between a "penalty" and its "execution".

70. In the Government's submission, the Chamber had mistakenly considered that the application of the "Parot doctrine" had deprived of all purpose the remissions of sentence for work done in detention granted to convicted prisoners under the Criminal Code of 1973. Remissions of sentence continued to be applied, but to each of the sentences individually, until the maximum term had been reached. Only in the case of the most serious crimes, such as those committed by the applicant, would the thirty-year limit be reached before the remissions of sentence granted for work done in detention had significantly reduced the sentences imposed. Similarly, the Chamber had mistakenly considered that the Supreme Court had retroactively applied the policy behind the legislative reforms of 1995 and 2003. It was plain to see that the reforms in question made no mention of the means of applying remissions of sentence for work done in detention, the Criminal Code of 1995 having done away with them. Had the criminal policy behind the 2003 law been applied retroactively, the applicant would have been liable to a maximum term of imprisonment of forty years.

71. In its judgment the Chamber had departed from the Court's case-law concerning the distinction between measures that amounted to a "penalty" and those relating to the "execution" of a penalty. Under that case-law, a measure concerning remission of sentence or a change in the system of release on licence was not an integral part of the "penalty" within the meaning of Article 7 (the Government referred to *Grava*, § 51; *Uttley*; *Kafkaris*, § 142; and *Hogben*, all cited above). In *Kafkaris*, the Court had acknowledged that a prison-law reform which was applied retroactively, excluding prisoners serving life sentences from earning remissions of sentence for work done in detention, concerned the execution of the sentence as opposed to the "penalty" imposed (§ 151). In the present case the Government submitted

that there had been no change in prison law. The only effect of Supreme Court judgment no. 197/2006 concerning remissions of sentence for work done in detention had been to prevent the date of the applicant's release being brought forward nine years, not to increase the penalty imposed on her.

72. The present case differed from cases which clearly concerned the penalty as opposed to its execution (the Government cited *Scoppola (no. 2)*, cited above; *Gurguchiani [v. Spain]*, no. 16012/06, 15 December 2009]; and *M. v. Germany* [no. 19359/04, ECHR 2009]). The disputed measure concerned remissions of sentence or "early release", not the maximum term that could be served in respect of the sentences imposed, which had not changed. Remissions of sentence for work done in detention did not pursue the same aims as the penalty as such, but were measures relating to its execution in so far as they allowed prisoners to be released before all their sentences had been served, provided that they demonstrated a willingness to return to the social mainstream through work or other paid activities. That being so, remissions of sentence for work done in detention could not be likened to measures imposed following conviction for a "criminal offence"; instead, they were measures relating to the prisoner's conduct while serving the sentence. In any event there was no question of any "severity" as they always benefited the prisoner concerned by bringing forward the date of release.

73. The Government further submitted that the Chamber judgment was inconsistent with the Court's case-law on the question of to what extent a person should be able, when committing an offence, to predict the exact term of imprisonment he or she would incur. As remissions of sentence for work done in detention were purely a prison matter, the Supreme Court could not be criticised for having departed from previous practice with regard to the application of remissions of sentence, as the change had had no effect on the rights enshrined in Article 7. The Court had never held that the foreseeability requirement extended to the exact length of the sentence to be served taking into account sentence adjustments, remissions, pardons or any other factors affecting the execution of the sentence. Such factors were impossible to foresee and to calculate *ex ante*.

74. Lastly, the Government submitted that the implications of the Chamber judgment were open to dispute as they shed doubt on the value and purpose the Court itself had attributed to case-law in criminal and prison matters (see *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, § 50, ECHR 2001-II). The Chamber had

considered that a single judgment given in 1994 – faulty, albeit confirmed by administrative practice – should prevail over case-law established by the Supreme Court and endorsed by the Constitutional Court, even though the latter case-law was more in keeping with the wording of the law in force at the material time. A judicial interpretation respectful of the letter of the applicable law could not, as a matter of principle, be said to be unforeseeable.

### **C. Third-party observations**

75. The International Commission of Jurists pointed out that the principle of no punishment without law enshrined in Article 7 of the Convention and in other international agreements was an essential component of the rule of law. It submitted that, in conformity with that principle, and with the aim and purpose of Article 7 prohibiting any arbitrariness in the application of the law, the autonomous concepts of “law” and “penalty” must be interpreted sufficiently broadly to preclude the surreptitious retroactive application of a criminal law or a penalty to the detriment of a convicted person. It argued that where changes to the law or the interpretation of the law affected a sentence or remission of sentence in such a way as to seriously alter the sentence in a way that was not foreseeable at the time when it was initially imposed, to the detriment of the convicted person and his or her Convention rights, those changes, by their very nature, concerned the substance of the sentence and not the procedure or arrangements for executing it, and accordingly fell within the scope of the prohibition of retroactivity. The International Commission of Jurists submitted that certain legal provisions classified at domestic level as rules governing criminal procedure or the execution of sentences had serious, unforeseeable effects detrimental to individual rights, and were by nature comparable or equivalent to a criminal law or a penalty with retroactive effect. For this reason the prohibition of retroactivity should apply to such provisions.

76. In support of its argument that the principle of non-retroactivity should apply to procedural rules or rules governing the execution of sentences which seriously affected the rights of the accused or convicted person, the International Commission of Jurists referred to various sources of international and comparative law (statutes and rules of procedure of international criminal courts, as well as Portuguese, French and Netherlands legislation and case-law).

## D. The Court's assessment

### 1. Principles established by the Court's case-law

#### (a) *Nullum crimen, nulla poena sine lege*

77. The guarantee enshrined in Article 7, which is an essential element of the rule of law, occupies a prominent place in the Convention system of protection, as is underlined by the fact that no derogation from it is permissible under Article 15 even in time of war or other public emergency threatening the life of the nation. It should be construed and applied, as follows from its object and purpose, in such a way as to provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment (see *S.W. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, § 34, Series A no. 335-B; *C.R. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, § 32, Series A no. 335-C; and *Kafkaris*, cited above, § 137).

78. Article 7 of the Convention is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage (concerning the retrospective application of a penalty, see *Welch v. the United Kingdom*, 9 February 1995, § 36, Series A no. 307-A; *Jamil v. France*, 8 June 1995, § 35, Series A no. 317-B; *Ecer and Zeyrek v. Turkey*, nos. 29295/95 and 29363/95, § 36, ECHR 2001-II; and *Mihai Toma v. Romania*, no. 1051/06, §§ 26-31, 24 January 2012). It also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege* – see *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, § 52, Series A no. 260-A). While it prohibits in particular extending the scope of existing offences to acts which previously were not criminal offences, it also lays down the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy (see *Coëme and Others v. Belgium*, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, § 145, ECHR 2000-VII; for an example of the application of a penalty by analogy, see *Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey* [GC], nos. 23536/94 and 24408/94, §§ 42-43, ECHR 1999-IV).

79. It follows that offences and the relevant penalties must be clearly defined by law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision, if need be with the assistance of the courts' interpretation of it and after taking appropriate legal advice, what acts and omissions will make him criminally liable and what penalty he faces on that account (see *Cantoni v. France*, 15 November 1996, § 29, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, and *Kafkaris*, cited above, § 140).



80. The Court must therefore verify that at the time when an accused person performed the act which led to his being prosecuted and convicted there was in force a legal provision which made that act punishable, and that the punishment imposed did not exceed the limits fixed by that provision (see *Coëme and Others*, cited above, § 145, and *Achour v. France* [GC], no. 67335/01, § 43, ECHR 2006-IV).

**(b) The concept of a “penalty” and its scope**

81. The concept of a “penalty” in Article 7 § 1 of the Convention is, like the notions of “civil rights and obligations” and “criminal charge” in Article 6 § 1, an autonomous Convention concept. To render the protection offered by Article 7 effective, the Court must remain free to go behind appearances and assess for itself whether a particular measure amounts in substance to a “penalty” within the meaning of this provision (see *Welch*, § 27, and *Jamil*, § 30, both cited above).

82. The wording of the second sentence of Article 7 § 1 indicates that the starting-point in any assessment of the existence of a penalty is whether the measure in question is imposed following conviction for a “criminal offence”. Other factors that may be taken into account as relevant in this connection are the nature and purpose of the measure; its characterisation under national law; the procedures involved in the making and implementation of the measure; and its severity (see *Welch*, § 28; *Jamil*, § 31; *Kafkaris*, § 142; and *M. v. Germany*, § 120, all cited above). The severity of the order is not in itself decisive, however, since many non-penal measures of a preventive nature may have a substantial impact on the person concerned (see *Welch*, cited above, § 32, and *Van der Velden v. the Netherlands* (dec.), no. 29514/05, ECHR 2006-XV).

83. Both the European Commission of Human Rights and the Court in their case-law have drawn a distinction between a measure that constitutes in substance a “penalty” and a measure that concerns the “execution” or “enforcement” of the “penalty”. In consequence, where the nature and purpose of a measure relate to the remission of a sentence or a change in a regime for early release, this does not form part of the “penalty” within the meaning of Article 7 (see, among other authorities, *Hogben*, cited above; *Hosein*, cited above; *L.-G.R. v. Sweden*, no. 27032/95, Commission decision of 15 January 1997; *Grava*, cited above, § 51; *Uttley*, cited above; *Kafkaris*, cited above, § 142; *Monne v. France* (dec.), no. 39420/06, 1 April 2008; *M. v. Germany*, cited above, § 121; and *Giza v. Poland* (dec.), no. 1997/11, § 31, 23 October 2012). In *Uttley*, for example, the Court found that the changes made to the rules on early release after the applicant’s conviction had not been “imposed” on him but were part of the general regime applicable

to prisoners and, far from being punitive, the nature and purpose of the “measure” were to permit early release, so they could not be regarded as inherently “severe”. The Court accordingly found that the application to the applicant of the new regime for early release was not part of the “penalty” imposed on him.

84. In *Kafkaris*, where changes to the prison legislation had deprived prisoners serving life sentences – including the applicant – of the right to remissions of sentence, the Court considered that the changes related to the execution of the sentence as opposed to the penalty imposed on the applicant, which remained that of life imprisonment. It explained that although the changes in the prison legislation and in the conditions of release might have rendered the applicant’s imprisonment harsher, these changes could not be construed as imposing a heavier “penalty” than that imposed by the trial court. It reiterated in this connection that issues relating to release policies, the manner of their implementation and the reasoning behind them fell within the power of the States Parties to the Convention to determine their own criminal policy (see *Achour*, cited above, § 44, and *Kafkaris*, cited above, § 151).

85. However, the Court has also acknowledged that, in practice, the distinction between a measure that constitutes a “penalty” and a measure that concerns the “execution” or “enforcement” of the “penalty” may not always be clear cut (see *Kafkaris*, § 142; *Gurguchiani*, § 31; and *M. v. Germany*, § 121, all cited above). In *Kafkaris* it accepted that the manner in which the Prison Regulations concerning the execution of sentences had been understood and applied in respect of the life sentence the applicant was serving went beyond the mere execution of the sentence. Whereas the trial court had sentenced the applicant to imprisonment for life, the Prison Regulations explained that what that actually meant was twenty years’ imprisonment, to which the prison authorities might apply any remissions of sentence. The Court considered that “the distinction between the scope of a life sentence and the manner of its execution was therefore not immediately apparent” (see *Kafkaris*, § 148).

86. In *Gurguchiani* (cited above), the Court considered that the replacement of a prison sentence – while it was being served – by expulsion combined with a ten-year ban on entering the country amounted to a penalty just like the one imposed when the applicant had been convicted.

87. In *M. v. Germany* (cited above), the Court considered that the extension of the applicant’s preventive detention by the courts responsible for the execution of sentences, by virtue of a law enacted after the applicant had committed his offence, amounted to an additional sentence imposed on him retrospectively.

88. The Court would emphasise that the term “imposed”, used in the second sentence of Article 7 § 1, cannot be interpreted as excluding from the scope of that provision all measures introduced after the pronouncement of the sentence. It reiterates in this connection that it is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory (see *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], no. 27765/09, § 175, ECHR 2012, and *Scoppola (no. 2)*, cited above, § 104).

89. In the light of the foregoing, the Court does not rule out the possibility that measures taken by the legislature, the administrative authorities or the courts after the final sentence has been imposed or while the sentence is being served may result in the redefinition or modification of the scope of the “penalty” imposed by the trial court. When that happens, the Court considers that the measures concerned should fall within the scope of the prohibition of the retroactive application of penalties enshrined in Article 7 § 1 *in fine* of the Convention. Otherwise, States would be free – by amending the law or reinterpreting the established regulations, for example – to adopt measures which retroactively redefined the scope of the penalty imposed, to the convicted person’s detriment, when the latter could not have imagined such a development at the time when the offence was committed or the sentence was imposed. In such conditions Article 7 § 1 would be deprived of any useful effect for convicted persons, the scope of whose sentences was changed *ex post facto* to their disadvantage. The Court points out that such changes must be distinguished from changes made to the manner of execution of the sentence, which do not fall within the scope of Article 7 § 1 *in fine*.

90. In order to determine whether a measure taken during the execution of a sentence concerns only the manner of execution of the sentence or, on the contrary, affects its scope, the Court must examine in each case what the “penalty” imposed actually entailed under the domestic law in force at the material time or, in other words, what its intrinsic nature was. In doing so, it must have regard to the domestic law as a whole and the way it was applied at the material time (see *Kafkaris*, cited above, § 145).

**(c) Foreseeability of criminal law**

91. When speaking of “law” Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises statutory law as well as case-law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability (see *Kokkinakis*, cited above, §§ 40-41; *Cantoni*, cited above, § 29; *Coëme and Others*, cited above, § 145; and *E.K. v. Turkey*, no. 28496/95, § 51,

7 February 2002). These qualitative requirements must be satisfied as regards both the definition of an offence and the penalty the offence carries.

92. It is a logical consequence of the principle that laws must be of general application that the wording of statutes is not always precise. One of the standard techniques of regulation by rules is to use general categorisations as opposed to exhaustive lists. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice (see *Kokkinakis*, cited above, § 40, and *Cantoni*, cited above, § 31). However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances (see *Kafkaris*, cited above, § 141).

93. The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain (*ibid.*). The progressive development of criminal law through judicial law-making is a well-entrenched and necessary part of legal tradition in the Convention States (see *Kruslin v. France*, 24 April 1990, § 29, Series A no. 176-A). Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen (see *S.W. v. the United Kingdom*, cited above, § 36; *C.R. v. the United Kingdom*, cited above, § 34; *Streletz, Kessler and Krenz*, cited above, § 50; *K.-H.W. v. Germany* [GC], no. 37201/97, § 85, 22 March 2001; *Korbely v. Hungary* [GC], no. 9174/02, § 71, ECHR 2008; and *Kononov v. Latvia* [GC], no. 36376/04, § 185, ECHR 2010). The lack of an accessible and reasonably foreseeable judicial interpretation can even lead to a finding of a violation of the accused's Article 7 rights (see, concerning the constituent elements of the offence, *Pessino v. France*, no. 40403/02, §§ 35-36, 10 October 2006, and *Dragotoniú and Militaru-Pidhorni v. Romania*, nos. 77193/01 and 77196/01, §§ 43-44, 24 May 2007; as regards the penalty, see *Alimuçaj v. Albania*, no. 20134/05, §§ 154-62, 7 February 2012). Were that not the case, the object and the purpose of this provision – namely that no one should be subjected to arbitrary prosecution, conviction or punishment – would be defeated.

## *2. Application of the above principles to the present case*

94. The Court notes at the outset that the legal basis for the applicant's various convictions and prison sentences was the Criminal Code of 1973,

the criminal law applicable at the time when the offences were committed (between 1982 and 1987), which the applicant has not disputed.

95. The Court observes that the parties' submissions mainly concern the calculation of the total term of imprisonment the applicant should serve in accordance with the rules concerning the maximum term of imprisonment in respect of combined sentences, on the one hand, and the system of remissions of sentence for work done in detention as provided for in the Criminal Code of 1973, on the other. The Court notes in this connection that, by a decision adopted on 30 November 2000 on the basis of section 988 of the Criminal Procedure Act and Article 70.2 of the Criminal Code of 1973, the *Audiencia Nacional* fixed the maximum term of imprisonment the applicant should serve in respect of all her prison sentences at thirty years (see paragraph 14 above). It further notes that, after having deducted from that thirty-year maximum term the remissions of sentence granted to the applicant for work done in detention, on 24 April 2008 the Murcia Prison authorities proposed 2 July 2008 to the *Audiencia Nacional* as the date for the applicant's final release (see paragraph 16 above). On 19 May 2008 the *Audiencia Nacional* asked the prison authorities to change the proposed date and calculate a new date for the applicant's release based on the new approach – the so-called “Parot doctrine” – adopted by the Supreme Court in judgment no. 197/2006 of 28 February 2006, according to which any applicable adjustments and remissions of sentence should be applied successively to each individual sentence until such time as the prisoner had finished serving the thirty-year maximum term of imprisonment (see paragraphs 17 [and] 18 ... above). Lastly, the Court observes that in application of this new case-law the *Audiencia Nacional* fixed the date of the applicant's final release at 27 June 2017 (see paragraph 20 above).

**(a) Scope of the penalty imposed**

96. It is the Court's task in the present case to establish what the “penalty” imposed on the applicant entailed under the domestic law, based in particular on the wording of the law, read in the light of the accompanying interpretative case-law. In so doing, it must also have regard to the domestic law as a whole and the way it was applied at the material time (see *Kafkaris*, cited above, § 145).

97. It is true that when the applicant committed the offences, Article 70.2 of the Criminal Code of 1973 referred to a limit of thirty years' imprisonment as the maximum term to be served (*condena*) in the event of multiple sentences ... There thus seems to have been a distinction between the concept of the “term to be served” (*condena*) and the individual sentences (*penas*) actually pronounced or imposed in the various judgments

convicting the applicant. At the same time, Article 100 of the Criminal Code of 1973, on remission of sentence for work done, established that in discharging the “sentence imposed” the detainee was entitled to one day’s remission for every two days’ work done ... However, that Article contained no specific guidance on how to apply remissions of sentence when multiple sentences were combined as provided for under Article 70.2 of the Criminal Code and a maximum total term of imprisonment was fixed, as in the applicant’s case, where sentences totalling 3,000 years’ imprisonment were reduced to thirty years in application of that provision. The Court observes that it was not until Article 78 of the new Criminal Code of 1995 was introduced that the law expressly stated, with regard to the application of sentence adjustments, that in exceptional cases the total duration of the sentences imposed could be taken into account, rather than the maximum term provided for by law ...

98. The Court must also consider the case-law and practice regarding the interpretation of the relevant provisions of the Criminal Code of 1973. It notes that, as the Government have acknowledged, prior to the Supreme Court’s judgment no. 197/2006, when a person was given several prison sentences and it was decided to combine them and fix a maximum term to be served, the prison authorities and the Spanish courts applied the remissions of sentence for work done in detention to the maximum term to be served under Article 70.2 of the Criminal Code of 1973. The prison and judicial authorities thus took into account the maximum legal term of thirty years’ imprisonment when applying remissions of sentence for work done in detention. In a judgment of 8 March 1994 (its first ruling on this question ...), the Supreme Court referred to the maximum legal term of thirty years’ imprisonment as a “new, independent sentence” to which the possibilities of adjustment provided for by law, such as release on licence and remission of sentence, should be applied. The Spanish courts, including the Supreme Court, took the same approach when comparing the sentences to be served respectively under the Criminal Code of 1995 and the previous Code, taking into account any remissions of sentence already granted under the previous Code, in order to determine which was the most lenient criminal law ... Lastly, until the Supreme Court’s judgment no. 197/2006 this approach was applied to numerous prisoners convicted under the Criminal Code of 1973, whose remissions for work done in detention were deducted from the maximum term of thirty years’ imprisonment ...

99. Like the Chamber, the Grand Chamber considers that in spite of the ambiguity of the relevant provisions of the Criminal Code of 1973 and the fact that the Supreme Court did not set about clarifying them until 1994, it was clearly the practice of the Spanish prison and judicial authorities to treat

the term of imprisonment to be served (*condena*), that is to say the thirty-year maximum term of imprisonment provided for in Article 70.2 of the Criminal Code of 1973, as a new, independent sentence to which certain adjustments, such as remissions of sentence for work done in detention, should be applied.

100. That being so, while she was serving her prison sentence – and in particular after the *Audiencia Nacional* decided on 30 November 2000 to combine her sentences and fix a maximum term of imprisonment – the applicant had every reason to believe that the penalty imposed was the thirty-year maximum term, from which any remissions of sentence for work done in detention would be deducted. Indeed, in its last judgment convicting the applicant, on 8 May 2000, delivered before the decision to combine the sentences was taken, the *Audiencia Nacional* took into account the maximum term of imprisonment provided for in the Criminal Code of 1973, combined with the system of remissions of sentence for work done in detention provided for in Article 100 of the same Code, in determining which Criminal Code – the one in force at the material time or the Criminal Code of 1995 – was the more favourable to the applicant (see paragraph 11 above). In these circumstances, contrary to what the Government have suggested, the fact that the applicant did not challenge the decision of the *Audiencia Nacional* of 15 February 2001 fixing the date on which she would have finished serving her sentence (*liquidación de condena*) at 27 June 2017 is not decisive, as that decision did not take into account the remissions of sentence already earned and was therefore unrelated to the question of how remissions of sentence should be applied.

101. The Court further notes that remissions of sentence for work done in detention were expressly provided for by statutory law (Article 100 of the Criminal Code of 1973), and not by regulations (compare *Kafkaris*, cited above). Moreover, it was in the same Code that the sentences were prescribed and the remissions of sentence were provided for. The Court also notes that such remissions of sentence gave rise to substantial reductions of the term to be served – up to a third of the total sentence – unlike release on licence, which simply provided for improved or more lenient conditions of execution of the sentence (see, for example, *Hogben* and *Utley*, both cited above; see also the dissenting opinion of Judge A. Asua Batarrita appended to judgment no. 40/2012 of the Constitutional Court ...). After deduction of the remissions of sentence for work done in detention periodically approved by the judge responsible for the execution of sentences (*Juez de Vigilancia Penitenciaria*), the sentence was fully and finally discharged on the date of release approved by the sentencing court. Furthermore, unlike other measures that affected the execution of the sentence, the right to

remissions of sentence for work done in detention was not subject to the discretion of the judge responsible for the execution of sentences: the latter's task was to fix the remissions of sentence by simply applying the law, on the basis of proposals made by the prison authorities, without considering such criteria as how dangerous the prisoner was considered to be, or his or her prospects of reintegration (... compare *Boulois v. Luxembourg* [GC], no. 37575/04, §§ 98-99, ECHR 2012, and *Macedo da Costa v. Luxembourg* (dec.), no. 26619/07, 5 June 2012). It should be noted in this connection that Article 100 of the Criminal Code of 1973 provided for the automatic reduction of the term of imprisonment for work done in detention, except in two specific cases: when the prisoner escaped or attempted to escape, and when the prisoner misbehaved (which, according to Article 65 of the 1956 Prison Regulations, meant committing two or more serious or very serious breaches of discipline ...). Even in these two cases, remissions of sentence already allowed by the judge could not be taken away retroactively, as days of remission of sentence already granted were deemed to have been served and formed part of the prisoner's legally acquired rights ... The present case should be distinguished in this respect from *Kafkaris*, where the five years' remission of sentence granted to life prisoners at the beginning of their incarceration was conditional on their good conduct (see *Kafkaris*, cited above, §§ 16 and 65).

102. The Court also considers it significant that, although the Criminal Code of 1995 did away with remissions of sentence for work done in detention for people convicted in the future, its transitional provisions authorised prisoners convicted under the old Criminal Code of 1973 – like the applicant – to continue to enjoy the benefits of the scheme if it was to their advantage ... Law no. 7/2003, on the other hand, introduced harsher conditions of release on licence, even for prisoners convicted before its entry into force ... The Court infers from this that in opting, as a transitional measure, to maintain the effects of the rules concerning remissions of sentence for work done in detention and for the purposes of determining the most lenient criminal law, the Spanish legislature considered those rules to be part of substantive criminal law, that is to say of the provisions which affected the actual fixing of the sentence, not just its execution.

103. In the light of the foregoing the Grand Chamber considers, like the Chamber, that at the time when the applicant committed the offences that led to her prosecution and when the decision to combine the sentences and fix a maximum prison term was taken, the relevant Spanish law, taken as a whole, including the case-law, was formulated with sufficient precision to enable the applicant to discern, to a degree that was reasonable in the circumstances, the scope of the penalty imposed on her, regard being had



to the maximum term of thirty years provided for in Article 70.2 of the Criminal Code of 1973 and the remissions of sentence for work done in detention provided for in Article 100 of the same Code (contrast *Kafkaris*, cited above, § 150). The penalty imposed on the applicant thus amounted to a maximum of thirty years' imprisonment, and any remissions of sentence for work done in detention would be deducted from that maximum penalty.

**(b) Whether the application of the “Parot doctrine” to the applicant altered only the means of execution of the penalty or its actual scope**

104. The Court must now determine whether the application of the “Parot doctrine” to the applicant concerned only the manner of execution of the penalty imposed or, on the contrary, affected its scope. It notes that in its decisions of 19 May and 23 June 2008, the court that convicted the applicant – that is, the *Audiencia Nacional* – rejected the proposal by the prison authorities to set 2 July 2008 as the date of the applicant's final release, based on the old method of applying remissions of sentence (see paragraphs 17, 18 and 20 above). Relying on the “Parot doctrine” established in judgment no. 197/2006, given by the Supreme Court on 28 February 2006 – well after the offences had been committed, the sentences combined and a maximum term of imprisonment fixed – the *Audiencia Nacional* moved the date back to 27 June 2017 (see paragraph 20 above). The Court notes that in judgment no. 197/2006, the Supreme Court departed from the interpretation it had adopted in a previous judgment of 1994 ... The majority of the Supreme Court considered that the new rule by which remissions of sentence for work done in detention were to be applied to each of the individual sentences – rather than to the thirty-year maximum term as previously – was more in conformity with the actual wording of the provisions of the 1973 Criminal Code, which distinguished between the “sentence” (*pena*) and the “term to be served” (*condena*).

105. While the Court readily accepts that the domestic courts are the best placed to interpret and apply domestic law, it reiterates that their interpretation must nevertheless be in keeping with the principle, embodied in Article 7 of the Convention, that only the law can define a crime and prescribe a penalty.

106. The Court also notes that the calculation of the remissions of sentence for work done in detention by the applicant – that is to say, the number of days worked in detention and the number of days' remission deductible from her sentence – was never in dispute. As determined by the prison authorities, the duration of these remissions of sentence – 3,282 days in all – was accepted by all the courts which handled the case. For example, in its decision applying the Supreme Court's “Parot doctrine”, the *Audiencia*

*Nacional* did not change the quantum of the remissions of sentence granted to the applicant for work done in detention. The decision did not concern whether she deserved the remissions, for example in view of her conduct or circumstances relating to the execution of her sentence. The aim of the decision was to determine the element of the penalty to which the remissions of sentence should be applied.

107. The Court notes that the application of the “Parot doctrine” to the applicant’s situation deprived of any useful effect the remissions of sentence for work done in detention to which she was entitled by law and in accordance with final decisions by the judges responsible for the execution of sentences. In other words, the applicant was initially sentenced to a number of lengthy terms of imprisonment, which were combined and limited to an effective term of thirty years, on which the remissions of sentence to which she was meant to be entitled had no effect whatsoever. It is significant that the Government have been unable to specify whether the remissions of sentence granted to the applicant for work done in detention have had – or will have – any effect at all on the duration of her incarceration.

108. That being so, although the Court agrees with the Government that arrangements for granting adjustments of sentence as such fall outside the scope of Article 7, it considers that the way in which the provisions of the Criminal Code of 1973 were applied in the present case went beyond mere prison policy.

109. Regard being had to the foregoing and to Spanish law in general, the Court considers that the recourse in the present case to the new approach to the application of remissions of sentence for work done in detention introduced by the “Parot doctrine” cannot be regarded as a measure relating solely to the execution of the penalty imposed on the applicant as the Government have argued. This measure taken by the court that convicted the applicant also led to the redefinition of the scope of the “penalty” imposed. As a result of the “Parot doctrine”, the maximum term of thirty years’ imprisonment ceased to be an independent sentence to which remissions of sentence for work done in detention were applied, and instead became a thirty-year sentence to which no such remissions would effectively be applied.

110. The measure in issue accordingly falls within the scope of the last sentence of Article 7 § 1 of the Convention.

**(c) Whether the “Parot doctrine” was reasonably foreseeable**

111. The Court notes that the *Audiencia Nacional* used the new method of application of remissions of sentence for work done in detention introduced by the “Parot doctrine” rather than the method in use at the

time of the commission of the offences and the applicant's conviction, thus depriving her of any real prospect of benefiting from the remissions of sentence to which she was nevertheless entitled in accordance with the law.

112. This change in the system for applying remissions of sentence was the result of the Supreme Court's departure from previous case-law, as opposed to a change in legislation. That being so, it remains to be determined whether the new interpretation of the relevant provisions of the Criminal Code of 1973, long after the offences were committed and the applicant convicted – and even after the decision of 30 November 2000 to combine the sentences and set a maximum term of imprisonment – was reasonably foreseeable for the applicant, that is to say whether it could be considered to reflect a perceptible line of case-law development (see *S.W. v. the United Kingdom*, § 43, and *C.R. v. the United Kingdom*, § 41, both cited above). To establish that, the Court must examine whether the applicant could have foreseen at the time of her conviction, and also when she was notified of the decision to combine the sentences and set a maximum term of imprisonment – if need be, after taking appropriate legal advice – that the penalty imposed might turn into thirty years of actual imprisonment, with no reduction for the remissions of sentence for work done in detention provided for in Article 100 of the Criminal Code of 1973.

In so doing it must have regard to the law applicable at the time, and in particular the judicial and administrative practice prior to the “Parot doctrine” introduced by the Supreme Court's judgment of 28 February 2006. The Court observes in this connection that the only relevant precedent cited in that judgment was a judgment of 8 March 1994 in which the Supreme Court had taken the opposite approach, namely that the maximum prison term of thirty years was a “new, independent sentence” to which all the remissions of sentence provided for by law were to be applied ... In the Court's view, the fact that a single judgment does not serve as an authority under Spanish law ... cannot be decisive. What is more, as the dissenting judges observed in the judgment of 28 February 2006, an agreement adopted by the plenary Supreme Court on 18 July 1996 had established that remissions of sentence granted under the Criminal Code of 1973 were to be taken into account when comparing the sentences to be served under the new and the old Criminal Codes respectively ... Following the entry into force of the Criminal Code of 1995, the Spanish courts were required to use this criterion, on a case-by-case basis, to determine which Criminal Code was the more lenient, taking into account the effects on sentencing of the system of remissions of sentence for work done in detention.

113. The Government themselves have admitted that it was the practice of the prison and judicial authorities prior to the “Parot doctrine” to apply

remissions of sentence for work done in detention to the maximum term of thirty years' imprisonment, even though the first decision of the Supreme Court on the question was not delivered until 1994.

114. The Court also attaches importance to the fact that the Supreme Court did not depart from its case-law until 2006, ten years after the law concerned had been repealed. In acting thus the Supreme Court gave a new interpretation of the provisions of a law that was no longer in force, namely the Criminal Code of 1973, which had been superseded by the Criminal Code of 1995. In addition, as indicated above (see paragraph 102), the transitional provisions of the Criminal Code of 1995 were intended to maintain the effects of the system of remissions of sentence for work done in detention set in place by the Criminal Code of 1973 in respect of people convicted under that Code – like the applicant – precisely so as to comply with the rules prohibiting retroactive application of the more stringent criminal law. However, the Supreme Court's new interpretation, which rendered ineffective any remissions of sentence already granted, led in practice to the applicant and other people in similar situations being deprived of the benefits of the remission system.

115. Moreover, the Court cannot accept the Government's argument that the Supreme Court's interpretation was foreseeable because it was more in keeping with the letter of the Criminal Code of 1973. The Court reiterates that its task is not to determine how the provisions of that Code should be interpreted in the domestic law, but rather to examine whether the new interpretation was reasonably foreseeable for the applicant under the "law" applicable at the material time. That "law" – in the substantive sense in which the term is used in the Convention, which includes unwritten law or case-law – had been applied consistently by the prison and judicial authorities for many years, until the "Parot doctrine" set a new course. Unlike the judicial interpretations involved in *S.W. v. the United Kingdom* and *C.R. v. the United Kingdom* (both cited above), the departure from case-law in the present case did not amount to an interpretation of criminal law pursuing a perceptible line of case-law development.

116. Lastly, the Court is of the view that the criminal-policy considerations relied on by the Supreme Court cannot suffice to justify such a departure from case-law. While the Court accepts that the Supreme Court did not retroactively apply Law no. 7/2003 amending the Criminal Code of 1995, it is clear from the reasoning given by the Supreme Court that its aim was the same as that of the above-mentioned law, namely to guarantee the full and effective execution of the maximum legal term of imprisonment by people serving several long sentences ... In this connection, while the Court accepts that the States are free to determine their own criminal policy,

for example by increasing the penalties applicable to criminal offences (see *Achour*, cited above, § 44), they must comply with the requirements of Article 7 in doing so (*Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina* [GC], nos. 2312/08 and 34179/08, § 75, ECHR 2013). On this point, the Court reiterates that Article 7 of the Convention unconditionally prohibits the retrospective application of the criminal law where it is to an accused's disadvantage.

117. In the light of the foregoing, the Court considers that at the time when the applicant was convicted and at the time when she was notified of the decision to combine her sentences and set a maximum term of imprisonment, there was no indication of any perceptible line of case-law development in keeping with the Supreme Court's judgment of 28 February 2006. The applicant therefore had no reason to believe that the Supreme Court would depart from its previous case-law and that the *Audiencia Nacional*, as a result, would apply the remissions of sentence granted to her not in relation to the maximum thirty-year term of imprisonment to be served, but successively to each of the sentences she had received. As the Court has noted above (see paragraphs 109 and 111), this departure from the case-law had the effect of modifying the scope of the penalty imposed, to the applicant's detriment.

118. It follows that there has been a violation of Article 7 of the Convention.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 § 1 OF THE CONVENTION

119. The applicant alleged that, since 3 July 2008, she had been kept in detention in breach of the requirements of "lawfulness" and "a procedure prescribed by law". She relied on Article 5 of the Convention, the relevant parts of which read as follows:

"1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

(a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court;

..."

### A. The Chamber judgment

120. In its judgment the Chamber stated, in the light of the considerations that had led it to find a violation of Article 7 of the Convention, that at the material time the applicant could not have foreseen to a reasonable degree that the effective duration of her term of imprisonment would be increased by almost nine years, and that following a departure from case-law

a new method of applying remissions of sentence would be applied to her retroactively. The Chamber accordingly found that, since 3 July 2008, the applicant's detention had not been "lawful" and was therefore in violation of Article 5 § 1 of the Convention (see paragraph 75 of the Chamber judgment).

## **B. The parties' submissions to the Grand Chamber**

### *1. The applicant*

121. The applicant submitted that Article 5 § 1 of the Convention also enshrined requirements as to the quality of the law, which meant that a domestic law authorising deprivation of liberty had to be sufficiently clear and foreseeable in its application. She further submitted that Article 5 applied to the right of a convicted person to early release where the legal provisions establishing the right did not make it conditional or discretionary but applicable to anyone who met the legal conditions of entitlement (see *Grava*, cited above, §§ 31-46), irrespective of whether the measure related to the sentence proper or to its execution for the purposes of Article 7. She argued that the extension of the sentence and/or of its effective duration had not been reasonably foreseeable and, in the alternative, that the substance of the penalty imposed and/or the manner of its execution and/or its effective duration had not been reasonably foreseeable either.

### *2. The Government*

122. The Government submitted that the Chamber judgment had departed from the Court's case-law concerning Article 5 of the Convention, in particular the *Kafkaris* and *M. v. Germany* judgments cited above. They argued that in the present case there was a perfect causal link between the penalties imposed for the numerous serious crimes the applicant had committed and the length of time she had spent in prison. The judgments by which she had been convicted had stated that she would have to spend thirty years in prison, as had the decision of 2000 to combine the sentences and fix a maximum term of imprisonment and the decision of 2001 setting the date of the applicant's release at 27 June 2017.

## **C. The Court's assessment**

### *1. Principles established by the Court's case-law*

123. Sub-paragraphs (a) to (f) of Article 5 § 1 of the Convention contain an exhaustive list of permissible grounds for deprivation of liberty,

and no deprivation of liberty will be lawful unless it falls within one of those grounds (see *M. v. Germany*, cited above, § 86). Article 5 § 1 (a) permits “the lawful detention of a person after conviction by a competent court”. Having regard to the French text, the word “conviction”, for the purposes of Article 5 § 1 (a), has to be understood as signifying both a finding of guilt after it has been established in accordance with the law that there has been an offence (see *Guzzardi v. Italy*, 6 November 1980, § 100, Series A no. 39), and the imposition of a penalty or other measure involving deprivation of liberty (see *Van Droogenbroeck v. Belgium*, 24 June 1982, § 35, Series A no. 50).

124. Furthermore, the word “after” in sub-paragraph (a) does not simply mean that the detention must follow the “conviction” in point of time: in addition, the “detention” must result from, “follow and depend upon” or occur “by virtue of” the “conviction”. In short, there must be a sufficient causal connection between the two (see *Weeks v. the United Kingdom*, 2 March 1987, § 42, Series A no. 114; *Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, § 64, ECHR 2002-IV; *Kafkaris*, cited above, § 117; and *M. v. Germany*, cited above, § 88). However, with the passage of time the link between the initial conviction and the extension of the deprivation of liberty gradually becomes less strong (see *Van Droogenbroeck*, cited above, § 40). The causal link required under sub-paragraph (a) might eventually be broken if a position were reached in which a decision not to release, or to redetain a person, was based on grounds that were inconsistent with the objectives of the sentencing court, or on an assessment that was unreasonable in terms of those objectives. Where that was the case, a detention that was lawful at the outset would be transformed into a deprivation of liberty that was arbitrary and, hence, incompatible with Article 5 (see *Weeks*, cited above, § 49, and *Grosskopf v. Germany*, no. 24478/03, § 44, 21 October 2010).

125. It is well established in the Court’s case-law on Article 5 § 1 that all deprivation of liberty must not only be based on one of the exceptions listed in sub-paragraphs (a) to (f), but must also be “lawful”. Where the “lawfulness” of detention is in issue, including the question whether “a procedure prescribed by law” has been followed, the Convention refers essentially to national law and lays down the obligation to conform to the substantive and procedural rules of national law. This primarily requires any arrest or detention to have a legal basis in domestic law but also relates to the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law, a concept inherent in all the Articles of the Convention (see *Kafkaris*, cited above, § 116, and *M. v. Germany*, cited above, § 90). The “quality of the law” implies that where a national law authorises a deprivation of liberty,

it must be sufficiently accessible, precise and foreseeable in its application to avoid all risk of arbitrariness (see *Amuur v. France*, 25 June 1996, § 50, *Reports* 1996-III). The standard of “lawfulness” set by the Convention requires that all law be sufficiently precise to allow the person – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail (see *Baranowski v. Poland*, no. 28358/95, § 52, ECHR 2000-III; *M. v. Germany*, cited above, § 90; and *Oshurko v. Ukraine*, no. 33108/05, § 98, 8 September 2011). Where deprivation of liberty is concerned, it is essential that the domestic law define clearly the conditions for detention (see *Creangă v. Romania* [GC], no. 29226/03, § 120, 23 February 2012).

126. Lastly, the Court reiterates that although Article 5 § 1 (a) of the Convention does not guarantee, in itself, a prisoner’s right to early release, be it conditional or final (see *Kalan v. Turkey* (dec.), no. 73561/01, 2 October 2001, and *Çelikkaya v. Turkey* (dec.), no. 34026/03, 1 June 2010), the situation may differ when the competent authorities, having no discretionary power, are obliged to apply such a measure to any individual who meets the conditions of entitlement laid down by law (see *Grava*, cited above, § 43; *Pilla v. Italy*, no. 64088/00, § 41, 2 March 2006; and *Şahin Karataş v. Turkey*, no. 16110/03, § 37, 17 June 2008).

## 2. Application of the above principles to the present case

127. The Court observes first of all that as the applicant rightly pointed out, the distinction made for the purposes of Article 7 of the Convention between the “penalty” and the “execution” of the penalty is not decisive in connection with Article 5 § 1 (a). Measures relating to the execution of a sentence or to its adjustment can affect the right to liberty protected by Article 5 § 1, as the actual duration of deprivation of liberty depends on their application, among other things (see, for example, *Grava*, cited above, §§ 45 and 51, and, concerning the transfer of prisoners between States, *Szabó v. Sweden* (dec.), no. 28578/03, ECHR 2006-VIII). While Article 7 applies to the “penalty” as imposed by the sentencing court, Article 5 applies to the resulting detention.

128. In the present case the Court has no doubt that the applicant was convicted by a competent court in accordance with a procedure prescribed by law, within the meaning of Article 5 § 1 (a) of the Convention. Indeed, the applicant did not dispute that her detention was legal until 2 July 2008, the date initially proposed by the prison authorities for her final release. The Court must therefore establish whether the applicant’s continued detention



after that date was “lawful” within the meaning of Article 5 § 1 of the Convention.

129. The Court notes that in eight different sets of proceedings the *Audiencia Nacional* found the applicant guilty of various offences linked to terrorist attacks. In application of the Criminal Code in force at the time when the offences were committed, the applicant was given prison sentences totalling over 3,000 years (see paragraphs 11-12 above). In most of those judgments, as well as in its decision of 30 November 2000 to combine the sentences and set a maximum term of imprisonment, the *Audiencia Nacional* indicated that the applicant was to serve a maximum term of thirty years’ imprisonment in accordance with Article 70.2 of the Criminal Code of 1973 (see paragraphs 11 and 14 above). The Court notes that the applicant’s detention has not yet attained that maximum term. There is clearly a causal link between the applicant’s convictions and her continuing detention after 2 July 2008, which resulted respectively from the guilty verdicts and the maximum thirty-year term of imprisonment fixed on 30 November 2000 (see, *mutatis mutandis*, *Kafkaris*, § 120).

130. However, the Court must examine whether the “law” authorising the applicant’s continuing detention beyond 2 July 2008 was sufficiently foreseeable in its application. Compliance with the foreseeability requirement must be examined with regard to the “law” in force at the time of the initial conviction and throughout the subsequent period of detention. In the light of the considerations that led it to find a violation of Article 7 of the Convention, the Court considers that at the time when the applicant was convicted, when she worked in detention and when she was notified of the decision to combine the sentences and set a maximum term of imprisonment, she could not have foreseen to a reasonable degree that the method used to apply remissions of sentence for work done in detention would change as a result of a departure from case-law by the Supreme Court in 2006, and that the new approach would be applied to her.

131. The Court notes that the application of the departure from case-law to the applicant’s situation effectively delayed the date of her release by almost nine years. She has therefore served a longer term of imprisonment than she should have served under the domestic legislation in force at the time of her conviction, taking into account the remissions of sentence she had already been granted in conformity with the law (see, *mutatis mutandis*, *Grava*, cited above, § 45).

132. The Court concludes that since 3 July 2008 the applicant’s detention has not been “lawful”, in violation of Article 5 § 1 of the Convention.

### III. ARTICLE 46 OF THE CONVENTION

133. The relevant parts of Article 46 of the Convention read as follows:

“1. The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties.

2. The final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution.

...”

#### **A. The Chamber judgment**

134. Having regard to the particular circumstances of the case and to the urgent need to put an end to the violation of Article 7 and Article 5 § 1 of the Convention, the Chamber considered it incumbent on the respondent State to ensure that the applicant was released at the earliest possible date (see paragraph 83 of the Chamber judgment).

#### **B. The parties' submissions to the Grand Chamber**

##### *1. The applicant*

135. The applicant argued that the fact that the Court had never made use in a similar case of its exceptional power to indicate individual measures was irrelevant. She submitted that the Court had the power to indicate the measures to be taken and that when the nature of the violation found did not leave “any real choice as to the measures required to remedy it”, it could decide to indicate only one such measure. She also criticised the Government for not having indicated which remedies other than her release were available should the Court find violations of Articles 5 and 7 of the Convention.

##### *2. The Government*

136. The Government submitted that in similar cases concerning the retroactive application of legislative changes resulting in the extension of a convicted person's detention, the Court had never used its exceptional power to indicate individual measures for the execution of its judgment (they referred to *M. v. Germany*, cited above). In this connection they pointed out that, although it had found a violation of Article 7 in *Kafkaris* (cited above) because the legislation failed to meet the requisite standard, the Court had not indicated any measure concerning the release of the applicant, who was still in prison when the judgment was delivered (the Government also referred to *Kafkaris v. Cyprus* (dec.), no. 9644/09, 21 June 2011).

### C. The Court's assessment

137. By virtue of Article 46 of the Convention, the High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties, execution being supervised by the Committee of Ministers. This means that when the Court finds a violation, the respondent State is under a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction under Article 41, but also to take individual and/or, if appropriate, general measures in its domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress the effects, the aim being to put the applicant, as far as possible, in the position he would have been in had the requirements of the Convention not been disregarded (see, among many other authorities, *Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 249, ECHR 2000-VIII; *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2)* [GC], no. 32772/02, § 85, ECHR 2009; and *Scoppola (no. 2)*, cited above, § 147).

138. It is true that in principle the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court's judgment (see *Scozzari and Giunta*, cited above, § 249). However, in certain particular situations, with a view to assisting the respondent State in fulfilling its obligations under Article 46, the Court may seek to indicate the type of individual and/or general measures that might be taken in order to put an end to the situation that gave rise to the finding of a violation (see *Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, § 194, ECHR 2004-V, and *Stanev v. Bulgaria* [GC], no. 36760/06, §§ 255-58, ECHR 2012). In other exceptional cases, the nature of the violation found may be such as to leave no real choice as to the measures required to remedy it and the Court may decide to indicate only one such measure (see *Assanidze v. Georgia* [GC], no. 71503/01, §§ 202-03, ECHR 2004-II; *Aleksanyan v. Russia*, no. 46468/06, §§ 239-40, 22 December 2008; and *Fatullayev v. Azerbaijan*, no. 40984/07, §§ 176-77, 22 April 2010).

139. The Grand Chamber agrees with the Chamber's finding and considers that the present case belongs to this last-mentioned category. Having regard to the particular circumstances of the case and to the urgent need to put an end to the violations of the Convention it has found, it considers it incumbent on the respondent State to ensure that the applicant is released at the earliest possible date.

#### IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

140. 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.”

141. The applicant sought compensation for the non-pecuniary damage allegedly suffered and also the reimbursement of the costs and expenses incurred. The Government contested the claim in respect of non-pecuniary damage.

##### **A. The Chamber judgment**

142. In its judgment the Chamber awarded the applicant 30,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage. It also awarded her EUR 1,500 for costs and expenses incurred in the proceedings before it.

##### **B. The parties' submissions to the Grand Chamber**

###### *1. The applicant*

143. The applicant claimed EUR 60,000 for the non-pecuniary damage she had allegedly sustained, and the reimbursement of the costs and expenses incurred in the proceedings before the Grand Chamber, in addition to those already awarded by the Chamber. She submitted no receipts for the costs and expenses incurred in the proceedings before the Grand Chamber.

###### *2. The Government*

144. The Government submitted that an award of compensation by the Court to a person convicted of acts as murderous as those committed by the applicant – who had been found guilty in judicial proceedings that met all the requirements of a fair trial – would be difficult to understand. They argued that in the *Kafkaris* judgment (cited above), “having regard to all the circumstances of the case”, the Court had considered that the finding of a violation of Article 7 of the Convention constituted in itself sufficient just satisfaction in respect of any non-pecuniary damage suffered.

##### **C. The Court's assessment**

###### *1. Non-pecuniary damage*

145. The Court accepts that in the *Kafkaris* judgment it considered that a finding of a violation constituted in itself sufficient just satisfaction in

respect of any non-pecuniary damage suffered. In that judgment, however, it had found no violation of Article 5 § 1, and its finding of a violation of Article 7 concerned only the quality of the law. The present case is different, the Court having found that the applicant's continued detention after 2 July 2008 is in breach of Article 5 § 1, and that she has had to serve a heavier penalty than the one that was imposed, in disregard of Article 7 of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *M. v. Germany*, cited above, § 141). This must have caused the applicant non-pecuniary damage which cannot be compensated solely by these findings of violations.

146. Having regard to all the circumstances of the case and making its assessment on an equitable basis, the Court awards the applicant EUR 30,000 under this head.

### *2. Costs and expenses*

147. According to the Court's 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, for example, *Iatridis v. Greece* (just satisfaction) [GC], no. 31107/96, § 54, ECHR 2000-XI).

148. The Grand Chamber notes that the applicant was awarded EUR 1,500 for costs and expenses incurred in the proceedings before the Chamber. As she has submitted no documentary evidence of the costs and expenses incurred in the proceedings before the Grand Chamber (compare *Tănase v. Moldova* [GC], no. 7/08, § 193, ECHR 2010), she should be awarded EUR 1,500 in respect of all costs and expenses.

### *3. Default interest*

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

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds*, by fifteen votes to two, that there has been a violation of Article 7 of the Convention;
2. *Holds*, unanimously, that since 3 July 2008 the applicant's detention has not been "lawful", in violation of Article 5 § 1 of the Convention;
3. *Holds*, by sixteen votes to one, that the respondent State is to ensure that the applicant is released at the earliest possible date;

4. *Holds*, by ten votes to seven, that the respondent State is to pay the applicant, within three months, EUR 30,000 (thirty thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;
5. *Holds*, unanimously, that the respondent State is to pay the applicant, within three months, EUR 1,500 (one thousand five hundred euros), plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of costs and expenses;
6. *Holds*, unanimously, that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the amounts indicated in points 4 and 5 above at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
7. *Dismisses*, unanimously, the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 21 October 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 Nicolaou;
- (b) Joint partly dissenting opinion of Judges Villiger, Steiner, Power-Forde, Lemmens and Griçco;
- (c) Joint partly dissenting opinion of Judges Mahoney and Vehabović;
- (d) Partly dissenting opinion of Judge Mahoney.

D.S.  
M.O'B.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE NICOLAOU

1. I have voted with the majority on all aspects of the case but, in so far as the finding of a violation of Article 7 of the Convention is concerned, I rely on reasoning which is not identical to that of the majority. This difference also affects the manner of coming to a conclusion on Article 5 § 1.

2. What I regard as the essential elements that bear on the Article 7 issue may be shortly stated. In eight different sets of criminal proceedings, concluded between 18 December 1988 and 8 May 1990, the applicant was convicted of a multitude of offences, including some of the most grave, committed in the context of terrorist activity during the period 1982-87. The applicant was sentenced to various terms of imprisonment, receiving a considerable number of thirty-year terms for murder. The total length of imprisonment would have exceeded 3,000 years if the sentences were to have run consecutively.

3. National systems deal, each in its own way, with the problem posed by a series of prison sentences that may be imposed either in the same or in different proceedings. It is obviously necessary for a decision to be taken on what such sentences entail. Should they be consecutive or concurrent and should there be a ceiling? In this regard rules must take into account the public-interest purpose of criminal-law enforcement, including the protection of life, while at the same time allowing for a fair and humane approach. Further, where the law provides for life sentences, rules are also expected to be in place for achieving a balance between the interests involved.

4. In whichever way a system is constructed, both principle and the Court's case-law require that a distinction be maintained between, on the one hand, provisions concerning the penalty allowed by the law pre-dating the offences, seen always in the light of any subsequent more lenient law since the actual sentence cannot, consistently with Article 7, exceed the limit set by the *lex mitior* (see *Scoppola v. Italy (no. 2)* [GC], no. 10249/03, 17 September 2009); and, on the other hand, provisions which regulate the subsequent manner of enforcement or execution of the sentence, principally those relating to remission. As has been said, the dividing line may not always be clear cut (see *Kafkaris v. Cyprus* [GC], no. 21906/04, § 142, ECHR 2008). When that is the case, it is all the more necessary to specify where that line is to be drawn and to explain why. There is also another distinction which needs to be made, but I shall come to that later.

5. At the time when the offences were committed, the position was governed by the Criminal Code of 1973, Article 70.2 of which was viewed

by the courts as providing, firstly, that whatever the aggregate of the years of imprisonment imposed might be, it would be converted to a maximum of only thirty years; and, secondly, the figure so fixed would then form the sole basis for applying the law on remission of sentence. According to Article 100 of that Code (as amended by Law no. 8/1983), a convicted person was entitled to one day's remission for every two days of work in detention; and although this was subject to the approval of the judge supervising the execution of sentence, approval was certain in the absence of fault on the prisoner's part. In the present case, in each of the last five sets of criminal proceedings, the *Audiencia Nacional*, as the trial court, directed its attention to how the various sentences should be approached and, following established judicial practice, concluded that the sentence was finally to be one of thirty years' imprisonment. When all eight sets of proceedings had been concluded, the *Audiencia Nacional*, acting under the power given to it by section 988 of the Criminal Procedure Act, examined, in the light of the totality of the sentences, what the final unified sentence should be under the provisions of Article 70.2 of the 1973 Criminal Code. By a decision of 30 November 2000 it fixed the maximum term of imprisonment at thirty years, to which, *inter alia*, the rules on remission of sentence based on work done in prison would apply.

6. It is germane to note that prior to the time when the applicant's maximum term of imprisonment was finally fixed, the Supreme Court itself had stated, in an order dated 25 May 1990, that the competent court for applying Article 70.2 of the Criminal Code of 1973, in pursuance of section 988 of the Criminal Procedure Act, was the trial court (the *Audiencia Nacional*). It explained that this was so because the matter concerned the fixing of the sentence and not its execution, responsibility for which lay with another judge specifically assigned to that task. The high-water mark was reached when the existing judicial practice was upheld by the Supreme Court in a judgment handed down on 8 March 1994. The Supreme Court affirmed, after having specifically reviewed the matter in question, that the maximum thirty-year term provided for by Article 70.2 of the Criminal Code was a "new sentence – resulting from but independent of the others – to which the sentence adjustments (*beneficios*) provided for by the law, such as release on licence and remission of sentence, apply"; and it pointed out that this understanding of the law was also reflected in Article 59 of the Prison Regulations of 1981. The judicial conclusion that any sentence adjustments (*beneficios*) should take as a starting-point the "new sentence" meant, of course, that the most severe penalty a convicted person could face was imprisonment for thirty years minus any possible remission. In two subsequent judgments, one delivered on 15 September 2005 and the



other on 14 October 2005, although the Supreme Court did not specifically revisit the point, it reiterated, using essentially the same language in both, that the length of imprisonment arrived at by converting the sentences originally imposed constituted a new and independent sentence resulting from them and that sentence adjustments (*beneficios*), provided for by the law, were to be applied to the new sentence, not to the original ones.

7. The matters in issue in the present case make it unnecessary to comment either on the scope and adequacy of the relevant legal provisions or on the view taken by the judicial authorities as to how they should be interpreted. What is significant is that, for persons within the State's jurisdiction, the criminal law was authoritatively defined by a judicial decision whose temporal effect reached back in time to when Article 70.2 of the Criminal Code of 1973 came into force. The Supreme Court judgment of 8 March 1994 affirmed the interpretation that had already been given to that provision and the resulting clear and constant judicial practice which pre-dates the commission of the offences in the present case. There was never any hint of uncertainty. Whatever the number of infringements of the criminal law and whatever their gravity and the respective penalties provided for in respect of each, the real penalty to be incurred would in no case exceed a maximum imprisonment of thirty years, this being the uppermost limit of the final new and independent sentence, to which the remission system would then be applied in the execution of the sentence, thereby leading to a reduction of that limit as well. This is the crucial point in the present case. Any subsequent change that introduced retrospectively a higher penalty, whether by statute or by case-law, could not but fall foul of the protection afforded by Article 7 of the Convention.

8. In fact, in the present case, at a certain point in time the applicant was credited with an amount of work which, if the law had remained unaltered, would have required her release from prison well before the end of the thirty-year term. But the situation had by then changed. Statute law introduced stricter provisions for serious crime; and then came the judicial reversal of the previous case-law already described. The new Criminal Code of 1995, with effect from 1996, provided for higher conversion penalties and abolished the remission of sentence for work done in prison. However, it also contained transitional provisions predicated on the most lenient law for persons already convicted under the Criminal Code of 1973. More stringent provisions were subsequently added by Law no. 7/2003, intended to ensure that in the most serious cases the prisoner served the whole of the term fixed as a result of converting the sentences originally imposed. A short time later, in the context of the provisions of the Criminal Code of 1973 on remission entitlement that were still applicable, the Supreme Court adopted a new

interpretative approach regarding the meaning and purpose of the sentence that resulted from conversion. By a judgment handed down on 28 February 2006, it reversed the previous case-law on the interpretation of Article 70.2 of the Criminal Code of 1973, by reading that provision as meaning that “the thirty-year limit does not become a new sentence, distinct from those successively imposed on the convict, or another sentence resulting from all the previous ones, but is the maximum term of imprisonment [*máximo de cumplimiento*] a prisoner should serve in prison”.

9. Thus, the Supreme Court reverted to the several sentences which had originally been imposed and declared their continuing significance. Consequently, the sentence which resulted from Article 70.2 was no longer the real maximum penalty for the totality of the offences but merely the limit of the period to be actually served when the remission system was applied successively to the original sentences, as part of the manner of execution. In enunciating this new judicial position – the “Parot doctrine” – the Supreme Court felt unfettered by previous authority. It gave detailed reasons for the new interpretation. It derived support from, *inter alia*, the wording of the relevant provisions of the Criminal Code of 1973, paying particular attention to the term *pena* (the sentence imposed) and *condena* (the sentence to be served), and it drew conclusions on the basis of the difference between them. As I have already stated, this Court should refrain from expressing anything resembling a choice between domestic interpretations. It is in fact quite irrelevant whether that interpretation was sound or, in any event, warranted. It is also irrelevant whether the Supreme Court was, as it explained, free to depart from its previous judgment of 8 March 1994 and justified in doing so.

10. In my opinion there are two relevant questions to be asked from the Convention point of view. The first is whether there was, at the time of the commission of the offences, a judicial approach creating a firm and constant practice that gave statute law a meaning that was both tangible and certain. The answer to this must be in the affirmative, particularly when the matter is seen in the light of the interpretation given, at a certain point in time, by the Supreme Court in its judgment of 8 March 1994. The Supreme Court’s new interpretation of 28 February 2006 was quite obviously not the result of a gradual and foreseeable clarification of case-law in the sense of *S.W. v. the United Kingdom* (22 November 1995, Series A no. 335-B), *C.R. v. the United Kingdom* (22 November 1995, Series A no. 335-C), and later case-law (cited in paragraph 93 of the present judgment). The second question is whether it was, in any event, possible to change that view of the law with retroactive effect. The former view of the law could, indeed, be changed; but the retroactive operation of the judgment, a feature also found

in other jurisdictions, is not compatible with Article 7 of the Convention, in the same way that it would not be compatible in the case of statutory retroactivity as, for example, in *Welch v. the United Kingdom* (9 February 1995, Series A no. 307-A).

11. I have so far been addressing the Article 7 issue, which, in my view, turns entirely on what can be taken to have been the real maximum penalty to which the applicant was liable at the time the offences were committed. I have tried to explain why, in terms of Article 7 § 1, the penalty “imposed” was to be equated with the converted maximum sentence under Article 70.2 of the Criminal Code of 1973. The analysis of this matter focuses on the way the sentence in question was defined and, although the object of arriving at such a definition concerned the effect that it would have on how the remission system was applied, that system did not itself acquire any intrinsic Article 7 significance. This is not to say, however, that the judicial change did not have an impact on the applicant’s rights. In fact it did. But only on the applicant’s Article 5 § 1 rights.

12. It is at this point that the next distinction becomes relevant. Provisions concerning the manner of enforcement or execution of sentences must be distinguished not only from those which bear on Article 7 but also from those which bear on Article 5 § 1. Changes within the general prison regime, that is to say those that affect the manner in which the sentence is executed, may adversely affect the person in detention, as for example in *Hogben v. the United Kingdom* (no. 11653/85, Commission decision of 3 March 1986, Decisions and Reports 46, p. 231), and *Utley v. the United Kingdom* ((dec.), no. 36946/03, 29 November 2005), but they will not be inconsistent with either Article 7 or Article 5 § 1. There may nevertheless be changes which go beyond that. A problem will then arise under one or both of those Articles. A change subsequent to the passing of a final lawful sentence – the one effectively imposed – does not, in my view, raise an Article 7 issue. It can, however, call into question the Article 5 § 1 lawfulness of detention in respect of a given period.

13. In the present case, for the reasons I have stated, the retroactive change involving the application of the remission system did not, in itself, contravene Article 7. It was, however, incompatible with Article 5 § 1, for it deprived the applicant of an acquired right to earlier release. The majority in this case attribute importance to the lack of foreseeability at the time the applicant was convicted and at the time the applicant was notified of the change (see paragraphs 112 and 117 of the judgment) and they make that an integral part of the reasoning by which they arrive at the conclusion that there has been a violation of Article 7. I am unable to follow that reasoning. In my respectful opinion, the change in the application of the

remission system after the Article 70.2 sentence had been fixed goes only to the Article 5 § 1 issue; what is relevant in so far as Article 7 is concerned is, subject to the *lex mitior* rule, the change in the real maximum penalty which existed at the time the offences were committed. As to the rest, I gratefully adopt the majority's reasoning on Article 5 § 1.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGES  
VILLIGER, STEINER, POWER-FORDE, LEMMENS  
AND GRITCO

We voted against the majority in its award for non-pecuniary damage to the applicant. We acknowledge that, in principle, the Court's general practice is to award damages in cases where violations of human rights have been found. This is particularly so where the right to liberty has been breached (see *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 3455/05, § 253, ECHR 2009).

The present case, however, is distinguishable from *A. and Others v. the United Kingdom* in which the Court found that it had not been established that any of the applicants had engaged, or attempted to engage, in any act of terrorist violence. The applicant, in the instant case, stands convicted of many serious terrorist offences that involved the murders and attempted murders of and the infliction of grievous bodily harm upon numerous individuals. Against that background, we prefer to adopt the approach of the Court in *McCann and Others v. the United Kingdom* (27 September 1995, § 219, Series A no. 324). Consequently, having regard to the special circumstances pertaining to the context of this case, we do not consider it appropriate to make an award for non-pecuniary or moral damage. In our view, the Court's finding of violations taken together with the measure indicated pursuant to Article 46 constitute sufficient just satisfaction.

## JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGES MAHONEY AND VEHABOVIĆ

### **As concerns Article 7**

We are unable to share the views of the majority of the Grand Chamber that the facts complained of by the applicant disclose a violation of Article 7 § 1, which provides:

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

The specific issue is whether the second sentence of this provision was breached as a result of the application in the applicant’s case, some years after her conviction and sentence for various extremely serious crimes of violence, of the so-called “Parot doctrine”, whereby the method used to calculate reductions of sentence obtained through work and studies accomplished in prison was changed, so as to deprive her in practice of her hitherto existing expectation of early release on the basis of such reductions in sentence. Our disagreement goes to the narrow point whether the measure complained of by the applicant gave rise to a modified “penalty” within the meaning of the second sentence of Article 7 § 1, so as to attract the protection of the safeguard afforded.

As the judgment states (at paragraph 83), the Convention case-law has consistently drawn a distinction between a measure that constitutes in substance a “penalty” and a measure that concerns the “execution” or “enforcement” of the “penalty”.

In the early case of *Hogben v. the United Kingdom* (no. 11653/85, Commission decision of 3 March 1986, Decisions and Reports 46, p. 231), the complainant was a convicted prisoner who, as a result of a change in the policy on release on parole, had to serve a substantially longer time in prison than he would otherwise have done. In its decision declaring the application inadmissible, the European Commission of Human Rights reasoned as follows:

“The Commission recalls that the applicant was sentenced to life imprisonment in 1969 for committing a murder in the course of a robbery. It is clear that the penalty for this offence at the time it was committed was life imprisonment and thus no issue under Article 7 arises in this respect.

Furthermore, in the opinion of the Commission, the ‘penalty’ for purposes of Article 7 § 1 must be considered to be that of life imprisonment. Nevertheless it is true

that as a result of the change in parole policy the applicant will not become eligible for release on parole until he has served 20 years' imprisonment. Although this may give rise to the result that his imprisonment is effectively harsher than if he had been eligible for release on parole at an earlier stage, such matters relate to the execution of the sentence as opposed to the 'penalty' which remains that of life imprisonment. Accordingly, it cannot be said that the 'penalty' imposed is a heavier one than that imposed by the trial judge."

It is difficult to discern the difference in principle between the circumstances of that case and those of the present case, where the sentence ultimately imposed on the applicant for the commission of a series of crimes in Spain remains the same, namely thirty years' imprisonment, although in the meantime the date of eligibility for release has in practice changed to her disadvantage.

Similarly, in *Uttley v. the United Kingdom* ((dec.), no. 36946/03, 29 November 2005), the essence of the applicant's complaint was that a change in the regime for early release, brought about by intervening legislation (enacted in 1991), had the effect of imposing on him (when he was convicted in 1995) a further or additional "penalty" over and above the "penalty" that was applicable at the time when he had committed the offences (prior to 1983). Relying on *Hogben* (cited above) as well as *Grava v. Italy* (no. 43522/98, §§ 44-45, 10 July 2003), the Court held:

"Although ... the licence conditions imposed on the applicant on his release after eight years can be considered as 'onerous' in the sense that they inevitably limited his freedom of action, they did not form part of the 'penalty' within the meaning of Article 7, but were part of the regime by which prisoners could be released before serving the full term of the sentence imposed.

Accordingly, the application to the applicant of the post-1991 ... regime for early release was not part of the 'penalty' imposed on him, with the result that no comparison is necessary between the early-release regime before 1983 and that after 1991. As the sole penalties applied were those imposed by the sentencing judge, no 'heavier' penalty was applied than the one applicable when the offences were committed."

This line of reasoning was then confirmed by the Grand Chamber in *Kafkaris v. Cyprus* ([GC], no. 21906/04, ECHR 2008), where, as paragraph 84 of the present judgment puts it, changes to the prison legislation had deprived prisoners serving life sentences – including the applicant – of the right to remissions of sentence. The Grand Chamber stated (at § 151):

"[A]s regards the fact that as a consequence of the change in the prison law ..., the applicant, as a life prisoner, no longer has a right to have his sentence remitted, the Court notes that this matter relates to the execution of the sentence as opposed to the 'penalty' imposed on him, which remains that of life imprisonment. Although the changes in the prison legislation and in the conditions of release may have rendered

the applicant's imprisonment effectively harsher, these changes cannot be construed as imposing a heavier 'penalty' than that imposed by the trial court ... In this connection, the Court would reiterate that issues relating to release policies, the manner of their implementation and the reasoning behind them fall within the power of the member States in determining their own criminal policy ... Accordingly, there has not been a violation of Article 7 of the Convention in this regard ..."

We see no cause to depart from this reasoning in the present case, especially given that in both *Uttley* and *Kafkaris* (both cited above) the "right" to obtain a remission of sentence was removed completely. We do not see it as being material for the purposes of the applicability of Article 7 that in the present case the removal of the "right" of remission was effected by a changed judicial interpretation of the applicable Spanish legislation rather than by an amendment of the legislation itself, as in *Kafkaris* and *Uttley*.

We naturally accept that the Court must remain free to go behind appearances and assess for itself whether a particular measure amounts in substance to a "penalty" (see paragraph 81 of the present judgment); and that the term "imposed" in the second sentence of Article 7 § 1 cannot be interpreted as necessarily excluding from the scope of Article 7 § 1 measures adopted in regard to the prisoner after the pronouncement of the sentence (see paragraph 88 of the present judgment).

We also well understand the humanitarian thinking behind the reasoning of the majority and recognise that the circumstances of the present case are quite extraordinary and, indeed, disquieting from the point of view of the fairness of treatment of prisoners, especially those who have the prospect of spending a large part of their life incarcerated.

However, despite these extraordinary circumstances, we are not able to agree with the majority that the dividing line between the "penalty" imposed on the applicant for the commission of criminal offences (to which Article 7 of the Convention is applicable) and the measures subsequently taken for regulating the execution of her sentence (which, for their part, do not attract the application of Article 7) was crossed in the present case as a consequence of the application to her of the so-called "Parot doctrine" in the calculation of her release date. While it is undeniable that the dividing line between the two concepts (of a penalty and of a measure regulating the serving of the sentence) is not always easy to draw, this does not justify blurring the dividing line out of existence, even in the presence, as in the instant case, of serious issues as to compliance with legal certainty and respect of legitimate expectations in relation to measures regulating the serving of the sentence. Our difference of opinion with the majority is thus as to the side of the dividing line on which the impugned decision in the instant case falls.



In order to arrive at its conclusion regarding the applicability of the second sentence of Article 7 § 1 to the measure complained of, the majority has taken up the distinction between “the scope of the penalty” and “the manner of its execution”, a distinction drawn in the *Kafkaris* judgment in relation to the lack of precision of the relevant Cypriot law applicable at the time of the commission of the offence (see paragraphs 81 et seq. of the present judgment).

As a matter of principle, the judgment appears to take a subsequent detrimental change in “the scope of the penalty” as being the determining factor for the application of Article 7. In the present case, “the scope of the penalty” imposed on the applicant is said to have been modified to her detriment by the changed judicial interpretation of the legislative provision on reduction of sentence on account of work done in prison (see paragraphs 109, 111 and 117 of the present judgment).

Even accepting recourse to the notion of the “scope of the penalty”, which is presumably meant to be more extensive than that of a “penalty”, we are not, however, convinced by the reasons given by the majority for being able to distinguish the circumstances of the present case from those of earlier cases, so as to take the present case outside the logic and rationale of the Court’s well-settled case-law.

We do not read the present judgment as saying that the decisive factor for the application of Article 7 is the mere fact of prolonging, by means of changes to the remission system or parole system, the time that the prisoner could expect at the outset of his or her sentence to spend in prison. That is to say, prolonging “the penalty” in this sense. That would mean that any unforeseeable change in the remission or parole system, whether accomplished by a legislative or regulatory text, by executive practice or by judicial case-law, would be contrary to Article 7, because the actual time of expected incarceration had been increased.

The majority does, however, rely on the fact that “the applicant had every reason to believe that the penalty imposed was the thirty-year maximum sentence, from which any remissions of sentence for work done in detention would be deducted”; and that she “had no reason to believe that ... the *Audiencia Nacional* ... would apply the remissions of sentence granted to her not in relation to the maximum thirty-year term of imprisonment to be served, but successively to each of the sentences she had received” (see paragraphs 100 and 117 of the present judgment). The argument is that the (jurisprudential) change effected to the modalities of early release (in the instant case, the change in the method for calculating reductions of sentence for work done in prison) was such as to make the “penalty” imposed on the applicant “heavier”. In effect, as paragraph 103 *in fine* of the present

judgment would seem to suggest, such reasoning amounts to incorporating into the definition of the “penalty” the existence and modalities of a given remission system at the time of sentencing, as an element of the “penalty” determining its potential length.

It is the case that persons convicted of criminal offences and sentenced to imprisonment will take the sentence and the relevant remission or parole scheme together at the outset of their sentence, in the sense of making calculations as to whether, how and when they are likely to be released from prison and of planning their conduct in prison accordingly. In ordinary language, they will take the sentence imposed and the possibilities and modalities of remission, parole or early release as a “package”.

It is, however, quite clear from the Court’s settled case-law that Contracting States may, after the commission of the offence or even after sentencing, alter the prison regime in so far as it concerns the manner of serving the sentence, so as to make changes that have a negative impact on the early release of prisoners and thus on the length of time spent in prison, without entering into the scope of the specific protection afforded by Article 7 of the Convention. As shown by *Kafkaris*, such changes may include amending the legislation so as to remove completely for a given category of convicted prisoners any “right” to benefit from remission of sentence, as occurred in practice in relation to the present applicant as a result of the application to her of the “Parot doctrine”. Yet the present judgment does not purport to overrule or depart from that well-settled case-law.

Furthermore, although this is another consideration relied on by the majority (see paragraph 101 of the present judgment), we are not convinced that the difference between an automatic entitlement under the law to remission days on a prisoner’s satisfying certain conditions (such as work performed in prison), as in the present case, and discretionary release on parole for good behaviour is in itself decisive. There is a margin of appreciation available to the Contracting States with regard to how to regulate the prison system, in particular as regards the serving of sentences. The States may opt for rewards for good behaviour, or for measures facilitating reinsertion into society, or for schemes offering automatic credits for early release, and so on. It is up to the Contracting States whether they make the system chosen automatic or discretionary, executive or judicial in its operation, or a mixture. We do not understand how framing a condition for earlier release as an automatic consequence of a certain event, rather than as being discretionary or dependent on an assessment of conduct in prison or dangerousness, is in itself a factor capable of rendering Article 7 applicable.

Our analysis, on the basis of the Court’s existing case-law, is that the contested decision in the present case represents a measure affecting the serving of the sentence (how and when early release can be obtained) and not the “penalty” as such – so that although issues as to the fair treatment of prisoners, notably under the head of the principles of legal certainty and legitimate expectations, may be raised, the application of Article 7 and the very specific guarantee that it sets out are not brought into play.

It is true that the Supreme Court, by adopting the “Parot doctrine”, imposed a new method for calculating the reduction of prison sentences and overturned well-established case-law, thereby ultimately causing the time spent by the applicant in prison to be considerably extended; but this negative consequence is not the mischief that Article 7 is directed towards preventing. Although the result is that her “imprisonment is effectively harsher” (to quote from *Hogben*, cited above) than if she had benefited from the previously existing interpretative case-law and practice regarding implementation of the relevant 1973 legal provision, the detriment suffered by her relates to the execution of the sentence as opposed to the “penalty”, which remains one of thirty years’ imprisonment. Accordingly, it cannot be said that the “penalty” has become heavier than it was when initially imposed. The impugned decision concerns exclusively the way in which the lawfully prescribed sentence is to be executed; it does not raise issues under the principle *nulla poena sine lege*, the basic principle at the core of Article 7. The applicable criminal legislation remains the same, as does the prison sentence imposed, even though, as a result of the Spanish courts correcting what they deemed to be a mistaken interpretation and, thus, a mistaken implementation of that criminal legislation over previous years, a different method for calculating the reduction of the applicant’s prison sentence was applied. It is in this crucial respect that the circumstances of the present case are clearly distinguishable from those of other cases that have been held by the Court to come within the ambit of Article 7.

In short, we do not think that the applicant’s “penalty”, within the meaning of Article 7, was made heavier by the impugned decision, despite the latter’s very significant impact on the time that she has to spend in prison before the expiry of the thirty-year sentence of imprisonment imposed on her. The second sentence of Article 7 § 1 is not applicable to the measures concerning the execution of the sentence and the method by which days of remission are to be calculated or allocated. Our concern is that the majority appear to have stretched the concept of a “penalty”, even understood as being “the scope of a penalty”, beyond its natural and legitimate meaning in order to bring a perceived instance of unfair treatment of convicted prisoners within the ambit of Article 7.

**As concerns Article 5**

Whether the facts complained of fall within the scope of Article 5 and, if so, whether the requirements of that Article were met is another question, and on that we agree with the reasoning of the judgment.

**As concerns Article 41**

As to whether, in the particular circumstances of this case, it is “necessary” – this being the condition imposed by Article 41 of the Convention for the award of just satisfaction – to afford the applicant any financial compensation by way of just satisfaction for the violations of the Convention found by the Court, we would respectfully agree with the conclusion and reasoning expressed by Judges Villiger, Steiner, Power-Forde, Lemmens and Gričco in their separate opinion.

## PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE MAHONEY

Having voted against a violation of Article 7, I felt it appropriate also to vote against point 3 of the operative provisions, making a consequential order directing the respondent State to release the applicant at the earliest possible date. This was because I did not consider such an order to be warranted on the sole basis of the finding of a violation of Article 5 § 1 of the Convention on the ground of the defective “quality” of the applicable Spanish law.

In any event, the present case is not at all comparable to earlier cases such as *Assanidze v. Georgia* ([GC], no. 71503/01, §§ 202-03, ECHR 2004-II) and *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* ([GC], no. 48787/99, §§ 488-90, ECHR 2004-VII), where the deprivation of liberty found by the Court was not merely contrary to procedural safeguards laid down by the Convention but was the product of a flagrant denial of justice, wholly arbitrary and offensive to the rule of law. Nor, in my view, can any support be derived from *Aleksanyan v. Russia* (no. 46468/06, §§ 239-40, 22 December 2008) or *Fatullayev v. Azerbaijan* (no. 40984/07, §§ 175-77, 22 April 2010), cited in the present judgment (at paragraph 138 *in fine*), where the detention in question was characterised as “unacceptable”, in the first case as “not serv[ing] any meaningful purpose under Article 5” and in the second as being the consequence of criminal convictions in relation to which “there existed no justification for imposing prison sentences”.



DEL RÍO PRADA c. ESPAGNE  
*(Requête n° 42750/09)*

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 21 OCTOBRE 2013<sup>1</sup>

---

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





SOMMAIRE<sup>1</sup>**Report de la date de mise en liberté définitive en application d'une nouvelle jurisprudence intervenue après la condamnation**

Le revirement de jurisprudence d'un Tribunal suprême s'oppose à l'article 7 de la Convention, qui prohibe de manière absolue l'application rétroactive du droit pénal au détriment de l'intéressé, lorsqu'il est imprévisible et prive de tout effet utile les remises de peine pour travail en détention auxquelles la requérante avait droit en application de la loi en vigueur à l'époque des faits et de décisions définitives rendues modifiant ainsi la portée de la peine infligée (paragraphe 112, 114 et 117)

**Article 7 § 1**

*Nulla poena sine lege – Peine plus forte – Rétroactivité – Report de la date de mise en liberté définitive en application d'une nouvelle jurisprudence intervenue après la condamnation – Portée de la peine – Peine à purger – Peines prononcées ou imposées – Remise de peine – Cumul et plafonnement – Peine maximale, nouvelle et autonome – « Doctrine Parot » – Modalité d'exécution de la peine – Prévisibilité*

**Article 5 § 1**

*Arrestation ou détention régulières – Report de la date de mise en liberté définitive en application d'une nouvelle jurisprudence intervenue après la condamnation*

\*

\* \*

*En fait*

La requérante fut condamnée entre 1988 et 2000, dans le cadre de huit procédures pénales, à différentes peines pour plusieurs délits liés à des attentats terroristes, le total des peines privatives de liberté s'élevant à plus de trois mille ans. En novembre 2000, eu égard à la connexité juridique et chronologique des délits, l'*Audiencia Nacional* cumula les différentes peines prononcées et fixa une durée totale de trente ans, conformément à la limite prévue au code pénal de 1973, applicable à l'époque des faits. En avril 2008, le centre pénitentiaire où se trouvait incarcérée la requérante fixa à juillet 2008 la date de sa mise en liberté, après avoir appliqué les remises de peine pour le travail effectué depuis le début de sa détention en 1987. Puis, en mai 2008, l'*Audiencia Nacional* demanda aux autorités pénitentiaires de

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

modifier la date prévue de sa remise en liberté et d'effectuer un nouveau calcul sur la base d'une nouvelle jurisprudence établie dans un arrêt du Tribunal suprême de février 2006 (dite « doctrine Parot »), selon laquelle les bénéfiques et remises de peines pertinents devaient être appliqués sur chacune des peines individuellement, et non sur la limite de trente ans d'emprisonnement. Ainsi la date définitive de remise en liberté de la requérante fut fixée au 27 juin 2017. Les recours de la requérante n'aboutirent pas.

### *En droit*

1. Article 7 § 1 : l'argumentation des parties porte essentiellement sur le calcul de la durée totale de la peine à purger par la requérante en application, d'une part, des règles de cumul et plafonnement des peines et, d'autre part, du dispositif des remises de peine pour travail en détention prévus par le code pénal de 1973.

a) *Sur la portée de la peine infligée* – Selon le code pénal de 1973 applicable à l'époque de la commission des faits délictueux, la durée maximale de trente ans d'emprisonnement correspondait à la durée maximale de la peine à purger (*condena*) applicable en cas d'infractions connexes qui se distinguait de la notion de « peines » (*penas*) prononcées ou imposées dans les différents jugements de condamnation. Par ailleurs, aux fins de l'accomplissement de la « peine imposée », les détenus pourraient bénéficier d'une remise de peine d'un jour pour deux jours de travail effectué. Il n'existait toutefois aucune règle spécifique d'imputation des remises de peine en cas d'application de la règle de cumul et de plafonnement des peines prononcées, situation où se trouvait la requérante dont les trois mille ans d'emprisonnement avaient été ramenés à trente ans. Ce n'est que lors de l'élaboration du nouveau code pénal de 1995 que le législateur a expressément prévu, en ce qui concerne l'application des bénéfiques pénitentiaires, qu'il pourrait être tenu compte, dans des cas exceptionnels, de la durée totale des peines imposées et non de la durée maximale de la peine à purger fixée par la loi.

Ayant égard à la jurisprudence et à la pratique interprétative auxquelles ont donné lieu les dispositions pertinentes du code pénal de 1973, avant l'arrêt du Tribunal suprême de 2006, lorsqu'une personne était condamnée à plusieurs peines d'emprisonnement ayant fait l'objet d'une décision de cumul et plafonnement, les autorités pénitentiaires et les tribunaux imputaient les remises de peine pour travail en détention sur la durée maximale de la peine à purger. Ils tenaient donc compte de la peine maximale de trente ans d'emprisonnement en ce qui concerne les remises de peine pour travail en détention. Le Tribunal suprême, par un arrêt adopté en mars 1994 a qualifié la peine de trente ans, en tant que peine maximale à purger, de « peine nouvelle et autonome » sur laquelle devaient être imputés les bénéfiques pénitentiaires prévus par la loi. Ainsi en dépit des ambiguïtés des dispositions pertinentes du code pénal de 1973 et du fait que le Tribunal suprême n'ait commencé à les dissiper qu'en 1994, il est constant que les autorités pénitentiaires et judiciaires avaient pour pratique de considérer la peine à purger (*condena*) résultant de la durée maximale de

trente ans d'emprisonnement comme une peine nouvelle et autonome sur laquelle devaient être imputés certains bénéfices pénitentiaires tels que les remises de peine pour travail en détention. Au regard de cette pratique, la requérante a pu croire, pendant qu'elle purgeait sa peine d'emprisonnement, que la peine infligée était celle résultant de la durée maximale de trente ans dont il fallait encore déduire les remises de peine à accorder pour travail en détention. En outre les remises de peine pour travail en détention étaient expressément prévues par une disposition légale. Elle prévoyait une réduction automatique et obligatoire de la durée de la peine en contrepartie du travail effectué en détention, sauf dans deux hypothèses: lorsque la personne condamnée se soustrayait ou tentait de se soustraire à l'exécution de la peine, ou en cas de mauvaise conduite. Même dans ces hypothèses, le crédit des remises de peine déjà accordées par le juge ne pouvait être rétroactivement révoqué, car les jours de remise de peine déjà octroyés étaient réputés purgés et faisaient partie de la situation juridique acquise du détenu.

Tout en supprimant le dispositif de remises de peine pour travail en détention pour les futurs condamnés, le code pénal de 1995 a autorisé par ses dispositions transitoires les personnes condamnées sur le fondement de l'ancien code pénal de 1973 – telles que la requérante – à continuer à bénéficier de ce régime dans la mesure où il leur était favorable. En revanche, la loi a durci les conditions d'octroi de la libération conditionnelle, y compris pour les personnes déjà condamnées avant son entrée en vigueur. La Cour en déduit que, en choisissant de maintenir les effets des règles relatives aux remises de peine pour travail en détention à titre transitoire et aux fins de la détermination de la loi pénale la plus douce, le législateur a considéré que ces règles faisaient partie des dispositions de droit pénal matériel, c'est-à-dire de celles qui ont une incidence sur la fixation de la peine elle-même et non pas uniquement sur son exécution.

Au vu de ce qui précède, à l'époque où la requérante a commis les infractions poursuivies et au moment de l'adoption de la décision de cumul et plafonnement, le droit pertinent pris dans son ensemble était formulé avec suffisamment de précision pour permettre à la requérante de discerner, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, la portée de la peine infligée au regard de la durée maximale de trente ans et du dispositif de remises de peine pour travail en détention résultant du code pénal de 1973. La peine infligée à la requérante équivalait donc à une durée maximale de trente ans d'emprisonnement, étant entendu que les remises de peine pour travail en détention devaient être imputées sur cette peine.

b) *Sur la question de savoir si l'application de la « doctrine Parot » à la requérante a modifié les seules modalités d'exécution de la peine ou si elle a modifié la portée de celle-ci* – En mai 2008 l'*Audiencia Nacional* a rejeté la proposition de fixer au 2 juillet 2008 la date de remise en liberté définitive de la requérante en s'appuyant sur la « doctrine Parot » issue de l'arrêt rendu par le Tribunal suprême en février 2006, soit bien après la commission des faits poursuivis et l'adoption de la décision de cumul

et plafonnement des peines. Il a considéré que la nouvelle règle consistant à imputer les remises de peine pour travail en détention sur chacune des peines prononcées – et non plus sur la peine maximale à purger de trente ans – était plus conforme au libellé même des dispositions du code pénal de 1973. L'application de la « doctrine Parot » à la situation de la requérante a privé de tout effet utile les remises de peine pour travail en détention auxquelles celle-ci avait droit en application de la loi et de décisions définitives rendues par des juges de l'application des peines. Ainsi la peine maximale de trente ans d'emprisonnement a perdu son caractère de peine autonome sur laquelle devaient être imputées les remises de peine pour travail en détention et s'est muée en une peine de trente ans d'emprisonnement qui, en réalité, n'était plus susceptible d'aucune remise de peine de ce type.

c) *Sur la question de savoir si la « doctrine Parot » était raisonnablement prévisible* – La modification du système d'imputation des remises de peine est le résultat d'un revirement de jurisprudence opéré par le Tribunal suprême, et non pas d'une modification de la loi par le législateur. En mars 1994, le Tribunal suprême avait suivi l'approche fondée sur le postulat selon lequel la peine maximale à purger de trente ans était une « peine nouvelle et autonome » sur laquelle devaient être imputées toutes les remises de peine prévues par la loi. Mais selon la pratique pénitentiaire et judiciaire antérieure à la « doctrine Parot », les remises de peine pour travail en détention étaient imputées sur la durée maximale de trente ans d'emprisonnement. Le Tribunal suprême n'a opéré le revirement de jurisprudence litigieux qu'en 2006, dix ans après l'abrogation de la loi sur laquelle celui-ci portait. Il a donné une nouvelle interprétation aux dispositions d'une loi qui n'était en soi plus en vigueur, à savoir le code pénal de 1973, abrogé par le code pénal de 1995. De plus, en adoptant les dispositions transitoires du code pénal de 1995, le législateur visait à maintenir les effets du dispositif des remises de peine pour travail en détention instauré par le code pénal de 1973 à l'égard des personnes condamnées sur le fondement de ce texte précisément pour se conformer aux règles interdisant la rétroactivité de la loi plus sévère en matière pénale. Or la nouvelle interprétation du Tribunal suprême, qui a privé de tout effet utile le bénéfice des remises de peine déjà accordées, a abouti en pratique à annuler les effets de ce dispositif au détriment de la requérante et d'autres personnes se trouvant dans une situation comparable. Enfin si la Cour reconnaît que le Tribunal suprême n'a pas fait une application rétroactive de la loi portant modification du code pénal de 1995, il n'en demeure pas moins que les motifs de l'arrêt du Tribunal suprême font apparaître un objectif qui était le même que celui de la loi précitée. Cette loi visait à garantir l'exécution intégrale et effective de la peine maximale à purger par les personnes condamnées à de longues peines d'emprisonnement. À cet égard, si les États sont libres de modifier leur politique criminelle, notamment en renforçant la répression des crimes et délits, il n'en reste pas moins qu'ils doivent respecter ce faisant les règles énoncées à

l'article 7 de la Convention qui prohibe de manière absolue l'application rétroactive du droit pénal lorsqu'elle s'opère au détriment de l'intéressé.

À la lumière de tout ce qui précède, au moment où ont été prononcées les condamnations de la requérante et où celle-ci a reçu notification de la décision de cumul et plafonnement des peines, rien n'indiquait l'existence d'une tendance perceptible dans l'évolution de la jurisprudence allant dans le sens de l'arrêt du Tribunal suprême de 2006. La requérante ne pouvait donc pas s'attendre au revirement opéré par le Tribunal suprême ni, en conséquence, à ce que l'*Audiencia Nacional* impute les remises de peine accordées non sur la peine maximale de trente ans, mais successivement sur chacune des peines prononcées. Ce revirement de jurisprudence a eu pour effet de modifier au détriment de la requérante la portée de la peine infligée.

*Conclusion*: violation (quinze voix contre deux).

2. Article 5 § 1 : la requérante a été condamnée, au terme d'une procédure prévue par la loi, par un tribunal compétent. La requérante a été condamnée à des peines privatives de liberté d'une durée totale de plus de trois mille ans. Or dans la plupart des jugements de condamnation prononcés par l'*Audiencia Nacional* ainsi que dans sa décision de cumul et plafonnement des peines en date de novembre 2000, il est indiqué que la requérante devrait purger une peine d'emprisonnement d'une durée maximale de trente ans en application du code pénal de 1973. La détention de la requérante n'a pas encore atteint cette durée maximale. En soi, il existe un lien de causalité entre les condamnations prononcées contre la requérante et le maintien en détention de celle-ci après le 2 juillet 2008, qui résultent des verdicts de culpabilité et de la peine maximale à purger de trente ans d'emprisonnement.

À la lumière des considérations qui l'ont conduite à conclure à la violation de l'article 7 de la Convention, la Cour estime que, aux moments où ont été prononcées les condamnations de la requérante, où elle a travaillé en détention et où elle a reçu notification de la décision de cumul et plafonnement des peines, elle ne pouvait raisonnablement prévoir que les modalités d'imputation des remises de peine pour travail en détention feraient l'objet d'un revirement jurisprudentiel opéré par le Tribunal suprême en 2006 et que ce revirement lui serait appliqué. Cela a conduit à un report de près de neuf ans de la date de remise en liberté de l'intéressée. Celle-ci a donc purgé une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à celle qui était la sanction qu'elle aurait dû subir selon le système juridique national en vigueur lors de sa condamnation, compte tenu des remises de peine qui lui avaient déjà été accordées conformément à la loi. Ainsi depuis le 3 juillet 2008, la requérante fait l'objet d'une détention non « régulière ».

*Conclusion*: violation (unanimité).

3. Article 46: eu égard aux circonstances particulières de l'espèce et au besoin urgent de mettre fin aux violations constatées de la Convention, il incombe à l'État défendeur d'assurer la remise en liberté de la requérante dans les plus brefs délais.

Article 41: la Cour accorde à la requérante une somme pour préjudice moral.

### Jurisprudence citée par la Cour

- Achour c. France* [GC], n° 67335/01, CEDH 2006-IV  
*Alexanian c. Russie*, n° 46468/06, 22 décembre 2008  
*Alimuçaj c. Albanie*, n° 20134/05, 7 février 2012  
*Amuur c. France*, 25 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III  
*Assanidzé c. Géorgie* [GC], n° 71503/01, CEDH 2004-II  
*Baranowski c. Pologne*, n° 28358/95, CEDH 2000-III  
*Başkaya et Okçuoğlu c. Turquie* [GC], n°s 23536/94 et 24408/94, CEDH 1999-IV  
*Boulois c. Luxembourg* [GC], n° 37575/04, CEDH 2012  
*Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V  
*C.R. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, série A n° 335-C  
*Cantoni c. France*, 15 novembre 1996, *Recueil* 1996-V  
*Çelikkaya c. Turquie* (déc.), n° 34026/03, 1<sup>er</sup> juin 2010  
*Coëme et autres c. Belgique*, n°s 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, CEDH 2000-VII  
*Creangă c. Roumanie* [GC], n° 29226/03, 23 février 2012  
*Dragotoniou et Militaru-Pidhorni c. Roumanie*, n°s 77193/01 et 77196/01, 24 mai 2007  
*E.K. c. Turquie*, n° 28496/95, 7 février 2002  
*Ecer et Zeyrek c. Turquie*, n°s 29295/95 et 29363/95, CEDH 2001-II  
*Fatullayev c. Azerbaïdjan*, n° 40984/07, 22 avril 2010  
*Giza c. Pologne* (déc.), n° 1997/11, 23 octobre 2012  
*Grava c. Italie*, n° 43522/98, 10 juillet 2003  
*Grosskopf c. Allemagne*, n° 24478/03, 21 octobre 2010  
*Gurguchiani c. Espagne*, n° 16012/06, 15 décembre 2009  
*Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, série A n° 39  
*Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], n° 27765/09, CEDH 2012  
*Hogben c. Royaume-Uni*, n° 11653/85, décision de la Commission du 3 mars 1986, Décisions et rapports 46  
*Hosein c. Royaume-Uni*, n° 26293/95, décision de la Commission du 28 février 1996, non publiée  
*Jamil c. France*, 8 juin 1995, série A n° 317-B  
*K.-H.W. c. Allemagne* [GC], n° 37201/97, 22 mars 2001  
*Kafkaris c. Chypre* [GC], n° 21906/04, CEDH 2008  
*Kalan c. Turquie* (déc.), n° 73561/01, 2 octobre 2001  
*Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, série A n° 260-A  
*Kononov c. Lettonie* [GC], n° 36376/04, CEDH 2010

- Korbely c. Hongrie* [GC], n° 9174/02, CEDH 2008  
*Kruslin c. France*, 24 avril 1990, série A n° 176-A  
*L.-G.R. c. Suède*, n° 27032/95, décision de la Commission du 15 janvier 1997, non publiée  
*M. c. Allemagne*, n° 19359/04, CEDH 2009  
*Macedo da Costa c. Luxembourg* (déc.), n° 26619/07, 5 juin 2012  
*Maktouf et Damjanović c. Bosnie-Herzégovine* [GC], n°s 2312/08 et 34179/08, CEDH 2013  
*Mihai Toma c. Roumanie*, n° 1051/06, 24 janvier 2012  
*Monne c. France* (déc.), n° 39420/06, 1<sup>er</sup> avril 2008  
*Oshurko c. Ukraine*, n° 33108/05, 8 septembre 2011  
*Pessino c. France*, n° 40403/02, 10 octobre 2006  
*Pilla c. Italie*, n° 64088/00, 2 mars 2006  
*S.W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, série A n° 335-B  
*Şahin Karataş c. Turquie*, n° 16110/03, 17 juin 2008  
*Scoppola c. Italie (n° 2)* [GC], n° 10249/03, 17 septembre 2009  
*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], n°s 39221/98 et 41963/98, CEDH 2000-VIII  
*Stafford c. Royaume-Uni* [GC], n° 46295/99, CEDH 2002-IV  
*Stanev c. Bulgarie* [GC], n° 36760/06, CEDH 2012  
*Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98, CEDH 2001-II  
*Szabó c. Suède* (déc.), n° 28578/03, CEDH 2006-VIII  
*Uttley c. Royaume-Uni* (déc.), n° 36946/03, 29 novembre 2005  
*Van der Velden c. Pays-Bas* (déc.), n° 29514/05, CEDH 2006-XV  
*Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, série A n° 50  
*Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)* [GC], n° 32772/02, CEDH 2009  
*Weeks c. Royaume-Uni*, 2 mars 1987, série A n° 114  
*Welch c. Royaume-Uni*, 9 février 1995, série A n° 307-A





**En l'affaire Del Río Prada c. Espagne,**

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

Dean Spielmann, *président*,  
Guido Raimondi,  
Ineta Ziemele,  
Mark Villiger,  
Isabelle Berro-Lefèvre,  
Elisabeth Steiner,  
George Nicolaou,  
Luis López Guerra,  
Ledi Bianku,  
Ann Power-Forde,  
İşıl Karakaş,  
Paul Lemmens,  
Paul Mahoney,  
Aleš Pejchal,  
Johannes Silvis,  
Valeriu Grițco,  
Faris Vehabović, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 20 mars 2013 et le 12 septembre 2013,

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

**PROCÉDURE**

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 42750/09) dirigée contre le Royaume d'Espagne et dont une ressortissante de cet État, M<sup>me</sup> Inés del Río Prada (« la requérante »), a saisi la Cour le 3 août 2009 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Devant la Cour, la requérante a été représentée par M<sup>e</sup> S. Swaroop, M<sup>e</sup> M. Muller, M<sup>e</sup> M. Ivers, avocats à Londres, ainsi que par M<sup>e</sup> D. Rouget, avocat à Bayonne, M<sup>e</sup> A. Izko Aramendia, avocate à Pampelune et M<sup>e</sup> U. Aiartzta Azurtza, avocat à Saint-Sébastien. Le gouvernement espagnol (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. F. Sanz Gandásegui, et son coagent, M. I. Salama Salama, avocats de l'État.

3. Dans sa requête, la requérante alléguait en particulier que, depuis le 3 juillet 2008, elle était maintenue en détention au mépris des exigences de

«régularité» et de respect des «voies légales» posées par l'article 5 § 1 de la Convention. Invoquant l'article 7, elle se plaignait en outre de l'application à ses yeux rétroactive d'un revirement de jurisprudence opéré par le Tribunal suprême après sa condamnation, revirement qui aurait entraîné une prolongation de près de neuf ans de son incarcération.

4. La requête a été attribuée à la troisième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour – «le règlement»). Le 19 novembre 2009, le président de la troisième section a résolu de communiquer la requête au Gouvernement. Il a en outre été décidé que la chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et le fond de l'affaire (article 29 § 1 de la Convention). Le 10 juillet 2012, une chambre de la troisième section composée de Josep Casadevall, président, Corneliu Bîrsan, Alvina Gyulumyan, Egbert Myjer, Ján Šikuta, Luis López Guerra et Nona Tsotsoria, juges, ainsi que de Santiago Quesada, greffier de section, a rendu un arrêt. À l'unanimité, elle a déclaré recevables les griefs tirés des articles 7 et 5 § 1 de la Convention et la requête irrecevable pour le surplus, puis a conclu à la violation des dispositions en question.

5. Le 4 octobre 2012, la Cour a reçu du Gouvernement une demande de renvoi devant la Grande Chambre. Le 22 octobre 2012, le collège de la Grande Chambre a décidé de renvoyer l'affaire devant la Grande Chambre (article 43 de la Convention).

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

7. Tant la requérante que le Gouvernement ont déposé des observations écrites complémentaires sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement).

8. En outre, des observations ont été soumises par M<sup>me</sup> Róisín Pillay au nom de la Commission internationale des juristes, que le président de la Grande Chambre avait autorisée à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement).

9. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 20 mars 2013 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. I. Salama Salama,  
F. Sanz Gandásegui,  
J. Requena Juliani,  
J. Nistal Buron,

*coagent,*  
*agent,*  
*conseillers;*

– pour la requérante

MM. M. Muller,

S. Swaroop,

M. Ivers,

D. Rouget,

A. Izko Aramendia,

U. Aiartza Azurtza,

*conseils,*

*conseillers.*

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Muller, M. Swaroop, M. Ivers et M. Salama Salama, ainsi que M. Muller, M. Swaroop, M. Ivers et M. Sanz Gandásegui en leurs réponses à ses questions.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

10. La requérante est née en 1958. Elle est incarcérée dans un centre pénitentiaire de la région de Galice.

11. À l'issue de huit procédures pénales distinctes suivies devant l'*Audiencia Nacional*<sup>1</sup>, l'intéressée fut condamnée :

– par un arrêt 77/1988 du 18 décembre 1988, à une peine de huit ans d'emprisonnement pour appartenance à une organisation terroriste, à une peine de sept ans d'emprisonnement pour possession illicite d'armes, à une peine de huit ans d'emprisonnement pour possession d'explosifs, à une peine de quatre ans d'emprisonnement pour faux, à une peine de six mois d'emprisonnement pour usage de faux document d'identité ;

– par un arrêt 8/1989 du 27 janvier 1989, à une peine de seize ans d'emprisonnement pour un délit de dégâts en concours avec six délits de lésions graves, un délit de lésions moins graves et neuf contraventions de lésions ;

– par un arrêt 43/1989 du 22 avril 1989, à deux peines de vingt-neuf ans d'emprisonnement pour un attentat mortel et un assassinat ;

– par un arrêt 54/1989 du 7 novembre 1989, à une peine de trente ans d'emprisonnement pour un attentat mortel, à onze peines de vingt-neuf ans d'emprisonnement pour onze assassinats, à soixante-dix-huit peines de vingt-quatre ans d'emprisonnement pour soixante-dix-huit tentatives d'assassinat, à une peine de onze ans d'emprisonnement pour un délit de dégâts. L'*Audiencia Nacional* indiqua qu'en application de l'article 70.2 du

1. Juridiction siégeant à Madrid compétente notamment en matière de terrorisme.

code pénal de 1973, la durée maximale de la peine d'emprisonnement à purger (*condena*) serait de trente ans ;

– par un arrêt 58/1989 du 25 novembre 1989, à trois peines de vingt-neuf ans d'emprisonnement pour un attentat mortel et deux assassinats. L'*Audiencia Nacional* précisa que, conformément à l'article 70.2 du code pénal de 1973, la durée maximale de la peine d'emprisonnement à purger (*condena*) serait de trente ans ;

– par un arrêt 75/1990 du 10 décembre 1990, à une peine de trente ans d'emprisonnement pour un attentat mortel, à quatre peines de trente ans d'emprisonnement pour quatre assassinats, à onze peines de vingt ans d'emprisonnement pour onze tentatives d'assassinat, à une peine de huit ans d'emprisonnement pour terrorisme. L'arrêt indiquait qu'il serait tenu compte de la limite établie par l'article 70.2 du code pénal de 1973 aux fins de l'accomplissement des peines privatives de liberté ;

– par un arrêt 29/1995 du 18 avril 1995, à une peine de vingt-huit ans d'emprisonnement pour un attentat mortel et à une peine de vingt ans et un jour d'emprisonnement pour une tentative d'assassinat. L'arrêt renvoyait également aux limites prévues à l'article 70 du code pénal ;

– par un arrêt 24/2000 du 8 mai 2000, à une peine de trente ans d'emprisonnement pour un attentat en concours idéal avec une tentative d'assassinat, à une peine de vingt-neuf ans d'emprisonnement pour un assassinat, à dix-sept peines de vingt-quatre ans d'emprisonnement pour dix-sept tentatives d'assassinat, et à une peine de onze ans d'emprisonnement pour un délit de dégâts. Il y était indiqué que les peines prononcées seraient purgées dans les limites prévues à l'article 70.2 du code pénal de 1973. Appelée à se prononcer sur la question de savoir s'il fallait appliquer le code pénal de 1973 en vigueur au moment de la commission des faits délictueux ou le nouveau code pénal de 1995, l'*Audiencia Nacional* considéra que l'ancien code pénal de 1973 était plus favorable à l'accusée compte tenu de la durée maximale de la peine à purger fixée par l'article 70.2 de ce texte combinée avec le dispositif de remises de peine pour travail en détention instauré par son article 100.

12. La durée totale des peines prononcées pour ces infractions commises entre 1982 et 1987 s'élevait à plus de trois mille ans d'emprisonnement.

13. Maintenu en détention provisoire du 6 juillet 1987 au 13 février 1989, la requérante commença à purger sa première peine d'emprisonnement après condamnation le 14 février 1989.

14. Par une décision du 30 novembre 2000, l'*Audiencia Nacional* informa la requérante que la connexité juridique et chronologique des infractions pour lesquelles elle avait été condamnée permettait le cumul (*acumulación*) des peines prononcées, conformément à l'article 988 de la loi de procédure

pénale (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*) combiné avec l'article 70.2 du code pénal de 1973 en vigueur à l'époque de la commission des faits. L'*Audiencia Nacional* fixa à trente ans la durée maximale d'emprisonnement que la requérante devrait purger au titre de l'ensemble des peines privatives de liberté prononcées contre elle.

15. Par une décision du 15 février 2001, l'*Audiencia Nacional* fixa au 27 juin 2017 la date à laquelle la requérante aurait terminé de purger sa peine (*liquidación de condena*).

16. Le 24 avril 2008, après avoir pris en compte les 3 282 jours de remise de peine accordés à l'intéressée pour le travail qu'elle avait effectué en détention depuis 1987, le centre pénitentiaire de Murcie où celle-ci était incarcérée proposa à l'*Audiencia Nacional* de la remettre en liberté le 2 juillet 2008. Il ressort des pièces soumises à la Cour par le Gouvernement que la requérante s'était vu accorder des remises de peine ordinaires et extraordinaires en vertu de décisions prises par des juges de l'application des peines (*Jueces de Vigilancia Penitenciaria* en première instance et *Audiencias Provinciales* en appel) en 1993, 1994, 1997, 2002, 2003 et 2004 pour avoir entretenu le centre pénitentiaire, sa cellule ainsi que les espaces communs et pour avoir suivi des études universitaires.

17. Toutefois, le 19 mai 2008, l'*Audiencia Nacional* rejeta la proposition du 24 avril 2008 et demanda aux autorités pénitentiaires de fixer une autre date de remise en liberté en se fondant sur la nouvelle jurisprudence (dite « doctrine Parot ») issue de l'arrêt 197/2006 rendu par le Tribunal suprême le 28 février 2006. Selon cette nouvelle jurisprudence, les bénéficiaires pénitentiaires et les remises de peine devaient être imputés non plus sur la durée maximale d'emprisonnement de trente ans, mais successivement sur chacune des peines prononcées (...)

18. L'*Audiencia Nacional* précisa que cette nouvelle jurisprudence ne s'appliquait qu'aux personnes condamnées sur le fondement du code pénal de 1973 et justiciables de l'article 70.2 de ce texte. Relevant que la requérante se trouvait dans cette situation, elle jugea que la date de remise en liberté de l'intéressée devait être modifiée en conséquence.

19. La requérante forma un recours (*súplica*) contre cette décision. Dans son recours, elle soutenait notamment que l'application de l'arrêt précité du Tribunal suprême portait atteinte au principe de non-rétroactivité des règles pénales défavorables à l'accusé puisque, au lieu d'être imputées sur la peine à purger dont la durée maximale était de trente ans, les remises de peine pour travail en détention devaient désormais l'être sur chacune des peines prononcées. Elle alléguait que la durée de son incarcération s'en trouvait prolongée de près de neuf ans. Les suites de ce recours n'ont pas été portées à la connaissance de la Cour.

20. Par une ordonnance du 23 juin 2008 fondée sur une nouvelle proposition du centre pénitentiaire, l'*Audiencia Nacional* fixa au 27 juin 2017 la date de remise en liberté définitive de la requérante (*licenciamiento definitivo*).

21. L'intéressée exerça un recours (*súplica*) contre l'ordonnance du 23 juin 2008. Par une décision du 10 juillet 2008, l'*Audiencia Nacional* rejeta le recours de la requérante, précisant que la question qui se posait ne portait pas sur la durée maximale des peines d'emprisonnement, mais sur les modalités d'imputation des bénéfices pénitentiaires sur les peines en question en vue de la fixation d'une date de remise en liberté. Elle ajouta que les bénéfices pénitentiaires devaient désormais être imputés sur chaque peine prononcée prise isolément. Enfin, elle estima que le principe de non-rétroactivité n'avait pas été enfreint puisqu'on avait appliqué la loi pénale qui était en vigueur au moment de son application.

22. Invoquant les articles 14 (interdiction de la discrimination), 17 (droit à la liberté), 24 (droit à une protection juridictionnelle effective) et 25 (principe de légalité) de la Constitution, la requérante forma un recours d'*amparo* auprès du Tribunal constitutionnel. Par une décision du 17 février 2009, la haute juridiction déclara ce recours irrecevable au motif que la requérante n'avait pas justifié la pertinence de ses griefs du point de vue constitutionnel.

(...)

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 7 DE LA CONVENTION

56. La requérante allègue que l'application à ses yeux rétroactive d'un revirement de jurisprudence opéré par le Tribunal suprême après sa condamnation a prolongé sa détention de près de neuf ans, au mépris de l'article 7 de la Convention. Cette disposition est ainsi libellée :

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

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

### A. Arrêt de la chambre

57. Dans son arrêt du 10 juillet 2012, la chambre a conclu à la violation de l'article 7 de la Convention.

58. Elle s'est prononcée ainsi après avoir relevé, en premier lieu, que si les dispositions du code pénal de 1973 applicables aux remises de peine et à la durée maximale de la peine à purger – fixée par l'article 70 de ce texte à trente ans d'emprisonnement – présentaient une certaine ambiguïté, les autorités pénitentiaires et les tribunaux espagnols avaient pour pratique de considérer cette durée maximale d'incarcération comme une nouvelle peine autonome sur laquelle devaient être imputés les bénéfices pénitentiaires tels que les remises de peine pour travail en détention. Elle en a conclu que, aux moments de la commission des faits poursuivis et de l'adoption de la décision de cumul et plafonnement des peines prononcées contre la requérante (à savoir le 30 novembre 2000), le droit espagnol pertinent, y compris jurisprudentiel, était dans son ensemble assez précis pour raisonnablement permettre à l'intéressée de prévoir la portée de la peine qui lui avait été infligée et les modalités de son exécution (paragraphe 55 de l'arrêt de la chambre, avec référence *a contrario* à l'arrêt *Kafkaris c. Chypre* [GC], n° 21906/04, § 150, CEDH 2008).

59. La chambre a observé, en deuxième lieu, que dans le cas de la requérante, la nouvelle interprétation que le Tribunal suprême avait donnée en 2006 des modalités d'imputation des remises de peine avait abouti à prolonger rétroactivement de près de neuf ans la peine à purger par l'intéressée, les remises de peine pour travail en détention dont elle aurait pu bénéficier étant devenues inopérantes. Dans ces conditions, elle a jugé que cette mesure ne concernait pas seulement l'exécution de la peine infligée à la requérante, mais qu'elle avait aussi un impact décisif sur la portée de la « peine » au sens de l'article 7 (paragraphe 59 de l'arrêt de la chambre).

60. La chambre a noté, en troisième lieu, que le revirement jurisprudentiel opéré par le Tribunal suprême ne découlait pas d'une jurisprudence antérieure, et que le Gouvernement avait lui-même admis que la pratique pénitentiaire et judiciaire préexistante allait dans le sens le plus favorable à la requérante. Elle a précisé que ce revirement était intervenu après l'entrée en vigueur du nouveau code pénal de 1995, qui avait supprimé le dispositif des remises de peine pour travail en détention et établi de nouvelles règles – plus rigoureuses – pour l'application des bénéfices pénitentiaires s'agissant des détenus condamnés à plusieurs peines d'emprisonnement de longue durée. À cet égard, elle a souligné que les juridictions internes ne pouvaient appliquer rétroactivement et au détriment des personnes concernées la politique criminelle des changements législatifs intervenus après la commission de

l'infraction (paragraphe 62 de l'arrêt de la chambre). Elle en a conclu que, à l'époque des faits et au moment de l'adoption de la décision portant cumul et plafonnement de toutes les peines prononcées à l'encontre de l'intéressée, il était difficile – voire impossible – pour celle-ci de prévoir que les modalités d'imputation des remises de peine feraient l'objet en 2006 d'un revirement de jurisprudence opéré par le Tribunal suprême, que ce revirement lui serait appliqué, et que la durée de son incarcération s'en trouverait notablement prolongée (paragraphe 63 de l'arrêt de la chambre).

## **B. Thèses des parties devant la Grande Chambre**

### *1. Thèse de la requérante*

61. La requérante soutient que la durée maximale de son incarcération – à savoir trente ans – telle que fixée par la décision de cumul et plafonnement des peines adoptée le 30 novembre 2000 s'analysait en une nouvelle peine résultant du cumul de celles-ci et/ou en la fixation finale de sa peine. Elle déclare souscrire à la conclusion de la chambre selon laquelle, pendant qu'elle purgeait sa peine d'emprisonnement, elle pouvait légitimement espérer, au regard de la pratique existante, que les remises de peine accordées en contrepartie du travail qu'elle effectuait en détention depuis 1987 seraient déduites de la durée maximale de trente ans d'incarcération.

62. Dans ces conditions, la requérante estime que l'application dans son affaire du revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt 197/2006 du Tribunal suprême équivaut à l'imposition rétroactive d'une peine supplémentaire qui ne saurait s'analyser en une simple mesure d'exécution de la peine. Elle considère que, par l'effet de ce revirement, la peine de trente ans fixée par la décision du 30 novembre 2000 qui lui a été notifiée le même jour a cessé d'être considérée comme une nouvelle peine autonome et/ou comme la peine définitive et que les diverses peines qu'elle s'était vu infliger entre 1988 et 2000 (d'une durée totale de plus de trois mille ans d'emprisonnement) à l'issue des huit procès dirigés contre elle ont été d'une certaine manière rétablies. Elle allègue que, en imputant les remises de peine sur chacune des peines prononcées prise isolément, les tribunaux espagnols l'ont privée du bénéfice des remises de peine accordées et ont prolongé de neuf ans la durée de son incarcération. Ce faisant, les juridictions en question n'auraient pas simplement altéré les règles applicables aux remises de peine, mais auraient de surcroît redéfini et/ou modifié notablement la « peine » qui lui avait été notifiée.

63. Le revirement de jurisprudence opéré par le Tribunal suprême dans son arrêt 197/2006 n'aurait pas été raisonnablement prévisible au regard de



la pratique et de la jurisprudence antérieures, et aurait privé les remises de peine pour travail en détention prévues par l'ancien code pénal de 1973 de tout effet utile pour les personnes se trouvant dans une situation analogue à celle de la requérante. L'arrêt en question aurait conduit à appliquer à l'intéressée la politique criminelle ayant inspiré le nouveau code pénal de 1995 en dépit de la volonté des auteurs de ce texte de maintenir le dispositif de remises de peine instauré par le code pénal 1973 au profit des personnes condamnées sur le fondement de celui-ci.

64. À titre subsidiaire, force serait de constater qu'à l'époque de la commission des faits poursuivis, le droit espagnol n'était pas formulé avec suffisamment de précision pour raisonnablement permettre à la requérante de discerner la portée de la peine infligée et les modalités d'exécution de celle-ci (*Kafkaris*, précité, § 150). En effet, le code pénal de 1973 aurait été ambigu en ce qu'il ne précisait pas si la durée maximale d'incarcération de trente ans constituait une nouvelle peine autonome, si les peines prononcées subsistaient après leur cumul, et sur quelle peine devaient être imputées les remises de peine accordées. L'arrêt 197/2006 n'aurait pas conduit à éclaircir la question de la fixation de la peine, le Tribunal suprême n'ayant pas expressément infirmé son ordonnance du 25 mai 1990 d'après laquelle le cumul des peines prévu par l'article 70.2 du code pénal de 1973 constituait une modalité de détermination de la peine.

Du reste, si l'ordonnance en question était demeurée en vigueur, l'*Audiencia Nacional* aurait dû choisir entre plusieurs peines potentiellement applicables aux fins de l'imputation des remises de peine, à savoir la peine de trente ans ou les peines prononcées prises isolément. Conformément à la jurisprudence *Scoppola c. Italie (n° 2)* ([GC], n° 10249/03, 17 septembre 2009), l'*Audiencia Nacional* aurait été tenue d'appliquer la loi pénale la plus douce au regard des circonstances particulières de l'affaire.

65. Par ailleurs, la distinction entre la peine et l'exécution de celle-ci ne serait pas toujours nette en pratique. Il incomberait au gouvernement qui s'en prévaut de démontrer qu'elle trouve à s'appliquer dans telle ou telle affaire, notamment lorsque le manque de netteté de cette distinction résulte de la manière dont l'État a rédigé ou appliqué ses lois. Il conviendrait de distinguer la présente affaire d'autres affaires portant sur des mesures discrétionnaires de libération anticipée ou des mesures qui n'emportent pas une redéfinition de la peine (*Hogben [c. Royaume-Uni]*, n° 11653/85, décision de la Commission du 3 mars 1986, Décisions et rapports 46, p. 231), *Hosein c. Royaume-Uni*, n° 26293/95, décision de la Commission du 28 février 1996, non publiée, *Grava [c. Italie]*, n°43522/98, 10 juillet 2003], *Uttley c. Royaume-Uni* (déc.), n° 36946/03, 29 novembre 2005). Subsidiairement, du point de vue de la qualité de la loi, la présente affaire se rapprocherait

de l'affaire *Kafkaris* en ce qu'elle ferait apparaître une incertitude quant à la portée et à la teneur de la peine, incertitude due en partie à la manière dont les règles relatives aux remises de peine ont été interprétées et appliquées. En tout état de cause, il ressortirait de l'arrêt *Kafkaris* que l'exigence de qualité de la loi s'applique tant à la portée de la peine qu'aux modalités de son exécution, notamment lorsque la substance et l'exécution de la peine sont étroitement liées.

66. Enfin, quant à la valeur de la jurisprudence en matière pénale, à supposer même qu'il soit légitime de modifier la jurisprudence des tribunaux pour répondre aux évolutions sociales, le Gouvernement n'aurait pas justifié des raisons pour lesquelles le revirement litigieux devait s'appliquer rétroactivement. En tout état de cause, ni le Gouvernement ni les tribunaux n'auraient déclaré que l'application du revirement jurisprudentiel de 2006 à la requérante répondait aux « nouvelles réalités sociales ».

## 2. Thèse du Gouvernement

67. Le Gouvernement rappelle que la requérante appartient à l'organisation criminelle ETA et qu'elle a participé à de nombreux attentats terroristes de 1982 jusqu'à sa détention en 1987. Il ajoute que, pour ces crimes, l'intéressée a été condamnée entre 1988 et 2000 à des peines d'une durée totale de plus de trois mille ans d'emprisonnement pour vingt-trois assassinats, cinquante-sept tentatives d'assassinat et d'autres infractions. Il avance que les divers jugements de condamnation dont la requérante a fait l'objet ont été prononcés sur le fondement du code pénal de 1973 en vigueur à l'époque de la commission des faits délictueux, qui définissait très clairement les infractions et les peines dont elles étaient passibles. Il précise que cinq de ces jugements de condamnation et la décision de cumul et plafonnement des peines adoptée le 30 novembre 2000 avaient fait expressément savoir à la requérante que, en application de l'article 70.2 du code pénal, la durée totale de la peine d'emprisonnement qu'elle devrait purger serait de trente ans. Par ailleurs, il fait observer que, au 15 février 2001, date de la décision de l'*Audiencia Nacional* fixant au 27 juin 2017 le terme de la peine à purger par la requérante, celle-ci avait déjà obtenu des remises de peine de plus de quatre ans en contrepartie du travail effectué en détention. L'intéressée aurait acquiescé à la date de libération fixée par l'*Audiencia Nacional* faute d'avoir fait appel de cette décision.

68. Il ressortirait de manière parfaitement claire du code pénal de 1973 que la durée maximale d'accomplissement de trente ans ne s'analysait pas en une nouvelle peine mais en une mesure de plafonnement des peines prononcées s'exécutant successivement suivant l'ordre de leur gravité respective, celles-ci devenant caduques pour le surplus. L'opération de

cumul et de plafonnement des peines aurait eu pour seul but de fixer un terme à la durée d'exécution des différentes peines prononcées à l'issue des diverses procédures. Par ailleurs, pour ce qui est des remises de peine pour travail en détention, l'article 100 du code pénal de 1973 indiquerait tout aussi clairement qu'elles devaient être imputées sur la « peine imposée », c'est-à-dire sur chacune des peines imposées jusqu'à ce que soit atteinte la limite maximale d'accomplissement.

69. S'il est constant que, avant l'adoption de l'arrêt 197/2006 du Tribunal suprême, les centres pénitentiaires et les tribunaux espagnols avaient pour pratique d'imputer les remises de peines pour travail en détention sur la limite maximale de trente ans, cette pratique se rapporterait non pas à la détermination de la peine, mais à son exécution. Par ailleurs, cette pratique ne trouverait aucun appui dans la jurisprudence du Tribunal suprême en l'absence de principe établi sur la question des modalités d'imputation des remises de peine pour travail en détention. L'arrêt isolé rendu par la haute juridiction en 1994 sur ce point ne suffirait pas à faire jurisprudence d'après le droit espagnol. Le Tribunal suprême n'aurait fixé sa jurisprudence en la matière qu'à partir de l'arrêt 197/2006 adopté par sa chambre criminelle. En outre, cette jurisprudence aurait été approuvée par la formation plénière du Tribunal constitutionnel dans plusieurs arrêts rendus le 29 mars 2012 comportant de nombreuses références à la jurisprudence de la Cour relative à la distinction entre « peine » et « exécution » de la peine.

70. La chambre aurait considéré à tort que l'application de la « doctrine Parot » privait les remises de peine pour travail en détention accordées aux personnes condamnées sur le fondement de l'ancien code pénal de 1973 de tout effet utile. Les remises de peine continueraient à être imputées sur chaque peine prononcée prise isolément jusqu'à ce que soit atteinte la durée maximale d'accomplissement. La limite de trente ans ne serait atteinte avant que les remises de peine pour travail en détention accordées aient une incidence sur une fraction importante des peines prononcées que dans le cas des crimes les plus graves, parmi lesquels figurent ceux commis par la requérante. De la même manière, la chambre aurait jugé à tort que le Tribunal suprême avait appliqué rétroactivement la politique ayant inspiré les réformes législatives intervenues en 1995 et 2003. À cet égard, force serait de constater que les réformes en question ne font aucunement état des modalités d'imputation des remises de peine pour travail en détention, supprimées par le code pénal de 1995. Si la politique pénale à l'origine de la loi de 2003 avait été appliquée rétroactivement, la durée maximale d'emprisonnement à purger par la requérante aurait été de quarante ans.

71. Dans son arrêt, la chambre se serait écartée de la jurisprudence de la Cour portant sur la distinction à opérer entre les mesures constituant une

« peine » et les mesures relatives à l'« exécution » d'une peine. Conformément à cette jurisprudence, une mesure ayant pour but la remise d'une peine ou un changement dans le système de libération conditionnelle ne ferait pas partie intégrante de la « peine » au sens de l'article 7 (*Grava*, précité, § 51, *Utley*, décision précitée, et *Kafkaris*, précité, § 142 ; voir également *Hogben*, décision précitée). Dans l'affaire *Kafkaris*, la Cour aurait admis qu'une réforme de la législation pénitentiaire appliquée rétroactivement et excluant les condamnés à la réclusion à perpétuité du bénéfice éventuel des remises de peine pour travail en détention concernait l'exécution de la peine et non la peine imposée (§ 151). Dans la présente affaire, le droit pénitentiaire n'aurait pas été modifié. L'arrêt 197/2006 du Tribunal suprême relatif aux modalités d'imputation des remises de peine pour travail en détention aurait eu pour seul effet d'empêcher que la date de libération de la requérante ne soit avancée de neuf ans, non de prolonger la peine prononcée contre celle-ci.

72. La présente affaire se distinguerait de celles se rapportant manifestement à la peine et non à l'exécution de celle-ci (*Scoppola*, précité, *Gurguchiani* [c. Espagne, n° 16012/06, 15 décembre 2009], et *M. c. Allemagne* [n° 19359/04, CEDH 2009]). La mesure litigieuse aurait trait aux remises de peine ou au « régime de libération anticipée », non à la durée maximale d'accomplissement des peines prononcées, qui n'aurait pas été modifiée. Les remises de peine pour travail en détention ne poursuivraient pas les objectifs caractérisant la sanction pénale, mais feraient partie des mesures d'accomplissement de celle-ci en ce qu'elles autoriseraient la libération anticipée du détenu concerné avant qu'il ait purgé les peines prononcées contre lui pour autant qu'il ait fait preuve de sa volonté de réinsertion sociale par le travail ou l'accomplissement d'autres activités rémunérées. Dans ces conditions, les remises de peine pour travail en détention ne sauraient passer pour des mesures imposées à la suite d'une condamnation pour une « infraction pénale », car elles seraient plutôt des mesures se rapportant au comportement du détenu au cours de l'exécution de sa peine. Par ailleurs, elles ne présenteraient aucune « sévérité » car elles opéreraient toujours en faveur du détenu concerné, leur application ne pouvant conduire qu'à avancer la date de remise en liberté de celui-ci.

73. L'arrêt de la chambre irait à l'encontre de la jurisprudence de la Cour relative à la question de savoir dans quelle mesure un délinquant doit pouvoir prévoir, au moment de la commission des faits, la durée exacte de son emprisonnement. Les remises de peine pour travail en détention étant de nature purement pénitentiaire, on ne saurait reprocher au Tribunal suprême de s'être écarté de la pratique antérieurement suivie en matière d'imputation des remises de peine, le revirement opéré par la haute juridiction n'ayant

eu aucune incidence sur les droits garantis par l'article 7. La Cour n'aurait jamais déclaré que l'exigence de prévisibilité s'étendait à la durée exacte de la peine à purger après décompte des bénéfiques pénitentiaires, des remises de peine, des éventuelles grâces ou de tout autre élément se rattachant à l'exécution de la peine. Ces éléments seraient impossibles à prévoir et à calculer *ex ante*.

74. Enfin, les implications de l'arrêt de la chambre seraient contestables en ce qu'elles remettraient en cause la valeur et la fonction que la Cour aurait elle-même attribuées à la jurisprudence en matière pénale et pénitentiaire (*Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n<sup>os</sup> 34044/96, 35532/97 et 44801/98, § 50, CEDH 2001-II). La chambre aurait considéré qu'un arrêt isolé rendu en 1994, erroné bien que consacré par une pratique administrative, devait prévaloir sur une jurisprudence établie par le Tribunal suprême puis confirmée par le Tribunal constitutionnel, alors pourtant que celle-ci serait plus respectueuse du texte de la loi en vigueur au moment des faits. Or une interprétation judiciaire plus respectueuse de la lettre de la loi applicable ne saurait par principe être qualifiée d'imprévisible.

### C. Observations du tiers intervenant

75. La Commission internationale de juristes rappelle que le principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 7 de la Convention ainsi que par d'autres instruments internationaux est un élément essentiel de la prééminence du droit. Elle avance que, conformément à ce principe, ainsi qu'à l'objet et au but de l'article 7 qui interdisent tout arbitraire dans l'application du droit, les notions autonomes de «loi» et de «peine» doivent recevoir une interprétation suffisamment large pour faire échec à l'application rétroactive déguisée d'une loi pénale ou d'une peine au détriment d'un condamné. Elle soutient que lorsque des modifications apportées à la loi ou à l'interprétation de celle-ci entraînent la remise en cause d'une peine ou d'une remise de peine impliquant une réévaluation importante de la peine dans un sens qui n'était pas prévisible au moment du prononcé de la peine initiale et qui est préjudiciable au condamné et à ses droits conventionnels, ces modifications portent par nature sur le contenu de la peine et non sur la procédure ou les modalités d'exécution de celle-ci, de sorte qu'elles tombent sous le coup de l'interdiction de la rétroactivité. La Commission internationale de juristes plaide que certaines normes qualifiées dans les ordres juridiques internes de règles de procédure pénale ou de règles d'exécution des peines ont des incidences importantes, imprévisibles et préjudiciables aux droits individuels et que, eu égard à leur nature, elles sont assimilables ou équivalentes à une loi pénale ou à une

peine à effet rétroactif. Pour cette raison, l'interdiction de la rétroactivité devrait s'appliquer à de telles normes.

76. À l'appui de sa thèse selon laquelle le principe de non-rétroactivité doit s'appliquer aux règles procédurales ou d'exécution des peines affectant de manière importante les droits de l'accusé ou du condamné, la Commission internationale de juristes fait état de plusieurs éléments de droit international et de droit comparé (statuts et règlements de procédure des cours pénales internationales, législation et jurisprudence portugaises, françaises et néerlandaises).

## D. Appréciation de la Cour

### 1. Principes se dégageant de la jurisprudence de la Cour

#### a) *Nullum crimen, nulla poena sine lege*

77. La garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation même en temps de guerre ou autre danger public menaçant la vie de la nation. Ainsi qu'il découle de son objet et de son but, on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et les sanctions arbitraires (*S.W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, § 34, série A n° 335-B, *C.R. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, § 32, série A n° 335-C, et *Kafkaris*, précité, § 137).

78. L'article 7 de la Convention ne se borne pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au désavantage de l'accusé (voir, en ce qui concerne l'application rétroactive d'une peine, *Welch c. Royaume-Uni*, 9 février 1995, § 36, série A n° 307-A, *Jamil c. France*, 8 juin 1995, § 35, série A n° 317-B, *Ecer et Zeyrek c. Turquie*, n°s 29295/95 et 29363/95, § 36, CEDH 2001-II, et *Mihai Toma c. Roumanie*, n° 1051/06, §§ 26-31, 24 janvier 2012). Il consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines – « *nullum crimen, nulla poena sine lege* » – (*Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 52, série A n° 260-A). S'il interdit en particulier d'étendre le champ d'application des infractions existantes à des faits qui, antérieurement, ne constituaient pas des infractions, il commande en outre de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, par exemple par analogie (*Coëme et autres c. Belgique*, n°s 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, § 145, CEDH 2000-VII; pour un exemple d'application par analogie d'une peine, voir l'arrêt

*Başkaya et Okçuoğlu c. Turquie* [GC], n<sup>os</sup> 23536/94 et 24408/94, §§ 42-43, CEDH 1999-IV).

79. Il s'ensuit que la loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux et le cas échéant après avoir recouru à des conseils éclairés, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine il encourt de ce chef (*Cantoni c. France*, 15 novembre 1996, § 29, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, et *Kafkaris*, précité, § 140).

80. La tâche qui incombe à la Cour est donc, notamment, de s'assurer que, au moment où un accusé a commis l'acte qui a donné lieu aux poursuites et à la condamnation, il existait une disposition légale rendant l'acte punissable et que la peine imposée n'a pas excédé les limites fixées par cette disposition (*Coëme et autres*, précité, § 145, et *Achour c. France* [GC], n<sup>o</sup> 67335/01, § 43, CEDH 2006-IV).

#### b) Notion de «peine» et portée de la peine

81. La notion de «peine» contenue dans l'article 7 § 1 de la Convention possède, comme celles de «droits et obligations de caractère civil» et d'«accusation en matière pénale» figurant à l'article 6 § 1, une portée autonome. Pour rendre effective la protection offerte par l'article 7, la Cour doit demeurer libre d'aller au-delà des apparences et d'apprécier elle-même si une mesure particulière s'analyse au fond en une «peine» au sens de cette clause (*Welch*, précité, § 27, et *Jamil*, précité, § 30).

82. Le libellé de l'article 7 § 1, seconde phrase, indique que le point de départ de toute appréciation de l'existence d'une «peine» consiste à déterminer si la mesure en question a été imposée à la suite d'une condamnation pour une infraction pénale. D'autres éléments peuvent être jugés pertinents à cet égard: la nature et le but de la mesure en cause, sa qualification en droit interne, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité (*Welch*, § 28, *Jamil*, § 31, *Kafkaris*, § 142 et *M. c. Allemagne*, § 120, tous précités). La gravité de la mesure n'est toutefois pas décisive en soi, puisque de nombreuses mesures non pénales de nature préventive peuvent avoir un impact substantiel sur la personne concernée (*Welch*, précité, § 32, et *Van der Velden c. Pays-Bas* (déc.), n<sup>o</sup> 29514/05, CEDH 2006-XV).

83. Dans leur jurisprudence, la Commission européenne des droits de l'homme comme la Cour ont établi une distinction entre une mesure constituant en substance une «peine» et une mesure relative à l'«exécution» ou à l'«application» de la peine. Il résulte de cette jurisprudence que,

lorsque la nature et le but d'une mesure concernant la remise d'une peine ou un changement dans le système de libération conditionnelle, cette mesure ne fait pas partie intégrante de la « peine » au sens de l'article 7 (voir, entre autres, *Hogben*, décision précitée, *Hosein*, décision précitée, *L.-G.R. c. Suède*, n° 27032/95, décision de la Commission du 15 janvier 1997, non publiée, *Grava*, précité, § 51, *Uttley*, décision précitée, *Kafkaris*, précité, § 142, *Monne c. France* (déc.), n° 39420/06, 1<sup>er</sup> avril 2008, *M. c. Allemagne*, précité, § 121, *Giza c. Pologne* (déc.), n° 1997/11, § 31, 23 octobre 2012). Ainsi la Cour a-t-elle considéré, dans l'affaire *Uttley*, que des modifications apportées au régime de la libération conditionnelle après la condamnation du requérant n'avaient pas été « infligées » à celui-ci, mais faisaient partie du régime général applicable aux détenus, ajoutant que, loin d'être répressive, la « mesure » litigieuse visait par sa nature et sa finalité à permettre la libération anticipée, raison pour laquelle elle ne pouvait être considérée comme étant en soi « sévère ». La Cour a donc estimé que l'application au requérant des modifications apportées au régime de la libération conditionnelle ne faisait pas partie de la « peine » infligée à l'intéressé.

84. Dans l'affaire *Kafkaris*, où des modifications apportées à la législation pénitentiaire avaient exclu du bénéfice des remises de peine tous les condamnés à la réclusion à perpétuité – parmi lesquels figurait le requérant, la Cour a estimé que ces modifications portaient sur l'exécution de la peine et non sur la peine imposée à l'intéressé, laquelle demeurerait celle de l'emprisonnement à vie. Elle a précisé que, même si le changement apporté à la législation pénitentiaire et aux conditions de libération avait pu rendre l'emprisonnement du requérant plus rigoureux, il ne pouvait passer pour une mesure imposant une « peine » plus forte que celle infligée par la juridiction de jugement. Elle a rappelé à ce propos que les questions relatives à l'existence, aux modalités d'exécution ainsi qu'aux justifications d'un régime de libération relevaient du pouvoir reconnu aux États parties à la Convention de décider de leur politique criminelle (*Achour*, précité, § 44, et *Kafkaris*, précité, § 151).

85. Toutefois, la Cour a aussi reconnu que la distinction entre une mesure constituant une « peine » et une mesure relative à l'« exécution » d'une peine n'était pas toujours nette en pratique (*Kafkaris*, § 142, *Gurguchiani*, § 31, et *M. c. Allemagne*, § 121, tous précités). Dans l'affaire *Kafkaris*, elle a admis que la manière dont le règlement pénitentiaire concernant les modalités d'exécution des peines avait été compris et appliqué par rapport à la peine perpétuelle que le requérant purgeait allait au-delà de la simple exécution.



En effet, alors que la juridiction de jugement avait condamné le requérant à la réclusion à perpétuité pour le reste de sa vie, le règlement pénitentiaire précisait que cette peine s'entendait d'un emprisonnement pour une durée de vingt ans, les autorités pénitentiaires envisageant d'ailleurs la remise de la peine perpétuelle sur cette base. La Cour a estimé que « la distinction entre la portée d'une peine perpétuelle et les modalités de son exécution n'apparaissait donc pas d'emblée » (§ 148).

86. Dans l'affaire *Gurguchiani*, la Cour a estimé que le remplacement d'une peine d'emprisonnement – pendant la procédure d'exécution de celle-ci – par une expulsion assortie d'une interdiction du territoire pour une durée de dix ans constituait une peine au même titre que celle fixée lors de la condamnation de l'intéressé.

87. Dans l'affaire *M. c. Allemagne*, la Cour a considéré que la prolongation de la détention de sûreté du requérant par les tribunaux de l'exécution des peines, en vertu d'une loi entrée en vigueur après que le requérant eut commis l'infraction, devait s'analyser en une peine supplémentaire prononcée contre lui rétroactivement.

88. La Cour tient à souligner que le terme « infligé » figurant à la seconde phrase de l'article 7 § 1 ne saurait être interprété comme excluant du champ d'application de cette disposition toutes les mesures pouvant intervenir après le prononcé de la peine. Elle rappelle à cet égard qu'il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusives (*Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], n° 27765/09, § 175, CEDH 2012, et *Scoppola*, précité, § 104).

89. Au vu de ce qui précède, la Cour n'exclut pas que des mesures prises par le législateur, des autorités administratives ou des juridictions après le prononcé d'une peine définitive ou pendant l'exécution de celle-ci puissent conduire à une redéfinition ou à une modification de la portée de la « peine » infligée par le juge qui l'a prononcée. En pareil cas, la Cour estime que les mesures en question doivent tomber sous le coup de l'interdiction de la rétroactivité des peines consacrée par l'article 7 § 1 *in fine* de la Convention. S'il en allait différemment, les États seraient libres d'adopter – par exemple en modifiant la loi ou en réinterprétant des règles établies – des mesures qui redéfiniraient rétroactivement et au détriment du condamné la portée de la peine infligée, alors même que celui-ci ne pouvait le prévoir au moment de la commission de l'infraction ou du prononcé de la peine. Dans de telles conditions, l'article 7 § 1 se verrait privé d'effet utile pour les condamnés dont la portée de la peine aurait été modifiée *a posteriori*, et à leur détriment.

La Cour précise que pareilles modifications doivent être distinguées de celles qui peuvent être apportées aux modalités d'exécution de la peine, lesquelles ne relèvent pas du champ d'application de l'article 7 § 1 *in fine*.

90. Pour se prononcer sur la question de savoir si une mesure prise pendant l'exécution d'une peine porte uniquement sur les modalités d'exécution de celle-ci ou en affecte au contraire la portée, la Cour doit rechercher au cas par cas ce que la « peine » infligée impliquait réellement en droit interne à l'époque considérée ou, en d'autres termes, quelle en était la nature intrinsèque. Ce faisant, elle doit notamment avoir égard au droit interne dans son ensemble et à la manière dont il était appliqué à cette époque (*Kafkaris*, précité, § 145).

### c) Prévisibilité de la loi pénale

91. La notion de « droit » (« law ») utilisée à l'article 7 correspond à celle de « loi » qui figure dans d'autres articles de la Convention ; elle englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité (*Kokkinakis*, précité, §§ 40-41, *Cantoni*, précité, § 29, *Coëme et autres*, précité, § 145, et *E.K. c. Turquie*, n° 28496/95, § 51, 7 février 2002). Ces conditions qualitatives doivent être remplies tant pour la définition d'une infraction que pour la peine que celle-ci implique.

92. En raison même du caractère général des lois, le libellé de celles-ci ne peut pas présenter une précision absolue. L'une des techniques types de réglementation consiste à recourir à des catégories générales plutôt qu'à des listes exhaustives. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique (*Kokkinakis*, précité, § 40, et *Cantoni*, précité, § 31). Dès lors, dans quelque système juridique que ce soit, aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, y compris une disposition de droit pénal, il existe inévitablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation. En outre, la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or, le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation (*Kafkaris*, précité, § 141).

93. La fonction de décision confiée aux juridictions sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes (*ibidem*). D'ailleurs, il est solidement établi dans la tradition juridique des États parties à la Convention que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal (*Kruslin c. France*, 24 avril 1990, § 29, série A n° 176-A). On ne saurait

interpréter l'article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible (*S.W. c. Royaume-Uni*, précité, § 36, *C.R. c. Royaume-Uni*, précité, § 34, *Streletz, Kessler et Krenz*, précité, § 50, *K.-H.W. c. Allemagne* [GC], n° 37201/97, § 85, 22 mars 2001, *Korbely c. Hongrie* [GC], n° 9174/02, § 71, CEDH 2008, et *Kononov c. Lettonie* [GC], n° 36376/04, § 185, CEDH 2010). L'absence d'une interprétation jurisprudentielle accessible et raisonnablement prévisible peut même conduire à un constat de violation de l'article 7 à l'égard d'un accusé (voir, pour ce qui est des éléments constitutifs de l'infraction, *Pessino c. France*, n° 40403/02, §§ 35-36, 10 octobre 2006, et *Dragotoniou et Militaru-Pidhorni c. Roumanie*, n°s 77193/01 et 77196/01, §§ 43-44, 24 mai 2007 ; voir, pour ce qui est de la peine, *Alimuçaj c. Albanie*, n° 20134/05, §§ 154-162, 7 février 2012). S'il en allait autrement, l'objet et le but de cette disposition – qui veut que nul ne soit soumis à des poursuites, condamnations ou sanctions arbitraires – seraient méconnus.

## 2. Application des principes précités en l'espèce

94. La Cour relève d'emblée que la reconnaissance de la culpabilité de la requérante pour les infractions pénales commises par celle-ci et les diverses peines d'emprisonnement auxquelles elle a été condamnée avaient pour base légale le code pénal de 1973, loi pénale applicable à l'époque de la commission des faits délictueux (1982-1987), ce que l'intéressée n'a pas contesté.

95. La Cour observe que l'argumentation des parties porte essentiellement sur le calcul de la durée totale de la peine à purger par la requérante en application, d'une part, des règles de cumul et plafonnement des peines, et d'autre part, du dispositif des remises de peine pour travail en détention prévus par le code pénal de 1973. La Cour note à cet égard que, par une décision adoptée le 30 novembre 2000 sur le fondement de l'article 988 de la loi de procédure pénale et de l'article 70.2 du code pénal de 1973, l'*Audiencia Nacional* a fixé à trente ans la durée maximale d'emprisonnement que la requérante devrait purger au titre de l'ensemble des peines privatives de liberté prononcées contre elle (paragraphe 14 ci-dessus). Elle relève en outre que, après avoir déduit de la durée maximale d'emprisonnement de trente ans les remises de peine accordées à la requérante en contrepartie du travail effectué en détention, le centre pénitentiaire de Murcie a proposé le 24 avril 2008 à l'*Audiencia Nacional* de remettre l'intéressée en liberté de manière définitive le 2 juillet 2008 (paragraphe 16 ci-dessus). Elle constate aussi que, le 19 mai 2008, l'*Audiencia Nacional* a demandé aux autorités pénitentiaires

de modifier la date prévue pour la remise en liberté de la requérante en procédant à un nouveau calcul fondé sur la nouvelle jurisprudence – la « doctrine Parot » – issue de l'arrêt 197/2006 adopté par le Tribunal suprême le 28 février 2006, selon laquelle les bénéfiques et remises de peine applicables doivent être imputés successivement sur chacune des peines prononcées, jusqu'à ce que le détenu concerné ait purgé la peine maximale de trente ans (paragraphe 17-18 (...) ci-dessus). Elle observe enfin que, en application de cette nouvelle jurisprudence, l'*Audiencia Nacional* a fixé au 27 juin 2017 la date de libération définitive de la requérante (paragraphe 20 ci-dessus).

**a) Sur la portée de la peine infligée**

96. En l'espèce, la Cour est appelée à rechercher ce que la « peine » infligée à la requérante impliquait en droit interne, en particulier sur la base du texte de la loi combiné avec la jurisprudence interprétative dont il s'accompagnait. Ce faisant, elle doit avoir égard aussi au droit interne dans son ensemble et à la manière dont il était appliqué à cette époque (*Kafkaris*, précité, § 145).

97. Il est constant que, selon l'article 70.2 du code pénal de 1973 applicable à l'époque de la commission des faits délictueux, la durée maximale de trente ans d'emprisonnement correspondait à la durée maximale de la peine à purger (*condena*) applicable en cas d'infractions connexes (...) La notion de « peine à purger » (*condena*) semblait donc se distinguer de la notion de « peines » (*penas*) prononcées ou imposées dans les différents jugements de condamnation. Par ailleurs, l'article 100 du code pénal de 1973 relatif aux remises de peine pour travail en détention disposait que, aux fins de l'accomplissement de la « peine imposée », les détenus pourraient bénéficier d'une remise de peine d'un jour pour deux jours de travail effectué (...) Cet article ne comportait toutefois aucune règle spécifique d'imputation des remises de peine en cas d'application de la règle de cumul et de plafonnement des peines prononcées prévue par l'article 70.2 du code pénal, situation où se trouvait la requérante dont les trois mille ans d'emprisonnement avaient été ramenés à trente ans en application de ce texte. La Cour observe que ce n'est que lors de l'élaboration de l'article 78 du nouveau code pénal de 1995 que le législateur a expressément prévu, en ce qui concerne l'application des bénéfiques pénitentiaires, qu'il pourrait être tenu compte, dans des cas exceptionnels, de la durée totale des peines imposées et non de la durée maximale de la peine à purger fixée par la loi (...)

98. La Cour doit aussi avoir égard à la jurisprudence et à la pratique interprétative auxquelles ont donné lieu les dispositions pertinentes du code pénal de 1973. Elle constate, comme l'admet le Gouvernement, qu'avant l'arrêt 197/2006 du Tribunal suprême, lorsqu'une personne

était condamnée à plusieurs peines d'emprisonnement ayant fait l'objet d'une décision de cumul et plafonnement, les autorités pénitentiaires et les tribunaux espagnols imputaient les remises de peine pour travail en détention sur la durée maximale de la peine à purger établie à l'article 70.2 du code pénal de 1973. Les autorités pénitentiaires et judiciaires tenaient donc compte de la peine maximale de trente ans d'emprisonnement en ce qui concerne les remises de peine pour travail en détention. Pour sa part, le Tribunal suprême, par un arrêt adopté le 8 mars 1994 (...) – le premier rendu sur cette question –, a qualifié la peine de trente ans, en tant que peine maximale à purger, de « peine nouvelle et autonome » sur laquelle devaient être imputés les bénéfices pénitentiaires prévus par la loi, tels que la libération conditionnelle et les remises de peine. Les juridictions espagnoles, y compris le Tribunal suprême, ont suivi la même approche pour comparer les peines à purger respectivement prévues par le code pénal de 1995 et l'ancien code pénal, en tenant compte des remises de peine déjà accordées en vertu de ce dernier texte, aux fins de la détermination de la loi pénale la plus douce (...) Enfin, jusqu'à l'adoption de l'arrêt 197/2006 par le Tribunal suprême, cette pratique a bénéficié à de nombreuses personnes condamnées sur le fondement du code pénal de 1973, dont les remises de peine pour travail en détention ont été imputées sur la durée maximale de trente ans (...)

99. À l'instar de la chambre, la Grande Chambre estime qu'en dépit des ambiguïtés des dispositions pertinentes du code pénal de 1973 et du fait que le Tribunal suprême n'ait commencé à les dissiper qu'en 1994, il est constant que les autorités pénitentiaires et judiciaires espagnoles avaient pour pratique de considérer la peine à purger (*condena*) résultant de la durée maximale de trente ans d'emprisonnement établie à l'article 70.2 du code pénal de 1973 comme une peine nouvelle et autonome sur laquelle devaient être imputés certains bénéfices pénitentiaires tels que les remises de peine pour travail en détention.

100. Au regard de cette pratique, la requérante a pu croire, pendant qu'elle purgeait sa peine d'emprisonnement – et en particulier après la décision de cumul et plafonnement des peines prise le 30 novembre 2000 par l'*Audiencia Nacional* –, que la peine infligée était celle résultant de la durée maximale de trente ans dont il fallait encore déduire les remises de peine à accorder pour travail en détention. D'ailleurs, dans le dernier jugement de condamnation – en date du 8 mai 2000 – qu'elle a prononcé avant l'adoption de la décision de cumul, l'*Audiencia Nacional* avait tenu compte de la durée maximale de la peine à purger prévue par le code pénal de 1973, combinée avec le dispositif de remises de peine pour travail en détention instauré par l'article 100 du même code, pour déterminer lequel de celui-ci (en vigueur à l'époque des faits) ou du code pénal de 1995

était le plus favorable à la requérante (paragraphe 11 ci-dessus). Dans ces circonstances, contrairement à ce que soutient le Gouvernement, le fait que la requérante n'ait pas attaqué la décision du 15 février 2001 par laquelle l'*Audiencia Nacional* avait fixé au 27 juin 2017 le terme de la peine qu'elle devrait purger (*liquidación de condena*), ne saurait être déterminant, car cette décision ne prenait pas en compte les remises de peine déjà accordées et n'avait donc pas pour objet de statuer sur la méthode d'imputation de celles-ci par rapport à la peine à purger.

101. La Cour relève en outre que les remises de peine pour travail en détention étaient expressément prévues par une disposition légale (l'article 100 du code pénal de 1973), et non par des normes de nature réglementaire (comparer avec *Kafkaris*, précité). Qui plus est, c'est dans le même code que le législateur avait édicté les peines et prévu des remises de peine. La Cour observe par ailleurs que ces remises de peine donnaient lieu à une importante réduction de la durée de la peine à purger – pouvant représenter jusqu'à un tiers de la durée totale de celle-ci – et non, contrairement à la libération conditionnelle, à un simple allègement ou aménagement de ses conditions d'exécution (voir, par exemple, *Hogben*, décision précitée, *Uttley*, décision précitée; voir, dans ce sens, l'opinion dissidente de la juge A. Asua Batarrita jointe à l'arrêt 40/2012 du Tribunal constitutionnel (...)). Après déduction des remises de peine pour travail en détention périodiquement validées par le juge de l'application des peines (*Juez de Vigilancia Penitenciaria*), la peine était totalement et définitivement purgée à la date de remise en liberté approuvée par la juridiction ayant prononcé la condamnation. Par ailleurs, contrairement à d'autres bénéfices ayant une incidence sur l'exécution de la peine, le droit aux remises de peine pour travail en détention n'était pas subordonné à une appréciation discrétionnaire du juge de l'application des peines: celui-ci fixait les remises de peine en se bornant à appliquer la loi, sur la base de propositions faites par les centres pénitentiaires, sans être tenu par des critères tels que la dangerosité du détenu ou les perspectives de réinsertion de celui-ci (...); comparer avec *Boulois c. Luxembourg* [GC], n° 37575/04, §§ 98-99, CEDH 2012, et *Macedo da Costa c. Luxembourg* (déc.), n° 26619/07, 5 juin 2012). À cet égard, il convient de noter que l'article 100 du code pénal de 1973 prévoyait une réduction automatique et obligatoire de la durée de la peine en contrepartie du travail effectué en détention, sauf dans deux hypothèses bien précises: lorsque la personne condamnée se soustrayait ou tentait de se soustraire à l'exécution de la peine, ou en cas de mauvaise conduite (caractérisée, selon l'article 65 du règlement relatif à l'administration pénitentiaire de 1956, par la commission de deux ou plusieurs fautes disciplinaires graves ou très graves, (...)). Même dans ces deux hypothèses, le crédit des remises de peine déjà accordées par le juge ne

pouvait être rétroactivement révoqué, car les jours de remise de peine déjà octroyés étaient réputés purgés et faisaient partie de la situation juridique acquise du détenu (...) Il convient à cet égard de distinguer la présente espèce de l'affaire *Kafkaris*, où était en cause un dispositif de remises de peine dans lequel la remise ordinaire de cinq ans obtenue par les condamnés à perpétuité au début de leur incarcération était conditionnelle en ce qu'elle pouvait toujours être réduite en cas de mauvaise conduite (*Kafkaris*, précité, §§ 16 et 65).

102. La Cour juge aussi significatif que, tout en supprimant le dispositif de remises de peine pour travail en détention pour les futurs condamnés, le code pénal de 1995 ait autorisé par ses dispositions transitoires les personnes condamnées sur le fondement de l'ancien code pénal de 1973 – telles que la requérante – à continuer à bénéficier de ce régime dans la mesure où il leur était favorable (...) En revanche, elle note que la loi n° 7/2003 a durci les conditions d'octroi de la libération conditionnelle, y compris pour les personnes déjà condamnées avant son entrée en vigueur (...) La Cour en déduit que, en choisissant de maintenir les effets des règles relatives aux remises de peine pour travail en détention à titre transitoire et aux fins de la détermination de la loi pénale la plus douce, le législateur espagnol a considéré que ces règles faisaient partie des dispositions de droit pénal matériel, c'est-à-dire de celles qui ont une incidence sur la fixation de la peine elle-même et non pas uniquement sur son exécution.

103. Au vu de ce qui précède, la Grande Chambre estime, à l'instar de la chambre, qu'à l'époque où la requérante a commis les infractions poursuivies et au moment de l'adoption de la décision de cumul et plafonnement, le droit espagnol pertinent pris dans son ensemble – y compris le droit jurisprudentiel – était formulé avec suffisamment de précision pour permettre à la requérante de discerner, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, la portée de la peine infligée au regard de la durée maximale de trente ans résultant de l'article 70.2 du code pénal de 1973 et du dispositif de remises de peine pour travail en détention prévu par l'article 100 du même texte (voir, *a contrario*, *Kafkaris*, précité, § 150). La peine infligée à la requérante équivalait donc à une durée maximale de trente ans d'emprisonnement, étant entendu que les remises de peine pour travail en détention devaient être imputées sur cette peine.

**b) Sur la question de savoir si l'application de la « doctrine Parot » à la requérante a modifié les seules modalités d'exécution de la peine ou si elle a modifié la portée de celle-ci**

104. La Cour doit maintenant rechercher si l'application de la « doctrine Parot » à la requérante portait uniquement sur les modalités d'exécution de

la peine infligée ou si elle en a au contraire affecté la portée. Elle note que, par ses décisions des 19 mai et 23 juin 2008, le tribunal ayant condamné la requérante – c'est-à-dire l'*Audiencia Nacional* – a rejeté la proposition de fixer au 2 juillet 2008 la date de remise en liberté définitive de la requérante que lui avait faite le centre pénitentiaire après avoir appliqué l'ancienne méthode d'imputation des remises de peine (paragraphe 17-18 et 20 ci-dessus). S'appuyant sur la « doctrine Parot » issue de l'arrêt 197/2006 rendu par le Tribunal suprême le 28 février 2006 – soit bien après la commission des faits poursuivis et l'adoption de la décision de cumul et plafonnement des peines –, l'*Audiencia Nacional* a reporté cette date au 27 juin 2017 (paragraphe 20 ci-dessus). La Cour note que, dans son arrêt 197/2006, le Tribunal suprême s'est écarté de l'interprétation qu'il avait adoptée dans un précédent arrêt de 1994 (...). À cet égard, elle relève que la majorité du Tribunal suprême a considéré que la nouvelle règle consistant à imputer les remises de peine pour travail en détention sur chacune des peines prononcées – et non plus sur la peine maximale à purger de trente ans – était plus conforme au libellé même des dispositions du code pénal de 1973, qui faisaient une distinction entre « peine » (*pena*) et « peine à purger » (*condena*).

105. Si la Cour admet aisément que les juridictions internes sont mieux placées qu'elle pour interpréter et appliquer le droit national, elle rappelle que leur interprétation doit néanmoins être conforme au principe de la légalité des délits et des peines consacré par l'article 7 de la Convention.

106. La Cour relève par ailleurs que le calcul des remises de peine pour travail en détention octroyées à la requérante – c'est-à-dire le nombre de jours travaillés en détention et le nombre de jours déductibles – n'a jamais fait débat. Fixée par l'administration pénitentiaire, la durée de ces remises de peine – 3 282 jours au total – a été acceptée par toutes les juridictions ayant connu de l'affaire. Ainsi, dans sa décision par laquelle elle a fait application de la « doctrine Parot » établie par le Tribunal suprême, l'*Audiencia Nacional* n'a pas modifié le *quantum* des remises de peine pour travail en détention accordées à la requérante. Cette décision ne portait donc pas sur la question de savoir si la requérante méritait des remises de peine pour travail en détention, eu égard par exemple à son comportement ou à des circonstances liées à l'exécution de la peine. L'objet de la décision était de déterminer l'élément de la sanction sur lequel ces remises devaient être imputées.

107. La Cour constate que l'application de la « doctrine Parot » à la situation de la requérante a privé de tout effet utile les remises de peine pour travail en détention auxquelles celle-ci avait droit en application de la loi et de décisions définitives rendues par des juges de l'application des peines. En d'autres termes, la requérante ayant été condamnée initialement



à de multiples et longues peines, la peine qu'elle doit purger est devenue une peine de trente ans d'emprisonnement effectif sur laquelle les remises de peine auxquelles elle était censée avoir droit n'ont eu aucune incidence. Il est significatif de noter que le Gouvernement n'a pas été en mesure de préciser si les remises de peine pour travail en détention accordées à la requérante ont eu – ou auront – un quelconque effet sur la durée de sa peine.

108. Dans ces conditions, bien que la Cour souscrive à la thèse du Gouvernement selon laquelle les modalités d'octroi des bénéfices pénitentiaires en tant que telles ne relèvent pas du champ d'application de l'article 7, elle estime que la manière dont les dispositions du code pénal de 1973 ont été appliquées en l'espèce allait au-delà de la simple politique pénitentiaire.

109. Eu égard à ce qui précède et à la lumière du droit espagnol pris dans son ensemble, la Cour considère que l'application en l'espèce des nouvelles modalités d'imputation des remises de peine pour travail en détention issues de la « doctrine Parot » ne saurait passer pour une mesure se rattachant exclusivement à l'exécution de la peine infligée à la requérante – comme le soutient le Gouvernement. En effet, cette mesure prise par le juge ayant condamné l'intéressée a aussi conduit à une redéfinition de la portée de la « peine » imposée. Par l'effet de la « doctrine Parot », la peine maximale de trente ans d'emprisonnement a perdu son caractère de peine autonome sur laquelle devaient être imputées les remises de peine pour travail en détention et s'est muée en une peine de trente ans d'emprisonnement qui, en réalité, n'était plus susceptible d'aucune remise de peine de ce type.

110. La mesure litigieuse tombe donc dans le champ d'application de la dernière phrase de l'article 7 § 1 de la Convention.

**c) Sur la question de savoir si la « doctrine Parot » était raisonnablement prévisible**

111. La Cour relève que l'*Audiencia Nacional* a appliqué la nouvelle règle d'imputation des remises de peine pour travail en détention issue de la « doctrine Parot » en lieu et place de celle qui était en vigueur au moment de la commission des infractions et de la condamnation, opération qui a provoqué la perte pour la requérante de toute possibilité réelle de bénéficier des remises de peine auxquelles elle avait pourtant droit en application de la loi.

112. Cette modification du système d'imputation des remises de peine est le résultat d'un revirement de jurisprudence opéré par le Tribunal suprême, et non pas d'une modification de la loi par le législateur. Dans ces conditions, il reste à déterminer si la nouvelle interprétation des dispositions pertinentes du code pénal de 1973, adoptée bien après la

commission des faits poursuivis et les condamnations – et même après la décision de cumul et plafonnement des peines prise le 30 novembre 2000 – était raisonnablement prévisible par l'intéressée, c'est-à-dire si elle pouvait passer pour poursuivre une tendance perceptible dans l'évolution de la jurisprudence (*S.W. c. Royaume-Uni* et *C.R. c. Royaume-Uni*, (...)). Pour cela, la Cour doit rechercher si la requérante pouvait s'attendre, au moment où ont été prononcées ses condamnations et encore au moment où elle a reçu notification de la décision de cumul et plafonnement des peines, au besoin après avoir recouru à des conseils éclairés, à ce que la peine infligée puisse se transformer en une peine de trente ans d'emprisonnement effectif, sans déduction des remises de peine pour travail en détention prévues par l'article 100 du code pénal de 1973.

Ce faisant, la Cour doit avoir égard au droit applicable à cette époque, notamment à la pratique jurisprudentielle et administrative antérieure à la « doctrine Parot » issue de l'arrêt rendu par le Tribunal suprême le 28 février 2006. À cet égard, la Cour observe que le seul précédent pertinent cité dans cet arrêt était un arrêt du 8 mars 1994, dans lequel le Tribunal suprême avait suivi l'approche inverse fondée sur le postulat selon lequel la peine maximale à purger de trente ans était une « peine nouvelle et autonome » sur laquelle devaient être imputées toutes les remises de peine prévues par la loi (...) Aux yeux de la Cour, le fait qu'un arrêt isolé ne fasse pas jurisprudence au regard du droit espagnol (...) ne saurait être déterminant. Par ailleurs, ainsi que l'ont fait observer les juges dissidents dans l'arrêt du 28 février 2006, un accord adopté par la formation plénière de la chambre criminelle du Tribunal suprême le 18 juillet 1996 avait établi que les remises de peine accordées en vertu du code pénal de 1973 devaient être prises en compte aux fins de la comparaison des peines à purger respectivement prévues par l'ancien et le nouveau code pénal (...) Après l'entrée en vigueur du code pénal de 1995, les juridictions espagnoles ont été appelées à déterminer au cas par cas, sur la base de ce critère, quel était le code pénal le plus clément compte tenu notamment des incidences du dispositif de remises de peine pour travail en détention sur la fixation de la peine.

113. En outre, le Gouvernement admet lui-même que, selon la pratique pénitentiaire et judiciaire antérieure à la « doctrine Parot », les remises de peine pour travail en détention étaient imputées sur la durée maximale de trente ans d'emprisonnement, et cela bien que la première décision du Tribunal suprême sur cette question n'ait été rendue qu'en 1994.

114. Par ailleurs, la Cour attache de l'importance au fait que le Tribunal suprême n'ait opéré le revirement de jurisprudence litigieux qu'en 2006, dix ans après l'abrogation de la loi sur laquelle celui-ci portait. Ce faisant, le Tribunal suprême a donné une nouvelle interprétation aux dispositions

d'une loi qui n'était en soi plus en vigueur, à savoir le code pénal de 1973, abrogé par le code pénal de 1995. De plus, comme indiqué ci-dessus (paragraphe 102), en adoptant les dispositions transitoires du code pénal de 1995, le législateur visait à maintenir les effets du dispositif des remises de peine pour travail en détention instauré par le code pénal de 1973 à l'égard des personnes condamnées sur le fondement de ce texte – comme l'a été la requérante – précisément pour se conformer aux règles interdisant la rétroactivité de la loi plus sévère en matière pénale. Or la nouvelle interprétation du Tribunal suprême, qui a privé de tout effet utile le bénéfice des remises de peine déjà accordées, a abouti en pratique à annuler les effets de ce dispositif au détriment de la requérante et d'autres personnes se trouvant dans une situation comparable.

115. Au demeurant, la Cour ne saurait souscrire à la thèse du Gouvernement selon laquelle l'interprétation du Tribunal suprême était prévisible en ce qu'elle était plus conforme à la lettre des dispositions du code pénal de 1973. La Cour rappelle qu'elle n'a pas pour tâche de déterminer quelle est l'interprétation correcte de ces dispositions en droit interne, mais d'établir si la nouvelle interprétation qui en a été donnée était raisonnablement prévisible par la requérante au regard du « droit » applicable à l'époque pertinente. Ce « droit », au sens matériel que revêt ce terme dans la Convention et qui inclut aussi le droit non écrit ou jurisprudentiel, avait été appliqué de manière constante par les autorités pénitentiaires et judiciaires pendant de nombreuses années, jusqu'au revirement jurisprudentiel opéré par la « doctrine Parot ». À la différence des interprétations judiciaires qui étaient en cause dans les affaires *S.W. c. Royaume-Uni* et *C.R. c. Royaume-Uni*, précitées, le revirement litigieux ne s'analyse pas en une interprétation de la loi pénale se bornant à poursuivre une tendance perceptible dans l'évolution de la jurisprudence.

116. La Cour estime enfin que les considérations de politique criminelle sur lesquelles s'est appuyé le Tribunal suprême ne sauraient suffire à justifier un tel revirement de jurisprudence. Si la Cour reconnaît que le Tribunal suprême n'a pas fait une application rétroactive de la loi n° 7/2003 portant modification du code pénal de 1995, il n'en demeure pas moins que les motifs de l'arrêt du Tribunal suprême font apparaître un objectif qui était le même que celui de la loi précitée. La Cour rappelle que cette loi visait à garantir l'exécution intégrale et effective de la peine maximale à purger par les personnes condamnées à de longues peines d'emprisonnement (...) À cet égard, si la Cour admet que les États sont libres de modifier leur politique criminelle, notamment en renforçant la répression des crimes et délits (*Achour*, précité, § 44), il n'en reste pas moins qu'ils doivent respecter

ce faisant les règles énoncées à l'article 7 (*Maktouf et Damjanović c. Bosnie-Herzégovine* [GC], n<sup>os</sup> 2312/08 et 34179/08, § 75, CEDH 2013). Sur ce point, la Cour rappelle que l'article 7 de la Convention prohibe de manière absolue l'application rétroactive du droit pénal lorsqu'elle s'opère au détriment de l'intéressé.

117. À la lumière de tout ce qui précède, la Cour estime qu'au moment où ont été prononcées les condamnations de la requérante et où celle-ci a reçu notification de la décision de cumul et plafonnement des peines, rien n'indiquait l'existence d'une tendance perceptible dans l'évolution de la jurisprudence allant dans le sens de l'arrêt du Tribunal suprême du 28 février 2006. La requérante ne pouvait donc pas s'attendre au revirement opéré par le Tribunal suprême ni, en conséquence, à ce que l'*Audiencia Nacional* impute les remises de peine accordées non sur la peine maximale de trente ans, mais successivement sur chacune des peines prononcées. Comme la Cour l'a constaté ci-dessus (paragraphe 109 et 111), ce revirement de jurisprudence a eu pour effet de modifier au détriment de la requérante la portée de la peine infligée.

118. Il s'ensuit qu'il y a eu violation de l'article 7 de la Convention.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 § 1 DE LA CONVENTION

119. La requérante allègue que, depuis le 3 juillet 2008, elle est maintenue en détention au mépris des exigences de « régularité » et de respect des « voies légales ». Elle invoque l'article 5 de la Convention, dont les passages pertinents sont ainsi libellés :

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

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

(...) »

### A. Arrêt de la chambre

120. Dans son arrêt, la chambre a estimé, eu égard aux considérations l'ayant conduite à conclure à la violation de l'article 7 de la Convention, que la requérante n'avait pu raisonnablement prévoir à l'époque des faits que la durée effective de sa privation de liberté serait prolongée de près de neuf ans et que les modalités d'imputation des remises de peine feraient l'objet d'un revirement jurisprudentiel qui lui serait appliqué de façon rétroactive. La chambre en a déduit que, depuis le 3 juillet 2008, le maintien en détention de l'intéressée n'était pas « régulier » et contrevenait donc à l'article 5 § 1 de la Convention (paragraphe 75 de l'arrêt de la chambre).

## B. Thèses des parties devant la Grande Chambre

### 1. Thèse de la requérante

121. La requérante soutient que l'article 5 § 1 de la Convention pose lui aussi des exigences de qualité de la loi et que celles-ci commandent qu'une loi nationale autorisant une privation de liberté soit suffisamment précise et prévisible dans son application. Par ailleurs, elle avance que l'article 5 s'applique au droit pour un condamné de bénéficier d'une remise en liberté anticipée dès lors que les dispositions instituant ce droit ne le subordonnent pas à une appréciation discrétionnaire mais s'appliquent à toute personne remplissant les conditions fixées par la loi pour en bénéficier (*Grava*, précité, §§ 31-46), indépendamment de la question de savoir si cette mesure relève de la peine ou de l'exécution de la peine au regard de l'article 7. Elle plaide que la prolongation de la peine et/ou de la durée effective de la peine n'était pas raisonnablement prévisible et, à titre subsidiaire, que la substance de la peine infligée et/ou les modalités d'exécution de celle-ci et/ou sa durée effective ne l'étaient pas davantage.

### 2. Thèse du Gouvernement

122. Le Gouvernement estime que l'arrêt de la chambre s'écarte de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 5 de la Convention, en particulier des arrêts *Kafkaris* et *M. c. Allemagne*, précités. Selon lui, il existe dans la présente affaire un lien de causalité parfait entre les peines infligées pour les crimes graves et nombreux commis par la requérante et la durée pendant laquelle elle a été privée de liberté. Les jugements de condamnation eux-mêmes auraient précisé que l'intéressée allait devoir purger trente ans d'emprisonnement, de même que la décision de cumul et plafonnement des peines prise en 2000 et la décision de 2001 ayant fixé au 27 juin 2017 la date de remise en liberté de la requérante.

## C. Appréciation de la Cour

### 1. Principes se dégageant de la jurisprudence de la Cour

123. Les alinéas a) à f) de l'article 5 § 1 de la Convention renferment une liste exhaustive des motifs autorisant la privation de liberté; une privation de liberté n'est donc pas régulière si elle ne relève pas de l'un de ces motifs (*M. c. Allemagne*, précité, § 86). L'article 5 § 1 a) permet de détenir quelqu'un « régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ». Par « condamnation » au sens de l'article 5 § 1 a), il faut entendre, eu égard au texte français, à la fois une déclaration de culpabilité, consécutive à

l'établissement légal d'une infraction (*Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, § 100, série A n° 39), et l'infliction d'une peine ou autre mesure privative de liberté (*Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, § 35, série A n° 50).

124. Par ailleurs, le mot « après » figurant à l'alinéa a) n'implique pas un simple ordre chronologique de succession entre « condamnation » et « détention » : la seconde doit en outre résulter de la première, se produire « à la suite et par suite » – ou « en vertu » – de celle-ci. En bref, il doit exister entre elles un lien de causalité suffisant (*Weeks c. Royaume-Uni*, 2 mars 1987, § 42, série A n° 114, *Stafford c. Royaume-Uni* [GC], n° 46295/99, § 64, CEDH 2002-IV, *Kafkaris*, précité, § 117, et *M. c. Allemagne*, précité, § 88). Toutefois, le lien entre la condamnation initiale et la prolongation de la privation de liberté se distend peu à peu avec l'écoulement du temps (*Van Droogenbroeck*, précité, § 40). Le lien de causalité exigé par l'alinéa a) pourrait finir par se rompre au cas où une décision de ne pas libérer ou de réincarcérer se fonderait sur des motifs incompatibles avec les objectifs visés par la décision initiale de la juridiction de jugement ou sur une appréciation non raisonnable eu égard à ces objectifs. En pareil cas, un internement régulier à l'origine se muerait en une privation de liberté arbitraire et, dès lors, incompatible avec l'article 5 (*Weeks*, précité, § 49, *Grosskopf c. Allemagne*, n° 24478/03, § 44, 21 octobre 2010).

125. Il est bien établi dans la jurisprudence de la Cour relative à l'article 5 § 1 que toute privation de liberté doit non seulement relever de l'une des exceptions énoncées aux alinéas a) à f) mais aussi être « régulière ». En matière de « régularité » d'une détention, y compris l'observation des « voies légales », la Convention renvoie pour l'essentiel à la législation nationale et consacre l'obligation d'en observer les normes de fond comme de procédure. Ce terme impose, en premier lieu, que toute arrestation ou détention ait une base légale en droit interne, mais concerne aussi la qualité de la loi ; il la veut compatible avec la prééminence du droit, notion inhérente à l'ensemble des articles de la Convention (*Kafkaris*, précité, § 116, *M. c. Allemagne*, précité, § 90). La « qualité de la loi » implique qu'une loi nationale autorisant une privation de liberté soit suffisamment accessible, précise et prévisible dans son application afin d'éviter tout danger d'arbitraire (*Amuur c. France*, 25 juin 1996, § 50, *Recueil* 1996-III). Le critère de « légalité » fixé par la Convention exige donc que toute loi soit suffisamment précise pour permettre au citoyen – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé (*Baranowski c. Pologne*, n° 28358/95, § 52, CEDH 2000-III,

*M. c. Allemagne*, précité, § 90, et *Oshurko c. Ukraine*, n° 33108/05, § 98, 8 septembre 2011). Lorsqu'il s'agit d'une privation de liberté, il est essentiel que le droit interne définisse clairement les conditions de détention (*Creangă c. Roumanie* [GC], n° 29226/03, § 101, 23 février 2012).

126. La Cour rappelle enfin que même si l'article 5 § 1 a) de la Convention ne garantit pas, en soi, le droit pour un condamné de bénéficier de façon anticipée d'une remise en liberté conditionnelle ou définitive (*Kalan c. Turquie* (déc.), n° 73561/01, 2 octobre 2001, et *Çelikkaya c. Turquie* (déc.), n° 34026/03, 1<sup>er</sup> juin 2010), il peut en aller autrement lorsque les autorités compétentes ne disposent d'aucun pouvoir discrétionnaire et sont tenues d'appliquer une telle mesure à toute personne remplissant les conditions fixées par la loi pour en bénéficier (*Grava*, précité, § 43, *Pilla c. Italie*, n° 64088/00, § 41, 2 mars 2006, et *Şahin Karataş c. Turquie*, n° 16110/03, § 37, 17 juin 2008).

## 2. Application des principes précités en l'espèce

127. La Cour observe à titre préliminaire que, comme la requérante le souligne à juste titre, la distinction opérée sur le terrain de l'article 7 de la Convention entre la « peine » et l'« exécution » de la peine n'est pas déterminante dans le contexte de l'article 5 § 1 a). Des mesures relatives à l'exécution de la peine ou aux bénéfices pénitentiaires peuvent avoir une incidence sur le droit à la liberté garanti par l'article 5 § 1, puisque la durée effective de la privation de liberté d'un condamné dépend notamment de leur application (voir, par exemple, *Grava*, précité, §§ 45 et 51, et, en ce qui concerne le transfèrement de condamnés entre États, *Szabó c. Suède* (déc.), n° 28578/03, 27 juin 2006). Si l'article 7 s'applique à la « peine » telle qu'elle est infligée par le juge prononçant la condamnation, l'article 5 s'applique à la détention qui en résulte.

128. En l'espèce, la Cour ne doute nullement que la requérante ait été condamnée, au terme d'une procédure prévue par la loi, par un tribunal compétent au sens de l'article 5 § 1 a) de la Convention. D'ailleurs, l'intéressée ne nie pas que sa détention ait été légale jusqu'au 2 juillet 2008, date initialement proposée par le centre pénitentiaire pour sa remise en liberté définitive. Il s'agit donc de savoir si le maintien en détention de la requérante après cette date est « régulier » au sens de l'article 5 § 1 de la Convention.

129. La Cour relève que, à l'issue de huit procès distincts, l'*Audiencia Nacional* a reconnu la requérante coupable de plusieurs infractions liées à des attentats terroristes. Pour ces faits, en application du code pénal en vigueur à l'époque de leur commission, l'intéressée a été condamnée à des peines privatives de liberté d'une durée totale de plus de trois mille

ans (paragraphe 11-12 ci-dessus). Or, dans la plupart des jugements de condamnation prononcés par l'*Audiencia Nacional* ainsi que dans sa décision de cumul et plafonnement des peines en date du 30 novembre 2000, il est indiqué que la requérante devrait purger une peine d'emprisonnement d'une durée maximale de trente ans en application de l'article 70.2 du code pénal de 1973 (paragraphe 11 et 14 ci-dessus). La Cour constate que la détention de la requérante n'a pas encore atteint cette durée maximale. En soi, il existe un lien de causalité entre les condamnations prononcées contre la requérante et le maintien en détention de celle-ci après le 2 juillet 2008, qui résultent des verdicts de culpabilité et de la peine maximale à purger de trente ans d'emprisonnement fixée le 30 novembre 2000 (voir, *mutatis mutandis*, *Kafkaris*, précité, § 120).

130. La Cour doit toutefois se pencher sur la question de savoir si la « loi » autorisant la privation de liberté de la requérante au-delà du 2 juillet 2008 était suffisamment prévisible dans son application. L'exigence de prévisibilité doit être examinée au regard de la « loi » en vigueur au moment de la condamnation initiale et pendant toute la durée de la détention après condamnation. À la lumière des considérations qui l'ont conduite à conclure à la violation de l'article 7 de la Convention, la Cour estime que, aux moments où ont été prononcées les condamnations de la requérante, où elle a travaillé en détention et où elle a reçu notification de la décision de cumul et plafonnement des peines, elle ne pouvait raisonnablement prévoir que les modalités d'imputation des remises de peine pour travail en détention feraient l'objet d'un revirement jurisprudentiel opéré par le Tribunal suprême en 2006 et que ce revirement lui serait appliqué.

131. La Cour constate que l'application de ce revirement jurisprudentiel à la situation de la requérante a conduit à un report de près de neuf ans de la date de remise en liberté de l'intéressée. Celle-ci a donc purgé une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à celle qui était la sanction qu'elle aurait dû subir selon le système juridique national en vigueur lors de sa condamnation, compte tenu des remises de peine qui lui avaient déjà été accordées conformément à la loi (voir, *mutatis mutandis*, *Grava*, précité, § 45).

132. La Cour conclut que, depuis le 3 juillet 2008, la requérante fait l'objet d'une détention non « régulière », en violation de l'article 5 § 1 de la Convention.

### III. SUR L'ARTICLE 46 DE LA CONVENTION

133. Les passages pertinents de l'article 46 de la Convention se lisent ainsi :



« 1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties.

2. L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution.

(...)»

## **A. Arrêt de la chambre**

134. La chambre a estimé, eu égard aux circonstances particulières de l'affaire et au besoin urgent de mettre fin à la violation des articles 7 et 5 § 1 de la Convention, qu'il incombait à l'État défendeur d'assurer la remise en liberté de la requérante dans les plus brefs délais (paragraphe 83 de l'arrêt de la chambre).

## **B. Thèses des parties devant la Grande Chambre**

### *1. Thèse de la requérante*

135. La requérante soutient que le fait que la Cour n'ait jamais usé dans une affaire similaire de la faculté qu'elle se reconnaît à titre exceptionnel d'indiquer des mesures individuelles n'est pas pertinent. L'intéressée avance que la Cour est habilitée à indiquer les mesures à prendre et qu'elle peut décider, lorsque la nature même de la violation « n'offre pas réellement de choix parmi différentes sortes de mesures susceptibles d'y remédier », de n'indiquer qu'une seule mesure individuelle. Elle reproche aussi au Gouvernement de ne pas avoir indiqué quels remèdes autres que la remise en liberté seraient disponibles si la Cour devait conclure à la violation des articles 5 et 7 de la Convention.

### *2. Thèse du Gouvernement*

136. Le Gouvernement soutient que dans des affaires similaires où était en cause l'application rétroactive de changements législatifs impliquant une prolongation de la détention d'une personne condamnée, la Cour n'a jamais fait usage de la faculté qu'elle se reconnaît à titre exceptionnel d'indiquer des mesures individuelles d'exécution de l'arrêt rendu par elle (*M. c. Allemagne*, précité). À cet égard, il fait observer que, bien qu'elle ait conclu dans l'arrêt *Kafkaris* (précité) à la violation de l'article 7 faute pour la législation de satisfaire aux exigences voulues, la Cour n'a donné aucune indication concernant la remise en liberté du requérant, qui était incarcéré au moment du prononcé de l'arrêt (*Kafkaris c. Chypre* (déc.), n° 9644/09, 21 juin 2011).

### C. Appréciation de la Cour

137. En vertu de l'article 46 de la Convention, les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs rendus par la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties, le Comité des Ministres étant chargé de surveiller l'exécution de ces arrêts. Il en découle notamment que, lorsque la Cour constate une violation, l'État défendeur a l'obligation juridique non seulement de verser aux intéressés les sommes allouées au titre de la satisfaction équitable prévue par l'article 41, mais aussi de prendre des mesures individuelles et/ou, le cas échéant, générales dans son ordre juridique interne, afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer les conséquences, l'objectif étant de placer le requérant, autant que possible, dans une situation équivalente à celle dans laquelle il se serait trouvé s'il n'y avait pas eu manquement aux exigences de la Convention (voir, parmi beaucoup d'autres, *Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], n<sup>os</sup> 39221/98 et 41963/98, § 249, CEDH 2000-VIII, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n<sup>o</sup> 2)* [GC], n<sup>o</sup> 32772/02, § 85, CEDH 2009, et *Scoppola*, précité, § 147).

138. Certes, l'État défendeur reste libre en principe, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens de s'acquitter de ses obligations au titre de l'article 46 § 1 de la Convention, pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour (*Scozzari et Giunta*, précité, § 249). Toutefois, dans certaines situations particulières, pour aider l'État défendeur à remplir ses obligations au titre de l'article 46, la Cour peut chercher à indiquer le type de mesures, individuelles et/ou générales, qui pourraient être prises pour mettre un terme à la situation ayant donné lieu à un constat de violation (*Broniowski c. Pologne* [GC], n<sup>o</sup> 31443/96, § 194, CEDH 2004-V, et *Stanev c. Bulgarie* [GC], n<sup>o</sup> 36760/06, §§ 255-258, CEDH 2012). Parfois même, lorsque la nature de la violation constatée n'offre pas réellement de choix parmi différentes sortes de mesures susceptibles d'y remédier, la Cour peut décider d'indiquer une seule mesure individuelle (*Assanidzé c. Géorgie* [GC], n<sup>o</sup> 71503/01, §§ 202-203, CEDH 2004-II, *Alexanian c. Russie*, n<sup>o</sup> 46468/06, §§ 239-240, 22 décembre 2008, et *Fatullayev c. Azerbaïdjan*, n<sup>o</sup> 40984/07, §§ 176-177, 22 avril 2010).

139. La Grande Chambre souscrit à la conclusion de la chambre et estime que la présente espèce appartient à cette dernière catégorie d'affaires. Eu égard aux circonstances particulières de l'espèce et au besoin urgent de mettre fin aux violations constatées de la Convention, elle estime qu'il

incombe à l'État défendeur d'assurer la remise en liberté de la requérante dans les plus brefs délais.

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

140. 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. »

141. La requérante sollicite une indemnité pour le dommage moral dont elle se dit victime ainsi que le remboursement des frais et dépens exposés. Le Gouvernement conteste la demande formulée au titre du dommage moral.

##### **A. Arrêt de la chambre**

142. Dans son arrêt, la chambre a octroyé à la requérante 30 000 euros (EUR) pour préjudice moral. Elle lui a accordé 1 500 EUR au titre des frais et dépens exposés pour les besoins de la procédure suivie devant elle.

##### **B. Thèses des parties devant la Grande Chambre**

###### *1. Thèse de la requérante*

143. La requérante réclame 60 000 EUR au titre du préjudice moral qu'elle dit avoir subi, ainsi que le remboursement des frais et dépens exposés pour les besoins de la procédure suivie devant la Grande Chambre, en sus de ceux déjà accordés par la chambre. Elle ne présente aucun justificatif pour les frais et dépens afférents à la procédure devant la Grande Chambre.

###### *2. Thèse du Gouvernement*

144. Le Gouvernement estime que l'on ne comprendrait guère que la Cour alloue une réparation à une personne condamnée pour des faits aussi meurtriers que ceux commis par la requérante, qui a été déclarée coupable à l'issue de procédures judiciaires répondant à toutes les exigences d'un procès équitable. À cet égard, il fait valoir que, dans l'arrêt *Kafkaris c. Chypre* [GC], n° 21906/04, CEDH 2008, la Cour a considéré que le constat de violation de l'article 7 représentait en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral subi, « eu égard à l'ensemble des circonstances ».

## C. Appréciation de la Cour

### 1. *Dommmage moral*

145. La Cour admet avoir considéré, dans l'arrêt *Kafkaris*, que le constat de violation représentait en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral subi. Cela étant, elle rappelle avoir jugé, dans l'arrêt en question, qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 5 § 1, et que son constat de violation de l'article 7 se rapportait uniquement à la qualité de la loi. Il en va autrement en l'espèce, où la Cour vient de conclure que le maintien en détention de la requérante après le 2 juillet 2008 constitue une violation de l'article 5 § 1, et que l'intéressée doit subir une peine plus forte que celle qui lui a été infligée, au mépris de l'article 7 de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *M. c. Allemagne*, n° 19359/04, § 141, CEDH 2009). Cette situation n'a pu manquer de causer à la requérante un dommage moral que ne sauraient réparer ces seuls constats de violation.

146. Eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause et statuant en équité, la Cour alloue à la requérante 30 000 EUR de ce chef.

### 2. *Frais et dépens*

147. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et, de plus, le caractère raisonnable de leur taux (voir, par exemple, *Iatridis c. Grèce* (satisfaction équitable) [GC], n° 31107/96, § 54, CEDH 2000-XI).

148. La Grande Chambre rappelle que la requérante s'est vu accorder 1 500 EUR pour les frais et dépens afférents à la procédure suivie devant la chambre. L'intéressée n'ayant pas présenté de justificatifs des frais et dépens exposés pour les besoins de la procédure suivie devant la Grande Chambre (comparer avec *Tănase c. Moldova* [GC], n° 7/08, § 193, CEDH 2010), il convient de lui allouer 1 500 EUR pour l'ensemble des frais et dépens.

### 3. *Intérêts moratoires*

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

## PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par quinze voix contre deux, qu'il y a eu violation de l'article 7 de la Convention ;

2. *Dit*, à l'unanimité, que, depuis le 3 juillet 2008, la requérante fait l'objet d'une détention non « régulière » en violation de l'article 5 § 1 de la Convention ;
3. *Dit*, par seize voix contre une, qu'il incombe à l'État défendeur d'assurer la remise en liberté de la requérante dans les plus brefs délais ;
4. *Dit*, par dix voix contre sept, que l'État défendeur doit verser à la requérante, dans les trois mois, 30 000 EUR (trente mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral ;
5. *Dit*, à l'unanimité, que l'État défendeur doit verser à la requérante, dans les trois mois, 1 500 EUR (mille cinq cents euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par la requérante, pour frais et dépens ;
6. *Dit*, à l'unanimité, qu'à compter de l'expiration dudit délai de trois mois et jusqu'au versement, les montants indiqués aux points 4 et 5 ci-dessus 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 ;
7. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 21 octobre 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 Nicolaou ;
- opinion partiellement dissidente commune aux juges Villiger, Steiner, Power-Forde, Lemmens et Griçco ;
- opinion partiellement dissidente commune aux juges Mahoney et Vehabović ;
- opinion partiellement dissidente du juge Mahoney.

D.S.  
M.O'B.

## OPINION CONCORDANTE DU JUGE NICOLAOU

(Traduction)

1. J'ai voté avec la majorité sur toutes les questions que pose la présente affaire. Toutefois, si je conclus – comme la majorité – à la violation de l'article 7 de la Convention, je me fonde pour cela sur un raisonnement partiellement différent de celui de la majorité. Cette différence d'analyse n'est pas sans incidences sur les motifs qui m'ont conduit à la conclusion à laquelle je suis parvenu sur le grief tiré de l'article 5 § 1.

2. Les principaux éléments entrant selon moi en ligne de compte pour l'appréciation du grief tiré de l'article 7 peuvent être brièvement exposés. À l'issue de huit procès distincts, dont le premier s'est conclu le 18 décembre 1988 et le dernier le 8 mai 1990, la requérante a été reconnue coupable de nombreux crimes, extrêmement graves pour certains, commis à l'occasion d'activités terroristes menées pendant les années 1982-1987. Pour ces faits, l'intéressée a été condamnée à de multiples peines d'emprisonnement, se voyant notamment infliger de très nombreuses peines de trente ans pour meurtre. Si elle avait dû exécuter successivement chacune de ces peines, elle aurait dû être maintenue en détention plus de trois mille ans.

3. Chaque ordre juridique national régit la question que pose l'exécution des peines multiples qui peuvent être prononcées à l'issue d'un même procès ou de procès distincts. Il est évidemment nécessaire de déterminer comment ces peines doivent être exécutées. Doivent-elles être purgées successivement, ou simultanément, faut-il prévoir un plafonnement de leur durée? Les règles d'exécution des peines doivent prendre en compte les objectifs d'intérêt général que poursuit l'application de la loi pénale – notamment la protection de la vie – tout en laissant place à la justice et à l'humanité. Et lorsque la réclusion à perpétuité est prévue par la loi, des règles ménageant un équilibre entre les intérêts en jeu doivent être instaurées.

4. Quel que soit le régime mis en place par l'ordre juridique interne considéré, les principes et la jurisprudence de la Cour exigent qu'il soit ménagé une distinction entre, d'une part, les dispositions relatives aux peines prévues par la loi en vigueur au moment de la commission des infractions – dispositions qui doivent toujours être lues à la lumière d'une éventuelle loi pénale plus douce ultérieure puisque l'article 7 interdit que la peine effective dépasse la peine maximale telle que fixée par cette dernière loi (*Scoppola c. Italie (n° 2)* [GC], n° 10249/03, 17 septembre 2009) – et, d'autre part, les dispositions qui régissent les modalités d'application ou d'exécution des peines après condamnation, principalement celles qui gouvernent les remises de peine. Mais l'on sait que la distinction entre deux notions

n'est pas toujours nette (*Kafkaris c. Chypre* [GC], n° 21906/04, § 142, CEDH 2008). En pareil cas, il est d'autant plus nécessaire de déterminer où il convient de tracer la frontière entre l'une et l'autre notion, et d'en expliquer les raisons. Il faudra également établir une autre distinction, sur laquelle je reviendrai plus tard.

5. À l'époque de la commission des crimes ici en cause, les faits relevaient du code pénal de 1973, notamment de son article 70.2. Les tribunaux interprétaient l'article en question comme disposant en premier lieu que, quelle que fût leur durée totale, les années d'emprisonnement imposées devaient être converties en une durée maximale d'emprisonnement à purger de trente ans et, en second lieu, que cette durée maximale constituait la seule base pertinente aux fins de l'application du dispositif de remises de peine. Selon l'article 100 du même code (tel que modifié par la loi n° 8/1983), les détenus avaient droit à un jour de remise de peine pour deux jours travaillés en détention. Ce droit était certes subordonné à l'approbation du juge de l'application des peines, mais celle-ci était acquise aux détenus dès lors qu'ils n'avaient pas commis de faute. En l'espèce, lors des cinq derniers procès dirigés contre la requérante, la juridiction de jugement – l'*Audiencia Nacional* en l'occurrence – s'était posé la question de savoir comment les diverses peines prononcées devaient être envisagées. S'appuyant sur la pratique judiciaire établie, elle avait conclu que l'intéressée devrait en définitive purger une peine d'emprisonnement de trente ans. À l'issue des huit procès dirigés contre la requérante, et en vertu du pouvoir que lui conférait l'article 988 de la loi de procédure pénale, l'*Audiencia Nacional* avait cherché à déterminer la peine que la requérante devrait finalement purger – au regard de l'article 70. 2 du code pénal de 1973 – au titre de l'ensemble des peines prononcées contre elle. Par une décision du 30 novembre 2000, elle avait fixé à trente ans la durée maximale d'incarcération que la requérante devrait subir, durée à laquelle devait s'appliquer, entre autres, le régime des remises de peine pour travail en détention.

6. Il importe de relever que, dans une ordonnance du 25 mai 1990 antérieure à la fixation définitive de la durée maximale d'incarcération à purger par la requérante, le Tribunal suprême avait lui-même déclaré que, conformément à l'article 988 de la loi de procédure pénale, l'application de l'article 70.2 du code pénal de 1973 relevait de la compétence de la juridiction de jugement (l'*Audiencia Nacional*). Pour se prononcer ainsi, il avait considéré que cette question se rapportait à la fixation de la peine, non à l'exécution de celle-ci, la question de l'exécution relevant elle-même de la compétence spécialement attribuée à un autre juge. Allant jusqu'au bout de cette logique, le Tribunal suprême valida dans un arrêt rendu le 8 mars 1994 la pratique judiciaire établie. Après une analyse approfondie

de cette question, le Tribunal suprême déclara dans cet arrêt que la durée maximale de la peine à purger prévue à l'article 70.2 du code pénal était «une nouvelle peine, résultante et autonome, à laquelle se rapport[ai]ent les bénéfiques pénitentiaires (*beneficios*) prévus par la loi, tels que la libération conditionnelle et les remises de peine» et souligna que cette interprétation se déduisait aussi de l'article 59 du règlement pénitentiaire de 1981. Il ressort de manière évidente de cette interprétation jurisprudentielle, selon laquelle tous les bénéfiques pénitentiaires (*beneficios*) devaient être imputés sur la «nouvelle peine», que la peine maximale à purger par un condamné était un emprisonnement d'une durée de trente ans, de laquelle il fallait déduire les remises de peine éventuellement accordées. Par la suite, dans deux arrêts rendus les 15 septembre et 14 octobre 2005 où il ne revint pas spécifiquement sur cette question, le Tribunal suprême rappela en des termes quasi identiques que la durée d'incarcération calculée après conversion des peines initialement imposées s'analysait en une peine nouvelle et autonome résultant des peines en question et que les bénéfiques pénitentiaires (*beneficios*) prévus par la loi s'appliquaient à cette peine nouvelle, non aux peines initialement prononcées.

7. Les questions qui se posent en l'espèce n'appellent pas d'observations sur la portée ou le caractère adéquat des dispositions légales pertinentes, ni même sur l'interprétation qui en a été faite par les autorités judiciaires. Il importe seulement de constater que, pour les personnes relevant de la juridiction de l'État défendeur, la loi pénale a fait l'objet d'une interprétation judiciaire authentique dont les effets dans le temps remontent à l'entrée en vigueur de l'article 70.2 du code pénal de 1973. L'arrêt adopté par le Tribunal suprême le 8 mars 1994 a validé l'interprétation qui avait déjà été donnée de cette disposition ainsi que la pratique judiciaire claire et constante qui en découlait et qui préexistait à la commission des crimes ici en cause. Il n'y a jamais eu la moindre incertitude à ce sujet. Quels que fussent le nombre d'infractions, la gravité de celles-ci et les peines prévues pour chacune d'elles, la peine d'emprisonnement effectivement encourue ne pouvait en aucun cas dépasser une durée maximale de trente ans, durée qui constituait la limite absolue de la peine définitive, nouvelle et autonome à laquelle devait s'appliquer, aux fins de l'exécution de cette peine, le régime de remises de peine qui devait lui-même conduire à une réduction de cette durée. C'était là le point crucial dans la présente affaire. Aucune modification ultérieurement apportée par la loi ou la jurisprudence à ce dispositif et ayant pour effet d'instaurer rétroactivement une peine plus lourde ne pouvait manquer de tomber sous le coup de la garantie accordée par l'article 7 de la Convention.



8. Force est de constater en l'espèce que les autorités avaient crédité la requérante d'un volume de travail qui lui aurait valu d'être libérée bien avant l'écoulement de cette période de trente ans si la loi n'avait pas changé. Mais le droit avait évolué entre-temps. Une nouvelle loi durcissant la répression des crimes les plus graves fut adoptée, puis survint le revirement de jurisprudence exposé ci-dessus. Entré en vigueur en 1996, le nouveau code pénal de 1995 introduisit de nouvelles règles, plus rigoureuses, relatives à la durée maximale des peines d'emprisonnement et supprima les remises de peine pour travail en détention. Toutefois, il contenait aussi des dispositions transitoires appliquant la loi pénale plus douce aux personnes déjà condamnées sur le fondement du code pénal de 1973. Par la suite, des normes plus rigoureuses destinées à garantir, pour les crimes les plus graves, l'exécution intégrale de la durée de l'emprisonnement résultant de la conversion des peines initialement fixées furent introduites par la loi n° 7/2003. Appelé peu après à se prononcer sur les dispositions encore applicables du code pénal de 1973 relatives au droit aux remises de peine, le Tribunal suprême modifia l'interprétation qu'il avait donnée jusqu'alors du sens et du but de la peine résultant de la conversion. Par un arrêt adopté le 28 février 2006, il revint sur sa jurisprudence antérieure relative à l'interprétation de l'article 70.2 du code pénal de 1973, estimant que « la limite de trente ans ne dev[enait] pas une nouvelle peine, distincte de celles successivement imposées au condamné, ni une autre peine résultant de toutes les peines antérieures, mais que cette limite correspond[ait] à la durée maximale d'incarcération [*máximo de cumplimiento*] du condamné dans un centre pénitentiaire ».

9. Dans cet arrêt, le Tribunal suprême reconsidéra les diverses peines initialement prononcées contre le demandeur au recours, déclarant qu'elles n'avaient rien perdu de leur portée. Il en conclut que la peine prévue par l'article 70.2 ne pouvait plus être considérée comme étant la peine maximale effective réprimant la totalité des crimes commis par l'intéressé, et qu'elle correspondait seulement à la durée maximale d'incarcération effective à purger par lui déduction faite des remises de peine successivement appliquées – en tant que modalités d'exécution de la peine – aux peines initialement prononcées contre lui. Le Tribunal suprême opéra ce revirement de jurisprudence – connu sous le nom de « doctrine Parot » – sans se sentir lié par la jurisprudence antérieure et motiva sa nouvelle interprétation de manière détaillée. S'appuyant notamment sur le libellé des dispositions pertinentes du code pénal de 1973, il attacha une attention particulière aux termes *pena* (peine prononcée) et *condena* (peine à purger) et tira des conclusions de la différence entre ces deux termes. Comme je l'ai déjà indiqué, la Cour doit se garder d'exprimer une quelconque forme de prise de

position entre des interprétations de droit interne. D'ailleurs, il importe peu que l'interprétation du Tribunal suprême ici en cause soit ou non valable, ou même justifiée. Il n'est pas davantage pertinent de rechercher s'il était exact que le Tribunal suprême était libre de s'écarter de son arrêt antérieur du 8 mars 1994 et fondé à le faire.

10. J'estime pour ma part que se posent en l'espèce deux questions pertinentes du point de vue du droit de la Convention. La première est celle de savoir s'il existait, au moment de la commission des crimes ici en cause, une politique judiciaire d'où résultait une pratique ferme et constante donnant à des dispositions légales un sens concret et certain. Force est de répondre à cette question par l'affirmative, surtout lorsqu'elle est envisagée sous l'angle de l'interprétation confirmée à un moment donné par le Tribunal suprême dans son arrêt du 8 mars 1994. De toute évidence, la nouvelle interprétation issue de l'arrêt rendu par le Tribunal suprême le 28 février 2006 ne résultait pas d'une clarification graduelle et prévisible de la jurisprudence au sens donné à cette expression par les arrêts *S.W. c. Royaume-Uni* et *C.R. c. Royaume-Uni* (22 novembre 1995, série A n<sup>os</sup> 335-B et 335-C respectivement) et la jurisprudence postérieure (citée au paragraphe 93 du présent arrêt). La seconde question est celle de savoir s'il était en tout état de cause possible d'apporter une modification rétroactive à l'interprétation des dispositions légales pertinentes. Si rien ne s'opposait à une modification de l'interprétation antérieurement donnée à la loi, la rétroactivité des effets d'un arrêt – que l'on retrouve dans d'autres États – est incompatible avec l'article 7 de la Convention, tout comme l'est la rétroactivité d'une loi (en cause dans l'arrêt *Welch c. Royaume-Uni*, 9 février 1995, série A n<sup>o</sup> 307-A).

11. Mes développements précédents concernaient la question posée sur le terrain de l'article 7. Selon moi, cette question portait exclusivement sur le point de savoir quelle était la peine maximale encourue par la requérante au moment de la commission de ses crimes. Je me suis efforcé d'expliquer les raisons pour lesquelles la peine « imposée » en l'espèce devait être identifiée, aux fins de l'article 7 § 1, à la peine maximale après conversion telle que définie par l'article 70.2 du code pénal de 1973. La manière dont cette peine était définie constitue l'axe de mon analyse de cette question. Bien que la recherche de cette définition eût pour objectif de déterminer les effets que celle-ci aurait sur les modalités d'application du dispositif de remises de peine pertinent, ce dispositif n'avait en soi aucune importance sur le terrain de l'article 7. Toutefois, il ne faudrait pas en déduire que le revirement de jurisprudence litigieux n'a eu aucune conséquence sur les droits de la requérante. Il a au contraire eu de réels effets sur les droits de l'intéressée, mais seulement sur ceux qu'elle tirait de l'article 5 § 1.

12. C'est à ce stade qu'une nouvelle distinction doit entrer en ligne de compte. Les dispositions régissant les modalités d'application ou d'exécution des peines sont en effet à distinguer non seulement des dispositions relevant de l'article 7, mais aussi de celles entrant dans le champ d'application de l'article 5 § 1. Il est possible que des modifications apportées au régime pénitentiaire général ayant des conséquences sur la manière dont la condamnation est exécutée puissent nuire à un détenu – comme dans les affaires *Hogben c. Royaume-Uni* (n° 11653/85, décision de la Commission du 3 mars 1986, Décisions et rapports 46, p. 231) et *Uttley c. Royaume-Uni* ((déc.), n° 36946/03, 29 novembre 2005) – sans pour autant porter atteinte à l'article 7 ou à l'article 5 § 1. Toutefois, d'autres changements peuvent excéder ce cadre. En pareil cas, un problème se posera au regard de l'une ou l'autre de ces dispositions, ou sur le terrain de ces deux articles. Si une modification apportée au régime pénitentiaire général après le prononcé d'une condamnation définitive et régulière – c'est-à-dire la peine ayant effectivement été imposée – ne me semble pas pouvoir poser problème au regard de l'article 7, elle peut en revanche soulever la question de la régularité d'une partie de la détention sur le terrain de l'article 5 § 1.

13. Pour les raisons exposées ci-dessus, la modification rétroactivement apportée aux modalités d'application du dispositif de remises de peine pertinent n'est pas en soi contraire à l'article 7. En revanche, cette modification est incompatible avec l'article 5 § 1 en ce qu'elle a privé la requérante d'un droit acquis à une libération anticipée. En l'espèce, la majorité a attaché de l'importance au manque de prévisibilité de la loi au moment où la requérante a été condamnée et au moment où elle a été informée de la modification litigieuse (paragraphe 112 et 117 de l'arrêt). La majorité a fait de ce manque de prévisibilité une partie intégrante du raisonnement qui l'a conduite à conclure à la violation de l'article 7. Je ne puis souscrire à ce raisonnement. Avec tout le respect dû à la majorité, la modification apportée aux modalités d'application du dispositif de remises de peine après que la peine eut été fixée conformément à l'article 70.2 ne pose problème qu'au regard de l'article 5 § 1. Au regard de l'article 7, seules importent les modifications apportées – sous réserve de l'application de la loi pénale plus douce – à la peine maximale effective telle qu'elle était définie au moment de la commission de l'infraction. Pour le reste, je souscris bien volontiers au raisonnement suivi par la majorité en ce qui concerne l'article 5 § 1.

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE COMMUNE  
AUX JUGES VILLIGER, STEINER, POWER-FORDE,  
LEMMENS ET GRIÏCO

(Traduction)

Nous avons voté contre la majorité en ce qui concerne les dommages et intérêts alloués à la requérante au titre du préjudice moral. Nous sommes conscients que la Cour a pour pratique habituelle d'accorder une réparation pécuniaire en cas de constat de violation des droits de l'homme, particulièrement lorsque la violation constatée par elle porte sur le droit à la liberté (*A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 3455/05, § 253, CEDH 2009).

Toutefois, la présente affaire est à distinguer de l'affaire *A. et autres c. Royaume-Uni*, où la Cour a jugé que la participation ou la tentative de participation de l'un quelconque des intéressés à des actes de violence terroriste n'avait pas été établie. En effet, la requérante en l'espèce a au contraire été reconnue coupable d'avoir perpétré des crimes terroristes – meurtres, tentatives de meurtre et lésions corporelles graves – ayant causé de nombreuses victimes. Compte tenu de ce contexte, nous préférons nous en tenir ici à l'approche suivie par la Cour dans l'arrêt *McCann et autres c. Royaume-Uni* (27 septembre 1995, § 219, série A n° 324). Par conséquent, eu égard aux particularités du contexte dans lequel l'affaire s'inscrit, nous considérons qu'il n'y a pas lieu d'accorder à l'intéressée une somme au titre du préjudice moral allégué. Nous estimons que les constats de violation auxquels la Cour est parvenue, combinés avec la mesure qu'elle a indiquée au gouvernement défendeur sur le fondement de l'article 46, constituent en soi une satisfaction équitable suffisante à cet égard.

## OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES MAHONEY ET VEHABOVIĆ

(Traduction)

### Sur l'article 7

Nous ne partageons pas l'avis de la majorité de la Grande Chambre selon lequel les faits dont la requérante se plaint emportent violation de l'article 7 § 1, ainsi libellé :

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

La présente affaire soulève une question précise, celle de savoir si la deuxième clause de cette disposition a été violée du fait de l'application à la requérante, plusieurs années après sa condamnation pour différents crimes violents extrêmement graves, d'une nouvelle jurisprudence – la « doctrine Parot » – modifiant la méthode d'imputation des remises de peine pour travail ou études en détention utilisée jusqu'alors et ayant pour effet concret de priver l'intéressée de l'espérance d'une libération anticipée fondée sur les remises de peine obtenues par elle. Notre désaccord avec la majorité porte sur un point précis, celui de savoir si la mesure dont se plaint la requérante a entraîné une modification de sa « peine » – au sens de l'article 7 § 1 – susceptible de relever de la garantie consacrée par cette disposition.

Au paragraphe 83 du présent arrêt, il est rappelé que la jurisprudence de la Convention a toujours distingué entre, d'une part, les mesures constituant en substance une « peine » et, d'autre part, les mesures relatives à l'« exécution » ou à l'« application » de la peine.

Dans une décision d'irrecevabilité ancienne rendue en l'affaire *Hogben c. Royaume-Uni* (n° 11653/85, décision de la Commission du 3 mars 1986, Décisions et rapports 46, p. 231), où un requérant détenu dénonçait la prolongation de la durée initiale de son incarcération par suite d'un changement intervenu dans la politique des libérations conditionnelles de l'État défendeur, la Commission européenne des droits de l'homme s'est exprimée ainsi :

« La Commission rappelle que le requérant a été condamné à la réclusion à vie en 1969 pour un meurtre commis au cours d'un vol à main armée. Il est clair que la peine prévue pour cette infraction au moment où elle a été commise était la prison à perpétuité et qu'il ne se pose dès lors à cet égard aucun problème sur le terrain de l'article 7.

De plus, selon la Commission, la « peine » au sens de l'article 7 § 1 doit être considérée comme étant celle de la réclusion à vie. Il est néanmoins exact que, par suite du changement intervenu dans la politique des libérations conditionnelles, le requérant ne remplira les conditions voulues pour cette libération qu'après avoir purgé 20 ans de prison. Certes, il peut se faire que sa détention sera alors effectivement plus rigoureuse que s'il avait rempli plus tôt les conditions d'une libération conditionnelle, mais ce genre de question concerne l'exécution de la peine et non la « peine » elle-même, qui demeure celle de la réclusion à vie. En conséquence, on ne saurait dire que la « peine » infligée soit plus lourde que celle qui avait été prévue par le juge au fond.»

On n'aperçoit guère de différence de nature entre les caractéristiques de l'affaire précitée et celles de la présente affaire, où la peine à purger en définitive par la requérante pour une série de crimes commis en Espagne – trente ans d'emprisonnement – est demeurée la même, bien que la date à laquelle l'intéressée aurait pu prétendre à une libération anticipée eût été modifiée par la suite, à son détriment.

De même, dans l'affaire *Uttley c. Royaume-Uni* ((déc.), n° 36946/03, 29 novembre 2005), le requérant se plaignait en substance de ce qu'une modification apportée au régime de la libération anticipée par une loi adoptée en 1991 avait eu pour effet d'ajouter à la condamnation prononcée contre lui en 1995 une peine complémentaire ou additionnelle excédant la peine applicable à l'époque de la commission des faits – antérieure à 1983 – pour lesquels il avait été condamné. Renvoyant aux affaires *Hogben* (précitée) et *Grava c. Italie* (n° 43522/98, §§ 44-45, 10 juillet 2003), la Cour s'est exprimée ainsi :

« Si (...) les conditions assortissant la remise en liberté obtenue par le requérant à l'issue de huit ans de détention peuvent passer pour « rigoureuses » en ce qu'elles restreignent inévitablement sa liberté d'action, elles ne s'analysent pas en un élément de la « peine » au sens de l'article 7, mais en un élément du régime de remise en liberté dont les détenus peuvent bénéficier avant d'avoir purgé la totalité de leur condamnation.

En conséquence, l'application à l'intéressé du régime de libération anticipée institué par la loi de 1991 ne fait pas partie de la « peine » prononcée contre lui, raison pour laquelle il n'y a pas lieu de comparer le régime de libération anticipée applicable avant 1983 avec celui entré en vigueur après 1991. »

La Grande Chambre a confirmé le raisonnement exposé ci-dessus dans l'affaire *Kafkaris c. Chypre* ([GC], n° 21906/04, CEDH 2008) où, comme il est rappelé au paragraphe 84 du présent arrêt, des modifications apportées au droit pénitentiaire avaient privé les détenus condamnés à la réclusion à perpétuité – au nombre desquels figurait le requérant – du droit aux remises de peine. Au paragraphe 151 de l'arrêt adopté dans cette affaire, elle s'est exprimée ainsi :

« (...) [P]our ce qui est du fait que, le droit pénitentiaire ayant été modifié (...), le requérant, condamné à la réclusion à perpétuité, ne peut plus prétendre à une remise de

peine, la Cour relève que cette question se rapporte à l'exécution de la peine et non à la « peine » imposée à l'intéressé, laquelle demeure celle de l'emprisonnement à vie. Même si le changement apporté à la législation pénitentiaire et aux conditions de libération ont pu rendre l'emprisonnement du requérant en effet plus rigoureux, on ne peut y voir une mesure imposant une « peine » plus forte que celle infligée par la juridiction de jugement (...) La Cour rappelle à ce propos que les questions relatives à l'existence, aux modalités d'exécution ainsi qu'aux justifications d'un régime de libération relèvent du pouvoir qu'ont les États membres de décider de leur politique criminelle (...) Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 7 de la Convention à cet égard (...)

Nous ne voyons ici aucune raison de nous écarter de ce raisonnement en l'espèce, d'autant que, dans les affaires *Kafkaris* et *Uttley*, le « droit » au bénéfice des remises de peine avait été totalement supprimé. En ce qui concerne l'applicabilité de l'article 7 à la présente affaire, il importe peu selon nous que la suppression du « droit » au bénéfice des remises de peine résulte d'une nouvelle interprétation jurisprudentielle des dispositions pertinentes de la législation espagnole plutôt que d'une modification apportée à la loi elle-même, comme c'était le cas dans les affaires *Kafkaris* et *Uttley*.

Nous reconnaissons volontiers que la Cour doit demeurer libre d'aller au-delà des apparences et d'apprécier elle-même si telle ou telle mesure s'analyse au fond en une « peine » (paragraphe 81 du présent arrêt), et que le terme « infligé » figurant à la seconde clause de l'article 7 § 1 ne saurait être interprété comme excluant du champ d'application de cette disposition les mesures adoptées à l'égard des détenus après le prononcé de leur peine (paragraphe 88 de l'arrêt).

De même, nous comprenons fort bien les considérations humanitaires sous-tendant le raisonnement suivi par la majorité, et avons bien conscience que les faits de la cause revêtent un caractère exceptionnel et préoccupant du point de vue de l'équité du traitement des détenus, surtout ceux ayant pour perspective de passer une grande partie de leur vie en détention.

Cela étant, et en dépit du caractère exceptionnel des faits de la cause, nous ne partageons pas l'avis de la majorité selon lequel la frontière entre la « peine » infligée à la requérante pour ses crimes (à laquelle l'article 7 de la Convention est applicable) et les mesures ultérieures prises pour l'exécution de cette peine (auxquelles la garantie accordée par l'article 7 de la Convention ne s'applique pas) a été franchie du fait de l'application de la « doctrine Parot » au calcul de la date de remise en liberté de l'intéressée. S'il est parfois malaisé de déterminer la frontière entre ces deux notions (la notion de peine et la notion de mesure gouvernant l'exécution de la peine), il n'en est pas pour autant justifié d'estomper cette frontière au point de l'effacer, même lorsqu'un régime d'exécution des peines pose – comme en l'espèce – de sérieux problèmes du point de vue de la sécurité juridique et du respect des espérances légitimes. Notre divergence de vues avec la majorité

porte sur la question de savoir de quel côté de la frontière se situe la mesure contestée par la requérante.

Pour conclure à l'applicabilité de la seconde clause de l'article 7 § 1 à la mesure litigieuse, la majorité se fonde sur la distinction entre la « portée de la peine » et les « modalités de son exécution » que la Cour avait établie dans l'arrêt *Kafkaris*, dans le cadre du constat d'un manque de précision de la loi chypriote applicable au moment de la commission du délit (paragraphes 81 et suivants du présent arrêt).

Sur le plan des principes, le présent arrêt semble faire d'une modification ultérieurement intervenue dans la « portée de la peine » au détriment du condamné un critère déterminant de l'applicabilité de l'article 7. En l'espèce, il a été considéré que la « portée de la peine » prononcée contre la requérante avait été modifiée, au détriment de celle-ci, par une nouvelle interprétation jurisprudentielle de la disposition légale régissant la réduction de la durée de la peine pour travail en détention (paragraphes 109, 111 et 117 de l'arrêt).

Même à accepter le recours à la notion de « portée de la peine » – qu'il faut vraisemblablement comprendre comme étant plus large que la notion de « peine » –, nous ne sommes pas convaincus par les raisons pour lesquelles la majorité croit devoir distinguer les circonstances de l'espèce de celles des affaires précédentes et traiter la présente affaire selon une logique et un raisonnement qui ne sont pas ceux employés dans la jurisprudence constante de la Cour.

Pour nous, le présent arrêt ne signifie pas que la simple prolongation – par une modification apportée à un régime de remises de peine ou de libération conditionnelle – de la durée d'incarcération qu'un détenu pouvait prévoir de purger au moment de sa condamnation est le facteur déterminant l'applicabilité de l'article 7. Il ne s'agit pas ici de la prolongation de la « peine » en ce sens. Pareille lecture de l'arrêt impliquerait que toute modification imprévisible d'un régime de remises de peine ou de libération conditionnelle – qu'elle résulte d'un texte législatif ou réglementaire, ou d'une pratique administrative ou encore du développement de la jurisprudence – soit tenue pour attentatoire à l'article 7 dès lors que la durée réelle de la détention se trouve prolongée par rapport à la durée prévisible de celle-ci.

Toutefois, la majorité relève que « la requérante a pu croire, pendant qu'elle purgeait sa peine d'emprisonnement – et en particulier après la décision de cumul et plafonnement des peines prise le 30 novembre 2000 par l'*Audiencia Nacional* –, que la peine infligée était celle résultant de la durée maximale de trente ans dont il fallait encore déduire les remises de peine à accorder pour travail en détention », et que « [l]a requérante ne pouvait donc pas s'attendre (...) à ce que l'*Audiencia Nacional* impute les remises de peine accordées non sur la peine maximale de trente ans, mais successivement sur



chacune des peines prononcées» (paragraphe 100 et 117 de l'arrêt). Selon le raisonnement suivi par la majorité, la modification – jurisprudentielle – du régime de libération anticipée (due en l'occurrence à l'adoption d'une nouvelle méthode d'imputation des remises de peine pour travail en détention) a eu pour effet d'«alourdir» la «peine» infligée à la requérante. Or comme semble le suggérer le paragraphe 103 *in fine* de l'arrêt, ce raisonnement équivalait à intégrer dans la définition de la «peine» l'existence et les modalités du régime de remises de peine en vigueur au moment du prononcé de la condamnation en tant qu'éléments déterminant la durée potentielle de la peine.

Il est vrai que les personnes reconnues coupables d'infractions et condamnées à l'emprisonnement envisagent leur peine et le régime de remises de peine ou de libération conditionnelle applicable comme formant un tout dès qu'elles commencent à purger leur peine en ce sens qu'elles évaluent leurs chances d'être remises en liberté, les moyens d'obtenir leur libération ainsi que la date prévisible de celle-ci et prévoient d'adopter un certain comportement en détention à cet effet. Dans le langage courant, l'on dirait que ces personnes considèrent leur peine et les possibilités de remises de peine, de libération conditionnelle ou anticipée et le régime auquel celles-ci sont soumises comme un «package».

Toutefois, il ressort très clairement de la jurisprudence constante de la Cour que les États contractants peuvent, après la commission de l'infraction et même après le prononcé de la condamnation, apporter des modifications à leur régime pénitentiaire – pour autant que celles-ci portent sur les modalités d'exécution des peines – ayant des effets négatifs sur la libération anticipée de détenus, donc sur la durée de leur détention, sans que ces mesures ne relèvent de la garantie spécifique prévue par l'article 7 de la Convention. Comme le montre l'arrêt *Kafkaris*, pareils changements peuvent aller jusqu'à priver totalement, par la voie d'une modification législative, une catégorie entière de détenus de tout «droit» au bénéfice des remises de peine. L'application à la requérante de la «doctrine Parot» a eu pour elle le même effet en pratique. Pourtant, le présent arrêt n'indique nulle part qu'il constitue un revirement de jurisprudence ou qu'il entend s'écarter de la jurisprudence existante.

En outre, bien que cette considération ait aussi été prise en compte par la majorité (paragraphe 101 de l'arrêt), nous ne sommes pas certains que la différence entre un droit aux remises de peine prévu par la loi et automatiquement accordé – comme en l'espèce – à tout détenu satisfaisant à certaines conditions (de travail en détention, par exemple) et l'octroi discrétionnaire d'une libération conditionnelle pour bonne conduite soit en elle-même déterminante. Les États contractants disposent d'une marge

d'appréciation en matière d'établissement de leur régime pénitentiaire, notamment en ce qui concerne l'exécution des peines. Ils peuvent choisir des mesures destinées à récompenser la bonne conduite des détenus, mettre en place des dispositifs tendant à faciliter leur réinsertion dans la société ou des mécanismes octroyant des crédits automatiques en vue d'une libération conditionnelle, etc. Il appartient aux États contractants de décider si les mesures qu'ils ont choisies doivent revêtir un caractère automatique ou discrétionnaire et être soumises à un régime administratif, judiciaire ou mixte. Nous ne comprenons pas comment le fait de définir une condition d'octroi d'une libération anticipée comme étant la conséquence automatique d'un événement déterminé plutôt que comme une faculté discrétionnaire ou subordonnée à l'appréciation du comportement d'un détenu ou de la dangerosité de celui-ci puisse constituer en lui-même un facteur déterminant l'applicabilité de l'article 7.

Selon notre analyse, fondée sur la jurisprudence actuelle de la Cour, la décision critiquée en l'espèce est une mesure relative à l'exécution de la peine qui régit les modalités et la date d'octroi d'une libération anticipée, non une « peine » en tant que telle. Par conséquent, bien que des questions puissent se poser sur le terrain de l'équité du traitement des détenus, notamment du point de vue de la sécurité juridique et du respect des espérances légitimes, l'article 7 et la garantie très spécifique qu'il institue ne sont pas en cause.

Il est vrai que la Cour suprême a imposé une nouvelle méthode de calcul de réduction de la durée des peines en adoptant la « doctrine Parot » au prix du revirement d'une jurisprudence constante, et qu'il en est résulté en définitive pour la requérante une prolongation considérable de la durée de sa détention. Toutefois, cette conséquence négative ne figure pas au nombre des anomalies que l'article 7 vise à prévenir. Si la détention de l'intéressée s'en trouve « effectivement plus rigoureuse » (pour reprendre l'expression employée dans la décision *Hogben*) que si elle avait bénéficié de l'interprétation jurisprudentielle et de la politique antérieures d'application des dispositions pertinentes de la loi de 1973, les conséquences négatives qui en découlent pour elle ont trait à l'exécution de sa condamnation, non à sa « peine », qui demeure celle de l'emprisonnement pour une durée de trente ans. En conséquence, on ne saurait dire que la « peine » en question a été alourdie par rapport à la peine initialement prononcée. La décision critiquée porte exclusivement sur les modalités d'exécution de la peine et ne soulève pas de question sous l'angle du principe *nulla poena sine lege*, le principe fondamental qui se trouve au cœur de l'article 7. La loi pénale applicable est demeurée la même, tout comme la peine d'emprisonnement infligée à l'intéressée, même si, après rectification par les juridictions espagnoles d'une interprétation jugée erronée de la loi en question qui a conduit à

une fausse application de celle-ci des années durant, la requérante s'est vu appliquer une nouvelle méthode de calcul de la réduction de la durée de son incarcération. C'est sur ce point crucial que les circonstances de l'espèce se distinguent nettement d'autres affaires relevant selon la Cour du champ d'application de l'article 7.

En résumé, nous ne pensons pas que la « peine » – au sens de l'article 7 – infligée à la requérante ait été alourdie par la décision dont elle se plaint, même si cette décision a eu un effet considérable sur la durée pendant laquelle elle devra rester incarcérée avant de parvenir au terme de sa condamnation. La seconde clause de l'article 7 § 1 ne s'applique pas aux mesures relatives à l'exécution de la peine et aux modalités de calcul et d'octroi des jours de remise de peine. Nous sommes préoccupés par le fait que la majorité semble avoir étendu la notion de « peine », même entendue comme étant « la portée de la peine », au-delà de sa signification naturelle et légitime dans le but d'intégrer dans le champ d'application de l'article 7 ce qu'elle perçoit comme étant une injustice faite à des détenus.

### **Sur l'article 5**

Tout autre est la question de savoir si les faits dénoncés relèvent du champ d'application de l'article 5 et, dans l'affirmative, s'il a été satisfait aux exigences posées par cette disposition. Nous souscrivons sur ce point au raisonnement exposé dans le présent arrêt.

### **Sur l'article 41**

Sur la question de savoir si, dans les circonstances particulières de l'espèce, « il y a lieu » – puisque telle est la condition à laquelle l'article 41 de la Convention subordonne l'octroi d'une satisfaction équitable – d'accorder à la requérante une somme à titre de satisfaction équitable en réparation des violations de la Convention constatées par la Cour, nous souscrivons pleinement aux conclusions et au raisonnement exposés dans l'opinion séparée que les juges Villiger, Steiner, Power-Forde, Lemmens et Griçco ont jointe au présent arrêt.

## OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE DU JUGE MAHONEY

(Traduction)

Ayant voté contre le constat de violation de l'article 7 opéré par la majorité, je crois aussi devoir voter contre le troisième point du dispositif enjoignant à l'État défendeur d'assurer la remise en liberté de la requérante dans les plus brefs délais. J'estime en effet que le seul constat d'une violation de l'article 5 § 1 de la Convention découlant de la « qualité » insuffisante de la loi espagnole pertinente ne peut justifier pareille injonction.

En tout état de cause, la présente affaire n'est en rien comparable à certaines affaires dont la Cour a eu à connaître auparavant – notamment les affaires *Assanidzé c. Géorgie* ([GC], n° 71503/01, §§ 202-203, CEDH 2004-II) et *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* ([GC], n° 48787/99, §§ 488-490, CEDH 2004-VII), dans lesquelles elle a constaté que les privations de liberté litigieuses étaient non seulement incompatibles avec les garanties procédurales prévues par la Convention mais aussi consécutives à des dénis de justice flagrants, totalement arbitraires et attentatoires à l'état de droit. Je ne pense pas non plus que le troisième point du dispositif puisse trouver un quelconque appui dans les arrêts *Alexanian c. Russie* (n° 46468/06, §§ 239-240, 22 décembre 2008) et *Fatullayev c. Azerbaïdjan* (n° 40984/07, §§ 175-177, 22 avril 2010) cités dans le présent arrêt (au paragraphe 138, *in fine*), dans lesquels la Cour a qualifié les détentions litigieuses d'« inacceptables », l'une parce qu'elle « ne poursuivait aucun des objectifs autorisés par l'article 5 », l'autre parce qu'elle résultait de condamnations pénales « ne justifiant pas le prononcé de peines d'emprisonnement ».

VALLIANATOS AND OTHERS v. GREECE  
*(Applications nos. 29381/09 and 32684/09)*

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 7 NOVEMBER 2013<sup>1</sup>

---

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



SUMMARY<sup>1</sup>**Exclusion of same-sex couples from “civil unions”**

In excluding same-sex couples – who would have a particular interest in entering into a civil union since it would afford them, unlike different-sex couples, the sole basis in Greek law on which to have their relationship legally recognised – the new form of legal recognition of civil partnerships outside marriage was in breach of Article 14 of the Convention in conjunction with Article 8.

Furthermore, a trend was currently emerging with regard to the introduction of forms of legal recognition of same-sex relationships (see paragraphs 88, 90 and 91 of the judgment).

**Article 14 in conjunction with Article 8**

*Discrimination – Exclusion of same-sex couples from “civil unions” – Private life – Family life – Applicability – Situation comparable to that of different-sex couples – Difference in treatment – Sexual orientation – Situation of children born outside marriage – Institution of marriage – Protection of the family – Proportionality – Legal recognition of same-sex relationships – Trend towards recognition in Europe*

\*

\* \*

*Facts*

The first application was lodged by two Greek nationals, and the second by six Greek nationals and an association whose aims include providing psychological and moral support to gays and lesbians. On 26 November 2008 Law no. 3719/2008, entitled “Reforms concerning the family, children and society”, came into force. It introduced an official form of partnership for unmarried couples called a “civil union”, which was restricted to different-sex couples, thereby excluding same-sex couples from its scope.

*Law*

Article 14 in conjunction with Article 8:

(a) *Applicability* – The applicants had formulated their complaint under Article 14 in conjunction with Article 8, and the Government did not dispute the applicability of those provisions. The Court found it appropriate to follow that approach. Furthermore, the applicants’ relationships fell within the notion of “private life” and

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

that of “family life”, just as would the relationships of different-sex couples in the same situation. Article 14 in conjunction with Article 8 was therefore applicable.

(b) *Merits* – The applicants were in a comparable situation to different-sex couples with regard to their need for legal recognition and protection of their relationships. However, section 1 of Law no. 3719/2008 expressly reserved the possibility of entering into a civil union to two individuals of different sex. Accordingly, by tacitly excluding same-sex couples from its scope, the Law in question introduced a difference in treatment based on the sexual orientation of the persons concerned. The Government relied on two sets of arguments to justify the legislature’s choice not to include same-sex couples in the scope of the Law. Firstly, they contended that if the civil unions introduced by the Law were applied to the applicants, this would result for them in rights and obligations – in terms of their property status, the financial relations within each couple and their inheritance rights – for which they could already provide a legal framework under ordinary law, that is to say, on a contractual basis. Secondly, the Law in question was designed to achieve several objectives, including strengthening the legal status of children born outside marriage and making it easier for parents to raise their children without being obliged to marry. That aspect, they argued, distinguished different-sex couples from same-sex couples, since the latter could not have biological children together. The Court considered it legitimate from the standpoint of Article 8 of the Convention for the legislature to enact legislation to regulate the situation of children born outside marriage and indirectly strengthen the institution of marriage within Greek society, by promoting the notion that the decision to marry would be taken purely on the basis of a mutual commitment entered into by two individuals, independently of outside constraints or of the prospect of having children. The protection of the family in the traditional sense was, in principle, a weighty and legitimate reason which might justify a difference in treatment. It remained to be ascertained whether the principle of proportionality had been respected in the present case.

The legislation in question was designed first and foremost to afford legal recognition to a form of partnership other than marriage. In any event, even assuming that the legislature’s intention had been to enhance the legal protection of children born outside marriage and indirectly to strengthen the institution of marriage, the fact remained that by enacting Law no. 3719/2008 it had introduced a form of civil partnership which excluded same-sex couples while allowing different-sex couples, whether or not they had children, to regulate numerous aspects of their relationship. The Government’s arguments focused on the situation of different-sex couples with children, without justifying the difference in treatment arising out of the legislation in question between same-sex and different-sex couples who were not parents. The legislature could have included some provisions dealing specifically with children born outside marriage, while at the same time extending to same-sex couples the general possibility of entering into a civil union. Lastly, under Greek law, different-sex couples – unlike same-sex couples – could have their relationship



legally recognised even before the enactment of Law no. 3719/2008, whether fully on the basis of the institution of marriage or in a more limited form under the provisions of the Civil Code dealing with *de facto* partnerships. Consequently, same-sex couples would have a particular interest in entering into a civil union since it would afford them, unlike different-sex couples, the sole basis in Greek law on which to have their relationship legally recognised.

Lastly, although there was no consensus among the legal systems of the Council of Europe member States, a trend was currently emerging with regard to the introduction of forms of legal recognition of same-sex relationships. Of the nineteen States which authorised some form of registered partnership other than marriage, Lithuania and Greece were the only ones to reserve it exclusively to different-sex couples. The fact that, at the end of a gradual evolution, a country found itself in an isolated position with regard to one aspect of its legislation did not necessarily imply that that aspect conflicted with the Convention. Nevertheless, in view of the foregoing considerations, the Government had not offered convincing and weighty reasons capable of justifying the exclusion of same-sex couples from the scope of Law no. 3719/2008.

*Conclusion:* violation (sixteen votes to one).

Article 41: The Court awarded each of the applicants, apart from the seventh applicant in application no. 32684/09, an amount in respect of non-pecuniary damage.

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

*Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, Series A no. 94

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

*Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI

*Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45

*E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, 22 January 2008

*F. v. Switzerland*, 18 December 1987, Series A no. 128

*Fretté v. France*, no. 36515/97, ECHR 2002-I

*Gas and Dubois v. France*, no. 25951/07, ECHR 2012

*Karner v. Austria*, no. 40016/98, ECHR 2003-IX

*Kozak v. Poland*, no. 13102/02, 2 March 2010

*L. and V. v. Austria*, nos. 39392/98 and 39829/98, ECHR 2003-I

*Modinos v. Cyprus*, 22 April 1993, Series A no. 259

*Norris v. Ireland*, 26 October 1988, Series A no. 142

*P.B. and J.S. v. Austria*, no. 18984/02, 22 July 2010

*Petrovic v. Austria*, 27 March 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II

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

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

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

*Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, Series A no. 26

*X and Others v. Austria* [GC], no. 19010/07, ECHR 2013

**In the case of Vallianatos and Others v. Greece,**

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

Dean Spielmann, *President*,  
Josep Casadevall,  
Guido Raimondi,  
Ineta Ziemele,  
Mark Villiger,  
Isabelle Berro-Lefèvre,  
Peer Lorenzen,  
Danutė Jočienė,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Ledi Bianku,  
Angelika Nußberger,  
Julia Laffranque,  
Paulo Pinto de Albuquerque,  
Linos-Alexandre Sicilianos,  
Erik Møse,  
André Potocki,  
Aleš Pejchal, *judges*,

and Michael O'Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 16 January and 11 September 2013,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in two applications (nos. 29381/09 and 32684/09) against the Hellenic Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) on 6 and 25 May 2009 respectively. The first application (no. 29381/09) was lodged by two Greek nationals, Mr Grigoris Vallianatos and Mr Nikolaos Mylonas, born in 1956 and 1958 respectively, and the second (no. 32684/09) by six Greek nationals, C.S., E.D., K.T., M.P., A.H. and D.N., and by the association Synthessi – Information, Awareness-raising and Research, a legal entity based in Athens.

2. The applicants in application no. 29381/09 were represented by Greek Helsinki Monitor, a non-governmental organisation based in Glyka Nera (Athens). The applicants in application no. 32684/09 were represented by Mr N. Alivizatos and Mr E. Mallios, lawyers practising in Athens. The

Greek Government (“the Government”) were represented by their Deputy Agents, Ms A. Grigoriou and Ms G. Papadaki, Advisers at the State Legal Council, and by Mr D. Kalogiros, Legal Assistant at the State Legal Council.

3. The applicants alleged in particular, relying on Article 8 taken in conjunction with Article 14, that the fact that the “civil unions” introduced by Law no. 3719/2008 were designed only for couples composed of different-sex adults had infringed their right to respect for their private and family life and amounted to unjustified discrimination between different-sex and same-sex couples, to the detriment of the latter.

4. The applications were allocated to the First Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 3 February 2011 that Section decided to give notice of the application to the Government. It also decided to rule on the admissibility and merits of the application at the same time (Article 29 § 1 of the Convention). Lastly, the acting President of the Chamber granted the request for anonymity made by the first six applicants in application no. 32684/09 (Rule 47 § 3).

5. On 11 September 2012 the Chamber, composed of Nina Vajić, Peer Lorenzen, Elisabeth Steiner, Mirjana Lazarova Trajkovska, Julia Laffranque, Linos-Alexandre Sicilianos and Erik Møse, judges, and Søren Nielsen, Section Registrar, relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, none of the parties having objected to relinquishment after being consulted (Article 30 of the Convention and Rule 72). The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24.

6. The applicants and the Government each filed observations on the admissibility and merits of the applications (Rule 59 § 1). In addition, third-party comments were received from the Centre for Advice on Individual Rights in Europe, the International Commission of Jurists, the Fédération internationale des Ligues des Droits de l’Homme and the European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3).

7. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 16 January 2013 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms A. Grigoriou, Adviser, State Legal Council,  
Mr D. Kalogiros, Legal Assistant, State Legal  
Council,

Ms M. Germani, Legal Assistant, State Legal  
Council,

*Deputy Agents;*

(b) *for the applicants*

Ms C. Mécary, lawyer,

Mr N. Alivizatos, lawyer,

*Counsel,*

Mr P. Dimitras,

Mr E. Mallios, lawyer,

*Advisers.*

The Court heard addresses by Ms Germani, Ms Mécary and Mr Alivizatos.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. The applicants in application no. 29381/09 live together as a couple in Athens. In the case of application no. 32684/09, the first and second applicants and the third and fourth applicants have lived together for a long time as couples in Athens. The fifth and sixth applicants are in a relationship together but for professional and social reasons do not live together. As shown by their bank statements, the sixth applicant pays the fifth applicant's social security contributions. The seventh applicant is a not-for-profit association the aims of which include providing psychological and moral support to gays and lesbians.

9. On 26 November 2008 Law no. 3719/2008, entitled "Reforms concerning the family, children and society", came into force. It made provision for the first time in Greece for an official form of partnership other than marriage, known as "civil unions" (*σύμφωνο συμβίωσης*). Under section 1 of the Law, such unions can be entered into only by two adults of different sex.

10. According to the explanatory report on Law no. 3719/2008, the introduction of civil unions reflected a social reality, namely cohabitation outside marriage, and allowed the persons concerned to register their relationship within a more flexible legal framework than that provided by marriage. The report added that the number of children born in Greece to unmarried couples living in *de facto* partnerships had increased over time and by then represented around 5% of all children being born in the country. It further noted that the position of women left without any support after a long period of cohabitation, and the phenomenon of single-parent families generally, were major issues which called for a legislative response. However,

the report pointed out that the status of religious marriage remained unparalleled and, alongside civil marriage, represented the best option for couples wishing to found a family with a maximum of legal, financial and social safeguards. The report also made reference to Article 8 of the Convention, which protected non-marital unions from the standpoint of the right to private and family life, and observed that a number of European countries afforded legal recognition to some form of registered partnership for different-sex or same-sex couples. Without elaborating further, it noted that civil unions were reserved for different-sex adults. It concluded that they represented a new form of partnership and not a kind of “flexible marriage”. The report considered that the institution of marriage would not be weakened by the new legislation, as it was governed by a different set of rules.

11. A lively debate preceded the implementation of Law no. 3719/2008. The Church of Greece spoke out officially against it. In a press release issued on 17 March 2008 by the Holy Synod, it described civil unions as “prostitution”. The Minister of Justice, meanwhile, addressed the competent parliamentary commission in the following terms:

“... We believe that we should not go any further. Same-sex couples should not be included. We are convinced that the demands and requirements of Greek society do not justify going beyond this point. In its law-making role, the ruling political party is accountable to the people of Greece. It has its own convictions and has debated this issue; I believe this is the way forward.”

12. The National Human Rights Commission, in its observations of 14 July 2008 on the bill, referred in particular to the concept of family life, the content of which was not static but evolved in line with social mores ...

13. On 4 November 2008 the Scientific Council (*Επιστημονικό Συμβούλιο*) of Parliament, a consultative body reporting to the Speaker of Parliament, prepared a report on the bill. It observed in particular, referring to the Court’s case-law, that the protection of sexual orientation came within the scope of Article 14 of the Convention and that the notion of the “family” was not confined solely to the relationships between individuals within the institution of marriage but, more generally, could encompass other ties outside marriage which amounted *de facto* to family life (page 2 of the report).

14. During the parliamentary debate on 11 November 2008 on the subject of civil unions the Minister of Justice merely stated that “society today [was] not yet ready to accept cohabitation between same-sex couples”.

Several speakers stressed that Greece would be violating its international obligations and, in particular, Articles 8 and 14 of the Convention by excluding same-sex couples.

15. On 27 September 2010 the National Human Rights Commission wrote to the Minister of Justice reiterating its position as to the discriminatory nature of Law no. 3719/2008. In its letter, the Commission recommended drafting legislation extending the scope of civil unions to include same-sex couples.

...

## THE LAW

...

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

36. The applicants alleged that the fact that the civil unions introduced by Law no. 3719/2008 were designed only for couples composed of different-sex adults infringed their right to respect for their private and family life and amounted to unjustified discrimination between different-sex and same-sex couples, to the detriment of the latter. They relied on Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8. Those provisions read as follows:

#### **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.”

#### **Article 8**

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

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.”

...

## B. Merits

### 1. *The parties' submissions*

#### (a) **The applicants**

60. The applicants referred to the judgment in *Schalk and Kopf v. Austria* (no. 30141/04, ECHR 2010), in which the Court had acknowledged that the relationship of a cohabiting same-sex couple living in a stable *de facto* partnership fell within the notion of “family life”. They contended that, although European countries’ legislation on the issue was not entirely uniform, there was nevertheless a trend towards legal recognition of same-sex couples. The applicants observed that, to their knowledge, Greece was to date the only European country to have introduced a legal alternative to marriage that was confined to different-sex couples. In other words, Greece was the only country to have enacted legislation governing a form of civil partnership while under the same legislation excluding same-sex couples from its scope. Greece was thus clearly and radically out of step with the norm among European countries in that regard. The applicants argued that the wish to preserve the ties of the traditional heterosexual family could not constitute substantive grounds such as to justify treating same-sex couples differently. Instead of taking positive steps to overcome prejudice against gays and lesbians in Greek society, the respondent State had reinforced that prejudice by enacting Law no. 3719/2008 without including same-sex couples. In the applicants’ view, the Law in question cast a negative moral judgment on homosexuality as it reflected an unjustifiable reserve, not to say hostility, towards same-sex couples. Having decided to move away from marriage as the sole formal basis of family life, the legislature had shown a clear disregard for same-sex couples by excluding them from the scope of Law no. 3719/2008.

61. Lastly, the applicants could not subscribe to the Government’s argument that the legislature’s aim had been to protect children born to different-sex couples living in *de facto* partnerships. In the applicants’ view, it was clear that the legislation in question was designed to regulate the situation of couples who did not wish to marry, irrespective of whether or not they had or wished to have children. Hence, they considered that their exclusion from the scope of the legislation lacked any objective and reasonable justification and was therefore discriminatory.



**(b) The Government**

62. The Government observed that, with regard to the legitimate aims pursued by Law no. 3719/2008, the legislation on civil unions should be viewed as a set of provisions allowing parents to raise their biological children in such a way that the father had an equitable share of parental responsibility without the couple being obliged to marry. Civil unions therefore meant that, when the woman became pregnant, the couple no longer had to marry out of fear that they would not otherwise have the legal relationship they desired with their child since he or she would be regarded as being born out of wedlock. Hence, by introducing civil unions the Greek legislature had shown itself to be both traditional and modern in its thinking. By enacting Law no. 3719/2008, the legislature had sought to strengthen the institutions of marriage and the family in the traditional sense, since the decision to marry would henceforth be taken irrespective of the prospect of having a child and thus purely on the basis of a mutual commitment entered into by two individuals of different sex, free of outside constraints.

63. The Government further submitted that Law no. 3719/2008 was aimed at regulating an existing social phenomenon, that of unmarried different-sex couples who had children. Greek law differed in that respect from the legislation in other European countries providing for civil unions. The Greek legislature had stated expressly in the explanatory report on the Law that it was not seeking to regulate all forms of *de facto* partnership but rather to protect children born to different-sex couples in such partnerships, as well as the parents themselves if they did not wish to marry. In the Government's view, the whole structure of the Law and the content of its provisions were designed to reflect this. Consequently, the introduction of civil unions for same-sex couples would require a separate set of rules governing a situation which was analogous to, but not the same as, the situation of different-sex couples.

64. The Government stated that, prior to the enactment of Law no. 3719/2008, domestic law had afforded limited recognition to different-sex couples living together outside marriage. In particular, Article 1444 of the Civil Code made reference to "*de facto* partnership[s]". Under that provision, divorced persons who remarried or lived in a *de facto* partnership lost the right to maintenance payments. *De facto* partnerships were also mentioned in Articles 1456 and 1457 of the Civil Code concerning assisted reproduction. Article 1456 provided that, if an unmarried woman sought recourse to assisted reproduction techniques, the man with whom she lived in a *de facto* partnership had to give his consent before a notary.

Article 1457 laid down the conditions in which “artificial insemination [was permitted] following the death of the woman’s husband or the man with whom she live[d] in a *de facto* partnership”.

65. The Government were of the view that, in examining the conformity of section 1 of Law no. 3719/2008 with Articles 8 and 14 of the Convention and, in particular, in assessing the proportionality of the interference in question, the Court should take into consideration the overall background to the case and all the provisions of the above-mentioned Law concerning civil unions. First of all, the Government urged the Court to make a distinction between the applicants who cohabited and those who did not. In the case of the former, their complaints should be examined from the standpoint of the right to “family life”; in the case of the latter, the applicable concept was that of “private life”.

66. The Government then proceeded to analyse the rights and obligations arising out of civil unions and concluded that the applicants’ property and personal status had in no way been affected by their exclusion from the scope of the legislation on civil unions. With regard to property issues, the Government reiterated their arguments concerning the admissibility *ratione personae* of the complaint. They observed that civil unions did not produce any automatic and binding effects with regard to the partners’ property status. As to social security matters, same-sex couples were in an identical position to different-sex couples who decided to enter into a union. As far as maintenance and inheritance issues were concerned, these could be regulated within a same-sex couple without a civil union, by means of a contractual agreement.

67. With regard to the applicants’ personal situations, the Government maintained that the biological difference between different-sex and same-sex couples, in so far as the latter could not have biological children together, justified limiting civil unions to different-sex couples. The Government referred in particular to sections 9 and 10 of Law no. 3719/2008, which enabled the father of a child born outside marriage to establish paternity and be involved in the child’s upbringing without having to be married to the child’s mother. Hence, marriage and the recognition of paternity by the courts or by the father himself no longer constituted the sole means of establishing paternity. The Government stressed that the object of the provisions in question represented the “hard core” of the legislation on civil unions and, by definition, could apply only to different-sex couples. On the basis of that argument, the Government contended that the present case should not lead the Court to find a violation of Articles 14 and 8 of the Convention. In their view, same-sex couples were not in a similar or comparable situation to different-sex couples since they could not in any

circumstances have biological children together.

68. The Government added that, as stated in Law no. 3719/2008, the legislation on civil unions differed from similar legislation enacted by other Council of Europe member States. While those laws produced effects with regard to the financial relations between the parties, only the Greek legislation established a presumption of paternity in respect of children born in the context of a civil union. The Government concluded from this that Law no. 3719/2008 focused on the personal ties between the partners rather than the property-related aspects of their relationship.

**(c) The third-party interveners**

69. The third-party interveners (the Centre for Advice on Individual Rights in Europe, the International Commission of Jurists, the Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme and the European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association – see paragraph 6 above) referred to the Court's case-law, and in particular its judgment in *Karner v. Austria* (no. 40016/98, ECHR 2003-IX) and to the case-law of national constitutional courts including the Hungarian Constitutional Court, the Supreme Court of Canada, the United Kingdom's House of Lords and the Brazilian Constitutional Court. According to those courts, a strong justification was required when the ground for a distinction was sex or sexual orientation. The third-party interveners observed that a growing number of national courts, both in Europe and elsewhere, required that unmarried different-sex and same-sex couples be treated in the same way. A large number of Council of Europe member States had now enacted legislation recognising same-sex relationships. To their knowledge, the case of Greece was unique, as it was the only European country to have introduced civil unions while excluding same-sex couples from their scope of application. The relevant legislation of the Contracting States on registered civil partnerships for same-sex couples was founded on two models: (a) the "Danish model", based on the Danish legislation introduced in 1989, which confined the registration scheme to same-sex couples, since different-sex couples already had the option of marrying, and (b) the "French model", whereby the right to enter into a civil partnership was open to all unmarried couples irrespective of their sexual orientation.

*2. The Court's assessment*

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

70. The Court has already dealt with a number of cases in which the applicants alleged discrimination on grounds of sexual orientation in the

sphere of private and family life. Some were examined under Article 8 taken alone. These cases concerned the prohibition under criminal law of homosexual relations between adults (see *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45; *Norris v. Ireland*, 26 October 1988, Series A no. 142; and *Modinos v. Cyprus*, 22 April 1993, Series A no. 259) and the discharge of homosexuals from the armed forces (see *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, ECHR1999-VI). Others were examined under Article 14 taken in conjunction with Article 8. These concerned differing ages of consent under criminal law for homosexual relations on the one hand and heterosexual relations on the other (see *L. and V. v. Austria*, nos. 39392/98 and 39829/98, ECHR 2003-I), the granting of parental responsibility (see *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96, ECHR 1999-IX), authorisation to adopt a child (see *Fretté v. France*, no. 36515/97, ECHR 2002-I; *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, 22 January 2008; and *Gas and Dubois v. France*, no. 25951/07, ECHR 2012), the right to succeed to the deceased partner's tenancy (see *Karner*, cited above, and *Kozak v. Poland*, no. 13102/02, 2 March 2010), the right to social security cover (see *P.B. and J.S. v. Austria*, no. 18984/02, 22 July 2010), access for same-sex couples to marriage or another form of legal recognition (see *Schalk and Kopf*, cited above) and the exclusion of same-sex couples from second-parent adoption (see *X and Others v. Austria* [GC], no. 19010/07, ECHR 2013).

71. In the instant case the applicants formulated their complaint under Article 14 taken in conjunction with Article 8, and the Government did not dispute the applicability of those provisions. The Court finds it appropriate to follow this approach (see, to the same effect, *Schalk and Kopf*, cited above, § 88).

72. Furthermore, the Court has repeatedly held that Article 14 is not autonomous but has effect only in relation to other Convention rights. This provision complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to “the enjoyment of the rights and freedoms” safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions – and to this extent it is autonomous – there can be no room for its application unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of the latter (see, among other authorities, *Petrovic v. Austria*, 27 March 1998, § 22, *Reports [of Judgments and Decisions]* 1998-II; *E.B. v. France*, cited above, § 47; *Schalk and Kopf*, cited above, § 89; and *X and Others v. Austria*, cited above, § 94).

73. The Court notes, on the basis of the case file, that the applicants form stable same-sex couples. Furthermore, it is not disputed that their

relationships fall within the notion of “private life” within the meaning of Article 8 of the Convention. The Court also points out that in its judgment in *Schalk and Kopf* (cited above, § 94), it considered that, in view of the rapid evolution in a considerable number of member States regarding the granting of legal recognition to same-sex couples, “it [would be] artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple [could not] enjoy ‘family life’ for the purposes of Article 8”. Accordingly, the Court is of the view that the applicants’ relationships in the present case fall within the notion of “private life” and that of “family life”, just as would the relationships of different-sex couples in the same situation. It can see no basis for drawing the distinction requested by the Government (see paragraph 65 *in fine* above) between those applicants who live together and those who – for professional and social reasons – do not (see paragraph 8 above), since in the instant case the fact of not cohabiting does not deprive the couples concerned of the stability which brings them within the scope of family life within the meaning of Article 8.

74. In sum, the Court concludes that Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 is applicable in the present case.

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

*(i) Scope of the case*

75. The Court deems it important to delimit the scope of the present case. The applicants’ complaint does not relate in the abstract to a general obligation on the Greek State to provide for a form of legal recognition in domestic law for same-sex relationships. In the instant case the applicants complain that Law no. 3719/2008 provides for civil unions for different-sex couples only, thereby automatically excluding same-sex couples from its scope. In other words, the applicants’ complaint is not that the Greek State failed to comply with any positive obligation which might be imposed on it by the Convention, but that it introduced a distinction, by virtue of Law no. 3719/2008, which in their view discriminates against them. Accordingly, the issue to be determined in the instant case is whether the Greek State was entitled, from the standpoint of Articles 14 and 8 of the Convention, to enact a law introducing alongside the institution of marriage a new registered partnership scheme for unmarried couples that was limited to different-sex couples and thus excluded same-sex couples.

*(ii) Principles established by the Court’s case-law*

76. According to the Court’s settled case-law, in order for an issue to arise under Article 14 there must be a difference in the treatment of persons

in comparable situations. Such a difference of treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. The Contracting State enjoys a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment (see *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, § 60, ECHR 2008; *Schalk and Kopf*, cited above, § 96; and *X and Others v. Austria*, cited above, § 98). The notion of discrimination within the meaning of Article 14 also includes cases where a person or group is treated, without proper justification, less favourably than another, even though the more favourable treatment is not called for by the Convention (see *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, § 82, Series A no. 94).

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

(iii) *Application of these principles in the present case*

- (a) Comparison of the applicants’ situation with that of different-sex couples and existence of a difference in treatment

78. The first question to be addressed by the Court is whether the applicants’ situation is comparable to that of different-sex couples wishing to enter into a civil union under Law no. 3719/2008. The Court reiterates that same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable committed relationships (see *Schalk and Kopf*, cited above, § 99). It therefore considers that the applicants are in a comparable situation to different-sex couples as regards their need for legal recognition and protection of their relationship (*ibid.*).

79. The Court further observes that section 1 of Law no. 3719/2008 expressly reserves the possibility of entering into a civil union to two individuals of different sex. Accordingly, by tacitly excluding same-sex

couples from its scope, the Law in question introduces a difference in treatment based on the sexual orientation of the persons concerned.

(β) Legitimate aim and proportionality

80. The Court observes that the Government relied chiefly on two sets of arguments to justify the legislature's choice not to include same-sex couples in the scope of Law no. 3719/2008. Firstly, they contended that if the civil unions introduced by that Law were applied to the applicants, this would result for them in rights and obligations – in terms of their property status, the financial relations within each couple and their inheritance rights – for which they could already provide a legal framework under ordinary law, that is to say, on a contractual basis. Secondly, the Government argued that the legislation in question was designed to achieve several goals: protecting children born outside marriage, protecting single-parent families (as made clear in the explanatory report to the Law), responding to the wishes of parents to raise their children without being obliged to marry and, ultimately, strengthening the institutions of marriage and the family in the traditional sense.

81. As regards the first argument advanced by the Government, the Court is of the view that, even if it were to be considered valid, it does not take account of the fact that the civil partnerships provided for by Law no. 3719/2008 as an officially recognised alternative to marriage have an intrinsic value for the applicants irrespective of the legal effects, however narrow or extensive, that they would produce. As the Court has already observed, same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable committed relationships. Same-sex couples sharing their lives have the same needs in terms of mutual support and assistance as different-sex couples. Accordingly, the option of entering into a civil union would afford the former the only opportunity available to them under Greek law of formalising their relationship by conferring on it a legal status recognised by the State. The Court notes that extending civil unions to same-sex couples would allow the latter to regulate issues concerning property, maintenance and inheritance not as private individuals entering into contracts under the ordinary law but on the basis of the legal rules governing civil unions, thus having their relationship officially recognised by the State.

82. It is true that the Government's second main argument is that Law no. 3719/2008 is designed to strengthen the legal status of children born outside marriage and to make it easier for parents to raise their children without being obliged to marry. This aspect, it is argued, distinguishes

different-sex couples from same-sex couples, since the latter cannot have biological children together.

83. The Court considers it legitimate from the standpoint of Article 8 of the Convention for the legislature to enact legislation to regulate the situation of children born outside marriage and also indirectly strengthen the institution of marriage within Greek society by promoting the notion, as explained by the Government, that the decision to marry would be taken purely on the basis of a mutual commitment entered into by two individuals, independently of outside constraints or of the prospect of having children (see paragraph 62 above). The Court accepts that protection of the family in the traditional sense is, in principle, a weighty and legitimate reason which might justify a difference in treatment (see *Karner*, § 40, and *Kozak*, § 98, both cited above). It goes without saying that the protection of the interests of the child is also a legitimate aim (see *X and Others v. Austria*, cited above, § 138). It remains to be ascertained whether the principle of proportionality was respected in the present case.

84. The Court reiterates the principles established in its case-law. The aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it (see *Karner*, § 41, and *Kozak*, § 98, both cited above). Also, given that the Convention is a living instrument, to be interpreted in present-day conditions (see, among other authorities, *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, § 31, Series A no. 26, and *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 75, ECHR 2002-VI), the State, in its choice of means designed to protect the family and secure respect for family life as required by Article 8, must necessarily take into account developments in society and changes in the perception of social and civil-status issues and relationships, including the fact that there is not just one way or one choice when it comes to leading one's family or private life (see *X and Others v. Austria*, cited above, § 139).

85. In cases in which the margin of appreciation afforded to States is narrow, as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require the measure chosen to be suitable in principle for achievement of the aim sought. It must also be shown that it was necessary, in order to achieve that aim, to exclude certain categories of people – in this instance persons living in a homosexual relationship – from the scope of application of the provisions in issue (see *Karner*, § 41, and *Kozak*, § 99, both cited above). According to the case-law cited above, the burden of proof in this regard is on the respondent Government. It is therefore for the Greek Government to show in the instant case that it was necessary, in pursuit of the legitimate



aims which they invoked, to bar same-sex couples from entering into the civil unions provided for by Law no. 3719/2008 (see, to similar effect, *X and Others v. Austria*, cited above, § 141).

86. The Court notes that the legislation in question does not merely provide for measures aimed at regulating the social realities and attaining the objectives referred to by the Government (see paragraph 80 above). It is designed first and foremost to afford legal recognition to a form of partnership other than marriage, referred to as “civil unions”. This emerges clearly from the content and structure of the Law. Section 1 defines a civil union as a “contract between two different-sex adults governing their life as a couple”. Furthermore, the subsequent sections are not confined to regulating the status of children born outside marriage, but deal with the living arrangements of couples who have entered into a civil union. Sections 6 and 7, for instance, refer to the financial relations between the parties and the maintenance obligations on dissolution of the union. Section 11, meanwhile, provides that when one partner dies the surviving partner is entitled to inherit ...

87. The Court notes in that regard that in its report on the draft legislation the National Human Rights Commission observed that it was not made clear why exactly the bill had been given the title “Reforms concerning the family, children and society”, when it actually provided for a new legal form of non-marital partnership ... In view of the foregoing the Court considers that, notwithstanding its title and the declared intentions of the legislature, Law no. 3719/2008 was primarily aimed at affording legal recognition to a new form of non-marital partnership.

88. In any event, even assuming that the legislature’s intention was to enhance the legal protection of children born outside marriage and indirectly to strengthen the institution of marriage, the fact remains that, by enacting Law no. 3719/2008, it introduced a form of civil partnership, known as “civil unions”, which excluded same-sex couples while allowing different-sex couples, whether or not they had children, to regulate numerous aspects of their relationship.

89. On this point the Court notes, firstly, that the Government’s arguments focus on the situation of different-sex couples with children, without justifying the difference in treatment arising out of the legislation in question between same-sex and different-sex couples who are not parents. Secondly, the Court is not convinced by the Government’s argument that the attainment through Law no. 3719/2008 of the goals to which they refer presupposes excluding same-sex couples from its scope. It would not have been impossible for the legislature to include some provisions dealing specifically with children born outside marriage, while at the same time

extending to same-sex couples the general possibility of entering into a civil union. The Court points out in that connection that the explanatory report on the legislation in issue offers no insight into the legislature's decision to limit civil unions to different-sex couples (see paragraph 10 above). It further notes that the National Human Rights Commission considered the bill to be discriminatory since it did not apply to same-sex couples ... and that the Scientific Council of Parliament adopted a similar position (see paragraph 13 above).

90. Lastly, the Court observes that under Greek law, as the Government themselves pointed out (see paragraph 64 above), different-sex couples, unlike same-sex couples, could have their relationship legally recognised even before the enactment of Law no. 3719/2008, whether fully on the basis of the institution of marriage or in a more limited form under the provisions of the Civil Code dealing with *de facto* partnerships. Consequently, same-sex couples would have a particular interest in entering into a civil union since it would afford them, unlike different-sex couples, the sole basis in Greek law on which to have their relationship legally recognised.

91. In addition, the Court would point to the fact that, although there is no consensus among the legal systems of the Council of Europe member States, a trend is currently emerging with regard to the introduction of forms of legal recognition of same-sex relationships. Nine member States provide for same-sex marriage. In addition, seventeen member States authorise some form of civil partnership for same-sex couples. As to the specific issue raised by the present case (see paragraph 75 above), the Court considers that the trend emerging in the legal systems of the Council of Europe member States is clear: of the nineteen States which authorise some form of registered partnership other than marriage, Lithuania and Greece are the only ones to reserve it exclusively to different-sex couples ... In other words, with two exceptions, Council of Europe member States, when they opt to enact legislation introducing a new system of registered partnership as an alternative to marriage for unmarried couples, include same-sex couples in its scope. Moreover, this trend is reflected in the relevant Council of Europe materials. In that regard the Court refers particularly to Resolution 1728(2010) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and to Committee of Ministers Recommendation CM/Rec(2010)5 ...

92. The fact that, at the end of a gradual evolution, a country finds itself in an isolated position as regards one aspect of its legislation does not necessarily imply that that aspect conflicts with the Convention (see *F v. Switzerland*, 18 December 1987, § 33, Series A no. 128). Nevertheless, in

view of the foregoing, the Court considers that the Government have not offered convincing and weighty reasons capable of justifying the exclusion of same-sex couples from the scope of Law no. 3719/2008. Accordingly, it finds that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 in the present case.

...

#### IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

95. 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**

96. The applicants in application no. 29381/09 claimed 10,000 euros (EUR) jointly in respect of the non-pecuniary damage they had allegedly sustained on account of the violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 and the lack of an effective remedy in that regard. They also requested the Court to make specific recommendations to the Government with a view to amending Law no. 3719/2008 and extending the application of civil unions to same-sex couples.

97. The applicants in application no. 32684/09 claimed EUR 15,000 per couple in respect of non-pecuniary damage, making a total of EUR 45,000. They alleged that they had been subjected to unacceptable discrimination on account of their sexual preferences and that their exclusion from the scope of Law no. 3719/2008 had caused them considerable frustration.

98. The Government contended that the amounts claimed by the applicants were excessive and that the applicants had not proved that they had suffered personal and direct interference with their private and family life. They submitted that the finding of a violation would constitute in itself sufficient just satisfaction.

99. Unlike the Government, the Court considers that the finding of a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 does not constitute sufficient redress for the non-pecuniary damage sustained by the applicants. Ruling on an equitable basis, in accordance with Article 41 of the Convention, the Court awards to each of the applicants, with the exception of the seventh applicant in application no. 32684/09, the sum of EUR 5,000, plus any tax that may be chargeable,

in respect of non-pecuniary damage. The Court dismisses the remainder of the applicants' claims for just satisfaction.

### **B. Costs and expenses**

100. The applicants in application no. 29381/09 claimed jointly a sum of EUR 7,490.97 in respect of the costs and expenses incurred before the Court. In particular, they estimated the time spent on the case by their representatives from Greek Helsinki Monitor at twenty hours' work, at an hourly rate of EUR 100. They produced in that connection a document setting out details of the time their representatives had spent on preparing their observations before the Court. They also claimed EUR 4,485 in respect of their representation before the Grand Chamber by Ms Mécary, and submitted a bill of costs in support of their claim. Lastly, they claimed EUR 1,005.97 for the travel expenses incurred by their representatives in connection with the Grand Chamber hearing. The applicants explained that, under the terms of an agreement with their representatives, they would be required to pay the latter the full amount awarded by the Grand Chamber in respect of costs and expenses if the Court found a violation of the Convention. They therefore requested that any compensation awarded under that head be paid directly into their representatives' bank accounts.

101. The applicants in application no. 32684/09 claimed jointly the sum of EUR 8,000 in respect of the proceedings before the Court, and submitted invoices and bills of costs in support of their claim.

102. The Government replied that the Court could make awards to the applicants in respect of costs and expenses only to the extent that the claims were sufficiently substantiated.

103. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only if it is established that they were actually incurred, were necessarily incurred and were reasonable as to quantum (see *Creangă v. Romania* [GC], no. 29226/03, § 130, 23 February 2012). Regard being had to the documents in its possession and the above-mentioned criteria, the Court considers that the applicants in application no. 29381/09 should be awarded the sum of EUR 5,000 jointly, plus any tax that may be chargeable to them, to be paid directly into their representatives' bank accounts (see, to similar effect, *Carabulea v. Romania*, no. 45661/99, § 180, 13 July 2010). As regards the applicants in application no. 32684/09, the Court considers that they should be awarded the sum of EUR 6,000 jointly in respect of costs and expenses, plus any tax that may be chargeable to them.

### C. Default interest

104. 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

...

3. *Holds*, by sixteen votes to one, that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8;
4. *Holds*, by sixteen votes to one,
  - (a) that the respondent State is to pay the applicants, within three months, the following amounts:
    - (i) EUR 5,000 (five thousand euros) to each applicant, with the exception of the seventh applicant in application no. 32684/09, plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;
    - (ii) EUR 5,000 (five thousand euros) jointly to the applicants in application no. 29381/09, plus any tax that may be chargeable to them, in respect of costs and expenses, to be paid directly into their representatives' bank accounts;
    - (iii) EUR 6,000 (six thousand euros) jointly to the applicants in application no. 32684/09, with the exception of the seventh applicant, plus any tax that may be chargeable to them, in respect of costs and expenses;
  - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
5. *Dismisses*, unanimously, the remainder of the applicants' claims for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 7 November 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) joint concurring opinion of Judges Casadevall, Ziemele, Jočienė and Sicilianos;
- (b) partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque.

D.S.  
M.O'B.

JOINT CONCURRING OPINION OF  
JUDGES CASADEVALL, ZIEMELE, JOČIENĖ  
AND SICILIANOS

(*Translation*)

1. We voted for the finding of a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 in the present case. Given that the provisions in question and the grounds for discrimination – sexual orientation – are the same in this case and in the case of *X and Others v. Austria* ([GC], no. 19010/07 ECHR 2013), one might wonder at first sight whether our respective positions in the two cases are consistent. We would recall that in *X and Others v. Austria* we voted *against* the finding of a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8, and that we expressed the reasons for our disagreement in a joint dissenting opinion together with three of our colleagues (see *X and Others v. Austria*, cited above, joint partly dissenting opinion of Judges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, De Gaetano and Sicilianos). However, we are convinced that, despite the above-mentioned similarities, the two cases are clearly distinguishable from each other, which explains our vote in each case.

2. Besides the specific features of *X and Others v. Austria* – explored extensively in the above-mentioned partly dissenting opinion (ibid., §§ 2-11) – the background to the case, as we know, was the issue of adoption within same-sex couples. More particularly, the case in question concerned the possibility for the first applicant to adopt her partner's child. In addition to the same-sex partners themselves, any such adoption would necessarily, and indeed radically, affect the situation of the child to be adopted and that of the other biological parent, raising delicate issues with regard to the best interests of the child and the other parent's Convention rights. No such considerations apply in the present case. The applicants in this case are same-sex adult couples who simply wish to formalise their own relationships. No third party is affected in any way. It should also be noted that the Greek legislation on civil unions makes no provision for adoption by the different-sex couples to whom it applies (see the text of Law no. 3719/2008, cited in paragraph 16 of the judgment [see full text of judgment, available in Hudoc]). In other words, the possible extension of the scope of the legislation to include same-sex couples would not raise issues comparable to those in *X and Others v. Austria*.

3. This first significant difference is very closely linked to another parameter to be taken into consideration. As we stressed in our partly

dissenting opinion in *X and Others v. Austria* (cited above, § 14), the States Parties to the Convention, including those which allow second-parent adoption for unmarried couples, “are sharply divided and ... there is therefore no consensus” on the issue raised in that case. Indeed, there is considerable diversity in the approaches taken by national legislations to the adoption issue. In the present case, by contrast, a very clear trend exists towards making registered partnerships available to same-sex couples. This trend is highlighted in paragraph 91 of the judgment which concludes that, with two exceptions, Council of Europe member States, when they opt to enact legislation introducing a system of registered partnerships as an alternative to marriage, “include same-sex couples in its scope”.

4. Furthermore, the complexity of the issues raised in *X and Others v. Austria* is reflected, in our view, in Article 7 § 2 of the European Convention on the Adoption of Children (revised in 2008), which came into force on 1 September 2011. That provision reads as follows: “States are free to extend the scope of this Convention to same-sex couples who are married to each other or who have entered into a registered partnership together. They are also free to extend the scope of this Convention to different-sex couples and same-sex couples who are living together in a stable relationship.” In other words, regard being had to the aforementioned differences of approach, a recent Council of Europe treaty instrument affords States complete freedom when it comes to regulating the adoption of children in the various scenarios considered above, including the scenario in issue in *X and Others v. Austria*.

5. This *laissez-faire* attitude contrasts with the relevant Council of Europe instruments referred to in paragraphs 27 to 30 of the present judgment [see full text of judgment, available in Hudoc]. These lend clear support to the finding of a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 in the instant case. This is particularly true as regards Recommendation CM/Rec(2010)5 on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, adopted by the Committee of Ministers on 31 March 2010, and Resolution 1728(2010), adopted by the Parliamentary Assembly on 29 April 2010 and entitled “Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity”. To put it another way: the finding of a violation in the present judgment is “in tune” with all the relevant Council of Europe instruments, including and especially the most recent. Similar observations apply, *mutatis mutandis*, with regard to European Union law, the relevant provisions of which are set forth in paragraphs 31 to 34 of the judgment [see full text of judgment, available in Hudoc].



## PARTLY CONCURRING, PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE PINTO DE ALBUQUERQUE

The particular interest of the *Vallianatos and Others* case is that the Grand Chamber performs an abstract review of the “conventionality” of a Greek law, while acting as a court of first instance<sup>1</sup>. The Grand Chamber not only reviews the Convention compliance of a law which has not been applied to the applicants, but furthermore does it without the benefit of prior scrutiny of that same legislation by the national courts. In other words, the Grand Chamber invests itself with the power to examine *in abstracto* the Convention compliance of laws without any prior national judicial review.

I concur with the majority in finding the application lodged by the association Synthessi – Information, Awareness-raising and Research, a legal entity based in Athens, inadmissible for lack of victim status. I also concur in finding the other applicants’ complaint under Article 13 inadmissible as being manifestly ill-founded. But I dissent with regard to the complaint of a violation of Article 14 of the European Convention on Human Rights (“the Convention”) taken in conjunction with Article 8, which I find inadmissible for non-exhaustion of domestic remedies. Although the individual applicants had an arguable claim, they did not even try to lodge their claim before the national courts, as they could have done. No opportunity was given to the national authorities to address the applicants’ complaint at the national level. Ultimately, the core of the principle of subsidiarity was infringed.

### **Potential victim and abstract review of the Convention compliance of laws**

The European mechanism of human rights protection does not, in principle, permit abstract review of the Convention compliance of national laws<sup>2</sup> and still less an *actio popularis* against legislation<sup>3</sup>. Hence, an applicant

1. The abstract review of “conventionality” is the review of the compatibility of a national law with the Convention independently of a specific case where this law has been applied (for the use of the word “conventionality”, see *Michaud v. France*, no. 12323/11, § 73, ECHR 2012; for the French term “*conventionnalité*”, see *Vassis and Others v. France*, no. 62736/09, § 36, 27 June 2013; *Kanagaratnam v. Belgium*, no. 15297/09, § 75, 13 December 2011; *Duda v. France* (dec.), no. 37387/05, 17 March 2009; and *Kart v. Turkey*, no. 8917/05, § 83, 8 July 2008).

2. This is true only for individual applications (see, for example, *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, 18 June 1971, § 22, Series A no. 12; *Findlay v. the United Kingdom*, 25 February 1997, § 67, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I; and *Von Hannover v. Germany* (no. 2) [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, § 116, ECHR 2012). In inter-State cases, a State may challenge a legal provision *in abstracto*, since Article 33 of the Convention allows a State Party to refer to “any alleged breach” of the provisions of the Convention by another State Party (see *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 240, Series A no. 25, and *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, § 358, ECHR 2001-IV).

3. An *actio popularis* is an action brought by a member of the public who is acting solely in the interest

to the European Court of Human Rights (“the Court”) must be able to claim to be, have been or become in the future a victim of a State act, even where he or she was not, is not and will not be personally targeted by that act<sup>4</sup>. Nonetheless, an individual may contend that a law violates his or her rights in the absence of any specific measure of implementation in his or her respect if there is a real risk that he or she will be personally affected by the said law. The Court has established the categories of people at risk: those who have to modify their conduct, under pain of criminal prosecution<sup>5</sup>, and those who are members of a class of people who risk being directly affected by the legislation, be it ordinary<sup>6</sup> or constitutional legislation<sup>7</sup>. These two categories of people, which may be as broad as to include, for example, “all users or potential users of the postal and telecommunication services”<sup>8</sup>, “illegitimate children”<sup>9</sup>, “women of child-bearing age”<sup>10</sup> or persons of Roma and Jewish origin<sup>11</sup>, are known as potential victims<sup>12</sup>.

In the case at hand the individual applicants argue that they belong to a group of people based on an identifiable characteristic (unmarried same-sex couples) which does not benefit from the legal protection afforded by a specific law to another group of people in a similar factual situation (unmarried different-sex couples). Their claim is not unlike that of the applicant Alexandra in the seminal case of *Marckx v. Belgium*, in so far as she argued that she belonged to a group of persons based on an identifiable characteristic (children born out of wedlock) which did not benefit from

---

of public order and does not claim to have been, to be or to become in the future a victim of the impugned law or other State act (see, among other authorities, *Tănase v. Moldova* [GC], no. 7/08, § 104, ECHR 2010, and *X and Others v. Austria* [GC], no. 19010/07, § 126, ECHR 2013).

4. In this latter case the applicant must also be able to claim that he or she belongs to a group of persons to which the State act is addressed (*Aksu v. Turkey* [GC], nos. 4149/04 and 41029/04, § 50, ECHR 2012). The bond with the group covered by the State act must exist at the material time and at the time of the lodging of the complaint before the Court.

5. See *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, § 41, Series A no. 45; *Norris v. Ireland*, 26 October 1988, § 32, Series A no. 142; and *S.L. v. Austria*, no. 45330/99, ECHR 2003-I.

6. *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 27, Series A no. 31; *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, § 42, Series A no. 112; and *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, §§ 33-34, ECHR 2008.

7. *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [GC], nos. 27996/06 and 34836/06, §§ 28-29, ECHR 2009.

8. *Klass and Others v. Germany*, 6 September 1978, §§ 34-37, Series A no. 28.

9. *Marckx*, cited above, §§ 44-48.

10. *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, 29 October 1992, § 44, Series A no. 246-A.

11. *Sejdić and Finci*, cited above, § 45.

12. There is a third group of potential victims: those who have not yet been victims of a Convention breach, but will be if the impugned State act is performed (for instance, an expulsion order). Potential victims should not be confused with indirect victims, a term which refers to persons who have suffered indirect negative consequences of a State act or omission, like the wife and children of a man unlawfully killed by State officials.

the legal protection afforded by the Belgian Civil Code to another group of persons (children born within wedlock)<sup>13</sup>. The admissibility principle established in *Marckx* is also valid for the present case. In other words, *when a law or regulation confers a Convention right solely on one group of people based on an identifiable characteristic of that group, by implication depriving another group of people in the same or similar situation of the enjoyment of the said right without any objective justification, the Convention compliance of that law or regulation may be reviewed in abstracto by the Court on the basis of a complaint lodged by any member of the deprived group of people*<sup>14</sup>. The same conclusion is valid for a law or regulation which explicitly prohibits or restricts the enjoyment of a Convention right by a group of people based on an identifiable characteristic of that group, treating it differently from another group of people in the same or similar situation without any objective justification (direct discrimination)<sup>15</sup>, and for a law or regulation which treats identically groups of people in different situations, without any objective justification (indirect discrimination)<sup>16</sup>. In both cases, members of the group of people deprived of the full enjoyment of the Convention right may challenge that law or regulation before the Court independently of any implementing act. *A fortiori*, any discriminatory law or regulation which targets identified or clearly identifiable persons may also be challenged by those persons before the Court, regardless of any implementing act (*intuitu personae* discrimination). Finally, all the aforementioned conclusions apply similarly to rights which, although not specifically provided for by the Convention, fall within the scope of a Convention right, even if there has been no violation of the substantive right itself.

13. See *Marckx*, cited above, § 27.

14. *Ibid.*, § 27, and, more recently, *Sejdić and Finci*, cited above, §§ 28-29.

15. See *S.L. v. Austria* (dec.), no. 45330/99, 22 November 2001, and the case-law referred to therein.

16. See *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, § 184, ECHR 2007-IV. Conversely, a law or regulation which provides for affirmative measures when these measures are essential to put an end to or attenuate *de facto* discrimination in the enjoyment of a Convention right by a disadvantaged group of people based on an identifiable characteristic may also be submitted *in abstracto* to the Court's scrutiny (see *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, §§ 61 and 66, ECHR 2006-VI, and *Wintersberger v. Austria* (dec.), no. 57448/00, 27 May 2003). Since the right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States fail to treat differently persons whose situations are significantly different, a law or regulation which does not provide for affirmative measures when they are warranted by a situation of factual inequality of a group of people based on an identifiable characteristic may also be challenged before the Court, regardless of any previous implementing act. The reverse situation of a law or regulation which brings about equality through "levelling down" the enjoyment of a Convention right by an advantaged group of people with an identifiable characteristic in comparison with another disadvantaged group of people also comes within the scope of the Court's review *in abstracto* (see *Runkee and White v. the United Kingdom*, nos. 42949/98 and 53134/99, §§ 40-43, 10 May 2007).

That being so, all the applicants but one could claim to be potential victims in the sense already referred to. By contrast, the complaint of the association Synthessi – Information, Awareness-raising and Research is not based on any risk of personal damage to the applicant, which cannot therefore be seen as a potential victim.

### **Non-exhaustion of national remedies against discriminatory laws**

Being more than just a multilateral agreement on reciprocal obligations of States Parties, the Convention creates obligations for States Parties towards all individuals within their jurisdiction, with a view to the practical implementation of the protected rights and freedoms in the domestic legal order of the States Parties<sup>17</sup>. Therefore, the States Parties to the Convention are legally obliged not to hinder in any way the effective exercise of the right of individual application and to make such modifications to their domestic legal systems as may be necessary to ensure the full implementation of the obligations incumbent on them<sup>18</sup>. Seen from another perspective, these are the consequences of the principle of good faith in fulfilling treaty

17. The International Court of Justice explicitly excluded the notion of reciprocal obligations with regard to human rights treaties (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, *ICJ Reports* 1951, p. 23, followed by *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, *ICJ Reports* 1964, p. 32, and *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Preliminary Objections, Judgment, *ICJ Reports* 1996, p. 20), after the Permanent Court of International Justice had conceded that “the very object of an international agreement, according to the intention of the contracting Parties, may be the adoption by the Parties of some definite rules creating individual rights and obligations and enforceable by the national courts” (*Jurisdiction of the Courts of Danzig*, Advisory Opinion, 1928, PCIJ, Series B, No. 15, 3 March 1928, p. 17). The Inter-American Court of Human Rights (Advisory Opinion No. OC-2/82, 24 September 1982, on the effect of reservations on the entry into force of the American Convention on Human Rights, § 29) and the Human Rights Committee (CCPR General Comment No. 24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant, 4 November 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, § 17) have expressed the same opinion. Very early on, the former Commission, in its decision of 11 January 1961 in the case of *Austria v. Italy* (no. 788/60, Yearbook 4, pp. 166-68), expressed the same principle when it affirmed the “objective character” of the Convention (“... the obligations undertaken by the High Contracting Parties in the Convention are essentially of an objective character, being designed rather to protect the fundamental rights of individual human beings from infringement by any of the High Contracting Parties than to create subjective and reciprocal rights for the High Contracting Parties themselves”). The Court adhered to this doctrine in *Ireland v. the United Kingdom*, cited above, § 239).

18. This general principle of international law, which was considered as “self-evident” in *Exchange of Greek and Turkish Populations*, Advisory Opinion, 1925, PCIJ, Series B, No. 10 (21 February 1925), p. 20, has been described by the Court in *Maestri v. Italy* ([GC], no. 39748/98, § 47, ECHR 2004-I) in these terms: “... it follows from the Convention, and from Article 1 in particular, that in ratifying the Convention the Contracting States undertake to ensure that their domestic legislation is compatible with it. Consequently, it is for the respondent State to remove any obstacles in its domestic legal system that might prevent the applicant’s situation from being adequately redressed.”

obligations, provided for in Articles 26 and 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

While Article 13 of the Convention does not impose, in principle, the existence of a remedy by which to have the Convention compliance of laws reviewed by the national courts<sup>19</sup>, *when the alleged violation of a Convention right rests on a discriminatory law or regulation directly affecting the applicant or the group of people to which the applicant belongs, an effective remedy must be provided within the national legal system allowing such a law or regulation to be challenged*<sup>20</sup>. Otherwise, no legal protection of the Convention right would be afforded by the Contracting Party to the persons under its jurisdiction, and direct access to the Court would be the sole legal avenue available. This is not the case in Greece.

Greece has a system of diffuse, concrete, successive and incidental review of the constitutionality and Convention compliance of laws<sup>21</sup>, and this system is effective. In fact, the Greek courts have declared various provisions of ordinary laws unconstitutional or in breach of the Convention<sup>22</sup>. In its

19. See *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, § 85, Series A no. 98; *Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, § 137, ECHR 2005-X; and *Paksas v. Lithuania* [GC], no. 34932/04, § 114, ECHR 2011.

20. Most, if not all, Convention rights are also acknowledged by the Constitutions of the Contracting Parties. Thus, a constitutional appeal lodged against a law violating a Convention right suffices under Article 13 of the Convention, regardless of the concrete or abstract, concentrated or diffuse, principal (preventive or successive) or incidental nature of the constitutional review mechanism.

21. See E. Spiliotopoulos, “Judicial Remedy of Legislative Acts in Greece”, in *Temple Law Quarterly*, 1983, pp. 463-502; A. Manitakis, “Fondement et Légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Grèce”, in *Revue internationale de droit comparé*, 1988, pp. 39-55; W. Skouris, “Constitutional disputes and judicial review in Greece”, in Landfried (ed.), *Constitutional Review and Legislation: An International Comparison*, 1988, pp. 177-200; P. Dagtoglou, “Judicial Review of Constitutionality of Laws”, in *European Review of Public Law*, 1989, pp. 309-27; P. C. Spyropoulos and T. P. Fortsakis, *Constitutional Law in Greece*, 2009; S.-I. G. Koutnatzis, “Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Griechenland”, in A. von Bogdandy et al. (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, 2007, pp. 151-215; and J. Iliopoulos-Strangas and S.-I.G. Koutnatzis, Greece, “Constitutional Courts as Positive Legislators”, in A.R. Brewer-Carias, *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*, 2011, pp. 539-74.

22. See Greek Supreme Administrative Court judgment no. 867/1988, finding that Article 65 of Legislative Decree no. 1400/1973 did not conform to Article 12 of the Convention; Supreme Administrative Court judgment no. 1664/2011, finding section 4(3) of Law no. 383/1976 in breach of Article 5 of the Constitution; Supreme Administrative Court judgment no. 3103/1997, finding section 25(1)(2) of Law no. 1975/1991 incompatible with the Geneva Convention of 28 July 1951; Supreme Administrative Court judgment no. 1501/2012, finding Law no. 2120/1993 in breach of Articles 4 § 5 and 17 § 1 of the Constitution and of Article 1 of Protocol No. 1; Supreme Administrative Court judgment no. 2960/2010, finding that section 16 of Law no. 2227/1994 did not conform to Article 7 § 1 of the Convention; Court of Cassation judgment no. 982/2010, finding section 13(4) of Law no. 2882/2001 in breach of Article 1 of Protocol No. 1; Court of Cassation judgment no. 33/2002, finding section 5(3) of Law no. 2246/1994 contrary to Article 5 § 1 of the Constitution; Thessaloniki Court of First Instance judgments nos. 5251/2004 and 16520/2004, both ruling that section 107 of the Introductory Law to the Civil Code did not conform to Articles 11 and 14 of the Convention; Athens

judgment no. 3/2012, the Greek Court of Cassation (Plenary) even held that it flowed from Article 12 § 1 of the Constitution and Article 11 of the European Convention on Human Rights that individuals serving in the armed forces had the right to freedom of association and that the Court of Appeal's finding that the provisions of section 30 of Law no. 1264/1982 and section 1 of Law no. 2265/1994 did not apply by analogy in the case of military personnel was erroneous since it gave rise to a violation of the provisions of the Constitution and of the European Convention on Human Rights. The Court of Cassation further found that "absent any specific legislation, the general provisions of Articles 78 et seq. of the Civil Code are applicable". The fact that no statutory provision had been made for the right of military personnel to establish associations did not hinder the Court of Cassation from holding that the right in question was guaranteed by the Constitution and by the Convention, that the exercise thereof was not dependent upon the promulgation of an ordinary law that would regulate that right and that, in the absence of specific legislation, the general provisions of the Civil Code should apply.

The applicants in the present case did not give the national courts the opportunity to apply the same reasoning to their claim. Where constitutional protection for fundamental rights is provided, it is incumbent on the allegedly aggrieved party to test the extent of that protection and allow the domestic courts to develop those rights by way of interpretation<sup>23</sup>. It cannot be assumed by the Court, as it was by the applicants, that the national courts would not give full effect to the provisions of their own country's Constitution.

### **The Convention obligation to extend favourable provisions to persons discriminated against**

In addition, Greek law makes provision for a special action based on harm attributable to the State or a public-law corporation<sup>24</sup>. Article 57 of the Civil Code provides that anyone who is subjected to personal harm is not only

---

Administrative Court of Appeal judgment no. 954/1999, finding section 31 of Law no. 2470/1997 in breach of Article 1 of Protocol No. 1; Athens Administrative Court of Appeal judgment no. 748/2011, finding Article 64 of Legislative Decree no. 1400/1973 contrary to the European Social Charter and the ban on forced labour; Athens District Court judgment no. 2377/2007, finding section 30(2) of Law no. 2789/2000 incompatible with Articles 2 and 17 of the Constitution and Article 1 of Protocol No. 1; Athens Administrative Court of First Instance judgment no. 2250/2008, finding section 60 of Law no. 2084/1992 in breach of Article 1 of Protocol No. 1; and Supreme Administrative Court judgment no. 2028/2004, finding section 7(1) of Law no. 2703/1999 in breach of Article 1 of Protocol No. 1.

23. *Vinčić and Others v. Serbia*, nos. 44698/06 and 30 others, § 51, 1 December 2009, and *A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, § 142, ECHR 2010.

24. See section 105 of the Introductory Law to the Civil Code and Articles 57, 914 and 932 of the Civil Code.

entitled to seek financial compensation but also, and more particularly, is entitled to “enforce cessation of the infringement and restraint of any future infringement”. According to national case-law, an obligation exists to pay compensation in the case of acts or omissions of the legislature where the legislation in force or the absence of legislation contravenes higher-ranking legal rules such as the provisions of the Constitution or of international conventions ratified by law, including the Convention<sup>25</sup>. Moreover, still according to national case-law, any violation of the principle of equality arising out of an omission on the part of the legislature to include in its regulations categories of individuals whose circumstances are identical to those for whom it has legislated gives rise to liability on the part of the State and public-law legal entities and to an obligation for them to pay compensation. More particularly, according to the case-law, “if the law introduces special regulations concerning a certain category of individuals, and another category of individuals in respect of whom the same reason for particular treatment exists is excluded from those regulations as a result of unwarranted unfavourable discrimination, the provision introducing that unfavourable treatment will be considered to be invalid as being unconstitutional. In such cases, in order to restore the constitutional principle of equality, the provision applicable to the category in whose favour the special regulations were instituted shall also be applied to the category of individuals having suffered discrimination. In that situation, the judicial authorities cannot be said to breach the principle of separation of powers enshrined by Articles 1, 26, 73 et seq. and 87 of the Constitution.”<sup>26</sup>

Thus, when confronted with a discriminatory law, the Greek courts must exercise, in accordance with Articles 87 §§ 1 and 2, 93 § 4 and 120 § 2 of the Constitution, powers of review over the activities of the legislature and apply the principle of equality to the maximum extent possible and, on the basis of that principle, apply the favourable regulation to the disadvantaged group of people<sup>27</sup>.

This legal avenue would have sufficed under the Convention. *If the national courts were to restrict themselves to declaring the discriminatory provision to be unconstitutional or contrary to the Convention, without being able to extend the special favourable regulation to the individual who was the subject of the*

25. See Greek Supreme Administrative Court judgment no. 169/2010, and Athens Administrative Court of Appeal judgments nos. 743/2006, 3928/1992, 409/2007 and 6/2007.

26. See, for the consistent and varied case-law on the extension of preferential treatment to groups of persons discriminated against, even when this has budgetary consequences, Greek Court of Cassation judgments nos. 1578/2008, 60/2002, 7/1995, 40/1990 and 3/1990; Supreme Administrative Court judgments nos. 3088/2007, 2180/2004 and 1467/1994; Athens Administrative Court of Appeal judgment no. 3717/1992; and Athens Administrative Court of First Instance judgment no. 10391/1990.

27. See Greek Court of Cassation judgment no. 60/2002.

*discrimination, the breach of the principle of equality would subsist and the judicial protection sought would be devoid of actual content.* The Convention must be applied by the judiciary, regardless of the way in which the domestic legislative reform procedure evolves, since “[t]he freedom of choice allowed to a State as to the means of fulfilling its obligation under Article 53 cannot allow it to suspend the application of the Convention”<sup>28</sup>. *In practice, national courts have to adopt the most Convention-friendly interpretation of the national law in order to comply with the international obligation to prevent a breach of the Convention*<sup>29</sup>. In spite of this, the applicants did not even try to argue before the national courts that their case should be treated in accordance with the above-mentioned case-law.

### **The Convention obligation to review legislation incompatible with it**

Moreover, in cases in which harmonisation of the ordinary law at issue with the Constitution or the Convention required the intervention of the legislature, the necessary changes to the law have indeed been made in Greece. By way of example, after the pronouncement of judgment no. 867/1988 of the Greek Supreme Administrative Court, which held that the provisions of Article 65 of Legislative Decree no. 1400/1973 were incompatible with the provisions of Articles 2 § 1 and 4 § 1 of the Constitution and the provisions of Article 12 of the Convention, section 18(1) of Law no. 1848/1989 was enacted, abolishing the impugned provision. It is true that there is no explicit provision in Greek law which establishes the obligation to review legislation incompatible with the Constitution or the Convention. But in respect of legislation incompatible with the Convention, that obligation results from the Convention itself and its incorporation in the national legal order.

The obligation to prevent a violation of the Convention may warrant the adoption of general measures where there is no domestic legal framework compatible with the Convention<sup>30</sup> or the existing domestic legal framework or administrative practice is contrary to the Convention<sup>31</sup>. In

28. See *Vermeire v. Belgium*, 29 November 1991, § 26, Series A no. 214-C.

29. See my separate opinion in *Fabris v. France* [GC], no. 16574/08, ECHR 2013.

30. See *Malone v. the United Kingdom*, 2 August 1984, § 82, Series A no. 82; *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, § 27, Series A no. 91; see also, more recently, *Viașu v. Romania*, no. 75951/01, § 83, 9 December 2008; *Mandić and Jović v. Slovenia*, nos. 5774/10 and 5985/10, § 128, 20 October 2011; and *Pulatl v. Turkey*, no. 38665/07, § 39, 26 April 2011. The Court has also considered legislative developments subsequent to the alleged violations and criticised the insufficient nature of those developments (see, for example, *Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, §§ 15-17, ECHR 2003-III; *Brauer v. Germany*, no. 3545/04, § 24, 28 May 2009; and *Dumitru Popescu v. Romania (no. 2)*, no. 71525/01, §§ 82-84, 26 April 2007).

31. See *Dudgeon*, cited above, §§ 41 and 63; *Johnston and Others*, cited above, § 42; *Norris*, cited above, § 38; or *Manoussakis and Others v. Greece*, 26 September 1996, § 45, *Reports* 1996-IV. In some cases, the Court details with particular care the legislative measures to be taken (see *M. and Others v. Bulgaria*,



some cases even the national Constitution may have to be amended, since the Convention “makes no distinction as to the type of rule or measure concerned and does not exclude any part of the member States’ ‘jurisdiction’ from scrutiny under the Convention”<sup>32</sup>. In fact, both the principle of the *effet utile* of the Convention and the principle of subsidiarity imply that any breaches of the Convention, including those perpetrated by the legislature, must be addressed at the national level as soon as they have been definitively established by the national courts. In the event of total inaction on the part of the legislature after a final judicial finding that a legal provision breached the Convention, a complaint based on the non-enforcement of a final court ruling can be raised under Article 6 of the Convention. *Thus, Article 6 read in the light of the effet utile of the Convention and the principle of subsidiarity imposes on the States Parties an obligation to review any law or regulation when a final judicial finding of its non-compliance with the Convention has been reached at the national level.* The applicants ignored this additional legal avenue<sup>33</sup>.

Nonetheless, the Grand Chamber was prepared to embark on an examination of the Greek legislature’s “primary” intentions above and beyond their “declared” ones (see paragraph 87 of the judgment) and to criticise them, and did not refrain from dictating to the respondent State a legislative alternative (see paragraph 89). After “pilot judgment” procedures<sup>34</sup> and

---

no. 41416/08, § 138, 26 July 2011). An administrative practice such as the practice of weekly routine strip-searches in a prison may also require general measures to be taken (see *Salah v. the Netherlands*, no. 8196/02, §§ 77-79, ECHR 2006-IX). This is not an oddity of the European system of human rights protection. The Human Rights Committee has already recommended that legislation be amended in *Ballantyne, Davidson and McIntyre v. Canada*, Communications Nos. 359/1989 and 385/1989, 31 March 1993, § 13, and in *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, 31 March 1994, § 10. In its General Comment No. 24, 2 November 1994, § 17, the Committee rejected any exception to this obligation as contradictory to the Covenant’s purpose and object.

32. See *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, 30 January 1998, §§ 29-30, *Reports* 1998-I, and, even more explicitly, *Dumitru Popescu*, cited above, § 103. Not only the Court’s practice, but also the States Parties’ acceptance, confirm this understanding (see the constitutional amendments achieved following the judgment in *Demicoli v. Malta* (27 August 1991, Series A no. 210), and the subsequent Resolution DH (95) 211 of 11 September 1995; the judgment of 29 October 1992 in *Open Door and Dublin Well Woman* (cited above), and the subsequent Resolution DH (96) 368 of 26 June 1996; and the judgment in *Palaoro v. Austria* (23 October 1995, Series A no. 329-B), and the subsequent Resolution DH (96) 150 of 15 May 1996.

33. The mere fact that doubts may exist in respect of the effectiveness of this remedy is not a valid reason for not pursuing it (see *Akdivar and Others v. Turkey*, 16 September 1996, § 71, *Reports* 1996-IV).

34. See the ground-breaking case of *Broniowski v. Poland* ([GC], no. 31443/96, ECHR 2004-V), based on a “malfunctioning of Polish legislation and administrative practice”. This procedure has been enshrined in Rule 61 of the Rules of Court. Recently, in *Ananyev and Others v. Russia* (nos. 42525/07 and 60800/08, §§ 191-240 and point 7 of the operative part, 10 January 2012), the Court raised the potential of this new procedure still further by ordering the presentation by the respondent State, within six months, of an action plan to implement a long list of preventive and compensatory measures stipulated by the Court.

“Article 46 judgments” (or so-called “quasi-pilot judgments”)<sup>35</sup>, the Grand Chamber has inaugurated a novel remedy in the present judgment, which posits a specific legislative solution to a social problem that has allegedly not been solved by the national legislator after the persons concerned have taken direct action before the Court. The Court is no longer a mere “negative legislator”: it assumes the role of a supranational “positive legislator” which intervenes directly in the face of a supposed legislative omission by a State Party.

### Conclusion

In view of all the foregoing, the applicants failed to use the remedies that would have enabled the Greek courts to examine their allegations of a violation of the Convention. Consequently, the Grand Chamber of the Court should not have addressed the merits of the case, which it did as a European Constitutional Court functioning as a “positive legislator” at the direct request of the persons concerned. Not even Hans Kelsen, the architect of the concentrated constitutional judicial review system, would have dreamed that one day such a step would be taken in Europe.

---

35. In “quasi-pilot judgments”, the Court identifies systemic problems in the national legal system or practice which may be a source of repeated breaches of the Convention, but does not normally prescribe general measures in the operative part of the judgment. In some cases the Court has gone so far as to include these obligations in the operative part of the judgment, without any mention of the “pilot” nature of the judgment (see, for example, *Lukenda v. Slovenia*, no. 23032/02, § 98, ECHR 2005-X, and *Xenides-Arestis v. Turkey*, no. 46347/99, § 40, 22 December 2005). In other cases, the obligation was included solely in the judgment’s reasoning, without any reference in its operative part (see, for instance, *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, no. 1448/04, § 84, 9 October 2007, and *Manole and Others v. Moldova*, no. 13936/02, § 117, ECHR 2009). The Court has also stipulated a deadline for the adoption of the necessary measures (see *Xenides-Arestis*, cited above, § 40, and *Burdov v. Russia (no. 2)*, no. 33509/04, § 141, ECHR 2009), or affirmed their “urgency” (see *Ramadbi and Others v. Albania*, no. 38222/02, § 94, 13 November 2007). On one occasion, the Court even declared retrospectively as a “pilot” judgment a judgment which affected the admissibility of another application (see *İçyer v. Turkey (dec.)*, no. 18888/02, § 67, ECHR 2006-I, referring to *Doğan and Others v. Turkey*, nos. 8803-8811/02, 8813/02 and 8815-8819/02, ECHR 2004-VI).

VALLIANATOS ET AUTRES c. GRÈCE  
*(Requêtes n<sup>os</sup> 29381/09 et 32684/09)*

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 7 NOVEMBRE 2013<sup>1</sup>

---

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



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Exclusion des couples de même sexe du « pacte de vie commune »**

La reconnaissance juridique nouvelle d'un partenariat civil autre que le mariage se heurte à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 lorsqu'il exclut les couples de même sexe, alors même que ceux-ci auraient tout particulièrement intérêt à être admis au bénéfice du « pacte de vie commune », car celui-ci leur offrirait, à la différence des couples de sexe opposé, la seule base juridique en droit grec pour revêtir leur relation d'une forme reconnue par la loi.

En outre, une tendance européenne se dessine actuellement quant à la mise en œuvre de formes de reconnaissance juridique des relations entre personnes de même sexe (paragraphes 88, 90 et 91 de l'arrêt).

**Article 14 combiné avec l'article 8**

*Discrimination – Exclusion des couples de même sexe du « pacte de vie commune » – Vie privée – Vie familiale – Applicabilité – Situation comparable aux personnes hétérosexuelles – Différence de traitement – Orientation sexuelle – Situation des enfants nés hors mariage – Institution du mariage – Protection de la famille – Proportionnalité – Reconnaissance juridique des relations entre personnes homosexuelles – Tendance à la reconnaissance européenne*

\*

\* \*

*En fait*

Dans la première requête, les requérants sont deux ressortissants grecs et dans la deuxième six ressortissants grecs et une association visant entre autres au soutien moral et psychologique des personnes homosexuelles. Le 26 novembre 2008, la loi n° 3719/2008, intitulée « Réformes concernant la famille, les enfants et la société » entra en vigueur. Cette loi instituait le « pacte de vie commune », une forme officielle de partenariat à destination des couples non mariés, en limitant cette possibilité aux couples de sexe opposé, à l'exclusion de ceux de même sexe.

*En droit*

Article 14 combiné avec l'article 8 :

a) *Applicabilité* – Les requérants ont formulé leur grief sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 et le Gouvernement ne conteste pas l'applicabilité de ces dispositions. La Cour juge qu'il convient de suivre cette approche. En outre la

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

relation que les requérants entretiennent relève de la notion de « vie privée » ainsi que de celle de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple de sexe opposé se trouvant dans la même situation. L'article 14 combiné avec l'article 8 trouve donc à s'appliquer.

b) *Fond* – Les requérants se trouvent dans une situation comparable à celle de personnes hétérosexuelles pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation de couple. Or le premier article de la loi n° 3719/2008 réserve explicitement la possibilité de conclure le « pacte de vie commune » aux personnes physiques de sexe opposé. Par conséquent, en excluant tacitement les personnes physiques de même sexe de son champ d'application, la loi en cause introduit une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle des intéressés.

Deux séries d'arguments justifieraient pour le Gouvernement le choix du législateur de ne pas inclure les couples de même sexe dans le champ d'application de la loi. En premier lieu, si le pacte de vie commune, introduit par cette loi, était appliqué aux requérants, il entraînerait pour eux des droits et des obligations quant à leur statut patrimonial, à leurs relations pécuniaires au sein de leur couple et aux droits de succession auxquels ils peuvent déjà donner un cadre juridique par l'application du droit commun, c'est-à-dire par la voie contractuelle. En second lieu, la loi en cause viserait à atteindre plusieurs objectifs dont le renforcement du statut juridique des enfants nés hors mariage, et la facilitation du choix des parents d'élever leurs enfants sans être contraints de se marier. Ceci distinguerait les couples de sexe opposé de ceux de même sexe, du fait que, biologiquement, les seconds ne peuvent pas procréer ensemble. Pour la Cour, il est légitime au regard de l'article 8 de la Convention que le législateur prenne des mesures législatives pour encadrer la situation des enfants nés hors mariage et aussi renforcer indirectement l'institution du mariage au sein de la société grecque, en promouvant l'idée que la décision de se marier serait prise uniquement sur la base de la volonté d'engagement mutuel de deux personnes, indépendamment de contraintes extérieures ou de la perspective d'avoir un enfant. Le souci de protéger la famille au sens traditionnel du terme constitue en principe un motif important et légitime apte à justifier une différence de traitement. Reste à savoir si le principe de proportionnalité a été respecté en l'espèce.

La loi en cause vise principalement à la reconnaissance juridique d'une forme de partenariat autre que le mariage. En tout état de cause, à supposer même que l'intention du législateur ait été de renforcer la protection juridique des enfants nés hors mariage et indirectement l'institution du mariage, il reste qu'il a introduit par la loi n° 3719/2008 une forme de partenariat civil, lequel exclut les couples de même sexe alors qu'il permet aux couples hétérosexuels, que ceux-ci aient ou non des enfants, de réglementer de nombreux aspects de leurs relations.

L'argumentation du Gouvernement se focalise sur la situation des couples de sexe opposé ayant des enfants sans pour autant justifier la différence de traitement opérée par la loi en question entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels qui

ne sont pas parents. Le législateur aurait pu prévoir certaines dispositions spécifiques concernant les enfants nés hors mariage, tout en étendant la possibilité générale de conclure un « pacte de vie commune » aux couples de même sexe. Enfin, les couples hétérosexuels – à la différence des couples de même sexe – bénéficiaient en droit grec, avant même l'introduction de la loi n° 3719/2008, d'une reconnaissance de leur relation, soit pleine et entière par le biais de l'institution du mariage, soit de manière plus limitée en vertu des dispositions du code civil évoquant l'union libre. Par conséquent, les couples de même sexe auraient tout particulièrement intérêt à être admis au bénéfice du « pacte de vie commune », car celui-ci leur offrirait, à la différence des couples de sexe opposé, la seule base juridique en droit grec pour revêtir leur relation d'une forme reconnue par la loi.

Enfin, bien qu'il n'y ait pas de consensus au sein des ordres juridiques des États membres du Conseil de l'Europe, une tendance se dessine actuellement quant à la mise en œuvre de formes de reconnaissance juridique des relations entre personnes de même sexe. Parmi les dix-neuf États qui autorisent des formes de partenariats enregistrés autres que le mariage, la Lituanie et la Grèce sont les seuls qui les réservent uniquement aux couples de sexe opposé. Le fait qu'un pays occupe, à l'issue d'une évolution graduelle, une situation isolée quant à un aspect de sa législation n'implique pas forcément que pareil aspect se heurte à la Convention. Il n'en demeure pas moins qu'au vu de ce qui précède, le Gouvernement n'a pas fait état de raisons solides et convaincantes pouvant justifier l'exclusion des couples de même sexe du champ d'application de la loi n° 3719/2008.

*Conclusion*: violation (seize voix contre une).

Article 41 : la Cour accorde à chaque requérant, hormis la septième requérante dans la requête n° 32684/09, une somme pour préjudice moral.

### **Jurisprudence citée par la Cour**

*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, série A n° 94

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

*Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI

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

*E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, 22 janvier 2008

*F. c. Suisse*, 18 décembre 1987, série A n° 128

*Fretté c. France*, n° 36515/97, CEDH 2002-I

*Gas et Dubois c. France*, n° 25951/07, CEDH 2012

*Karner c. Autriche*, n° 40016/98, CEDH 2003-IX

*Kozak c. Pologne*, n° 13102/02, 2 mars 2010

*L. et V. c. Autriche*, n<sup>os</sup> 39392/98 et 39829/98, CEDH 2003-I

*Modinos c. Chypre*, 22 avril 1993, série A n° 259

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

*P.B. et J.S. c. Autriche*, n° 18984/02, 22 juillet 2010

*Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II

*Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n° 33290/96, CEDH 1999-IX

*Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, CEDH 2010

*Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n°s 33985/96 et 33986/96, CEDH 1999-VI

*Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, série A n° 26

*X et autres c. Autriche* [GC], n° 19010/07, CEDH 2013



**En l'affaire Vallianatos et autres c. Grèce,**

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

Dean Spielmann, *président*,  
Josep Casadevall,  
Guido Raimondi,  
Ineta Ziemele,  
Mark Villiger,  
Isabelle Berro-Lefèvre,  
Peer Lorenzen,  
Danutė Jočienė,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Ledi Bianku,  
Angelika Nußberger,  
Julia Laffranque,  
Paulo Pinto de Albuquerque,  
Linos-Alexandre Sicilianos,  
Erik Møse,  
André Potocki,  
Aleš Pejchal, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 16 janvier et 11 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<sup>os</sup> 29381/09 et 32684/09) dirigées contre la République hellénique et soumises à la Cour les 6 et 25 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 ») : la première (n<sup>o</sup> 29381/09) par deux ressortissants grecs, M. Grigoris Vallianatos et M. Nikolaos Mylonas, nés en 1956 et 1958 respectivement, et la deuxième (n<sup>o</sup> 32684/09) par six ressortissants grecs, C.S., E.D., K.T., M.P., A.H. et D.N., ainsi que par l'association Synthessi-Information, sensibilisation, recherche, une personne morale ayant son siège à Athènes.

2. En ce qui concerne la requête n<sup>o</sup> 29381/09, les requérants ont été représentés par le Moniteur grec Helsinki, une organisation non gouvernementale ayant son siège à Glyka Nera (Athènes). Quant à la

requête n° 32684/09, les requérants ont été représentés par M<sup>e</sup> N. Alivizatos et M<sup>e</sup> E. Mallios, avocats au barreau d'Athènes. Le gouvernement grec («le Gouvernement») a été représenté par les délégués de son agent, M<sup>me</sup> A. Grigoriou et M<sup>me</sup> G. Papadaki, assesseurs auprès du Conseil juridique de l'État, ainsi que par M. D. Kalogiros, auditeur auprès du Conseil juridique de l'État.

3. Les requérants alléguaient en particulier sous l'angle des articles 8 et 14 combinés que le fait que le «pacte de vie commune» instauré par la loi n° 3719/2008 fût destiné uniquement aux couples formés de personnes majeures de sexe opposé portait atteinte à leur droit à la vie privée et familiale et opérait une discrimination injustifiée entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels, au détriment de ces derniers.

4. Les requêtes ont été attribuées à la première section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour – «le règlement»). Le 3 février 2011, celle-ci a décidé de les communiquer au Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 1 de la Convention, elle a en outre décidé de se prononcer en même temps sur la recevabilité et sur le fond. Enfin, la présidente en exercice de la chambre a accédé à la demande d'anonymat formulée par les six premiers requérants dans la requête n° 32684/09 (article 47 § 3 du règlement de la Cour).

5. Le 11 septembre 2012, la chambre, composée de Nina Vajić, Peer Lorenzen, Elisabeth Steiner, Mirjana Lazarova Trajkovska, Julia Laffranque, Linos-Alexandre Sicilianos et Erik Møse, juges, et de Søren Nielsen, greffier de section, s'est dessaisie de l'affaire en faveur de la Grande Chambre, aucune des parties, consultées à cet effet, ne s'y étant opposée (articles 30 de la Convention et 72 du règlement). La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement.

6. Les requérants ainsi que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur la recevabilité et le fond des requêtes (article 59 § 1 du règlement). En outre des observations ont été soumises par le Centre de conseil sur les droits de l'individu en Europe, la Commission internationale de juristes, la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme et la branche européenne de l'International Lesbian, Gay, Trans and Intersex Association, que le président avait autorisés à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement).

7. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 16 janvier 2013 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le gouvernement défendeur*

M<sup>me</sup> A. Grigoriou, assesseur auprès du Conseil juridique  
de l'État,

M. D. Kalogiros, auditeur auprès du Conseil juridique  
de l'État,

M<sup>me</sup> M. Germani, auditeur auprès du Conseil juridique  
de l'État, *délégués de l'agent;*

– *pour les requérants*

M<sup>e</sup> C. Mécary, avocate,

M<sup>e</sup> N. Alivizatos, avocat, *conseils;*

M. P. Dimitras,

M<sup>e</sup> E. Mallios, avocat, *conseillers.*

La Cour a entendu en leurs déclarations M<sup>me</sup> Germani ainsi que M<sup>e</sup> Mécary et M<sup>e</sup> Alivizatos.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

8. En ce qui concerne la requête n° 29381/09, les requérants vivent en couple à Athènes. Quant à la requête n° 32684/09, les première et deuxième requérantes d'une part, et les troisième et quatrième requérantes d'autre part vivent en couple depuis longtemps à Athènes. Les cinquième et sixième requérants entretiennent une relation mais, pour des raisons professionnelles et sociales, ne vivent pas ensemble. Il ressort de leurs relevés bancaires que le sixième requérant règle les cotisations de sécurité sociale du cinquième requérant. La septième requérante est une association à but non lucratif visant, entre autres, au soutien psychologique et moral des personnes homosexuelles.

9. Le 26 novembre 2008, la loi n° 3719/2008, intitulée « Réformes concernant la famille, les enfants et la société », entra en vigueur. Elle instituait pour la première fois en Grèce une forme officielle de partenariat autre que le mariage, le « pacte de vie commune » (*σύμφωνο συμβίωσης*). Selon son article premier, un tel pacte ne peut être conclu que par deux personnes majeures de sexe opposé.

10. Selon le rapport explicatif de la loi n° 3719/2008, le pacte de vie commune reconnaît une réalité sociale, à savoir la vie commune hors mariage, permettant ainsi aux intéressés d'inscrire leur relation dans un cadre juridique plus souple que celui de l'institution du mariage. Le rapport ajoute que le nombre d'enfants nés en Grèce de couples vivant en union libre a augmenté au fil du temps et représentait à l'époque 5 % environ du nombre total des enfants nés dans le pays. Il relève aussi que le statut des femmes se retrouvant sans aucun soutien après de longues périodes de vie commune et, plus généralement, le phénomène des familles monoparentales constituent des problèmes majeurs exigeant une intervention législative. Il précise toutefois que le mariage religieux conserve une valeur incomparable et, avec le mariage civil, constitue le meilleur choix pour les couples souhaitant fonder une famille en s'entourant de toutes les garanties juridiques, économiques et sociales. Le rapport fait aussi référence à l'article 8 de la Convention qui protège, sous l'angle du droit à la vie privée et familiale, la vie commune hors mariage, et relève qu'un certain nombre d'États européens reconnaissent juridiquement une forme de partenariat enregistré pour des couples hétérosexuels ou homosexuels. Sans plus d'explications, le rapport note que le pacte est réservé aux adultes de sexe opposé. Il conclut que le « pacte de vie commune » constitue une nouvelle forme de partenariat et non pas une sorte de « mariage souple ». Selon le rapport, l'institution du mariage n'est pas affaiblie par la nouvelle loi puisqu'elle relève d'un régime juridique différent de celui du « pacte de vie commune ».

11. Un vif débat précéda la mise en œuvre de la loi n° 3719/2008. L'Église de Grèce prit officiellement position contre elle. Dans un communiqué publié le 17 mars 2008 par le Saint-Synode, elle qualifia le pacte de vie commune de « prostitution ». Quant au ministre de la Justice, il déclara devant la commission parlementaire compétente :

« (...) Nous pensons que nous ne devrions pas aller plus loin. Il ne faut pas inclure les couples de même sexe. En effet, nous sommes persuadés que les exigences et besoins de la société hellénique ne commandent pas d'aller au-delà ; en tant que législateur, le parti politique au pouvoir est tenu de rendre des comptes au peuple grec. Il a ses propres convictions et a débattu de ce problème ; je crois que c'est la voie à suivre. »

12. La Commission nationale des droits de l'homme, dans ses observations datées du 14 juillet 2008 sur le projet de loi, fit référence notamment à la notion de vie familiale, expliquant que le contenu n'en était pas statique mais se modifiait en fonction de l'évolution des mœurs (...)

13. Le 4 novembre 2008, le Conseil scientifique (*Επιστημονικό Συμβούλιο*) du Parlement, organe consultatif dépendant du président du Parlement, dressa un rapport sur le projet de loi en cause. Il y observait notamment, en faisant référence à la jurisprudence de la Cour, que la protection de l'orientation sexuelle entrait dans le champ d'application

de l'article 14 de la Convention et que la notion de « famille » n'inclut pas uniquement les relations entre individus au sein de l'institution du mariage mais qu'elle pouvait englober de manière plus générale des rapports équivalant *de facto* à une vie familiale et établis en dehors des liens du mariage (page 2 du rapport).

14. Lors du débat parlementaire du 11 novembre 2008 à propos du pacte de vie commune, le ministre de la Justice se borna à déclarer que « la société aujourd'hui n'[était] pas encore assez mature pour accepter la cohabitation des couples de même sexe ». Plusieurs orateurs insistèrent sur la violation par la Grèce de ses obligations internationales et, notamment, des articles 8 et 14 de la Convention du fait que les couples homosexuels étaient exclus du dispositif.

15. Le 27 septembre 2010, la Commission nationale des droits de l'homme adressa une lettre au ministre de la Justice, réitérant sa position sur le caractère discriminatoire de la loi n° 3719/2008. Dans cette lettre, la commission considérait qu'il serait opportun d'élaborer un projet de loi étendant le pacte de vie commune aux personnes de même sexe.

(...)

## EN DROIT

(...)

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

36. Les requérants allèguent que le fait que le « pacte de vie commune » instauré par la loi n° 3719/2008 soit destiné uniquement aux couples formés de personnes majeures de sexe opposé porte atteinte à leur droit à la vie privée et familiale et opère une discrimination injustifiée entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels, au détriment de ces derniers. Ils invoquent l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, dispositions ainsi libellées :

#### **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. »

### Article 8

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale [et] de son domicile (...)

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. »

(...)

## B. Sur le fond

### 1. Les thèses des parties

#### a) Les requérants

60. Les requérants se réfèrent à l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* (n° 30141/04, CEDH 2010) dans lequel la Cour a reconnu qu'un couple de même sexe cohabitant *de facto* de manière stable relève de la notion de « vie familiale ». Selon eux, bien que les législations européennes en la matière ne présentent pas une homogénéité totale, elles tendent cependant à reconnaître juridiquement les couples de même sexe. Les requérants notent qu'à leur connaissance la Grèce est à ce jour le seul État européen à avoir réservé un statut juridique autre que le mariage aux seuls couples de sexe opposé. En d'autres termes, la Grèce serait le seul État à avoir adopté une loi réglementant une forme de partenariat enregistré et à avoir, en même temps, par cette même loi, exclu les couples de même sexe de son champ d'application. La Grèce s'éloignerait donc de manière claire et radicale du dénominateur commun des pays européens en la matière. Les requérants soutiennent que la volonté de préserver les liens de la famille traditionnelle hétérosexuelle ne saurait constituer un motif sérieux pouvant justifier l'application d'un traitement différencié aux couples de même sexe. En effet, au lieu de prendre des mesures positives tendant à remédier aux préjugés de la société grecque à l'égard des homosexuels, l'État défendeur les aurait renforcés par la loi n° 3719/2008 en mettant à l'écart les couples de même sexe. Selon les requérants, la loi en cause porte un jugement moral négatif sur l'homosexualité, puisqu'elle reflète une réserve, voire une hostilité injustifiable à l'égard des couples de même sexe : du moment que le législateur a décidé d'abandonner le mariage comme le seul fondement formel de la vie familiale, l'exclusion des couples de même sexe du champ d'application de la loi n° 3719/2008 ferait preuve d'un net mépris à leur égard.

61. Enfin, les requérants ne peuvent souscrire à l'argument du Gouvernement selon lequel le but du législateur était de protéger les enfants nés d'unions libres de partenaires hétérosexuels. Ils estiment que, par la loi en cause, le législateur visait clairement à réglementer la vie des couples ne souhaitant pas se marier, sans égard au fait d'avoir ou de souhaiter avoir des enfants. Ils considèrent donc que leur exclusion du champ d'application de la loi litigieuse manque de justification objective et raisonnable et qu'elle est en conséquence discriminatoire.

**b) Le Gouvernement**

62. Le Gouvernement explique qu'en ce qui concerne les buts légitimes poursuivis par la loi n° 3719/2008 le pacte de vie commune doit être abordé comme un ensemble de dispositions permettant aux parents d'élever leurs enfants biologiques, avec une participation équitable du père à l'exercice de l'autorité parentale, sans pour autant être obligés de se marier. Le Gouvernement estime qu'en ce sens le pacte de vie commune libère les couples de l'obligation de contracter mariage à la suite d'une grossesse par peur de ne pas pouvoir autrement avoir la relation souhaitée avec leur enfant, alors considéré comme né hors mariage. Ainsi, selon le Gouvernement, à travers le pacte de vie commune, le législateur grec se montre traditionnaliste tout en s'inspirant d'idées modernes. En effet, le législateur grec aurait cherché par la loi n° 3719/2008 à renforcer les institutions du mariage et de la famille au sens traditionnel du terme, puisque dorénavant la décision de se marier serait prise indépendamment de la perspective d'avoir un enfant, donc uniquement sur la base de la volonté d'engagement mutuel de deux personnes de sexe opposé, selon une décision prise sans contraintes extérieures.

63. Le Gouvernement soutient aussi que la loi n° 3719/2008 vise à réglementer un phénomène social existant, à savoir les couples composés de personnes de sexe opposé non mariés et ayant des enfants. La loi grecque se distinguerait sur ce point d'autres législations européennes ayant prévu un « pacte de vie commune ». En effet, le législateur grec aurait explicitement énoncé dans le rapport explicatif de la loi qu'il souhaitait non pas réglementer toutes les formes d'union libre mais protéger les enfants qui naissent d'unions libres entre personnes hétérosexuelles ainsi que leurs parents qui ne souhaitent pas se lier par le mariage. Selon le Gouvernement, toute la structure de la loi et le contenu de ses dispositions sont orientés à cette fin. Par conséquent, l'introduction d'un pacte de vie commune en faveur des couples de même sexe exige un cadre législatif distinct, qui réglementerait une situation analogue mais non pas similaire à celle d'un couple composé de deux personnes de sexe opposé.

64. Le Gouvernement indique qu'avant la loi n° 3719/2008 le droit interne reconnaissait de manière limitée la vie commune hors mariage de deux personnes de sexe opposé. En particulier, l'«union libre» serait une forme de vie commune mentionnée par l'article 1444 du code civil selon lequel le conjoint divorcé qui se remarie ainsi que celui qui vit dans le cadre d'une union libre perdent le droit à une pension alimentaire. Le Gouvernement observe que, de plus, l'union libre est mentionnée par les articles 1456 et 1457 du code civil relatifs à la procréation médicalement assistée. Ainsi, l'article 1456 prévoirait que, si la procréation médicalement assistée concerne une femme célibataire, le consentement de l'homme avec lequel elle vit en union libre doit être accordé par acte notarié. En outre, l'article 1457 du code civil déterminerait les conditions dans lesquelles est permise la «fécondation artificielle après le décès de l'époux ou de l'homme avec lequel la femme vivait en union libre».

65. Le Gouvernement est d'avis que l'examen de la conformité du premier article de la loi n° 3719/2008 avec les articles 8 et 14 de la Convention et, en particulier, la recherche de la proportionnalité de l'ingérence en cause doit prendre en compte le contexte général de l'affaire et aussi l'ensemble des dispositions de la loi précitée afférente au pacte de vie commune. Tout d'abord, le Gouvernement invite la Cour à distinguer entre les requérants qui vivent ensemble et ceux qui ne cohabitent pas. Dans le cas des premiers, leurs griefs devraient être examinés sous l'angle du droit à la «vie familiale». Quant aux autres, ce serait la notion de la «vie privée» qui s'appliquerait.

66. Ensuite, le Gouvernement procède à une analyse des droits et obligations du pacte de vie commune pour conclure que le statut tant patrimonial que personnel des requérants n'a aucunement été affecté par leur exclusion du champ d'application du pacte de vie commune. Quant aux questions patrimoniales, le Gouvernement reprend ses arguments relatifs à la recevabilité *ratione personae* du présent grief. Il observe que le pacte de vie commune ne produit aucun effet automatique et contraignant sur la situation patrimoniale des partenaires. En ce qui concerne les questions de sécurité sociale, les couples de même sexe se trouveraient exactement dans la même situation que les couples de sexe opposé qui décident de conclure le pacte. Quant à la pension alimentaire ainsi que les questions de succession, celles-ci pourraient être réglées au sein d'un couple de même sexe en dehors du pacte de vie commune, par la voie contractuelle.

67. En ce qui concerne la situation personnelle des requérants, le Gouvernement soutient que la différence biologique entre les couples de sexe opposé et les couples de même sexe, dont il découle que les seconds ne peuvent pas procréer, justifie le fait que le pacte n'est destiné qu'aux couples de même sexe. Le Gouvernement se réfère en particulier aux articles 9 et 10



de la loi n° 3719/2008, qui permettent au père d'un enfant né hors mariage d'établir sa paternité et de participer à son éducation sans avoir besoin de se marier avec la mère. Ainsi, le mariage et la reconnaissance judiciaire ou volontaire de la paternité d'un enfant cesseraient de constituer les seuls modes d'établissement de la filiation. Le Gouvernement souligne que l'objet de ces dispositions constitue le « noyau dur » du pacte de vie commune et ne peut concerner par définition que les couples de sexe opposé. Sur la base de cet argument, le Gouvernement soutient que la présente affaire ne saurait mener la Cour à conclure à une violation des articles 14 et 8 de la Convention. En effet, selon lui, les couples de même sexe ne se trouvent pas dans une situation similaire ou analogue à celle des couples de sexe opposé, étant donné que les premiers ne pourraient en aucun cas avoir ensemble des enfants biologiques.

68. Le Gouvernement ajoute que, ainsi qu'il est énoncé dans la loi n° 3719/2008, le pacte de vie commune se distingue des lois similaires adoptées par d'autres États membres du Conseil de l'Europe. Il précise en effet que, si ces textes produisent des effets sur les relations pécuniaires entre les contractants, seule la loi grecque établit une présomption de paternité en ce qui concerne les enfants nés dans le cadre d'un pacte de vie commune. Le Gouvernement en tire ainsi la conclusion que la loi n° 3719/2008 se focalise plutôt sur les relations personnelles des partenaires que sur la réglementation des aspects patrimoniaux de leur relation.

#### c) Les tiers intervenants

69. Les tiers intervenants, le Centre de conseil sur les droits de l'individu en Europe, la Commission internationale de juristes, la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme et la branche européenne de l'International Lesbian, Gay, Trans and Intersex Association (paragraphe 6 ci-dessus), renvoient à la jurisprudence de la Cour, notamment à l'arrêt *Karner c. Autriche* (n° 40016/98, CEDH 2003-IX) et à celle de juridictions constitutionnelles nationales, entre autres la Cour constitutionnelle hongroise, la Cour suprême du Canada, la Chambre des lords du Royaume-Uni et la Cour constitutionnelle brésilienne. Ils soutiennent que selon ces juridictions une justification solide est exigée lorsqu'une discrimination est motivée par le sexe ou l'orientation sexuelle. Ils relèvent qu'un nombre croissant de juridictions nationales, tant européennes qu'internationales, exigent que les couples non mariés hétérosexuels ou homosexuels soient traités de façon similaire. Ils ajoutent qu'actuellement un grand nombre d'États membres du Conseil de l'Europe prévoient la reconnaissance par la voie législative des relations entre personnes de même sexe. Ils relèvent aussi qu'à leur connaissance le cas de la Grèce est unique, puisqu'il s'agit

du seul État européen ayant introduit un « pacte de vie commune » tout en excluant de son champ d'application les couples de même sexe. En effet, les tiers intervenants indiquent que deux modèles de partenariat civil enregistré pour les couples de même sexe sont suivis dans les législations pertinentes des États contractants : a) soit le « modèle danois », introduit en 1989, selon lequel cette forme de vie commune enregistrée est reconnue uniquement pour les couples de même sexe, du fait que les couples de sexe opposé ont déjà la possibilité de se marier, b) soit le « modèle français », selon lequel le droit à constituer un partenariat civil est reconnu à tout couple non marié, homosexuel ou hétérosexuel.

## 2. L'appréciation de la Cour

### a) Sur l'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8

70. La Cour a eu à connaître de plusieurs affaires où était alléguée une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le domaine de la vie privée et familiale. Elle en a examiné certaines sur le terrain de l'article 8 pris isolément. Ces affaires concernaient la répression pénale des relations homosexuelles entre adultes (*Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45, *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, série A n° 142, et *Modinos c. Chypre*, 22 avril 1993, série A n° 259) ou la révocation d'homosexuels des forces armées (*Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n°s 33985/96 et 33986/96, CEDH 1999-VI). Elle en a considéré d'autres sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8. Celles-ci se rapportaient à la fixation, en matière pénale, d'un âge de consentement différent pour les rapports homosexuels d'une part et pour les relations hétérosexuelles d'autre part (*L. et V. c. Autriche*, n°s 39392/98 et 39829/98, CEDH 2003-I), à l'attribution de l'autorité parentale (*Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n° 33290/96, CEDH 1999-IX), à l'agrément des postulants à l'adoption d'un enfant (*Fretté c. France*, n° 36515/97, CEDH 2002-I, *E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, 22 janvier 2008, et *Gas et Dubois c. France*, n° 25951/07, CEDH 2012), au droit du partenaire survivant à la transmission du bail contracté par le défunt (*Karner*, précité, et *Kozak c. Pologne*, n° 13102/02, 2 mars 2010), au droit à une couverture sociale (*P.B. et J.S. c. Autriche*, n° 18984/02, 22 juillet 2010), à l'accès des couples homosexuels au mariage ou à une autre forme de reconnaissance juridique (*Schalk et Kopf*, précité), ainsi qu'à l'impossibilité d'accéder à l'adoption coparentale pour les couples de même sexe (*X et autres c. Autriche* [GC], n° 19010/07, CEDH 2013).

71. En l'espèce, les requérants ont formulé leur grief sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 et le Gouvernement ne conteste pas

l'applicabilité de ces dispositions. La Cour juge qu'il convient de suivre cette approche (voir, en ce sens, *Schalk et Kopf*, précité, § 88).

72. La Cour rappelle par ailleurs avoir déjà énoncé maintes fois que l'article 14 n'est pas autonome : il ne s'applique qu'en relation avec les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles, qu'il complète. Il n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement pour « la jouissance des droits et libertés » garantis par ces clauses. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses normatives (voir, parmi d'autres arrêts, *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, § 22, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II, *E.B. c. France*, précité, § 47, *Schalk et Kopf*, précité, § 89, et *X et autres c. Autriche*, précité, § 94).

73. La Cour constate, au vu des éléments du dossier, que les requérants forment des couples homosexuels stables. De plus, il n'est pas contesté que la relation qu'ils entretiennent relève de la notion de « vie privée » au sens de l'article 8 de la Convention. En outre, la Cour rappelle que dans son arrêt *Schalk et Kopf* (précité, § 94) elle a considéré que, eu égard à l'évolution rapide dans de nombreux États membres quant à la reconnaissance juridique des couples de même sexe, « il [serait] artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une « vie familiale » aux fins de l'article 8 ». Partant, la Cour estime que la relation que les requérants entretiennent en l'espèce relève de la notion de « vie privée » ainsi que celle de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple de sexe opposé se trouvant dans la même situation. Elle ne décèle pas d'élément permettant de distinguer, comme le demande le Gouvernement (paragraphe 65 *in fine* ci-dessus), entre les requérants qui vivent ensemble et ceux qui – pour des raisons professionnelles et sociales – ne cohabitent pas (paragraphe 8 ci-dessus), car en l'espèce l'absence de cohabitation ne prive pas les couples concernés de la stabilité qui les fait relever de la vie familiale au sens de l'article 8.

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

#### **b) Sur l'observation de l'article 14 combiné avec l'article 8**

##### *i. Sur l'objet de l'affaire*

75. La Cour estime important de circonscrire l'objet de la présente affaire. Le grief des requérants ne porte pas *in abstracto* sur l'obligation générale de l'État grec de prévoir en droit interne une forme de reconnaissance juridique des relations entre personnes homosexuelles. En l'espèce, les requérants

se plaignent que la loi n° 3719/2008 prévoit le «pacte de vie commune» uniquement pour les couples de sexe opposé, écartant ainsi *de plano* les couples de même sexe de son champ d'application. En d'autres termes, les requérants font grief à l'État grec non pas d'avoir failli à répondre à une obligation positive qui lui aurait été imposée par la Convention, mais d'avoir introduit par la loi n° 3719/2008 une distinction qu'ils estiment discriminatoire à leur égard. Partant, la question posée est de savoir si l'État grec pouvait en l'espèce, au regard des articles 14 et 8 de la Convention, édicter une loi instituant à côté de l'institution du mariage un nouveau système de partenariat enregistré à destination des couples non mariés, en limitant cette possibilité aux couples de sexe opposé, à l'exclusion de ceux de même sexe.

*ii. Les principes se dégageant de la jurisprudence de la Cour*

76. Selon la jurisprudence constante de la Cour, pour qu'une question se pose au regard de l'article 14, il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables. Une telle différence est discriminatoire si elle ne repose pas sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement (*Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, § 60, CEDH 2008, *Schalk et Kopf*, précité, § 96, et *X et autres c. Autriche*, précité, § 98). La notion de discrimination au sens de l'article 14 englobe également les cas dans lesquels un individu ou un groupe se voit, sans justification adéquate, moins bien traité qu'un autre, même si la Convention ne requiert pas le traitement plus favorable (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 82, série A n° 94).

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

*iii. Application en l'espèce des principes susmentionnés*

- α) Comparaison de la situation des requérants avec celle d'un couple hétérosexuel et existence d'une différence de traitement

78. La première question qui se pose à la Cour est celle de savoir si la situation des requérants est comparable à celle d'un couple hétérosexuel souhaitant conclure un «pacte de vie commune» en vertu de la loi n° 3719/2008. La Cour rappelle que les couples homosexuels sont, tout comme les couples hétérosexuels, capables de s'engager dans des relations stables (*Schalk et Kopf*, précité, § 99). Elle considère donc que les requérants se trouvent dans une situation comparable à celle de personnes hétérosexuelles pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation de couple (*ibidem*).

79. En outre, la Cour relève que le premier article de la loi n° 3719/2008 réserve explicitement la possibilité de conclure le «pacte de vie commune» aux personnes physiques de sexe opposé. Par conséquent, en excluant tacitement les personnes physiques de même sexe de son champ d'application la loi en cause introduit une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle des intéressés.

- β) But légitime et proportionnalité

80. La Cour relève que le Gouvernement se fonde principalement sur deux séries d'arguments qui justifieraient le choix du législateur de ne pas inclure les couples de même sexe dans le champ d'application de la loi n° 3719/2008. En premier lieu, il soutient que si le pacte de vie commune, introduit par cette loi, était appliqué aux requérants, il entraînerait pour eux des droits et des obligations quant à leur statut patrimonial, à leurs relations pécuniaires au sein de leur couple et aux droits de succession auxquels ils peuvent déjà donner un cadre juridique par l'application du droit commun, c'est-à-dire par la voie contractuelle. En second lieu, la loi en cause viserait à atteindre plusieurs objectifs : la protection des enfants nés hors mariage, la protection des familles monoparentales – ainsi que le précise le rapport explicatif de la loi –, la volonté des parents d'élever leurs enfants sans être contraints de se marier et, en fin de compte, le renforcement des institutions du mariage et de la famille au sens traditionnel du terme.

81. En ce qui concerne le premier argument avancé par le Gouvernement, la Cour estime que, à supposer même qu'il soit valable, il ne tient pas compte du fait que le partenariat civil prévu par la loi n° 3719/2008, en tant que forme de vie commune officiellement reconnue autre que le mariage, a en soi une valeur pour les requérants, indépendamment des

effets juridiques, étendus ou restreints, que celui-ci produirait. Comme la Cour l'a déjà observé, les couples homosexuels sont, tout comme les couples hétérosexuels, capables de s'engager dans des relations stables. En effet, la vie en commun des couples de même sexe implique les mêmes besoins de soutien et d'aide mutuels que ceux des couples de sexe opposé. Partant, la possibilité de conclure un pacte de vie commune offrirait aux premiers la seule occasion en droit grec d'officialiser leur relation en la revêtant d'une forme juridique reconnue par l'État. La Cour relève que l'extension du pacte de vie commune aux couples de même sexe leur permettrait de régler les questions patrimoniales, de pension alimentaire et de succession non pas à titre de simples particuliers concluant entre eux des contrats de droit commun mais en se prévalant du régime juridique du pacte de vie commune, donc en bénéficiant d'une reconnaissance officielle de leur relation par l'État.

82. Certes, et cela constitue le second argument principal du Gouvernement, la loi n° 3719/2008 aspirerait à renforcer le statut juridique des enfants nés hors mariage, et à faciliter le choix des parents d'élever leurs enfants sans être contraints de se marier. Cet élément distinguerait les couples de sexe opposé de ceux de même sexe, du fait que, biologiquement, les seconds ne peuvent pas procréer ensemble.

83. La Cour considère qu'il est légitime au regard de l'article 8 de la Convention que le législateur prenne des mesures législatives pour encadrer la situation des enfants nés hors mariage et aussi renforcer indirectement l'institution du mariage au sein de la société grecque, en promouvant, comme l'explique le Gouvernement, l'idée que la décision de se marier serait prise uniquement sur la base de la volonté d'engagement mutuel de deux personnes, indépendamment de contraintes extérieures ou de la perspective d'avoir un enfant (paragraphe 62 ci-dessus). La Cour reconnaît que le souci de protéger la famille au sens traditionnel du terme constitue en principe un motif important et légitime apte à justifier une différence de traitement (*Karner*, précité, § 40, et *Kozak*, précité, § 98). Il va sans dire que la protection de l'intérêt de l'enfant est aussi un but légitime (*X et autres c. Autriche*, précité, § 138). Reste à savoir si le principe de proportionnalité a été respecté en l'espèce.

84. La Cour rappelle les principes qui se dégagent de sa jurisprudence. Le but consistant à protéger la famille au sens traditionnel du terme est assez abstrait, et une grande variété de mesures concrètes peuvent être utilisées pour le réaliser (*Karner*, précité, § 41, et *Kozak*, précité, § 98). En outre, étant donné que la Convention est un instrument vivant qui doit s'interpréter à la lumière des conditions actuelles (voir, entre autres, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31, série A n° 26, et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 75, CEDH 2002-VI), l'État doit

choisir les mesures à prendre au titre de l'article 8 pour protéger la famille et garantir le respect de la vie familiale en tenant compte de l'évolution de la société ainsi que des changements qui se font jour dans la manière de percevoir les questions de société, d'état civil et celles d'ordre relationnel, notamment de l'idée selon laquelle il y a plus d'une voie ou d'un choix possibles en ce qui concerne la façon de mener une vie privée et familiale (*X et autres c. Autriche*, précité, § 139).

85. Lorsque la marge d'appréciation laissée aux États est étroite, dans le cas par exemple d'une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, non seulement le principe de proportionnalité exige que la mesure retenue soit normalement de nature à permettre la réalisation du but recherché, mais il oblige aussi à démontrer qu'il était nécessaire, pour atteindre ce but, d'exclure certaines personnes – en l'espèce les individus vivant une relation homosexuelle – du champ d'application de la mesure dont il s'agit (*Karner*, précité, § 41, et *Kozak*, précité, § 99). En vertu de la jurisprudence précitée, la charge de cette preuve incombe au gouvernement défendeur. C'est donc au gouvernement grec qu'il revient en l'espèce de démontrer que la poursuite des buts légitimes invoqués commande d'interdire aux couples homosexuels la possibilité de conclure le « pacte de vie commune » prévue par la loi n° 3719/2008 (voir, en ce sens, *X et autres c. Autriche*, précité, § 141).

86. La Cour relève que la loi en cause ne se limite pas à prévoir des mesures en vue de réglementer les réalités sociales et atteindre les objectifs invoqués par le Gouvernement (paragraphe 80 ci-dessus). Elle vise principalement à la reconnaissance juridique d'une forme de partenariat autre que le mariage, le « pacte de vie commune ». Cela ressort clairement du contenu et de l'économie de cette loi. En effet, son article premier définit le pacte de vie commune comme « le contrat entre deux personnes physiques majeures de sexe opposé par lequel elles organisent leur vie commune ». De plus, les articles suivants ne se limitent pas à la réglementation du statut des enfants nés hors mariage, mais se rapportent aux modalités de vie du couple ayant conclu le « pacte de vie commune ». Ainsi, les articles 6 et 7 se réfèrent aux relations pécuniaires des contractants et à l'obligation alimentaire après la fin du pacte. Pour sa part, l'article 11 prévoit que le survivant, en cas de décès de son conjoint, a vocation à la succession (...)

87. La Cour constate à cet égard que, dans son rapport sur le projet de cette loi, la Commission nationale des droits de l'homme a relevé qu'il n'était pas clairement précisé pour quelle raison spécifique le projet de loi avait été intitulé « Réformes concernant la famille, les enfants et la société », alors qu'il prévoyait une nouvelle forme juridique de vie commune (...) Au vu de ce qui précède, la Cour estime que, malgré l'intitulé de la loi

n° 3719/2008 et l'intention déclarée du législateur, son objectif principal était la reconnaissance juridique d'une nouvelle forme de vie commune autre que le mariage.

88. En tout état de cause, à supposer même que l'intention du législateur ait été de renforcer la protection juridique des enfants nés hors mariage et indirectement l'institution du mariage, il reste qu'il a introduit par la loi n° 3719/2008 une forme de partenariat civil, à savoir le « pacte de vie commune », lequel exclut les couples de même sexe alors qu'il permet aux couples hétérosexuels, que ceux-ci aient ou non des enfants, de réglementer de nombreux aspects de leurs relations.

89. Sur ce point, la Cour relève en premier lieu que l'argumentation du Gouvernement se focalise sur la situation des couples de sexe opposé ayant des enfants sans pour autant justifier la différence de traitement opérée par la loi en cause entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels qui ne sont pas parents. En second lieu, la Cour n'est pas convaincue par l'argument avancé par le Gouvernement, à savoir que la réalisation des objectifs invoqués par lui à travers la loi n° 3719/2008 présuppose l'exclusion des couples de même sexe de son champ d'application. En effet, il n'aurait pas été impossible au législateur de prévoir certaines dispositions spécifiques concernant les enfants nés hors mariage, tout en étendant la possibilité générale de conclure un « pacte de vie commune » aux couples de même sexe. La Cour rappelle à cet égard que le rapport explicatif de la loi en cause n'offre aucun éclaircissement sur le choix du législateur de réserver le bénéfice du « pacte de vie commune » aux couples de sexe opposé (paragraphe 10 ci-dessus). La Cour note par ailleurs que la Commission nationale des droits de l'homme a estimé que le projet de loi était discriminatoire, étant donné qu'il ne s'appliquait pas aux couples homosexuels (...) et que le Conseil scientifique du Parlement s'est prononcé dans le même sens (paragraphe 13 ci-dessus).

90. Enfin, la Cour relève que, ainsi que le Gouvernement l'indique lui-même (paragraphe 64 ci-dessus), les couples hétérosexuels – à la différence des couples de même sexe – bénéficiaient en droit grec, avant même l'introduction de la loi n° 3719/2008, d'une reconnaissance de leur relation, soit pleine et entière par le biais de l'institution du mariage, soit de manière plus limitée en vertu des dispositions du code civil évoquant l'union libre. Par conséquent, les couples de même sexe auraient tout particulièrement intérêt à être admis au bénéfice du « pacte de vie commune », car celui-ci leur offrirait, à la différence des couples de sexe opposé, la seule base juridique en droit grec pour revêtir leur relation d'une forme reconnue par la loi.

91. Au demeurant, et à titre complémentaire, la Cour estime utile de rappeler que, bien qu'il n'y ait pas de consensus au sein des ordres juridiques



des États membres du Conseil de l'Europe, une tendance se dessine actuellement quant à la mise en œuvre de formes de reconnaissance juridique des relations entre personnes de même sexe. En effet, neuf États membres ont institué le mariage entre personnes de même sexe. En outre, dix-sept États membres autorisent des formes de partenariat civil pour les couples de même sexe. Quant à la question spécifique soulevée par la présente affaire (paragraphe 75 ci-dessus), la Cour considère que la tendance qui se dégage au sein des ordres juridiques des États membres du Conseil de l'Europe est claire: parmi les dix-neuf États qui autorisent des formes de partenariats enregistrés autres que le mariage, la Lituanie et la Grèce sont les seuls à les réserver uniquement aux couples de sexe opposé (...) En d'autres termes, à deux exceptions près, lorsqu'un État membre du Conseil de l'Europe décide d'édicter une loi instituant un nouveau système de partenariat enregistré qui constitue une autre possibilité que le mariage pour les couples non mariés, les couples de même sexe y sont inclus. Cette tendance se reflète d'ailleurs dans les documents pertinents du Conseil de l'Europe. À cet égard, la Cour renvoie tout particulièrement à la Résolution 1728(2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et à la Recommandation du Comité des Ministres CM/Rec(2010)5 (...)

92. Le fait qu'un pays occupe, à l'issue d'une évolution graduelle, une situation isolée quant à un aspect de sa législation n'implique pas forcément que pareil aspect se heurte à la Convention (*F. c. Suisse*, 18 décembre 1987, § 33, série A n° 128). Il n'en demeure pas moins qu'au vu de ce qui précède, la Cour considère que le Gouvernement n'a pas fait état de raisons solides et convaincantes pouvant justifier l'exclusion des couples de même sexe du champ d'application de la loi n° 3719/2008. Dès lors, elle conclut en l'espèce à la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.  
(...)

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

95. L'article 41 de la Convention dispose comme suit :

« 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**

96. Quant à la requête n° 29381/09, les requérants réclament conjointement 10 000 euros (EUR) au titre du préjudice moral qu'ils auraient subi en raison de la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec

l'article 8 et de l'absence de recours effectif à cet égard. De plus, ils invitent la Cour à faire des recommandations précises au Gouvernement afin de modifier la loi n° 3719/2008 et d'étendre l'application du « pacte de vie commune » aux couples de même sexe.

97. En ce qui concerne la requête n° 32684/09, les requérants réclament 15 000 EUR par couple au titre du préjudice moral qu'ils auraient subi, soit 45 000 EUR au total. Ils allèguent avoir fait l'objet d'une discrimination inacceptable en raison de leurs préférences sexuelles et avoir ressenti une grande frustration du fait de leur exclusion du champ d'application de la loi n° 3719/2008.

98. Le Gouvernement affirme que les sommes réclamées par les requérants sont excessives et que ceux-ci n'ont pas prouvé avoir subi personnellement et directement une atteinte à leur vie privée et familiale. Il estime que le constat de violation constituerait en soi une satisfaction équitable suffisante.

99. Contrairement au Gouvernement, la Cour estime que le constat de violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 ne constitue pas une réparation suffisante pour le dommage moral subi par les requérants. Statuant en équité, comme le permet l'article 41 de la Convention, la Cour alloue à chacun des requérants, hormis la septième requérante dans la requête n° 32684/09, 5 000 EUR au titre du dommage moral subi, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt. Pour le surplus, la Cour rejette les demandes de satisfaction équitable.

## **B. Frais et dépens**

100. Quant à la requête n° 29381/09, les requérants demandent conjointement une somme de 7 490,97 EUR pour les frais et dépens engagés devant la Cour. En particulier, ils évaluent le temps passé sur cette affaire par leurs représentants du Moniteur grec Helsinki à vingt heures de travail, à un taux horaire de 100 EUR. Ils produisent à cet égard un document détaillant le temps que leurs représentants ont consacré à la rédaction des observations déposées devant la Cour. De surcroît, ils sollicitent 4 485 EUR pour leur représentation devant la Grande Chambre par M<sup>e</sup> Mécar, note d'honoraires à l'appui. Enfin, ils sollicitent 1 005,97 EUR pour les frais de voyage de leurs représentants aux fins de l'audience devant la Grande Chambre. Les requérants précisent que, à la suite d'un accord avec leurs représentants, ils seront tenus de reverser intégralement à ceux-ci la somme allouée par la Grande Chambre pour frais et dépens en cas de constat de violation de la Convention. Ils demandent donc que toute indemnité qui leur serait

accordée à ce titre soit versée directement sur les comptes bancaires de leurs représentants.

101. Quant à la requête n° 32684/09, les requérants demandent conjointement une somme de 8 000 EUR en ce qui concerne la procédure devant la Cour, factures et notes d'honoraires à l'appui.

102. Le Gouvernement réplique que la Cour ne saurait allouer des sommes au titre des frais et dépens aux requérants que dans la mesure où celles-ci sont suffisamment justifiées.

103. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux (*Creangă c. Roumanie* [GC], n° 29226/03, § 130, 23 février 2012). Compte tenu des documents en sa possession et des critères susmentionnés, la Cour considère qu'il y a lieu d'accorder conjointement aux requérants dans la requête n° 29381/09 la somme de 5 000 EUR, plus tout montant pouvant être dû par eux à titre d'impôt, à verser directement sur les comptes bancaires de leurs représentants (voir, en ce sens, *Carabulea c. Roumanie*, n° 45661/99, § 180, 13 juillet 2010). Quant aux requérants dans la requête n° 32684/09, la Cour considère qu'il y a lieu de leur accorder conjointement la somme de 6 000 EUR pour frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû par eux à titre d'impôt.

### C. Intérêts moratoires

104. 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

(...)

3. *Dit*, par seize voix contre une, qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 ;
4. *Dit*, par seize voix contre une,
  - a) que l'État défendeur doit verser, dans les trois mois, les sommes suivantes:
    - i. 5 000 EUR (cinq mille euros) à chaque requérant, hormis la septième requérante dans la requête n° 32684/09, au titre du dommage moral subi, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt,
    - ii. 5 000 EUR (cinq mille euros) conjointement aux requérants dans la requête n° 29381/09 au titre des frais et dépens, plus tout montant

- pouvant être dû par eux à titre d'impôt, à verser directement sur les comptes bancaires de leurs représentants,
- iii. 6 000 EUR (six mille euros) conjointement aux requérants dans la requête n° 32684/09, hormis la septième, au titre des frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû par eux à titre d'impôt;
- b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;
5. *Rejette*, à l'unanimité, les demandes de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 7 novembre 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 commune aux juges Casadevall, Ziemele, Jočienė et Sicilianos ;
- opinion en partie concordante, en partie dissidente du juge Pinto de Albuquerque.

D.S.  
M.O'B.

## OPINION CONCORDANTE COMMUNE AUX JUGES CASADEVALL, ZIEMELE, JOČIENĚ ET SICILIANOS

1. Nous avons voté *pour* le constat de violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 dans la présente affaire. Étant donné que les dispositions en question et le motif de discrimination – l'orientation sexuelle – sont les mêmes en l'espèce et dans l'affaire *X et autres c. Autriche* ([GC], n° 19010/07, CEDH 2013), on pourrait se demander de prime abord si nos positions respectives dans les deux cas sont cohérentes. On rappellera, en effet, que dans l'affaire *X et autres c. Autriche* nous avons voté *contre* le constat de violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 et nous avons exprimé les raisons de notre désaccord dans une opinion dissidente commune avec trois autres de nos collègues (*ibidem*, opinion en partie dissidente commune aux juges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, De Gaetano et Sicilianos). Cependant, nous sommes persuadés que, malgré les similitudes susmentionnées, les deux affaires se distinguent clairement l'une de l'autre, ce qui explique nos votes dans l'une et l'autre affaires.

2. Au-delà de ses spécificités – analysées *in extenso* dans l'opinion partiellement dissidente précitée (*ibidem*, §§ 2-11) –, l'affaire *X et autres c. Autriche* s'inscrit, on le sait, dans le contexte de la problématique relative à l'adoption au sein de couples de même sexe. Plus particulièrement, l'affaire en question concernait la possibilité pour la première requérante d'adopter l'enfant de sa compagne. Or, outre le couple homosexuel lui-même, une telle adoption affecte nécessairement, voire radicalement, la situation de l'enfant à adopter et celle de l'autre parent biologique, en posant des questions délicates relatives à l'intérêt supérieur de l'enfant et aux droits de l'autre parent en vertu de la Convention. Rien de tel en l'occurrence. En effet, les requérants dans la présente affaire forment des couples d'adultes de même sexe qui souhaitent simplement officialiser leur propre relation. Aucune tierce personne n'en est touchée de quelque façon que ce soit. Il est à noter également que la loi grecque sur le « pacte de vie commune » ne prévoit pas la possibilité d'adoption par les couples hétérosexuels auxquels elle s'applique (voir le texte de la loi n° 3719/2008, cité au paragraphe 16 du présent arrêt [Voir la version intégrale de l'arrêt, disponible sur Hudoc.]). En d'autres termes, l'extension éventuelle du champ d'application de cette loi aux couples de même sexe ne soulèverait pas de problèmes analogues à ceux de l'affaire *X et autres c. Autriche*.

3. Cette première différence importante est intimement liée à un autre paramètre à prendre en considération. Ainsi que nous l'avons souligné dans notre opinion en partie dissidente annexée à l'arrêt *X et autres c. Autriche*

(précitée, § 14), les États parties à la Convention, y compris ceux qui ouvrent l'adoption coparentale aux couples non mariés, «sont fortement divisés et [...] il n'existe donc *aucun* consensus» sur la question soulevée dans cette affaire. On observe effectivement une diversité importante de solutions consacrées par les législations nationales en matière d'adoption. Dans la présente affaire, en revanche, il existe une tendance très nette à l'ouverture de l'institution du partenariat enregistré aux couples de même sexe. Cette tendance est soulignée au paragraphe 91 du présent arrêt, qui arrive à la conclusion selon laquelle, à deux exceptions près, lorsqu'un État membre du Conseil de l'Europe décide de promulguer une loi instituant un partenariat enregistré en tant qu'autre possibilité que le mariage, «les couples de même sexe y sont inclus».

4. Par ailleurs, la complexité des questions soulevées dans l'affaire *X et autres c. Autriche* est reflétée, à notre sens, dans l'article 7 § 2 de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée en 2008), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2011. En effet, ladite disposition stipule que :

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

En d'autres termes, eu égard aux divergences susmentionnées, un instrument conventionnel récent du Conseil de l'Europe laisse aux États une liberté totale pour ce qui est de la réglementation de l'adoption d'enfants dans les cas de figure envisagés ci-dessus, y compris celui qui a fait l'objet de l'affaire *X et autres c. Autriche*.

5. Cette attitude de «laisser-faire» contraste avec les instruments pertinents du Conseil de l'Europe, évoqués aux paragraphes 27-30 du présent arrêt [Voir la version intégrale de l'arrêt, disponible sur Hudoc.]. Ces instruments vont clairement dans le sens d'une violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8, dans la présente affaire. Il en va ainsi tout particulièrement de la Recommandation CM/Rec(2010)5, adoptée par le Comité des ministres le 31 mars 2010, sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, et la Résolution 1728(2010), adoptée par l'Assemblée parlementaire le 29 avril 2010, sur la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre. En d'autres termes : le constat de violation auquel aboutit le présent arrêt est «en phase» avec tous les instruments pertinents du Conseil de l'Europe, y compris et surtout les plus récents. Des observations analogues valent *mutatis mutandis* pour ce qui est du droit de l'Union européenne, dont les dispositions pertinentes sont reprises aux paragraphes 31 à 34 de l'arrêt [Voir la version intégrale de l'arrêt, disponible sur Hudoc.].

## OPINION EN PARTIE CONCORDANTE, EN PARTIE DISSIDENTE DU JUGE PINTO DE ALBUQUERQUE

(Traduction)

L'intérêt de l'affaire *Vallianatos et autres* réside dans le fait que la Grande Chambre y procède à un contrôle dans l'abstrait de la « conventionnalité » d'une loi grecque, et ce en tant que tribunal de première instance<sup>1</sup>. La Grande Chambre non seulement contrôle la conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme (« la Convention ») d'une loi qui n'a pas été appliquée aux requérants, mais en outre elle le fait sans que cette loi ait auparavant été examinée par les juridictions nationales. En d'autres termes, la Grande Chambre s'octroie le pouvoir d'examiner *in abstracto* la conformité avec la Convention de lois non auparavant soumises à un contrôle juridictionnel au plan national.

Je pense avec la majorité que la requête introduite par l'association Synthessi-Information, sensibilisation, recherche, une personne morale ayant son siège à Athènes, est irrecevable faute pour elle d'avoir la qualité de victime. Je partage aussi le constat selon lequel le grief tiré par les autres requérants de l'article 13 est irrecevable pour défaut manifeste de fondement. En revanche, je ne souscris pas à l'avis de la majorité au sujet du grief de violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, que je trouve irrecevable faute d'épuisement des voies de recours internes. Alors que les requérants individuels avaient un grief défendable, ils n'ont pas même cherché à en saisir les juridictions nationales comme ils auraient pu le faire. Lesdites juridictions n'ont donc pas eu la possibilité d'examiner le grief des requérants. En fin de compte, il y a eu méconnaissance du principe de subsidiarité.

### **Victime potentielle et contrôle dans l'abstrait de la conventionnalité des lois**

Le mécanisme européen de protection des droits de l'homme ne permet pas en principe de procéder à un contrôle dans l'abstrait de la conformité de lois nationales avec la Convention<sup>2</sup> et encore moins d'engager une

---

1. Le contrôle abstrait de la « conventionnalité » est le contrôle de la compatibilité d'une loi nationale avec la Convention en dehors du cadre d'une affaire particulière où cette loi est appliquée (sur l'utilisation du terme « conventionnalité », voir *Michaud c. France*, n° 12323/11, § 73, CEDH 2012, *Vassis et autres c. France*, n° 62736/09, § 36, 27 juin 2013, *Kanagaratnam c. Belgique*, n° 15297/09, § 75, 13 décembre 2011, *Duda c. France* (déc.), n° 37387/05, 17 mars 2009, et *Kart c. Turquie*, n° 8917/05, § 83, 8 juillet 2008).

2. Cela ne vaut que pour les requêtes individuelles (voir, par exemple, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*,

*actio popularis* contre la législation<sup>3</sup>. Dès lors, un individu qui saisit la Cour européenne des droits de l'homme (« la Cour ») doit être en mesure d'alléguer qu'il a été, est ou sera victime d'une action de l'État, même lorsqu'il n'a pas été, n'est pas et ne sera pas visé personnellement par cette action<sup>4</sup>. Néanmoins, un individu peut affirmer qu'une loi viole ses droits en l'absence de toute mesure spécifique d'exécution à son égard s'il existe un risque réel qu'il soit personnellement touché par ladite loi. La Cour a établi quelles sont les catégories de personnes à risque ; il s'agit de celles qui doivent modifier leur conduite sous peine de poursuites pénales<sup>5</sup>, et de celles qui appartiennent à une classe de personnes qui risquent d'être directement affectées par la législation, que ce soit les lois ordinaires<sup>6</sup> ou la législation constitutionnelle<sup>7</sup>. Ces deux catégories de personnes, qui peuvent être larges au point d'englober, par exemple, « tout usager ou usager virtuel des services des postes et télécommunications »<sup>8</sup>, les « enfants illégitimes »<sup>9</sup>, les « femmes en âge de procréer »<sup>10</sup> ou les personnes d'origine rom ou juive<sup>11</sup>, sont celles que l'on qualifie de victimes potentielles<sup>12</sup>.

Dans l'affaire à l'étude, les requérants individuels arguent qu'ils font partie d'un groupe de personnes ayant une caractéristique identifiable (les

18 juin 1971, § 22, série A n° 12, *Findlay c. Royaume-Uni*, 25 février 1997, § 67, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I, et *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2) [GC], nos 40660/08 et 60641/08, § 116, CEDH 2012). Dans les affaires interétatiques, un État peut contester une disposition législative dans l'abstrait, étant donné que l'article 33 de la Convention autorise un État partie à saisir la Cour de « tout manquement » aux dispositions de la Convention qu'il croira pouvoir être imputé à un autre État partie (*Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 240, série A n° 25, et *Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, § 358, CEDH 2001-IV).

3. Une *actio popularis* est une action engagée par un membre du public qui agit dans le seul intérêt de l'ordre public et qui n'allègue pas avoir été, être ou être à l'avenir victime de la loi litigieuse ou d'un autre acte de l'État (voir, entre autres, *Tănase c. Moldova* [GC], n° 7/08, § 104, CEDH 2010, et *X et autres c. Autriche* [GC], n° 19010/07, § 126, CEDH 2013).

4. Dans ce dernier cas, le requérant doit aussi être en mesure d'alléguer qu'il appartient à un groupe de personnes visé par l'action de l'État (*Aksu c. Turquie* [GC], nos 4149/04 et 41029/04, § 50, CEDH 2012). Le lien avec le groupe visé par l'action de l'État doit exister à l'époque des faits et au moment de l'introduction du grief devant la Cour.

5. *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 41, série A n° 45, *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, § 32, série A n° 142, et *S.L. c. Autriche*, n° 45330/99, CEDH 2003-I.

6. *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 27, série A n° 31, *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 42, série A n° 112, et *Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, §§ 33-34, CEDH 2008.

7. *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* [GC], nos 27996/06 et 34836/06, §§ 28-29, CEDH 2009.

8. *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, §§ 34-37, série A n° 28.

9. *Marckx*, précité, §§ 44-48.

10. *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992, § 44, série A n° 246-A.

11. *Sejdić et Finci*, précité, § 45.

12. Il existe un troisième groupe de victimes potentielles : celles qui n'ont pas encore subi de violation de la Convention, mais qui en subiront une si l'action de l'État en cause est accomplie (par exemple un arrêté d'expulsion). Il ne faut pas confondre les victimes potentielles avec les victimes indirectes, expression qui désigne les personnes ayant subi des conséquences négatives indirectes d'une action ou omission de l'État, comme la femme et les enfants d'un homme tué illégalement par des agents de l'État.



couples de même sexe non mariés) qui ne bénéficie pas de la protection légale accordée par une loi donnée à un autre groupe de personnes se trouvant dans une situation factuelle comparable (les couples de sexe différent non mariés). Leur allégation présente une certaine similitude avec celle de la requérante Alexandra dans l'affaire majeure *Marckx* (précitée), pour autant qu'elle alléguait appartenir à un groupe de personnes unies par une caractéristique identifiable (les enfants nés hors mariage) ne bénéficiant pas de la protection accordée par le code civil belge à un autre groupe de personnes (les enfants légitimes)<sup>13</sup>. Le principe de recevabilité posé dans l'affaire *Marckx* vaut aussi en l'espèce. En d'autres termes, lorsqu'une loi ou un règlement confère un droit garanti par la Convention seulement à un groupe de personnes, en fonction d'une caractéristique identifiable de ce groupe, privant par voie de conséquence un autre groupe de personnes se trouvant dans une situation identique ou similaire de la jouissance de ce droit sans aucune justification objective, la conventionnalité de cette loi ou de ce règlement peut être contrôlée *in abstracto* par la Cour si celle-ci se trouve saisie d'un grief introduit par un membre du groupe privé de droit<sup>14</sup>. La même conclusion vaut pour une loi ou un règlement qui interdit ou restreint explicitement la jouissance d'un droit garanti par la Convention à un groupe de personnes sur la base d'une caractéristique identifiable de ce groupe, le traitant ainsi différemment d'un autre groupe de personnes se trouvant dans une situation identique ou similaire, et ce sans aucune justification objective (discrimination directe)<sup>15</sup>, ainsi que pour une loi ou un règlement qui traite de manière identique des groupes de personnes se trouvant dans des situations différentes, et ce sans justification objective (discrimination indirecte)<sup>16</sup>. Dans les deux cas, les membres du groupe privé

13. *Marckx*, précité, § 27.

14. *Marckx*, précité, § 27, et, plus récemment, *Sejdić et Finci*, précité, §§ 28-29.

15. *S.L. c. Autriche* (déc.), n° 45330/99, 22 novembre 2001, et la jurisprudence citée.

16. *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, § 184, CEDH 2007-IV. Inversement, une loi ou un règlement qui prévoit des mesures positives alors que ces mesures sont indispensables pour faire cesser ou atténuer une discrimination *de facto* dans la jouissance d'un droit tiré de la Convention par un groupe de personnes défavorisées sur la base d'une caractéristique identifiable peut aussi être soumis à l'examen dans l'abstrait de la Cour (*Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], nos 65731/01 et 65900/01, § 61 et 66, CEDH 2006-VI, et *Wintersberger c. Autriche* (déc.), n° 57448/00, 27 mai 2003). Étant donné que le droit de ne pas subir de discrimination dans la jouissance des droits garantis par la Convention est aussi méconnu lorsque les États s'abstiennent de traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations sensiblement différentes, une loi ou un règlement qui ne prévoit pas de mesures positives quand elles se justifient par la situation d'inégalité factuelle où se trouve un groupe de personnes du fait d'une caractéristique identifiable peut aussi être contesté devant la Cour, qu'il y ait eu ou non auparavant un acte d'exécution. La situation inverse, où une loi ou un règlement apporte l'égalité en nivelant par le bas la jouissance d'un droit garanti par la Convention par un groupe de personnes qui, du fait d'une caractéristique identifiable, est avantagé par rapport à un autre groupe de personnes moins favorisé, relève également d'un examen *in abstracto* de la Cour (*Runkee et White c. Royaume-Uni*, nos 42949/98 et 53134/99, §§ 40-43, 10 mai 2007).

de la pleine jouissance du droit tiré de la Convention peuvent contester devant la Cour cette loi ou ce règlement indépendamment de tout acte d'exécution. *A fortiori*, toute loi ou tout règlement discriminatoire qui vise des personnes identifiées ou clairement identifiables peut aussi être contesté par ces personnes devant la Cour, indépendamment de tout acte d'exécution (discrimination *intuitu personae*). Enfin, toutes les conclusions précitées s'appliquent de la même manière aux droits qui, sans être spécifiquement prévus par la Convention, tombent dans le champ d'application d'un droit garanti par la Convention, quand bien même il n'y a pas eu violation du droit matériel lui-même.

Cela étant posé, tous les requérants sauf un peuvent prétendre être des victimes potentielles au sens défini plus haut. En revanche, le grief introduit par l'association Synthessi-Information, sensibilisation, recherche n'est fondé sur aucun risque de dommage personnel visant la requérante, laquelle ne peut donc être considérée comme une victime potentielle.

### **Non-épuisement des voies de recours internes contre des lois discriminatoires**

Étant plus qu'un simple accord multilatéral sur les obligations réciproques des États parties, la Convention crée pour les États parties des obligations envers tous les individus relevant de leur juridiction pour ce qui est de la mise en œuvre concrète dans leur ordre juridique interne des droits et libertés garantis<sup>17</sup>. Dès lors, les États parties à la Convention sont

17. La Cour internationale de justice exclut spécifiquement la notion d'obligations réciproques s'agissant des traités de protection des droits de l'homme (Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, CIJ Recueil 1951, p. 23, suivi de *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, CIJ Recueil 1964, p. 32, et *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires*, arrêt, CIJ Recueil 1996, p. 20), après que la Cour permanente de justice internationale eut concédé que « l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes, puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux » (Compétence des tribunaux de Dantzig, avis consultatif, 1928, CPJI, série B n° 15, 3 mars 1928, p. 17). La Cour interaméricaine des droits de l'homme (*Avis consultatif n° OC-2/82*, 24 septembre 1982, sur l'effet des réserves à la Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme, § 29) et le Comité des droits de l'homme (*Observation générale n° 24*, 2 novembre 1994, sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte, § 17) ont exprimé le même avis. Très tôt, l'ancienne Commission, dans sa décision du 11 janvier 1961 sur la recevabilité de la requête n° 788/60, *Autriche c. Italie* (Annuaire, vol. 4, pp. 167-169) a exprimé le même principe lorsqu'elle a affirmé le « caractère objectif » de la Convention (« (...) les obligations souscrites par les États contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des États contractants plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers »). La Cour a souscrit à cette doctrine dans l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, précité, § 239).

juridiquement tenus de ne pas entraver en quoi que ce soit l'exercice effectif du droit de recours individuel et d'apporter à leur système juridique interne les amendements pouvant se révéler nécessaires pour assurer la pleine mise en œuvre des obligations qui leur incombent<sup>18</sup>. Vu sous un autre angle, il s'agit des conséquences du principe de bonne foi dans l'accomplissement des obligations conventionnelles qui est énoncé aux articles 26 et 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Tandis que l'article 13 de la Convention n'impose pas, en principe, l'existence d'un recours pour faire contrôler par les juridictions internes la conformité des lois avec la Convention<sup>19</sup>, lorsque la violation alléguée d'un droit garanti par la Convention repose sur une loi ou un règlement discriminatoire touchant directement le requérant ou le groupe de personnes auquel le requérant appartient, le système juridique interne doit offrir un recours effectif permettant de contester une telle loi ou un tel règlement<sup>20</sup>. Dans le cas contraire, la Partie contractante n'apporterait aux personnes relevant de sa juridiction aucune protection juridique du droit garanti par la Convention, et un accès direct à la Cour serait la seule voie de recours disponible. Tel n'est pas le cas en Grèce.

La Grèce est dotée d'un système de contrôle de la constitutionnalité et de la conventionnalité des lois à la fois diffus, concret, successif et par voie d'exception<sup>21</sup> ; ce système est effectif. En fait, les tribunaux grecs ont déclaré

18. Ce principe général de droit international, considéré comme « allant de soi » dans l'affaire Échange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, CPJI, série B n° 10 (21 février 1925), p. 20, a été décrit par la Cour dans l'arrêt *Maestri c. Italie* (GC), n° 39748/98, § 47, CEDH 2004-I) en ces termes : « (...) il résulte de la Convention, et notamment de son article 1, qu'en ratifiant la Convention les États contractants s'engagent à faire en sorte que leur droit interne soit compatible avec celle-ci. Par conséquent, il appartient à l'État défendeur d'éliminer, dans son ordre juridique interne, tout obstacle éventuel à un redressement adéquat de la situation du requérant. »

19. *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 85, série A n° 98, *Roche c. Royaume-Uni* [GC], n° 32555/96, § 137, CEDH 2005-X, et *Paksas c. Lituanie* [GC], n° 34932/04, § 114, 6 janvier 2011.

20. La plupart des droits garantis par la Convention, sinon tous, sont aussi reconnus par les constitutions des Parties contractantes. Ainsi, un recours constitutionnel introduit contre une loi violant un droit consacré par la Convention est suffisant aux fins de l'article 13 de la Convention, et ce que le mécanisme de contrôle constitutionnel soit concret ou abstrait, concentré ou diffus, ou de caractère principal (préventif ou successif) ou par voie d'exception.

21. E. Spiliotopoulos, « *Judicial Remedy of Legislative Acts in Greece* », in *Temple Law Quarterly*, 1983, pp. 463-502; A. Manitakis, « Fondement et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Grèce », in *Revue internationale de droit comparé*, 1988, pp. 39-55; W. Skouris, « *Constitutional Disputes and Judicial Review in Greece* », in Landfried (éd.), *Constitutional Review and Legislation: An International Comparison*, 1988, pp. 177-200; Dagtoglou, « *Judicial Review of Constitutionality of Laws, in European Review of Public Law*, 1989, pp. 309-327; P.C. Spyropoulos et T.P. Fortsakis, *Constitutional Law in Greece*, 2009; S.-I.G. Koutnatzis, « *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Griechenland* », in Bogdandy et al. (éd.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, 2007, pp. 151-215; et J. Iliopoulos-Strangas et S.-I.G. Koutnatzis, « *Greece, Constitutional Courts as Positive Legislators* », in A. Brewer-Carias, *Constitutional Courts as Positive Legislators, A comparative Law Study*, 2011, pp. 539-574.

diverses dispositions des lois ordinaires inconstitutionnelles ou contraires à la Convention<sup>22</sup>. Dans son arrêt n° 3/2012, la Cour de cassation grecque (formation plénière) a même jugé qu'il découlait de l'article 12 § 1 de la Constitution et de l'article 11 de la Convention que les individus servant dans les forces armées avaient droit à la liberté d'association et que la conclusion de la cour d'appel selon laquelle les dispositions de l'article 30 de la loi 1264/1982 et de l'article 1 de la loi n° 2265/1994 ne s'appliquaient pas par analogie au personnel militaire était erronée car elle engendrait une violation des dispositions de la Constitution et de la Convention. La Cour de cassation a en outre conclu que «en l'absence d'une législation spécifique, les dispositions générales des articles 78 et suiv. du code civil s'appliquent». Le fait qu'aucune disposition de loi n'ait été conçue pour énoncer le droit du personnel militaire de fonder des associations n'a pas empêché la Cour de cassation de dire que le droit en question était garanti par la Constitution et par la Convention, que l'exercice de ce droit ne dépendait pas de la promulgation d'une loi ordinaire pour le régir et que, en l'absence de législation spécifique, les dispositions générales du code civil devaient s'appliquer.

En l'espèce, les requérants n'ont pas donné aux juridictions nationales l'occasion d'appliquer le même raisonnement à leur grief. Dans un ordre juridique où les droits fondamentaux sont protégés par la Constitution, il incombe à la partie qui se dit lésée d'éprouver l'ampleur de cette protection, l'intéressé devant donner la possibilité aux juridictions nationales de faire

---

22. Voir l'arrêt n° 867/1988 du Conseil d'État grec, où il conclut que l'article 65 du décret-loi n° 1400/1973 n'est pas conforme à l'article 12 de la Convention; l'arrêt n° 1664/2011 du Conseil d'État, où il conclut que l'article 4(3) de la loi n° 383/1976 est contraire à l'article 5 de la Constitution; l'arrêt n° 3103/1997 du Conseil d'État, où il conclut que l'article 25(1)(2) de la loi n° 1975/1991 est incompatible avec la Convention de Genève du 28 juillet 1951; l'arrêt n° 1501/2012 du Conseil d'État, qui conclut que la loi n° 2120/1993 est contraire aux articles 4 § 5 et 17 § 1 de la Constitution et à l'article 1 du Protocole n° 1; l'arrêt n° 2960/2010 du Conseil d'État, qui conclut que l'article 16 de la loi 2227/1994 n'est pas conforme à l'article 7 § 1 de la Convention; l'arrêt n° 982/2010 de la Cour de cassation, qui conclut que l'article 13(4) de la loi n° 2882/2001 est contraire à l'article 1 du Protocole n° 1; l'arrêt n° 33/2002 de la Cour de cassation, qui conclut que l'article 5(3) de la loi n° 2246/1994 est contraire à l'article 5 § 1 de la Constitution; les arrêts n° 5251/2004 et 16520/2004 du tribunal de première instance de Thessalonique, jugeant tous deux que l'article 107 de la loi d'accompagnement du code civil n'est pas conforme aux articles 11 et 14 de la Convention; l'arrêt n° 954/1999 de la cour administrative d'appel d'Athènes, jugeant que l'article 31 de la loi n° 2470/1997 est contraire à l'article 1 du Protocole n° 1; l'arrêt n° 748/2011 de la cour administrative d'appel d'Athènes, jugeant que l'article 64 du décret-loi n° 1400/1973 est contraire à la Charte sociale européenne et à l'interdiction du travail forcé; l'arrêt n° 2377/2007 du tribunal de district d'Athènes concluant que l'article 30(2) de la loi n° 2789/2000 est incompatible avec les articles 2 et 17 de la Constitution et l'article 1 du Protocole n° 1; l'arrêt n° 2250/2008 du tribunal administratif de première instance d'Athènes jugeant que l'article 60 de la loi n° 2084/1992 est contraire à l'article 1 du Protocole n° 1; et l'arrêt n° 2028/2004 du Conseil d'État jugeant que l'article 7(1) de la loi n° 2703/1999 méconnaît l'article 1 du Protocole n° 1.

évoluer ces droits par la voie de l'interprétation<sup>23</sup>. La Cour ne saurait supposer, comme les requérants l'ont fait, que les juridictions nationales ne donneraient pas leur plein effet aux dispositions de la Constitution de leur propre pays.

### **L'obligation découlant de la Convention de faire bénéficier les personnes victimes de discrimination de dispositions favorables**

Par ailleurs, la loi grecque prévoit une action spéciale fondée sur le préjudice imputable à l'État ou à une entité de droit public<sup>24</sup>. L'article 57 du code civil dispose que toute personne victime d'un préjudice personnel a le droit non seulement de demander une réparation pécuniaire mais aussi, et plus précisément, « d'exiger la suppression de l'atteinte et l'abstention de toute atteinte à l'avenir ». D'après la jurisprudence nationale, il existe une obligation de verser une indemnité en cas d'action ou d'omission du législateur lorsque la législation en vigueur ou l'absence de législation méconnaît les normes supérieures du droit comme les dispositions de la Constitution ou des conventions internationales ratifiées par une loi, dont la Convention<sup>25</sup>. En outre, toujours d'après la jurisprudence nationale, toute violation du principe d'égalité découlant d'une omission de la part du législateur de prévoir dans la réglementation des catégories d'individus dont la situation est identique à celle des personnes pour lesquelles la législation a été conçue donne naissance à la responsabilité de l'État et des entités de droit public et à l'obligation pour eux d'indemniser. Plus particulièrement, d'après la jurisprudence, « si la loi crée une réglementation spéciale pour une certaine catégorie d'individus, et qu'une autre catégorie d'individus, pour laquelle existe la même raison d'octroyer un traitement particulier, est exclue de cette réglementation à la suite d'une discrimination défavorable imméritée, la disposition prévoyant ce traitement défavorable sera jugée non valable car contraire à la Constitution. En pareil cas, pour restaurer le principe constitutionnel d'égalité, la disposition applicable à la catégorie en faveur de laquelle la réglementation spéciale a été créée sera également appliquée à la catégorie d'individus victimes de discrimination. Dans cette situation, les autorités judiciaires ne peuvent être réputées avoir enfreint le principe de séparation des pouvoirs consacré par les articles 1, 26, 73 et suiv. et 87 de la Constitution<sup>26</sup>. »

23. *Vinčić et autres c. Serbie*, n<sup>os</sup> 44698/06 et autres, § 51, 1<sup>er</sup> décembre 2009, et *A, B et C c. Irlande* [GC], n<sup>o</sup> 25579/05, § 142, CEDH 2010.

24. Voir l'article 105 de la loi d'accompagnement du code civil et les articles 57, 914 et 932 du code civil.

25. Voir l'arrêt n<sup>o</sup> 169/2010 du Conseil d'État grec et les arrêts n<sup>os</sup> 743/2006, 3928/1992, 409/2007 et 6/2007 de la cour administrative d'appel d'Athènes.

26. La jurisprudence est variée et cohérente au sujet de l'extension d'un traitement préférentiel à des

Ainsi, devant une loi discriminatoire, les tribunaux grecs doivent exercer, conformément aux articles 87 §§ 1 et 2, 93 § 4 et 120 § 2 de la Constitution, des pouvoirs de contrôle sur les activités du corps législatif et mettre en œuvre le principe d'égalité dans toute la mesure du possible et, sur la base de ce principe, appliquer la disposition favorable au groupe défavorisé<sup>27</sup>.

Cette voie de droit aurait été suffisante aux fins de la Convention. Si les juridictions nationales devaient se limiter à déclarer la disposition discriminatoire contraire à la Constitution ou à la Convention sans être en mesure d'étendre la réglementation favorable spéciale à l'individu qui subit une discrimination, la violation du principe d'égalité subsisterait et la protection judiciaire recherchée serait dépourvue de tout contenu réel. La Convention doit être appliquée par le juge, quelle que soit la manière dont le processus de réforme législative évolue au plan interne, étant donné que « [l]a liberté de choix reconnue à l'État quant aux moyens de s'acquitter de son obligation au titre de l'article 53 ne saurait lui permettre de suspendre l'application de la Convention »<sup>28</sup>. En pratique, les juridictions nationales doivent adopter l'interprétation de la législation nationale qui se concilie le mieux avec la Convention afin de se conformer à l'obligation internationale consistant à prévenir toute atteinte à la Convention<sup>29</sup>. Or malgré cela, les requérants n'ont pas même cherché à faire valoir devant les juridictions nationales que leur affaire devait être traitée conformément à la jurisprudence précitée.

### **L'obligation découlant de la Convention de revoir la législation incompatible avec elle**

En outre, dans les cas où l'harmonisation de la loi ordinaire en cause avec la Constitution ou la Convention a exigé l'intervention du législateur, les amendements nécessaires ont bien été apportés à la loi en Grèce. On peut citer à titre d'exemple le fait qu'après l'adoption de l'arrêt n° 867/1988 du Conseil d'État grec, qui concluait que les dispositions de l'article 65 du décret-loi n° 1400/1973 étaient incompatibles avec les articles 2 § 1 et 4 § 1 de la Constitution et l'article 12 de la Convention, a été promulgué l'article 18(1) de la loi n° 1848/1989, qui a supprimé la disposition

---

groupes de personnes victimes de discrimination même lorsque cela a des conséquences budgétaires; voir, par exemple, les arrêts n°s 1578/2008, 60/2002, 7/1995, 40/1990 et 3/1990 de la Cour de cassation grecque; les arrêts n°s 3088/2007, 2180/2004 et 1467/1994 du Conseil d'État; l'arrêt n° 3717/1992 de la cour administrative d'appel d'Athènes; et l'arrêt n° 10391/1990 du tribunal administratif de première instance d'Athènes.

27. Arrêt n° 60/2002 de la Cour de cassation grecque.

28. *Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991, § 26, série A n° 214-C.

29. Voir mon opinion séparée jointe à l'arrêt *Fabris c. France* [GC], n° 16574/08, CEDH 2013.

litigieuse. Il est vrai qu'aucune disposition de la législation grecque ne pose explicitement l'obligation de revoir la législation incompatible avec la Constitution ou la Convention. En revanche, en ce qui concerne la législation incompatible avec la Convention, pareille obligation découle de la Convention elle-même et de son incorporation dans l'ordre juridique national.

L'obligation de prévenir une violation de la Convention peut justifier l'adoption de mesures générales lorsqu'il n'existe pas de cadre juridique national compatible avec la Convention<sup>30</sup> ou que le cadre juridique national ou la pratique administrative en vigueur sont contraires à la Convention<sup>31</sup>. Dans certaines affaires, même la Constitution nationale peut devoir être amendée, étant donné que la Convention « ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la «juridiction» des États membres à l'empire de la Convention »<sup>32</sup>. En fait, tant le principe de l'effet utile de la Convention que le principe de subsidiarité impliquent que toutes les atteintes à la Convention, y compris celles provenant du législateur, doivent être traitées au niveau national dès qu'elles ont été établies de manière définitive par les juridictions nationales. En cas d'inaction totale de la part du législateur à la suite d'une décision de justice définitive constatant qu'une disposition d'une loi ou d'un règlement

30. *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, § 82, série A n° 82; *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 27, série A n° 91; et, plus récemment, *Viaşu c. Roumanie*, n° 75951/01, § 83, 9 décembre 2008; *Mandić et Jović c. Slovénie*, nos 5774/10 et 5985/10, § 128, 20 octobre 2011; et *Pulathı c. Turquie*, n° 38665/07, § 39, 26 avril 2011. La Cour a également examiné l'évolution de la législation après les violations alléguées et critiqué le caractère insuffisant de cette évolution (voir, par exemple, *Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, §§ 15-17, CEDH 2003-III; *Brauer c. Allemagne*, n° 3545/04, § 24, 28 mai 2009; et *Dumitru Popescu c. Roumanie* (n° 2), n° 71525/01, §§ 82-84, 26 avril 2007).

31. *Dudgeon*, précité, §§ 41 et 63; *Johnston et autres*, précité, § 42; *Norris*, précité, § 38, ou *Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 septembre 1996, § 45, *Recueil* 1996-IV. Dans certaines affaires, la Cour détaille avec un soin particulier les mesures législatives à prendre (*M. et autres c. Bulgarie*, n° 41416/08, § 138, 26 juillet 2011). Une pratique administrative telle que celle de fouilles au corps hebdomadaires systématiques en prison peut aussi appeler des mesures générales (*Salah c. Pays-Bas*, n° 8196/02, §§ 77-79, CEDH 2006-IX). Cela n'est pas une bizarrerie du système européen de protection des droits de l'homme. Le Comité des droits de l'homme a déjà recommandé un amendement de la législation dans les affaires *Ballantyne, Davidson et McIntyre c. Canada*, communications nos 359/1989 et 385/1989, 31 mars 1993, § 13, et *Toonen c. Australie*, communication n° 488/1992, 31 mars 1994, § 10. Dans son Observation générale n° 24, 2 novembre 1994, § 17, le Comité a rejeté toute exception à cette obligation, jugeant cela contraire au but et à l'objet du Pacte.

32. *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, §§ 29-30, *Recueil* 1998-I et, encore plus explicitement, *Dumitru Popescu*, précité, § 103. Non seulement la pratique de la Cour mais aussi l'acceptation des États parties confirment cette interprétation (voir les amendements constitutionnels adoptés après l'arrêt du 27 août 1991 dans l'affaire *Demicoli c. Malte* (27 août 1991, série A n° 210), suivi de la résolution DH (95) 211 du 11 septembre 1995; après l'arrêt adopté le 29 octobre 1992 dans l'affaire *Open Door et Dublin Well Woman*, précité, suivi de la résolution DH (96) 386 du 26 juin 1996; et après l'arrêt adopté le 23 octobre 1995 dans l'affaire *Palaoro c. Autriche* (23 octobre 1995, série A n° 329-B), suivi de la résolution DH (96) 150 du 15 mai 1996).

enfreint la Convention, on peut soulever un grief tiré de l'inexécution d'une décision de justice définitive au titre de l'article 6 de la Convention. Dès lors, l'article 6, interprété à la lumière de l'effet utile de la Convention et du principe de subsidiarité, impose aux États parties l'obligation de revoir toute loi ou tout règlement qui a été jugé non conforme à la Convention par une décision de justice définitive adoptée au niveau national. Or les requérants ont ignoré cette autre voie de recours<sup>33</sup>.

La Grande Chambre s'est néanmoins laissé entraîner à examiner les intentions « principales » du législateur grec au-delà de ses intentions « déclarées » (paragraphe 87 de l'arrêt) et à les critiquer, et elle ne s'est pas abstenue de dicter à l'État défendeur la manière dont il devrait concevoir la loi (paragraphe 89 de l'arrêt). Après la procédure de « l'arrêt pilote »<sup>34</sup> et les « arrêts article 46 » (ou « arrêts quasi pilotes »)<sup>35</sup>, la Grande Chambre inaugure dans le présent arrêt un nouveau recours qui énonce une solution législative spécifique à un problème social qui n'aurait pas été résolu par le législateur national après que les personnes concernées eurent saisi directement la Cour. Celle-ci n'est désormais plus seulement un « législateur par la négative » : elle joue le rôle d'un « législateur positif » supranational qui intervient directement devant une omission législative censément commise par un État partie.

33. Le simple fait de nourrir des doutes quant à l'effectivité de ce recours ne constitue pas une raison valable pour justifier sa non-utilisation (*Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, § 71, *Recueil* 1996-IV).

34. Voir l'arrêt novateur *Broniowski c. Pologne* ([GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V), résultant de « d'un dysfonctionnement de la législation polonaise et d'une pratique administrative ». Cette procédure a été consacrée par l'article 61 du règlement de la Cour. Récemment, dans l'arrêt *Ananyev et autres c. Russie* (n° 42525/07 et 60800/08, §§ 191-240 et point 7 du dispositif, 10 janvier 2012), la Cour a poussé le potentiel de cette nouvelle procédure encore plus loin en ordonnant à l'État défendeur de présenter dans un délai de six mois un plan d'action en vue de la mise en œuvre d'une longue liste de mesures préventives et compensatoires indiquées par elle.

35. Dans les « arrêts quasi pilotes », la Cour identifie les problèmes systémiques que pose le système juridique ou la pratique internes et qui peuvent être à l'origine de violations répétées de la Convention, mais sans normalement prescrire de mesures générales dans le dispositif de l'arrêt. Dans certains cas, la Cour est allée jusqu'à inclure de telles obligations dans le dispositif, sans même mentionner qu'il s'agissait d'un arrêt « pilote » (voir, par exemple, *Lukenda c. Slovaquie*, n° 23032/02, § 98, CEDH 2005-X, et *Xenides-Arestis c. Turquie*, n° 46347/99, § 40, 22 décembre 2005). Dans d'autres cas, l'obligation ne figurait que dans les motifs de l'arrêt, sans aucune référence dans le dispositif (voir, par exemple, *Hassan et Eylem Zengin c. Turquie*, n° 1448/04, § 84, 9 octobre 2007, et *Manole et autres c. Moldova*, n° 13936/02, § 117, CEDH 2009). La Cour a également indiqué une date limite pour l'adoption des mesures nécessaires (*Xenides-Arestis*, précité, § 40, et *Bourdov c. Russie (n° 2)*, n° 33509/04, § 141, CEDH 2009), ou affirmé leur « urgence » (*Ramadbi et autres c. Albanie*, n° 38222/02, § 94, 13 novembre 2007). Une fois, la Cour a même qualifié rétroactivement d'arrêt pilote un arrêt qui avait des répercussions sur la recevabilité d'une autre requête (*İçyer c. Turquie* (déc.), n° 18888/02, § 67, CEDH 2006-I, renvoyant à l'arrêt *Doğan et autres c. Turquie*, n° 8803-8811/02, 8813/02 et 8815-8819/02, CEDH 2004-VI).



**Conclusion**

Eu égard à tout ce qui précède, les requérants n'ont pas usé des voies de recours qui auraient permis aux tribunaux grecs d'examiner leur grief de violation de la Convention. Par conséquent, la Grande Chambre de la Cour n'aurait pas dû examiner l'affaire au fond, ce qu'elle a fait en se comportant comme une cour constitutionnelle européenne jouant le rôle d'un « législateur positif » à la demande directe des personnes concernées. Hans Kelsen lui-même, l'architecte du système de contrôle juridictionnel constitutionnel concentré, n'aurait pas rêvé qu'un tel pas puisse être un jour franchi en Europe.



SÖDERMAN v. SWEDEN  
*(Application no. 5786/08)*

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 12 NOVEMBER 2013<sup>1</sup>

---

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



SUMMARY<sup>1</sup>**Lack of clear statutory provisions criminalising act of covertly filming a naked child**

The States' positive obligations under Article 8 of the Convention include a duty to maintain and apply in practice an adequate legal framework consisting of criminal and/or civil-law remedies and affording sufficient protection against violations of personal integrity, such as covert filming by private individuals (see paragraphs 80, 85, 89 and 117 of the judgment).

**Article 8**

*Respect for private life – Lack of clear statutory provisions criminalising act of covertly filming a naked child – Violation of personal integrity – Offence not involving physical violence, abuse or contact – Offence against a minor by a person whom the victim was entitled and expected to trust – Positive obligations – Absence of adequate legal framework consisting of criminal and/or civil-law remedies*

\*

\* \*

*Facts*

In 2002, when the applicant was 14 years old, she discovered that her stepfather had hidden a video-camera in the laundry basket in the bathroom. The camera was directed at the spot where the applicant had undressed before taking a shower. She took it to her mother who burned the film without anyone seeing it. The incident was reported in 2004 when her mother heard that the applicant's cousin had also experienced incidents with her stepfather. The applicant's stepfather was prosecuted and in 2006 convicted by a district court of sexual molestation under Chapter 6, Article 7 of the Penal Code, as worded at the material time. His conviction was, however, overturned on appeal after the court of appeal found that his act did not come within the definition of the offence of sexual molestation. The court of appeal went on to point out that the conduct might have constituted the separate offence of attempted child pornography, but did not consider the issue further in the absence of any charge. The Supreme Court refused leave to appeal. In a judgment of 21 June 2012 a Chamber of the Court found, by four votes to three, that there had been no violation of Article 8 of the Convention.

---

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

*Law*

Article 8: The Court endorsed the domestic court's finding that the applicant's stepfather's act had constituted a violation of her personal integrity. Even though the event in question had not involved any physical violence, abuse or contact, it had affected the applicant in highly intimate aspects of her private life. There was no evidence that the domestic authorities had failed to comply with their obligation to conduct an effective prosecution. The question before the Court was therefore whether, in the circumstances of the case, Sweden had had an adequate legal framework to protect the applicant against the actions of her stepfather, in compliance with its obligations under Article 8. The Grand Chamber chose a different approach from that followed by the Chamber, which had affirmed that "only significant flaws in legislation and practice, and their application, would amount to a breach of the State's positive obligations under Article 8". Such a significant-flaw test, while understandable in the context of investigations, had no meaningful role in an assessment as to whether the respondent State had had in place an *adequate legal framework* in compliance with its positive obligations since the issue before the Court concerned the question of whether the law had afforded an acceptable level of protection to the applicant in the circumstances.

As regards the possibility that the applicant's stepfather's act could have constituted attempted child pornography under the Penal Code, the Court was not convinced that the act had been covered by that offence. There was no information to suggest that the prosecutor had considered indicting her stepfather for that crime. Instead, the Government had given a number of reasons as to why the prosecutor might have decided not to do so; in particular, difficulties in providing sufficient evidence to show that there had been a "pornographic" picture. According to the applicant, even if the film – which had been destroyed – had still existed, the material would hardly have qualified as pornographic. The term "pornographic picture" was not defined in the Swedish Penal Code and the preparatory works on the provision on child pornography emphasised that its intention was not to criminalise all pictures of naked children.

As regards the provision on the offence of sexual molestation under the Penal Code – which penalised in particular exposure in an offensive manner and indecent behaviour by word or deed – the appeal court had found that the applicant's stepfather could not be held criminally responsible for the isolated act of filming her without her knowledge. Under the Swedish law in force at the time, it had been a requirement for the offence of sexual molestation to be made out that the offender intended the victim to find out about it or that the offender was indifferent to the risk of the victim finding out. However, that requirement had not been fulfilled in the applicant's case. It was not on account of a lack of evidence that her stepfather had been acquitted of sexual molestation, but rather because, at the time, his act could not have constituted sexual molestation. The provision on sexual molestation as worded at the material time could not legally have covered the act in question

and thus had not protected the applicant against the lack of respect for her private life.

The gaps in the protection of her rights had not been remedied by any other provision of criminal law at the time. Indeed, the absence of a provision covering the isolated act of covert or non-consensual filming or photographing had long been a matter of concern in Sweden. New legislation, designed to cover an act such as the one in the applicant's case, had recently been adopted and had come into force in 2013.

In the instant case recourse to the criminal law was, in the Court's view, not necessarily the only way the respondent State could have fulfilled its obligations under Article 8. As regards civil-law remedies, when acquitting the applicant's stepfather, the appeal court had also dismissed her civil claim for damages. Under the Code of Judicial Procedure, when a civil claim was joined to a prosecution, the courts' finding on the question of criminal liability was binding for the decision on the civil claim. There were, moreover, no other grounds on which the applicant could have relied in support of her claim for damages. Finally, the Court was not persuaded that the Swedish courts could have awarded her compensation on the basis of finding a breach of the Convention alone.

In conclusion, the Court was not satisfied that the relevant Swedish law, as in force at the time, had ensured protection of the applicant's right to respect for her private life in a manner that complied with the State's obligations under Article 8. The act committed by her stepfather had violated her integrity and had been aggravated by the fact that she was a minor, that the incident had taken place in her home, and that the offender was a person whom she was entitled and expected to trust.

*Conclusion:* violation (sixteen votes to one).

Article 41: The Court made an award in respect of non-pecuniary damage.

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

- A v. Croatia*, no. 55164/08, 14 October 2010
- Airey v. Ireland*, 9 October 1979, Series A no. 32
- Bevacqua and S. v. Bulgaria*, no. 71127/01, 12 June 2008
- Brecknell v. the United Kingdom*, no. 32457/04, 27 November 2007
- C.A.S. and C.S. v. Romania*, no. 26692/05, 20 March 2012
- Đorđević v. Croatia*, no. 41526/10, ECHR 2012
- Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I
- K.U. v. Finland*, no. 2872/02, ECHR 2008
- M. and C. v. Romania*, no. 29032/04, 27 September 2011
- M.C. v. Bulgaria*, no. 39272/98, ECHR 2003-XII
- M.P. and Others v. Bulgaria*, no. 22457/08, 15 November 2011
- Mosley v. the United Kingdom*, no. 48009/08, 10 May 2011
- Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey* [GC], no. 13279/05, 20 October 2011
- Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, ECHR 2003-III

*Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII

*Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, ECHR 2002-III

*Reklos and Davourlis v. Greece*, no. 1234/05, 15 January 2009

*Sandra Janković v. Croatia*, no. 38478/05, 5 March 2009

*Schüssel v. Austria* (dec.), no. 42409/98, 21 February 2002

*Siliadin v. France*, no. 73316/01, ECHR 2005-VII

*Szula v. the United Kingdom* (dec.), no. 18727/06, 4 January 2007

*Von Hannover v. Germany (no. 2)* [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, ECHR 2012

*X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, Series A no. 91

*Z and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 29392/95, ECHR 2001-V



**In the case of Söderman v. Sweden,**

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,  
Boštjan M. Zupančič,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Ledi Bianku,  
Zdravka Kalaydjieva,  
Kristina Pardalos,  
Julia Laffranque,  
Paulo Pinto de Albuquerque,  
Linos-Alexandre Sicilianos,  
Erik Møse,  
Helen Keller,  
Helena Jäderblom,  
Johannes Silvis, *judges*,

and Erik Fribergh, *Registrar*,

Having deliberated in private on 3 April 2013 and on 25 September 2013,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 5786/08) against the Kingdom of Sweden lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Swedish national, Ms Eliza Söderman (“the applicant”), on 21 January 2008.

2. The applicant was represented by Mr J. Södergren, Mr K. Lewis and Mr C. Crafoord, lawyers practising in Stockholm. The Swedish Government (“the Government”) were represented by their Agents, Mr A. Rönquist, Ms G. Isaksson and Mr O. Widgren, of the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant alleged that the Swedish State had failed to comply with its obligation under Article 8 of the Convention to provide her with remedies against her stepfather’s violation of her personal integrity when he

had attempted secretly to film her naked in their bathroom when she was 14 years old. She also relied on Article 13 of the Convention.

4. The application was allocated to the Third Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Its President acceded to the applicant's request not to have her name disclosed (Rule 47 § 3), and the case was called *E.S. v. Sweden*. On 1 February 2011 the Court changed the composition of its Sections (Rule 25 § 1) and the application was assigned to the newly composed Fifth Section. On 21 June 2012 a Chamber composed of Dean Spielmann, President, Elisabet Fura, Karel Jungwiert, Mark Villiger, Ann Power-Forde, Ganna Yudkivska, André Potocki, judges, and Claudia Westerdiek, Section Registrar, delivered its judgment. It decided to examine the complaint under Article 8 alone and unanimously declared it admissible, holding, by four votes to three, that there had been no violation of that provision. The joint dissenting opinion of Judges Spielmann, Villiger and Power-Forde was annexed to the judgment.

5. On 19 September 2012 the applicant requested that the case be referred to a Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention, and the panel of the Grand Chamber accepted the request on 19 November 2012.

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

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

8. In addition, third-party comments were received from the Human Rights Centre of Ghent University, which had been granted leave by the President of the Grand Chamber to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2).

9. On 22 March 2013, the President of the Grand Chamber acceded to the applicant's request of 12 March 2013 to lift the anonymity granted to her.

10. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 3 April 2013 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr A. Rönquist, Agent, Ambassador and  
Director General for Legal Affairs,  
Ministry of Foreign Affairs,

*Counsel,*

Ms G. Isaksson, Co-Agent, Deputy Director,  
Ministry of Foreign Affairs,

Mr O. Widgren, Co-Agent, Special Adviser,  
Ministry of Foreign Affairs,  
Mr M. Säfsten, Senior Legal Adviser, Ministry of Justice,  
Ms V. Lång, Deputy Director, Ministry of Justice,  
Mr C. Rosenmüller, Legal Adviser, Ministry of Justice, *Advisers;*

(b) *for the applicant*

Mr J. Södergren,  
Mr K. Lewis,  
Mr C. Crafoord, *Counsel.*

The applicant was also present.

The Court heard addresses by Mr Crafoord, Mr Lewis, Mr Södergren and Mr Rönquist, as well as their replies to questions put by Judges Ziemele, Sicilianos, Pinto de Albuquerque and Zupančič.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

11. The applicant was born in 1987 and lives in Ludvika.

12. In September 2002, when she was 14 years old, she discovered that her stepfather had hidden a video-camera in the laundry basket in the bathroom, which was in recording mode and directed towards the spot where she had undressed before taking a shower. Immediately after the incident, the film was burned without anyone seeing it.

13. In September 2004, two years later, the applicant's mother reported the incident to the police. An officially appointed counsel (*målsägandebiträde*) was assigned to the applicant on 5 October 2004.

14. On 21 October 2005 the public prosecutor indicted the applicant's stepfather for sexual molestation (*sexuellt ofredande*) under Chapter 6, Article 7 § 3, of the Penal Code. He was also charged on two counts of sexual molestation of the applicant's cousin, committed during the spring and summer of 2003 when the cousin was 16 years old, for having caressed her thigh and for having expressed his desire to have sex with her. He was charged on a fourth count of sexual molestation for having allegedly looked through the window of the applicant's room when she was undressing in the late summer of 2003.

15. On 20 January 2006 the applicant, represented by counsel, submitted a claim for damages of 25,000 Swedish kronor (SEK): SEK 15,000 in

compensation for violation of her personal integrity and SEK 10,000 for pain and suffering, to be joined to the criminal proceedings. The applicant based her private claim on “the criminal act for which her stepfather was being prosecuted”, without invoking any specific sections of the Tort Liability Act.

16. The applicant, her stepfather, her mother and her cousin gave evidence before the District Court of Falun (*Falu Tingsrätt*). The applicant explained that on the relevant day in September 2002, as she was about to take a shower, her stepfather had been doing something in the bathroom. When she discovered the camera, it was in recording mode, making a buzzing sound and flashing. She did not touch any of the buttons. She went to her mother in tears, taking the video-camera wrapped in a towel. Her stepfather took the camera from her mother. Subsequently, the applicant saw her mother and stepfather burning a film, but she was not sure whether it was a recording of her.

17. The applicant’s mother confirmed the applicant’s statement and added that she did not know whether anything had been recorded since the film had been burned without her seeing it. She had not reported the incident to the police until 2004, when she had heard that the applicant’s cousin had also experienced incidents with the accused.

18. The applicant’s stepfather explained that he had lived with her mother from 1997 until the autumn of 2003. They had separated on account of the incident in question, among other things. He had wanted to try to film with a hidden camera, but it had been an impulsive act. He was not sure whether the camera had been in recording mode or whether a film had been recorded. The applicant’s mother had burned the film without any of them seeing it.

19. By a judgment of 14 February 2006, the District Court convicted the applicant’s stepfather on all four counts of sexual molestation under Chapter 6, Article 7 § 3, of the Penal Code. As regards the first count of sexual molestation, it found it established that he had had a sexual intention in hiding the camera in the laundry basket and directing it at the part of the bathroom where it was usual to undress. It added that the buzzing sound from the camera heard by the applicant strongly suggested that the camera was switched on and was actually recording. Otherwise, there would have been no point in hiding the camera among the clothes in the laundry basket. The hole in the laundry basket indicated that the strategy was quite refined. Regardless of the fact that, afterwards, no one had verified the contents of the film, it could under the circumstances be considered established that the applicant’s stepfather had actually filmed her while she was naked.

20. The applicant's stepfather was given a suspended sentence combined with seventy-five hours' compulsory community service. Moreover, he was ordered to pay the applicant damages in the amount of SEK 20,000.

21. On appeal, by a judgment of 16 October 2007, the Svea Court of Appeal (*Svea hovrätt*) convicted him on the two counts of sexual molestation committed against the cousin, for which he was given a suspended sentence and ordered to pay sixty day-fines of SEK 50, amounting to a total of SEK 3,000.

22. The Court of Appeal acquitted him on the counts of sexual molestation allegedly committed against the applicant.

23. As to the incident in September 2002, the Court of Appeal found it established that the applicant's stepfather had put a camera in the bathroom and that he had started the recording before she was about to take a shower. Whether a recording had actually been made, however, was unclear. It was apparent, the court continued, that his motive had been to film the applicant covertly for a sexual purpose. Given that motive, it was also regarded as certain that he had not intended the applicant to find out about the filming. Nor, according to the court, had he been indifferent to the risk that she would find out about it. In assessing whether the act legally constituted sexual molestation within the meaning of Chapter 6, Article 7 § 3, of the Penal Code, the Court of Appeal referred to a Supreme Court judgment (published in *Nyatt juridiskt arkiv* (NJA) 1996, p. 418) concerning a man who had covertly filmed his sleeping girlfriend while he masturbated. The man was acquitted of sexual molestation because he had not intended his girlfriend to find out about the filming. Moreover, in the said judgment the Supreme Court held that the isolated act of filming was not a crime in itself, as in Swedish law there was no general prohibition against filming an individual without his or her consent. Following that line of reasoning, and despite finding that the situation the applicant's stepfather intended to film was obviously of a sensitive nature as regards her personal integrity and that the violation was particularly serious on account of the applicant's age and relationship to her stepfather, the Court of Appeal found that he could not be held criminally responsible for the isolated act of filming the applicant without her knowledge. The court noted that the applicant had become aware of her stepfather's attempt to film her, but that this had not been covered by his intent.

24. The Court of Appeal went on to point out that the act might, at least theoretically, have constituted the crime of attempted child pornography (*försök till barnpornografibrott*) considering the applicant's age. However, since no charge of that kind had been brought against the applicant's stepfather, the Court of Appeal could not examine whether he could be held

responsible for such a crime. In conclusion, despite finding his behaviour extremely reprehensible, he was acquitted and the applicant's claim for damages dismissed.

25. As regards the incident in the late summer of 2003, the Court of Appeal found it established that the applicant's stepfather had wanted to look at her secretly. Thus, although the court found such behaviour reprehensible, he had lacked the intent that the applicant should see him.

26. On 12 December 2007 the Supreme Court (*Högsta domstolen*) refused leave to appeal.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

### A. Sexual molestation

27. The offence of sexual molestation (and child pornography, see below) falls within the domain of public prosecution, in which the principle of objectivity is applied whereby no prosecution should be brought if the prosecutor deems that the conditions for a conviction are lacking. The provision on sexual molestation can be found in the Penal Code (*Brottsbalken*, 1962:700) which, before 1 April 2005, provided:

#### Chapter 6 on sexual crimes, Article 7

“1. If a person sexually touches a child under 15 years of age otherwise than as previously provided for in this Chapter, or induces the child to undertake or participate in an act with sexual implications, a fine or imprisonment of a maximum period of two years shall be imposed for sexual molestation.

2. A sentence for sexual molestation shall also be imposed on a person who by coercion, seduction or other improper influence induces a person who has attained the age of 15 but not 18 to undertake or participate in an act with sexual implications if the act is an element in the production of pornographic pictures or constitutes pornographic posing in circumstances other than those relating to the production of a picture.

3. This shall also apply if a person exposes himself or herself in such a manner that the nature thereof gives offence or otherwise manifestly behaves indecently by word or deed towards a person in a way that flagrantly violates a sense of propriety.”

28. On 1 April 2005 that provision was incorporated into Article 10 of Chapter 6 and reads as follows:

“1. A person who, otherwise than as previously provided in this Chapter, sexually touches a child under 15 years of age or induces the child to undertake or participate in an act with sexual implications shall be sentenced for sexual molestation to a fine or to imprisonment of a maximum period of two years.

2. This also applies to a person who exposes himself or herself to another person in a manner that is likely to cause discomfort or who otherwise by word or deed molests a person in a way that is likely to violate that person's sexual integrity."

29. It should be noted that a person cannot be held responsible for an uncompleted act of sexual molestation, such as attempting or preparing to commit such a crime (see, by converse implication, Chapter 23, Article 1, of the Penal Code).

30. Subsequently, based on the statements in the preparatory works to the provision, the 2008 Sexual Offences Commission stated the following.

"In our view, it is ... quite clear that the second paragraph of the provision on sexual molestation should also include actions directed at persons who are unconscious or asleep. The provision therefore belongs to the category of sexual offences, not offences against integrity. Using this as the starting point for how the offence of sexual molestation should be handled, it may also be possible to assess situations in which a person has covertly filmed or photographed another person in a sexually intrusive way as sexual molestation."

## **B. Attempted child pornography**

31. The relevant provisions of the Penal Code read:

### **Article 10a of Chapter 16 on crimes against public order**

"A person who

1. portrays a child in a pornographic picture;
2. disseminates, transfers, grants use of, exhibits, or in any other way makes such a picture of a child available to some other person;
3. acquires or offers such a picture of a child;
4. brings about contact between a buyer and a seller of such pictures of children or takes any other similar step to facilitate dealing in such pictures; or
5. possesses such a picture of a child

shall be sentenced for the crime of child pornography to imprisonment for a maximum period of two years, or, if it is a petty offence, to a fine or imprisonment for a maximum period of six months.

A child is held to be a person whose pubertal development is not complete or who is under 18 years of age. If a person's pubertal development is complete, liability shall be imposed for deeds committed under points 2 to 5 above only if it is apparent from the picture or its circumstances that the depicted person is under 18 years of age.

..."

32. Before 1 January 2011, the second paragraph of the above Article read:

“A child is held to be a person whose pubertal development is not complete or who, where this is apparent from the picture and its circumstances, is less than 18 years of age ...”

33. The term “pornographic picture” is not defined in the text of the law. In the preparatory works it was stated that the provision about pornographic crimes applied only to pictures, but to pictures of all kinds, such as, *inter alia*, pictures in publications, photographic pictures, including films and pictures distributed by TV-technique or video recordings (Governmental Bill 1978/79:179, p. 9). Moreover it was stated that:

“A certain prudence was called for, so that the criminalised area would not become too wide or difficult to assess. It was not the intention to criminalise every exposure of naked children or all pictures in which a child’s genitals may be perceived, even if such pictures may stimulate some people’s sexual instincts. In order for the handling of a picture to be illegal, it is a condition that it be pornographic according to common parlance and general values.”

34. In a review of the legislation (Law no. 2010:1357), which led to the amendment of the second paragraph of Chapter 16, Article 10a, as from 1 January 2011, as set out above, the following was stated, among other things, as regards the definition (Swedish Government Official Reports, SOU 2007:54, p. 77):

“A picture may be regarded as pornographic when, without any real scientific or artistic merits, and in a blatant and alluring manner, it displays a sexual motive (Gov. Bill 1970:125, pp. 79 et seq.). Not only do pictures in which children are involved in acts which obviously have a sexual connotation fall within the provision regarding child-pornography crimes, but also pictures in which children appear together with one or several adults who are performing such actions. Pictures in which a child appears in a manner which is designed to appeal to sexual instincts without the child being considered to have participated in sexual behaviour during the picturing may fall within the criminalised area ... A picture may be presented in different ways, *inter alia*, by a real child being pictured, filmed or drawn. By using different techniques, more or less realistic artificial pictures may also be created. For criminal liability to be incurred it is not necessary that the picture depicts a real child; pictures of fictive children are also included.”

35. With regard specifically to attempt, the Penal Code reads:

#### **Chapter 16, Article 17**

“A person preparing or conspiring to commit mutiny ... shall be sentenced in accordance with the provisions of Chapter 23. The same shall also apply ... to the crime of attempting to commit the crime of child pornography described in Article 10a, first paragraph ...”



### **Chapter 23, Article 1**

“A person who has begun to commit a crime without bringing it to completion shall, in cases where specific provisions exist for the purpose, be sentenced for attempting to commit a crime if there was a danger that the act would lead to the completion of the crime or such danger was precluded only because of fortuitous circumstances.

Punishment for attempt shall not exceed the sentence applicable to a completed crime and shall not be less than imprisonment if the least stringent punishment for the completed crime is imprisonment of two years or more.”

### **C. Other relevant legal provisions**

36. The Code of Judicial Procedure (*Rättegångsbalken* 1942:740) provides in so far as relevant:

#### **Chapter 17, Article 3**

“A judgment shall not be given for anything other or more than that properly requested by a party. In cases amenable to out-of-court settlement, the judgment shall not be based on circumstances other than those pleaded by a party as the foundation of his or her action.”

#### **Chapter 22, Article 7**

“If an action for private claims in consequence of an offence is brought in conjunction with the prosecution and it is found that the offence charged is not punishable, the action may nonetheless be adjudicated in the case.”

#### **Chapter 29, Article 6**

“...Where a private claim is joined to the prosecution, the court’s finding of criminal liability shall be binding for the adjudication of the private claim.”

#### **Chapter 30, Article 3**

“The judgment may relate only to an act for which a prosecution was properly instituted or to a matter referred by statute to the court’s criminal jurisdiction. The court is not bound by the legal characterisation of the offence or applicable provisions of law stated in the claim.”

37. The Tort Liability Act (*Skadeståndslag* 1972:207) provides in so far as relevant:

#### **Chapter 2, section 1**

“Anyone who deliberately or negligently causes personal injury or damage to property shall compensate the injury or damage caused.”

#### **Chapter 2, section 3**

“Anyone who seriously violates another person through a crime involving an attack against the person or the freedom, serenity or honour of that person shall compensate the damage caused by the violation.”

#### D. Domestic practice concerning covert filming

38. In a Supreme Court judgment of 16 October 1992 (NJA 1992, p. 594) concerning a person who had secretly filmed sexual intercourse between himself and his girlfriend and who had subsequently shown the film to several persons, the Supreme Court noted that it was not prohibited under Swedish law to film another person without his or her consent. This was so, the court continued, even in situations where the deed in question seriously violated the personal integrity of the person concerned. Apart from certain exceptional situations, the only protection available was under the criminal provisions on defamation in conjunction with Chapter 1, section 3, of the Tort Liability Act (now Chapter 2, section 3, of that Act). The Supreme Court found that the accused person had committed defamation by showing the film to others.

39. A further Supreme Court judgment dated 27 June 1996 (NJA 1996, p. 418) concerned a man who had covertly filmed his sleeping girlfriend while he masturbated. The District Court found his acts to constitute, *inter alia*, sexual molestation, but the Court of Appeal and the Supreme Court acquitted him of this offence. The Supreme Court held that the isolated act of filming was not a crime in itself as in Swedish law there was no general prohibition against filming an individual without his or her consent.

40. Yet another Supreme Court judgment, dated 23 October 2008 (NJA 2008, p. 946), concerned, *inter alia*, a person who had covertly filmed his ex-girlfriend with another man in an intimate situation and who had subsequently e-mailed the film, together with certain descriptive messages, to others. The Court of Appeal found the filming to constitute molestation and the sending of some of the e-mails to amount to defamation, and awarded the ex-girlfriend damages for violation of personal integrity. The Supreme Court granted leave to appeal in respect of the alleged molestation. The Supreme Court acquitted the person of molestation and reiterated at the same time that Swedish law contained no general prohibition against covert filming. The court also noted that in cases where the covert filming did not constitute a crime, no damages could be awarded. Although the need for a strengthened legal framework in this regard had already been acknowledged in Swedish legislative work in the 1960s, the court noted further that it had so far not led to any concrete results. The court found it highly questionable whether the fact that acts of filming an individual in situations where such filming seriously violated the personal integrity of the person concerned were left wholly unpunished under Swedish law was compatible with the requirements of Article 8 of the Convention. Given that finding, the court continued, it was legitimate to examine whether

punishment could be imposed by interpreting otherwise non-applicable domestic provisions in a Convention-compliant manner. In that regard, the court referred to domestic case-law concerning compensation for violations of the Convention. However, the court noted, another requirement under the Convention was that no one should be punished for an act which, at the time when it was committed, did not clearly constitute a criminal offence under the law. After finding that the filming in issue did not fall under any applicable criminal provision, it was left unpunished and no damages were awarded.

### **E. Recent legislative work concerning covert filming**

41. In 2004 the Government instructed the Committee on the Protection of Integrity (*Integritetsskyddskommittén*) to investigate the need for general legal provisions for the protection of personal integrity (apart from the legislation on data protection, crimes against individuals, secrecy, and so on). In the meantime, the Penal Code was reviewed and in April 2005 an amendment to the provision on sexual molestation, which was designed to encompass covert filming for sexual purposes, was introduced (see paragraphs 28-30 above).

42. In 2008 the Committee on the Protection of Integrity proposed a general provision in the Penal Code on illicit photography and in January 2011 the Ministry of Justice issued a report on illicit photography (Ds 2011:1) which proposed the criminalisation of photography and filming in certain situations. On 1 March 2012 the Government approved the referral of a proposal entitled “Intrusive Photography” to the Law Council (*Lagrådet*) for consideration. The latter criticised the proposal, *inter alia*, on account of the potential effects that it could have on the principles laid down in order to protect those who procure information for publication under the Freedom of the Press Act and the Fundamental Law on Freedom of Expression, which are part of the Swedish Constitution.

43. Consequently, on 20 December 2012 the Government adopted a new proposal modifying the scope of the criminalisation of intrusive photography. The Law Council did not have any comments on the substance of the proposal and on 7 February 2013 the Government presented the bill to the Swedish Parliament proposing to criminalise intrusive photography in accordance with the proposal referred to the Law Council on 20 December 2012. The Law (SFS 2013:366) was enacted by Parliament on 29 May 2013 and came into force on 1 July 2013. Henceforth, Article 6a of Chapter 4 of the Penal Code, regarding crimes against liberty and peace, reads as follows:

“A person who, with the aid of technical means, illicitly and covertly records a picture of someone who is inside a home or in a bathroom, in a changing room or other

similar space, shall be sentenced for intrusive photography to a fine or imprisonment of a maximum of two years.

No criminal responsibility shall be imposed if the act is justifiable considering its purpose and other circumstances.

The first paragraph does not apply to a person who depicts someone with the aid of technical means in the course of duty on behalf of a public authority.”

In concrete terms, covertly filming a person without his or her permission in a shower or bathroom would be punishable as intrusive photography. Placing, or “rigging”, a camera with the aim of committing an intrusive-photography offence would also be punishable as preparation to commit such an offence.

#### **F. Domestic practice concerning the crime of child pornography**

44. In a judgment of 25 February 2005 (NJA 2005, p. 80), which concerned the photographing and filming of certain young individuals aged over 15 but under 18, the Supreme Court held that the pubertal development of the individuals was clearly complete and that it was impossible, from the pictures alone or their presentation, to determine whether they had attained the age of 18 or not. Their age could not be determined from any text accompanying the pictures or any other circumstances. In such a situation, and regardless of whether the person responsible for the pictures was aware of the individuals’ age or not, the act could not be held to constitute the crime of child pornography.

#### **G. Domestic practice and ongoing legislative work concerning compensation for violations of the Convention**

45. In a judgment of 9 June 2005 (NJA 2005, p. 462) concerning a claim for damages brought by an individual against the Swedish State, *inter alia*, on the basis of an alleged violation of Article 6 of the Convention on account of the excessive length of criminal proceedings, the Supreme Court held that the claimant’s right under this Article had been violated. Based on this finding, and with reference, *inter alia*, to Articles 6 and 13 and the Court’s case-law under these provisions, in particular the case of *Kudła v. Poland* ([GC], no. 30210/96, ECHR 2000-XI), the Supreme Court concluded that the claimant was entitled to compensation from the State directly under Swedish legislation on tort liability for pecuniary damage and under Article 13 of the Convention for non-pecuniary damage to the extent that no other remedy was available.

46. Similar decisions followed on 4 May 2007 (NJA 2007, p. 295), concerning length of detention and Article 5 of the Convention, and

on 21 September 2007 (NJA 2007, p. 584) regarding Article 8 of the Convention.

47. A Supreme Court decision of 29 October 2007 (NJA 2007, p. 747) concerned a claim for damages brought by an individual against a private insurance company. The claim concerned an alleged violation of Article 8 of the Convention related to secret surveillance undertaken in respect of the claimant. The Supreme Court noted that the Convention did not impose duties on individuals. Even if the State might have positive obligations under the Convention, the court continued, in view of the rule-of-law value enshrined in the principle of predictability, an individual could not be obliged to compensate another individual directly on the basis of the Convention.

48. The right to obtain compensation on the basis of an alleged violation of the Convention was subsequently acknowledged by the Supreme Court in its judgments of December 2009 (NJA 2009, N 70), June 2010 (NJA 2010, p. 363) and April 2012 (NJA 2012, p. 211).

49. Furthermore, the Chancellor of Justice has delivered various decisions concerning compensation to individuals for violations of the Convention.

50. Finally, in May 2009 the Government decided to set up a committee (*en särskild utredare*) on tort liability and the Convention to examine the current legal situation. In December 2010 the committee submitted its report (*Skadestånd och Europakonventionen*, SOU 2010:87) to the Government. It proposed the inclusion of an explicit provision in the Tort Liability Act allowing natural and legal persons to obtain pecuniary and non-pecuniary damages from the State or a municipality for violations of the Convention. Such an action against public authorities would be examined by an ordinary court which would first need to establish that a right under the Convention had been violated. The aim of the proposal is to fulfil, together with the other already existing legal remedies, Sweden's obligations under Article 13 of the Convention.

### III. INTERNATIONAL CONVENTIONS

#### **A. The United Nations Convention on the Rights of the Child 1989**

51. The United Nations Convention on the Rights of the Child, adopted by the General Assembly of the United Nations on 20 November 1989, has binding force under international law on the Contracting States, including all of the member States of the Council of Europe. It was ratified by Sweden on 29 June 1990 and its relevant Articles read:

### Article 19

“1. States Parties shall take all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child.

2. Such protective measures should, as appropriate, include effective procedures for the establishment of social programmes to provide necessary support for the child and for those who have the care of the child, as well as for other forms of prevention and for identification, reporting, referral, investigation, treatment and follow-up of instances of child maltreatment described heretofore, and, as appropriate, for judicial involvement.”

### Article 34

“States Parties undertake to protect the child from all forms of sexual exploitation and sexual abuse. For these purposes, States Parties shall in particular take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent:

- (a) The inducement or coercion of a child to engage in any unlawful sexual activity;
- (b) The exploitative use of children in prostitution or other unlawful sexual practices;
- (c) The exploitative use of children in pornographic performances and materials.”

## **B. The Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse**

52. This Convention obliges its Parties to take the necessary legislative or other measures to prevent all forms of sexual exploitation and sexual abuse of children and to criminalise certain intentional conduct, including offences concerning child pornography. It was signed by Sweden on 25 October 2007 and came into force on 1 July 2010. Sweden ratified it on 28 June 2013. The relevant parts of Chapter VI, “Substantive criminal law” read:

### **Article 18 – Sexual abuse**

“1. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conduct is criminalised:

- a. engaging in sexual activities with a child who, according to the relevant provisions of national law, has not reached the legal age for sexual activities;
- b. engaging in sexual activities with a child where:
  - use is made of coercion, force or threats; or
  - abuse is made of a recognised position of trust, authority or influence over the child, including within the family; or

– abuse is made of a particularly vulnerable situation of the child, notably because of a mental or physical disability or a situation of dependence.

2. For the purpose of paragraph 1 above, each Party shall decide the age below which it is prohibited to engage in sexual activities with a child.

3. The provisions of paragraph 1.a are not intended to govern consensual sexual activities between minors.”

### **Article 20 – Offences concerning child pornography**

“1. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conduct, when committed without right, is criminalised:

- a. producing child pornography;
- b. offering or making available child pornography;
- c. distributing or transmitting child pornography;
- d. procuring child pornography for oneself or for another person;
- e. possessing child pornography;
- f. knowingly obtaining access, through information and communication technologies, to child pornography.

2. For the purpose of the present article, the term ‘child pornography’ shall mean any material that visually depicts a child engaged in real or simulated sexually explicit conduct or any depiction of a child’s sexual organs for primarily sexual purposes.

3. Each Party may reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraph 1.a and e to the production and possession of pornographic material:

- consisting exclusively of simulated representations or realistic images of a non-existent child;
- involving children who have reached the age set in application of Article 18, paragraph 2, where these images are produced and possessed by them with their consent and solely for their own private use.

4. Each Party may reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraph 1.f.”

### **Article 21 – Offences concerning the participation of a child in pornographic performances**

“1. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conduct is criminalised:

- a. recruiting a child into participating in pornographic performances or causing a child to participate in such performances;

b. coercing a child into participating in pornographic performances or profiting from or otherwise exploiting a child for such purposes;

c. knowingly attending pornographic performances involving the participation of children.

2. Each Party may reserve the right to limit the application of paragraph 1.c to cases where children have been recruited or coerced in conformity with paragraph 1.a or b.

...”

#### IV. COMPARATIVE LAW

53. From the information available to the Court, including a survey of thirty-nine Council of Europe member States, it would appear that child pornography is criminalised in all of those States.

54. The isolated act of covert/non-consensual filming, photographing or portrayal of a child for sexual purposes is criminalised either as child pornography or as a specific offence in thirty-three of the member States studied (Albania, Austria, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Czech Republic, Estonia, Finland, Georgia, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Latvia, Liechtenstein, Luxembourg, Republic of Moldova, Montenegro, the Netherlands, Norway, Poland, Romania, Russia, Slovakia, Slovenia, Spain, Switzerland, Turkey, Ukraine and the United Kingdom), while a conviction in the remaining six member States (Azerbaijan, Denmark, France, Monaco, Lithuania and the former Yugoslav Republic of Macedonia) can only be obtained where an intent to distribute the pornographic material can be proven. In most of the latter countries the conduct in question might still be illegal under other provisions of the Criminal Code relating to sexual offences.

55. The isolated act of covert or non-consensual filming/photographing of an individual (a child or an adult) for non-sexual purposes is considered a criminal offence in twenty-five of the member States studied (Albania, Bosnia and Herzegovina, Croatia, Denmark, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Iceland, Italy, Lithuania, Luxembourg, Monaco, Montenegro, the Netherlands, Poland, Russia, Slovakia, Slovenia, Spain, Switzerland, the former Yugoslav Republic of Macedonia, Turkey and Ukraine), namely as a violation of the right to privacy. Eleven of the remaining fourteen member States which do not include privacy crimes in their criminal codes provide for civil remedies against infringements of a person’s privacy. Three of the member States examined also do not have a civil-law procedure for claims against covert/non-consensual capturing of one’s image.



## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLES 8 AND 13 OF THE CONVENTION

56. The applicant complained that the Swedish State had failed to comply with its obligation under Article 8 to provide her with remedies against her stepfather's violation of her personal integrity when he had attempted secretly to film her naked in their bathroom when she was 14 years old. She also relied on Article 13 of the Convention.

57. The Court reiterates that it is the master of the characterisation to be given in law to the facts of a case (see, for instance, *Aksu v. Turkey* [GC], nos. 4149/04 and 41029/04, § 43, ECHR 2012). In the present case, it considers that the applicant's complaint concerns exclusively the remedies available to her against her stepfather, not those available against the State to enforce the substance of a Convention right or freedom at the national level. The complaint is therefore to be examined under Article 8 of the Convention alone, which provides as follows:

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

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

#### A. The Chamber judgment

58. In its judgment of 21 June 2012 (see *E.S. v. Sweden*, no. 5786/08, 21 June 2012), the Chamber also considered that the complaint was to be examined under Article 8 of the Convention alone. It was satisfied that, although Swedish law contained no provision relating to covert filming, laws were in place which could, at least in theory, cover acts such as the one in this case. It pointed out that the public prosecutor, when indicting the applicant's stepfather, and the District Court, when convicting him on 14 February 2006, considered that the impugned act could be covered by the provision on sexual molestation. Accordingly, although at the relevant time a similar outcome had been seen in Swedish case-law (see NJA 1996, p. 418), it was not until delivery of the Court of Appeal's judgment that it became clear that the act could not legally constitute sexual molestation given the applicant's stepfather's lack of the requisite intent that she find out about the filming. The Chamber also reiterated that the Court of Appeal,

in its judgment acquitting him of sexual molestation, had pointed out that his acts might, at least theoretically, have constituted the crime of attempted child pornography under the Penal Code. However, since no charge of that kind had been brought by the prosecution against the applicant's stepfather, the Court of Appeal could not examine whether he could be held responsible for that crime. Lastly, the Chamber noted that civil-law remedies were available to the applicant and that she had chosen, represented by counsel, to join her claim for damages to the criminal proceedings. In those circumstances the Chamber concluded that there were no such significant flaws in Swedish legislation and practice as to amount to a breach of Sweden's positive obligations under Article 8.

## **B. The parties' submissions**

### *1. The applicant*

59. The applicant maintained that the Swedish legal system did not provide any remedy to protect her against the concrete actions of her stepfather.

60. Firstly, with regard to the provision on sexual molestation, it was a requirement for a conviction that her stepfather should intend the applicant to know of the filming, the reason being that a person could not be molested unless he or she was aware of it. Accordingly, in the applicant's view, her stepfather had been acquitted of sexual molestation on account of the construction of that provision. It could and should have been construed in such a way that it criminalised the filming, whether or not the applicant became aware of it at the time it was carried out. Accordingly, the applicant found that the construction of the provision on sexual molestation was open to criticism, notably since the act in issue was not covered by other criminal provisions.

61. Secondly, referring, *inter alia*, to the preparatory works to the provision on child pornography and to a legal opinion by Professor Madeleine Leijonhufvud, the applicant contended that her stepfather could not have been convicted of attempted child pornography either, because the basic requirement for that provision was lacking, namely that the picture in question be pornographic. In the present case images of a 14-year-old girl undressing before taking a shower, in an otherwise everyday situation, could not be regarded as pornographic within the meaning of Chapter 16, Article 10a, of the Penal Code concerning child pornography. In order for the film to be pornographic, her stepfather would have had to manipulate the film, *inter alia*, by making it appear as if the applicant was

posing for him, or otherwise placing the film in a pornographic context. When the case was pending before the national courts it was not possible to speculate as to what her stepfather would have done with the film because it had been destroyed. In the applicant's view, it was therefore completely understandable that the prosecutor had not formulated or amended the indictment to include a child-pornography crime, since such a claim would not have had any prospect of success.

62. For the reasons set out above, the applicant did not criticise the prosecution on procedural grounds for not complying with their obligation to indict crimes or their duty to assist her in pursuing claims for damages under Chapter 22 of the Code of Judicial Procedure. Rather, she found that the legislator and the domestic courts had failed in their respective positive obligations in the present case, the legislator on account of the flaw in the law and the courts on account of the failure to award the applicant damages.

63. In respect of the legislator, the applicant observed that the mere filming or depiction of a minor in a situation which upset the essential aspects of the portrayed person's personal integrity was not a criminal offence unless the image could objectively be regarded as pornographic according to common parlance and general values. For adults, no such protection existed at all. The applicant found that the failure for years to criminalise the act of covert or illicit filming amounted to a violation of Article 8. She pointed out that the weak protection in this area had been known and discussed since 1966. In her view it was inadequate to "quantify" this deficiency as a "significant" or "insufficiently significant" flaw in the law, for the purpose of an examination under Article 8. It sufficed to conclude that the protection for the right to respect for private life was – and still is – insufficient in the Swedish legal system and that the applicant was a victim of that deficiency. The applicant pointed out that the legislative proposal regarding covert filming had been initiated after the applicant's case had been communicated and that the ongoing legislative measures seemed to have progressed quite far, especially after the Grand Chamber had accepted her request for referral of her case, which demonstrated the urgent need for such legislative protection.

64. Lastly, referring to the outcome of the criminal proceedings before the domestic courts, the applicant alleged that the Swedish system did not afford her a civil remedy to protect her against the act of her stepfather. She maintained that, despite his acquittal, the courts could have awarded her compensation on the basis of the Tort Liability Act or the Convention alone. She observed that the domestic courts were the masters of the classification of the law and that therefore it had not been necessary for the parties to invoke any legal provisions at all. Furthermore, since it was

a matter of a private claim in consequence of an offence and Chapter 22, Article 7, of the Code of Judicial Procedure applied, the courts were under an obligation to determine the claim, even if it was found that the act was not punishable. Accordingly, in the applicant's view her claim should have been determined by the domestic courts of their own motion, even though she had not invoked any specific legal provisions.

## 2. *The Government*

65. The Government contended that Sweden had fulfilled its positive obligations under Article 8 in the present case. The act in issue fell within the scope of the Swedish criminal legislation, notably the provisions concerning sexual molestation and the offence of child pornography, and there were no elements suggesting that the primary investigation and the prosecution had not been conducted effectively or in a manner otherwise incompatible with Swedish law or Article 8. The applicant's stepfather had been prosecuted for the act but could not be convicted on account of the lack of requisite evidence. Nevertheless, deterrent sanctions existed in this case and were backed up by effective law-enforcement machinery.

66. The Government initially pointed out that the Court had repeatedly stated that States enjoyed a wide margin of appreciation with regard to ensuring adequate protection under Article 8, even in cases of very severe offences such as the rape of a minor (see, for example, *M.C. v. Bulgaria*, no. 39272/98, § 154, ECHR 2003-XII), and that only significant flaws in legislation and practice, and their application, would amount to a breach of a State's positive obligations under the said provision.

67. In the present case, the applicant's stepfather was indicted for sexual molestation under Chapter 6, Article 7 § 3, of the Penal Code and both the District Court and the Court of Appeal found that his act corresponded to the objective criteria that constituted this offence, but the latter found that it was not possible to prove the subjective element required for criminal liability under that provision, namely his intent that the applicant find out about the filming. The reason for his acquittal was therefore not the lack of a criminal-law provision covering the relevant act but the public prosecutor's inability to prove that he had the necessary intent and hence that the crime had been committed. The Government pointed out in this context that the Convention did not require a guarantee that a prosecution should result in a conviction (see, for example, *Öneryıldız v. Turkey* [GC], no. 48939/99, §§ 96 and 147, ECHR 2004-XII).

68. The Government observed that the provision on sexual molestation had been amended on 1 April 2005 and moved to Chapter 6, Article 10,

of the Penal Code. The crucial factor in criminal liability under the new wording was that the act must have been committed “in a way that is likely to violate that person’s sexual integrity”. Referring to the statements by the 2008 Sexual Offences Commission on the amended provision, the Government pointed out that after 1 April 2005 the provision on sexual molestation also covered situations like the one in issue, in which a person covertly filmed or photographed another person in a sexually intrusive way.

69. The Court of Appeal held in its judgment of 16 October 2007 that the act could, at least in theory, constitute an attempted child-pornography offence. Both sexual molestation and child pornography fell within the domain of public prosecution, in which the principle of objectivity was applied, whereby no prosecution should be brought if the prosecutor deemed that the conditions for a conviction were lacking. In the present case, there was no documentation as to why the applicant’s stepfather was not also charged with attempted child pornography. It was therefore not possible for the Government to draw any conclusions concerning the specific grounds on which the prosecutor had decided to include only the offence of sexual molestation in the indictment. There were several possible reasons, though, why no prosecution for an attempted child-pornography offence was brought.

70. One reason for this might have been that some of the necessary conditions for such an offence were not, in the view of the prosecutor, fulfilled. An example of this might have been the criterion that the image could be considered “pornographic” in common parlance. That meant that not all depictions of naked children or pictures in which a child’s genitals were visible were liable to punishment, even if such images could stimulate some individuals’ sex drive. What was in the picture and how the child was presented in the picture, *inter alia*, through the cutting of the picture, were of relevance to this assessment.

71. Secondly, the wording of the provision at the relevant time could have contributed to a lack of expectation on the prosecutor’s part of securing a conviction for this offence, namely, the requirement that the pubertal development of the child was not complete or, if it was complete, that it was apparent from the image and its circumstances that the child was under 18 years of age.

72. Thirdly, the fact that the applicant’s mother had destroyed the film immediately after the incident in September 2002, and the applicant and her mother did not report the incident to the police until September 2004, thus a long time after the incident had taken place, might have reduced the possibilities for the prosecution to prove that there had been a

“pornographic” picture and that the applicant’s pubertal development at the time of the event, in September 2002, had not been complete, or that it was apparent from the circumstances that she had been under 18 years of age.

73. As to the applicant’s claim for damages, the Government pointed out that by virtue of Chapter 29, Article 6, of the Code of Judicial Procedure, when such a claim was joined to a prosecution, the court’s finding as to criminal liability was binding for the adjudication of the private claim. Accordingly, it had not been possible for the Court of Appeal to award damages based on Chapter 2, section 3, of the Tort Liability Act as no crime within the meaning of the Penal Code had been made out. In the Government’s view, however, in the criminal proceedings the applicant, represented by counsel, could have relied on other grounds for her claim for damages against her stepfather than the act cited in the indictment, notably that he had caused her personal injury by acting negligently, under Chapter 2, section 1, of the Tort Liability Act, which would have covered any physical and psychological injury. Under that provision, damages could have been awarded also on the basis that an injury had been caused by non-criminal acts carried out wilfully or negligently.

74. The Government pointed out that the courts could not award damages based on Article 8 of the Convention as a sole legal ground. The reason for this was that, although the Convention had been incorporated into Swedish law, and the Swedish Supreme Court had established the principle whereby an individual could be awarded damages from the State for violations of the Convention without the support of specific provisions in Swedish law, according to the Supreme Court’s case NJA 2007 (p. 747) this principle could not be applied to claims between individuals, as it would be difficult for an individual to foresee from the case-law of the Court when he or she could be liable to pay damages.

75. Lastly, the ongoing legislative work concerning covert and illicit filming had so far resulted in the Government’s approval on 1 March 2012 of a proposal entitled “Intrusive Photography”, which had been modified by a proposal of 20 December 2012, and had in substance been approved by the Law Council on 7 February 2013. It was proposed that the legislation come into force on 1 July 2013. In concrete terms, under the proposal, covertly filming a person without his or her permission in a shower or bathroom would be punishable as intrusive photography. Placing, or “rigging”, a camera with the aim of committing an offence of intrusive photography would also be punishable as preparation to commit such an offence.

76. In view of the foregoing, the Government contended that the absence at the relevant time of a specific provision in Swedish legislation concerning acts of covert or illicit filming could not be considered to entail

a breach of the applicant's right to respect for private life under Article 8 of the Convention.

### 3. *Third-party observations*

77. The Human Rights Centre of Ghent University considered that the “significant flaw” test applied by the Chamber amounted to a lowering of standards in the Court's jurisprudence on positive obligations. In its view, the Grand Chamber should instead endorse the principles of “priority-to-rights” and “effectiveness”. The former required that Convention rights be principally accorded greater weight than public interests in the proportionality analysis and that the State bear the burden of proving the proportionality of its inactions. The latter required the existence in practice of a means capable of protecting a Convention right. In the context of the positive obligation to investigate, any deficiency in the investigation that undermined the ability to establish the circumstances of the case or the perpetrator's liability fell foul of the standard of effectiveness.

## C. The Court's assessment

### 1. *General principles*

78. The Court reiterates that the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities. However, this provision does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there are positive obligations inherent in an effective respect for private or family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves (see, *inter alia*, *Airey v. Ireland*, 9 October 1979, § 32, Series A no. 32).

79. The choice of the means calculated to secure compliance with Article 8 of the Convention in the sphere of the relations of individuals between themselves is in principle a matter that falls within the Contracting States' margin of appreciation, whether the obligations on the State are positive or negative. There are different ways of ensuring respect for private life and the nature of the State's obligation will depend on the particular aspect of private life that is in issue (see, for example, *Von Hannover v. Germany (no. 2)* [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, § 104, ECHR 2012; *Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, § 46, ECHR 2003-III; *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007-I; and *Mosley v. the United Kingdom*, no. 48009/08, § 109, 10 May 2011). Where a particularly

important facet of an individual's existence or identity is at stake, or where the activities at stake involve a most intimate aspect of private life, the margin allowed to the State is correspondingly narrowed (see *Mosley*, cited above, § 109).

80. Regarding the protection of the physical and psychological integrity of an individual from other persons, the Court has previously held that the authorities' positive obligations – in some cases under Articles 2 or 3 of the Convention and in other instances under Article 8 taken alone or in combination with Article 3 – may include a duty to maintain and apply in practice an adequate legal framework affording protection against acts of violence by private individuals (see, *inter alia*, *Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, §§ 128-30, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII, §§ 128-30; *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, no. 71127/01, § 65, 12 June 2008; *Sandra Janković v. Croatia*, no. 38478/05, § 45, 5 March 2009; *A v. Croatia*, no. 55164/08, § 60, 14 October 2010; and *Đorđević v. Croatia*, no. 41526/10, §§141-43, ECHR 2012).

81. In respect of children, who are particularly vulnerable, the measures applied by the State to protect them against acts of violence falling within the scope of Articles 3 and 8 should be effective and include reasonable steps to prevent ill-treatment of which the authorities had, or ought to have had, knowledge and effective deterrence against such serious breaches of personal integrity (see *Z and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 29392/95, § 73, ECHR 2001-V, and *M.P. and Others v. Bulgaria*, no. 22457/08, § 108, 15 November 2011). Such measures must be aimed at ensuring respect for human dignity and protecting the best interests of the child (see *C.A.S. and C.S. v. Romania*, no. 26692/05, § 82, 20 March 2012, and *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 65, ECHR 2002-III).

82. Regarding, more specifically, serious acts such as rape and sexual abuse of children, where fundamental values and essential aspects of private life are at stake, it falls upon the member States to ensure that efficient criminal-law provisions are in place (see, for example, *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, § 27, Series A no. 91, and *M.C. v. Bulgaria*, cited above, § 150). This obligation also stems from other international instruments, such as, *inter alia*, Articles 19 and 34 of the United Nations Convention on the Rights of the Child and Chapter VI, “Substantive criminal law”, of the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (see paragraphs 51 and 52 above).

83. Concerning such serious acts, the State's positive obligation under Articles 3 and 8 to safeguard the individual's physical integrity may also extend to questions relating to the effectiveness of the criminal investigation



(see, among other authorities, *C.A.S. and C.S. v. Romania*, cited above, § 72; *M.P. and Others v. Bulgaria*, cited above, §§ 109-10; and *M.C. v. Bulgaria*, cited above, § 152) and to the possibility of obtaining reparation and redress (see, *mutatis mutandis*, *C.A.S. and C.S. v. Romania*, cited above, § 72), although there is no absolute right to obtain the prosecution or conviction of any particular person where there were no culpable failures in seeking to hold perpetrators of criminal offences accountable (see, for example, *Brecknell v. the United Kingdom*, no. 32457/04, § 64, 27 November 2007, and *Szula v. the United Kingdom* (dec.), no. 18727/06, 4 January 2007).

84. As to acts which do not attain the seriousness of those in issue in *X and Y v. the Netherlands* (cited above) and *M.C. v. Bulgaria* (cited above), the Court has examined under Article 8 the State's obligation to protect, for example, a minor against malicious misrepresentation (see *K.U. v. Finland*, no. 2872/02, §§ 45-49, ECHR 2008). The act in that case did not involve any physical violence, but could not be considered trivial as it entailed a potential threat to the minor's physical and mental welfare, brought about by the impugned situation, namely, that he was made the target for approaches by paedophiles. The act constituted a criminal offence under domestic law and the Court considered that practical and effective protection of the applicant required the availability of a remedy enabling the actual offender to be identified and brought to justice.

85. More generally, however, in respect of less serious acts between individuals, which may violate psychological integrity, the obligation of the State under Article 8 to maintain and apply in practice an adequate legal framework affording protection does not always require that an efficient criminal-law provision covering the specific act be in place. The legal framework could also consist of civil-law remedies capable of affording sufficient protection (see, *mutatis mutandis*, *X and Y v. the Netherlands*, cited above, §§ 24 and 27, and *K.U. v. Finland*, cited above, § 47). The Court notes, for example, that in some previous cases concerning the protection of a person's picture against abuse by others, the remedies available in the member States have been of a civil-law nature, possibly combined with procedural remedies such as the granting of an injunction (see, *inter alia*, *Von Hannover*, cited above; *Reklos and Davourlis v. Greece*, no. 1234/05, 15 January 2009; and *Schüssel v. Austria* (dec.), no. 42409/98, 21 February 2002).

## 2. Application of the above-mentioned principles to the present case

86. The Court observes that the Court of Appeal found that the applicant's stepfather's act constituted a violation of her personal integrity (see paragraph 23 above). The Court endorses this finding and considers,

on the one hand, that the circumstances were aggravated by the fact that the applicant was a minor, that the incident took place in her home, where she was supposed to feel safe, and that the offender was her stepfather, a person whom she was entitled and expected to trust. This event affected the applicant in highly intimate aspects of her private life. On the other hand, it observes that the offence in question did not involve any physical violence, abuse or contact. While noting the domestic courts' finding that her stepfather's act was certainly reprehensible, in the Court's view the act in question did not attain the seriousness of the grave acts in the case-law cited above which concerned rape and sexual abuse of children (see paragraph 81 above), considered not only under Article 8 of the Convention but also Article 3.

87. On the latter point, it is worth noting that the applicant, apart from complaining about the lack of a criminal remedy with reference to the construction of the molestation offence and the absence in Swedish legislation of a separate offence of covert or illicit filming, also complained that the Swedish system did not afford her a civil remedy to protect her against her stepfather's act. More specifically, the applicant maintained that the domestic courts had not fulfilled their positive obligations on account of their failure to award her compensation either on the basis of the Tort Liability Act or the Convention. Accordingly, the applicant did not claim that recourse to criminal law was the only way that Sweden could fulfil its obligation under Article 8 to protect her against her stepfather's act.

88. The applicant did not complain about the effectiveness of the criminal investigation carried out by the Swedish authorities. The Court has not found any evidence that the manner in which the investigating authorities and the public prosecution carried out their tasks was ineffective in safeguarding the applicant's physical integrity, or that they failed to comply with their positive obligation to conduct an effective prosecution in order to ensure adequate protection of the applicant's rights under Article 8 of the Convention.

89. In the light of these preliminary observations, the Court will proceed to examine whether, in the specific circumstances of the case before it, Sweden had an adequate legal framework providing the applicant with protection against the concrete actions of her stepfather and will, to this end, assess each of the remedies allegedly available to her.

90. This approach, it should be emphasised, differs from that followed by the Chamber, which affirmed that "only significant flaws in legislation and practice, and their application, would amount to a breach of the State's positive obligations under Article 8". This was with reference to the terms used in *M.C. v. Bulgaria* (cited above, § 167) in relation to the scope of

the State's positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention in affording protection against rape and sexual abuse. However, in that judgment the Court had applied the "significant flaw" test to "alleged shortcomings in the *investigation*", pointing out that it "was not concerned with allegations of errors or isolated omissions" (ibid., § 168) and holding that the shortcomings were "significant" (see, for instance, *M.C. v. Bulgaria*, cited above, §§ 179 and 184; see also *M. and C. v. Romania*, no. 29032/04, §§ 112 et seq., 27 September 2011; compare and contrast *Siliadin v. France*, no. 73316/01, § 130, ECHR 2005-VII, where such wording was used in relation to a review of legislation and practice under Article 4 of the Convention).

91. The Grand Chamber considers that such a significant-flaw test, while understandable in the context of investigations, has no meaningful role in an assessment as to whether the respondent State had in place an *adequate legal framework* in compliance with its positive obligations under Article 8 of the Convention since the issue before the Court concerns the question of whether the law afforded an acceptable level of protection to the applicant in the circumstances.

**(a) Child pornography**

92. From the outset, the Court notes that a considerable part of the parties' pleadings before it were devoted to the existence under Swedish law of the offence of attempted child pornography and its relevance to the case under consideration. This had its background in the fact that when acquitting the applicant's stepfather of the charge of sexual molestation (under Chapter 6, Article 7 § 3, of the Penal Code) in its judgment of 16 October 2007, the Court of Appeal affirmed in an *obiter dictum* that, considering the applicant's age, the act in question could, at least in theory, have constituted attempted child pornography under Chapter 16, Article 10a, of the Penal Code (see the provisions cited in paragraphs 31-32 above). However, since no charge of that kind had been brought against the applicant's stepfather, it could not examine whether he could be held liable for such a crime (see paragraph 24 above).

93. The Government were of the opinion that the type of act in issue in the applicant's case could, under certain circumstances, fall not only within the provisions on sexual molestation but also within those on attempted child pornography.

94. However, whilst acknowledging that no information was available as to whether at the relevant time the public prosecutor had given any consideration to indicting the applicant's stepfather with attempted child pornography, the Government enumerated a number of possible reasons

why the prosecutor might have decided not to do so, notably a series of difficulties in adducing sufficient evidence to show that there had been a “pornographic” picture (see paragraphs 69 to 72 above). For instance, they pointed out that the applicant’s mother had destroyed the film immediately after the incident in September 2002 and that the applicant and her mother had not reported the incident to the police until September 2004, thus a long time after the incident had taken place.

95. The Court has further taken note of the fact that, in the applicant’s view, expressed with reference, *inter alia*, to the preparatory works to the provision on child pornography and to a legal opinion (see paragraph 61 above), even if the film had existed her stepfather could not have been convicted of attempted child pornography. This was because the basic condition for the offence, namely that the picture in question be “pornographic”, was absent. Images of a 14-year-old girl undressing before taking a shower in an otherwise everyday situation could not be regarded as pornographic within the meaning of Chapter 16, Article 10a, of the Penal Code concerning child pornography. In order for the film to be pornographic, the applicant’s stepfather would have had to manipulate the film, for example by making it appear as if she had been posing for him, or otherwise place the film in a pornographic context. Had a charge been brought for the offence of attempted child pornography in the instant case, it would not have had any prospect of success. The applicant requested the Court to disregard the existence of this offence under the relevant national law in its examination of her complaint.

96. The Court observes that the term “pornographic picture” was not defined in the Penal Code and that the preparatory works referred to by the applicant stated that

“a certain prudence was called for, so that the criminalised area would not become too wide or difficult to assess. It was not the intention to criminalise every exposure of naked children or all pictures in which a child’s genitals may be perceived, even if such pictures may stimulate some people’s sexual instincts. In order for the handling of a picture to be illegal, it was a condition that it be pornographic according to common parlance and general values” (see paragraph 33 above).

97. Against this background, the possibility that the offence of attempted child pornography might have afforded the applicant protection in respect of the specific act in issue seems rather theoretical. The Court is not convinced that her stepfather’s act was covered by the said offence and sees no need in the particular circumstances to speculate on what the implications would have been for the protection of the applicant’s right to respect for her private life under Article 8 of the Convention had a charge for such conduct also been brought.

**(b) Sexual molestation**

98. Another issue is the question whether the offence of sexual molestation provided the applicant with the protection required by Article 8 of the Convention. Before 1 April 2005, the relevant part of the provision on sexual molestation under Chapter 6, Article 7 § 3, of the Penal Code read as follows:

“[A sentence for sexual molestation shall be imposed] if a person exposes himself or herself in such a manner that the nature thereof gives offence or otherwise manifestly behaves indecently by word or deed towards the latter in a way that flagrantly violates a sense of propriety.”

99. The applicant’s stepfather was convicted accordingly by the District Court on 14 February 2006. The Court of Appeal acquitted him by a judgment of 16 October 2007 since it considered that, legally, the act could not constitute sexual molestation. The Court of Appeal found it established that his motive had been to film the applicant covertly for a sexual purpose. It was thus regarded as certain that he did not intend the applicant to find out about the filming. Nor, according to the court, was he indifferent to the risk that she would find out about it. The Court of Appeal then referred to a judgment (NJA 1996, p. 418) in which the Supreme Court had held, among other things, that covert filming was not a crime in itself as in Swedish law there was no general prohibition against filming an individual without his or her consent. Following that line of reasoning, and although finding that the act in question constituted a violation of personal integrity, notably in the light of the applicant’s age and relationship to her stepfather, the Court of Appeal found that he could not be held criminally responsible for the isolated act of filming the applicant without her knowledge. Even if she had indeed obtained knowledge of the filming afterwards, the court reiterated, this knowledge was not covered by her stepfather’s intent. The Supreme Court refused leave to appeal on 12 December 2007.

100. In order for the offence of sexual molestation under Chapter 6, Article 7 § 3, of the Penal Code to be made out, it was thus a requirement when carrying out the act that the offender intended that the victim find out about the sexual molestation or that the offender was indifferent to the risk that the victim would find out about it. In other words, the victim could not be considered sexually molested unless he or she was aware of the molestation. It will be recalled that the applicant’s stepfather was indeed convicted of sexual molestation under the said provision as regards the two counts of indecent behaviour against the applicant’s 16-year-old cousin, namely, for having caressed her thigh and for having expressed his desire to have sex with her (see paragraph 14 above).

101. This interpretation of the provision on sexual molestation by the Court of Appeal was confirmed in another case by the Supreme Court in a judgment of 23 October 2008 (NJA 2008, p. 946) (see paragraph 40 above). The Supreme Court acquitted a person of molestation and reiterated at the same time that Swedish law contained no general prohibition against covert filming. It further noted that although the need for a strengthened legal framework in this regard had been acknowledged in Swedish legislative work as early as the 1960s, it had so far not led to any concrete results. It found it highly questionable whether the fact that acts of filming an individual in situations where such filming seriously violated the personal integrity of the person concerned were left wholly unpunished under Swedish law was compatible with the requirements of Article 8 of the Convention.

102. The applicant maintained that the construction of the provision on sexual molestation as worded before 1 April 2005 was open to criticism. In so far as this criticism was not only aimed at the legislators but also aimed at the interpretation by the Court of Appeal in its judgment of 16 October 2007, and subsequently confirmed by the Supreme Court in another case, the Court reiterates that it is not its task to take the place of the domestic courts. It is primarily for the national authorities, notably the courts, to resolve problems of interpretation of domestic legislation (see *Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey* [GC], no. 13279/05, § 49, 20 October 2011). The Court agrees with the applicant, however, that it was not on account of a lack of requisite evidence, as maintained by the Government, that her stepfather was acquitted of sexual molestation, but rather, as pointed out by the Court of Appeal, because, legally at the relevant time, the act could not constitute sexual molestation.

103. The provision on sexual molestation was amended on 1 April 2005, thus after the act in the present case had been committed in September 2002, and before the acquittal of the applicant's stepfather in the criminal proceedings. Thereafter, the provision on sexual molestation also included acts carried out "in a way that [was] likely to violate that person's sexual integrity". Subsequently, the 2008 Sexual Offences Commission stated that in their view the amended provision included actions directed at persons who were unconscious or asleep and that it could also be used in situations where a person had covertly filmed or photographed another person in a sexually intrusive way.

104. The Court observes that the Government have not pointed to any domestic case-law in which the amended provision on sexual molestation was applied to covert filming carried out after 1 April 2005. In any event, it suffices to conclude that the provision on sexual molestation as worded before 1 April 2005, and interpreted in the present case by the Court of

Appeal in their judgment of 16 October 2007, which became final when the Supreme Court refused leave to appeal, could not legally cover the act in issue and thus did not protect the applicant against the lack of respect for her private life under Article 8 of the Convention.

**(c) Recent legislation on covert filming**

105. Nor does it appear that the above-mentioned gaps in the substantive protection of the applicant's Article 8 rights were in any way remedied by any other existing national provisions at the time. In this connection, the Court cannot but note that the absence of such provisions has long been a matter of concern in Sweden and that many other member States have legislation in place covering the isolated act of covert or non-consensual filming/photographing of an individual (child or adult) for other than sexual purposes, either under criminal or civil law (see paragraph 55 above). According to the Supreme Court judgment of 23 October 2008 (NJA 2008, p. 946 – see paragraph 40 above) the need for a strengthened legal framework against covert filming had already been acknowledged in Swedish legislative work in the 1960s, but had not yet led to any concrete results. The Supreme Court found it highly questionable whether the fact that acts of filming of an individual in situations where such filming deeply violated the personal integrity of the person concerned were left wholly unpunished under Swedish law was compatible with the requirements of Article 8 of the Convention (see also paragraph 101 above).

106. The Court notes that the most recent proposal by the Government, of 20 December 2012, entitled "Intrusive Photography", has been adopted by Parliament. In concrete terms, under the new provisions, which came into force on 1 July 2013, covertly filming a person without his or her permission in a shower or bathroom would be punishable as intrusive photography. Placing, or "rigging", a camera with the aim of committing an intrusive photography offence would also be punishable as preparation to commit such an offence (see paragraph 43 above).

107. The Court further observes that the legislation is designed to cover an act such as the one in issue in the present case. It also notes that the principles laid down in the Freedom of the Press Act and the Fundamental Law on Freedom of Expression, which are part of the Swedish Constitution, notably as regards the protection of procurers of information to the media, were carefully considered before the said bill could be presented to Parliament. However, as was undisputed, the applicant could not rely on the new legislation regarding an incident which took place in 2002 and could not avail herself of any such protection of her right to respect for her private life.

**(d) Civil-law remedies**

108. In this case recourse to the criminal law was, in the Court's view, not necessarily the only way that the respondent State could fulfil its obligations under Article 8 of the Convention. Accordingly, the question arises whether the applicant had a civil remedy available to her.

109. In this connection, it is to be observed that the applicant joined her civil claim for damages against her stepfather to the criminal proceedings against him. Thus, on 20 January 2006, represented by counsel, the applicant submitted a claim for damages of SEK 25,000, with SEK 15,000 of this sum as compensation for violation of her personal integrity and SEK 10,000 for pain and suffering. As the basis for her claim the applicant referred to "the criminal act for which her stepfather was being prosecuted".

110. According to the Government, the claim was founded partly on section 1 and partly on section 3 of Chapter 2 of the Tort Liability Act (see paragraph 37 above).

111. In its judgment of 14 February 2006 convicting the applicant's stepfather, the District Court ordered him to pay the applicant damages in the amount of SEK 20,000. However, when acquitting him in its judgment of 16 October 2007, because the act could not legally constitute sexual molestation, the Court of Appeal also dismissed the applicant's claim for damages. The Government pointed out in this connection that by virtue of Chapter 29, section 6, of the Code of Judicial Procedure, when a civil claim is joined to a prosecution, the court's finding in the matter of criminal liability is binding for the adjudication of the private claim. Accordingly, it was not possible for the Court of Appeal to award damages based on Chapter 2, section 3, of the Tort Liability Act as no crime within the meaning of the Penal Code had been made out. This conclusion is consistent with the statement of the Supreme Court in the subsequent judgment, NJA 2008, p. 946 (see paragraph 40 above) of 23 October 2008, that Swedish law contained no general prohibition against covert filming and that in cases where such filming did not constitute a crime, damages could not be awarded.

112. Nevertheless, the Government contended that in the criminal proceedings the applicant could have relied on other grounds in support of the claim for damages directed against her stepfather, namely, that he had caused her personal injury by acting negligently under Chapter 2, section 1, of the Tort Liability Act, which could have covered any physical and psychological injury (see paragraph 73 above).

113. In this regard, it should be borne in mind, however, that the applicant's stepfather had at no time during the investigation or the



criminal proceedings alleged that he had left the camera in recording mode in the laundry basket in the bathroom by accident. On the contrary, he acknowledged that it had been a wilful but impulsive act. Therefore, in the Court's view, the applicant and her counsel could not be expected to have invoked negligence just for the sake of ensuring that her claim be dealt with in the event that the act was not deemed to be covered by the offence of sexual molestation.

114. Accordingly, the Court is not convinced that in the specific situation at hand, where the act in issue was not legally covered by the provision on sexual molestation and where covert filming in general did not constitute a crime, the applicant had a civil remedy available to her.

**(e) Compensation on the basis of the Convention**

115. Lastly, the Court has considered the applicant's contention that the domestic courts in the criminal proceedings could have awarded her compensation on the basis of the Convention alone but had failed to do so of their own motion.

116. As pointed out by the Government, although the Supreme Court had established a principle whereby an individual could be awarded damages from the State for violations of the Convention without the support of specific provisions in Swedish law, this could not apply to claims between individuals as it would be difficult for an individual to foresee from the Court's case-law when he or she could be liable to pay damages (NJA 2007, p. 747, see paragraph 47 above). Having regard to the Swedish domestic practice on compensation for violations of the Convention (see paragraphs 45 to 50 above), including the aforementioned Supreme Court ruling, the Court is not persuaded that this alleged avenue of redress really existed or that it could have made up for the absence of a civil remedy in the specific situation at hand as found above.

**(f) Conclusion**

117. Having regard to all the above-mentioned considerations, the Court is not satisfied that the relevant Swedish law, as it stood in September 2002 when the specific act of the applicant's stepfather attempting covertly to film the applicant naked in their bathroom for a sexual purpose occurred, ensured protection of her right to respect for her private life in a manner that, notwithstanding the respondent State's margin of appreciation, complied with its positive obligations under Article 8 of the Convention. The act in question violated the applicant's integrity; it was aggravated by the fact that she was a minor, that the incident took place in her home, where she was supposed to feel safe, and that the offender was her

stepfather, a person whom she was entitled and expected to trust. However, as the Court has found above, neither a criminal remedy nor a civil remedy existed under Swedish law that could enable the applicant to obtain effective protection against the said violation of her personal integrity in the concrete circumstances of her case.

Accordingly, there has been a violation of Article 8 of the Convention.

## II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

118. 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

119. The applicant claimed 20,000 euros (EUR) in compensation for non-pecuniary damage.

120. The Government found that amount excessive. In their view, an amount not exceeding a total of EUR 3,000 would be sufficient to compensate the applicant.

121. The Court considers that the applicant must have suffered non-pecuniary damage that is not sufficiently compensated for by the mere finding of a violation of Article 8. Ruling on an equitable basis, it awards the applicant EUR 10,000 in respect of non-pecuniary damage.

### B. Costs and expenses

122. The applicant claimed 516,410 Swedish kronor (SEK) (corresponding to approximately EUR 60,500) including value-added tax (VAT) for costs and expenses, which comprised:

(i) SEK 146,250 for lawyers' fees incurred in the proceedings before the Chamber, equal to 65 hours at an hourly rate of SEK 1,800 (exclusive of VAT);

(ii) SEK 353,750 for lawyers' fees incurred in the proceedings before the Grand Chamber, equal to 141.50 hours at an hourly rate of SEK 2,000 (exclusive of VAT);

(iii) SEK 11,021 for a legal opinion obtained;

(iv) SEK 5,389 for travel costs and an allowance for expenses incurred by her three counsel in attending the hearing before the Grand Chamber.

In connection with the latter item, the applicant also claimed compensation for expenses amounting to EUR 3,260.60 for flight tickets

and accommodation costs incurred by her and her three counsel in attending the hearing before the Grand Chamber.

123. The Government found the lawyers' fees excessive both as to the hours and the hourly rate. They considered a total amount of 80 hours reasonable as well as an hourly rate corresponding to the Swedish hourly legal aid fee, which for 2013 was SEK 1,242 (exclusive of VAT). Regarding the other costs and expenses, the Government found that the cost of the legal opinion had been unnecessarily incurred. They did not object to the remainder of the claims as such.

124. According to the Court's established case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these were actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum.

125. In respect of the lawyers' fees, be this before the Chamber or the Grand Chamber, the Court can accept an hourly rate as claimed by the applicant. In the present case, regard being had to the documents in its possession and the above criteria, the Court considers it reasonable to award the sum of EUR 25,000 including VAT (see, for example, *X and Others v. Austria* [GC], no. 19010/07, § 163, ECHR 2013; *Nada v. Switzerland* [GC], no. 10593/08, § 245, ECHR 2012; and *Al-Jedda v. the United Kingdom* [GC], no. 27021/08, § 117, ECHR 2011).

126. Turning to the other costs and expenses before the Grand Chamber, it appears that the amount included plane tickets for five persons. The Court can only award travel expenses for the applicant and her three counsel. It therefore awards the applicant EUR 4,700 under this head.

### **C. Default interest**

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

## **FOR THESE REASONS, THE COURT**

1. *Holds*, by sixteen votes to one, that there has been a violation of Article 8 of the Convention;
2. *Holds*, by sixteen votes to one,
  - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, the following amounts, to be converted into the currency of the respondent State at the rate applicable at the date of settlement:
    - (i) EUR 10,000 (ten thousand euros), plus any tax that may be

- chargeable, in respect of non-pecuniary damage;
- (ii) EUR 29,700 (twenty-nine thousand seven hundred euros) under the head of costs and expenses, plus any tax that may be chargeable to the applicant in this respect;
- (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*, unanimously, the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 12 November 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 Pinto de Albuquerque;
- (b) dissenting opinion of Judge Kalaydjieva.

J.C.  
E.F.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE PINTO DE ALBUQUERQUE

The *Söderman* case raises three fundamental legal questions, namely, the international obligation to criminalise non-consensual filming or photography; the limits of an evolutive interpretation of criminal law in accordance with the respondent State's international obligations; and the legal force of the European Convention on Human Rights ("the Convention") as a direct basis for awarding compensation for non-pecuniary damage. I concur with the majority in finding a violation of Article 8, though for different reasons. In addition, I would have addressed separately the complaint under Article 13 taken in conjunction with Article 8 and found a violation thereof.

### **The international obligation to criminalise non-consensual filming or photography**

*The Convention guarantees the right to protection of one's image. Filming or photographing a person without her or his consent infringes core personality rights, since a person's image constitutes one of the chief attributes of his or her personality, as it reveals the person's unique characteristics and distinguishes the person from his or her peers. The right to the protection of one's image is thus one of the essential components of personal development<sup>1</sup>. The ambit of protection of this right is defined broadly, to include all situations and events in which a person's image is captured without his or her knowledge and consent and regardless of the private nature of the person's environment. It also covers unauthorised use by the offender, or the offender's permission of use by a third person, of images that have been legally obtained<sup>2</sup>.*

The protection of a person's image against abuse by others is an obligation of States Parties, which must prevent violations from occurring and provide for remedies for violations that have already occurred<sup>3</sup>. States do not have a discretion when providing for these remedies. Where a particularly important facet of the individual's personality is at stake, the State's margin of appreciation is narrow<sup>4</sup>.

1. See *Von Hannover v. Germany* (no. 2) [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, § 96, ECHR 2012. With regard to minors, the exercise of the right to protection of their image is overseen by their parents (see *Reklos and Davourlis v. Greece*, no. 1234/05, § 41, 15 January 2009).

2. See *Reklos and Davourlis*, cited above, § 40.

3. See, on images of public figures, *Schüssel v. Austria* (dec.), no. 42409/98, 21 February 2002; *Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria*, no. 34315/96, § 37, 26 February 2002; and *Von Hannover*, cited above, § 57; and, on images of non-public persons, *Sciacca v. Italy*, no. 50774/99, § 28, ECHR 2005-I, and *Reklos and Davourlis*, cited above, § 35.

4. See *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, § 52, Series A no. 45; *Norris v. Ireland*, 26 October 1988, § 46, Series A no. 142; *A.D.T. v. the United Kingdom*, no. 35765/97, § 38, ECHR

The obligation to criminalise child pornography derives from Articles 16, 19 and 34 (c) of the United Nations Convention on the Rights of the Child<sup>5</sup> and Article 3 of the Optional Protocol to the United Nations Convention on the Rights of the Child, on the sale of children, child prostitution and child pornography<sup>6</sup>. Articles 6 and 7 § 1 of the International Labour Organisation Worst Forms of Child Labour Convention (no. 182) oblige States Parties to take steps to eliminate, with the necessary penal sanctions, the sale of children, child prostitution and child pornography, including the use, procuring or offering of a child for prostitution, for the production of pornography or for pornographic performances<sup>7</sup>. The criminalisation of child pornography is also obligatory under Article 20 of the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse<sup>8</sup> and Article 9 of the Council of Europe Convention on Cybercrime<sup>9</sup>. The Council of the European Union adopted, in 2003, the Framework Decision on combating the sexual exploitation of children and child pornography (2004/68/JHA) according to which member States are obliged to criminalise the production, distribution, dissemination, transmission, supplying or making available, acquisition and possession of child pornography and provide for a minimum level of maximum penalties incurred for these offences<sup>10</sup>. The European Parliament

---

2000-IX; *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 90, ECHR 2002-VI; and *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007-I.

5. The Convention has 193 States Parties and the respondent State ratified it in 1990. For the purpose of this opinion, I will consider any person under the age of 18 to be a child, according to the standard set by the United Nations Convention. This does not prevent States Parties to the European Convention on Human Rights from extending the legal protection of children beyond that age.

6. The Protocol was adopted in 2000 and came into force in 2002. As of October 2013, 166 States are party to the Protocol, including Sweden, which ratified it on 19 January 2007, that is, before the Svea Court of Appeal's judgment of 16 October 2007. Article 3 (c) of the Protocol requires States Parties to criminalise producing, distributing, disseminating, importing, exporting, offering, selling or possessing for the above purposes child pornography, namely, "any representation, by whatever means, of a child engaged in real or simulated explicit sexual activities or any representation of the sexual parts of a child for primarily sexual purposes". The Committee on the Rights of the Child has nevertheless encouraged countries to criminalise mere possession (for example, United Nations Committee on the Rights of the Child, Concluding Observations for Costa Rica of 2 February 2007, §§ 14-15, and for Chile of 1 February 2008, §§ 23-24).

7. The Convention came into force in 2000, and has 174 States Parties. Sweden ratified it in 2001.

8. CETS no. 201. The Convention was approved in 2007, entered into force in 2010, has 25 States Parties and was ratified by Sweden in 2013. It contains obligations to criminalise conduct for which criminalisation is not expressly required by the United Nations Optional Protocol on the sale of children, child prostitution and child pornography, such as the possession of child pornography, that is, any visual depiction of a child engaged in real or simulated sexually explicit conduct, or any representation of a child's sexual organs for primarily sexual purposes.

9. CETS no. 185. The Convention was approved in 2001, came into force in 2004, has 39 States Parties and has been signed, but not ratified, by the respondent State.

10. Child pornography in the Framework Decision means pornographic material that visually depicts

and the Council approved Directive 2011/93/EU of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, which replaced the Council Framework Decision of 2004, but maintained the criminalisation obligation<sup>11</sup>. In Europe, forty-one countries have criminalised child pornography, and in the United States both the federal law and the law of all fifty States make provision for the same offence<sup>12</sup>. In view of this broad consensus and constant practice, the *criminalisation of child pornography, namely, any representation, by whatever means, of a child engaged in real or simulated explicit sexual activities or any representation of the sexual parts of a child for primarily sexual purposes, is now part of international customary law, binding on all States.*

Obligations to criminalise are not new under the Convention. The European Court of Human Rights (“the Court”) has already considered that

---

or represents a real child involved or engaged in sexually explicit conduct, including lascivious exhibition of the genitals or the pubic area of a child; or a real person appearing to be a child involved or engaged in the conduct mentioned above; or realistic images of a non-existent child involved or engaged in the conduct mentioned above.

11. Child pornography in the Directive has a broader definition, meaning any material that visually depicts a child engaged in real or simulated sexually explicit conduct; any depiction of the sexual organs of a child for primarily sexual purposes; any material that visually depicts any person appearing to be a child engaged in real or simulated sexually explicit conduct or any depiction of the sexual organs of any person appearing to be a child, for primarily sexual purposes; or realistic images of a child engaged in sexually explicit conduct or realistic images of the sexual organs of a child, for primarily sexual purposes.

12. In addition to Sweden, these are Albania (Article 117 of the Criminal Code), Austria (Article 207a § 1, no. 1, of the Austrian Criminal Code), Azerbaijan (Article 242 of the Criminal Code), Belgium (Article 383 *bis* of the Criminal Code), Bosnia and Herzegovina (Article 199 of the Criminal Code of Republika Srpska and Article 211 of the Criminal Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina), Bulgaria (Article 159 of the Criminal Code), Croatia (Article 163 of the Criminal Code), Czech Republic (Article 192 of the Criminal Code), Denmark (Article 230 of the Criminal Code), Estonia (Article 178 of the Criminal Code), Finland (Articles 18, 18a and 19 of Chapter 17 of the Criminal Code), France (Article 227-23 of the Criminal Code), Georgia (Article 255 of the Criminal Code), Germany (Article 184b § 4 of the Criminal Code), Greece (Article 348 of the Criminal Code), Hungary (Article 204 of the Criminal Code), Iceland (Articles 209 and 210a of the Criminal Code and section 99(3) of the Child Protection Act), Ireland (section 3(2) of the Child Trafficking and Pornography Act), Italy (Article 610 *quater* of the Criminal Code), Latvia (section 1(1) of the Limitation of Pornography Act 2007), Liechtenstein (Article 219 § 1, no. 1, of the Criminal Code), Lithuania (Article 162 of the Criminal Code), Luxembourg (Article 384 of the Criminal Code), Macedonia (Article 193a § 1 of the Criminal Code), Moldova (Article 208 of the Criminal Code), Monaco (Article 294-3 of the Criminal Code), Montenegro (Article 211 of the Criminal Code), the Netherlands (Article 240 b of the Criminal Code), Norway (Article 201 of the Criminal Code, according to the case-law), Poland (Article 202 § 4 of the Criminal Code), Portugal (Article 176 of the Criminal Code), Romania (section 51 of Law no. 161/2003), Russia (Article 242.1 and 2 of the Criminal Code), Slovakia (Articles 368 and 370 of the Criminal Code), Slovenia (Article 176 § 2 of the Criminal Code), Spain (Articles 189 and 197 § 6 of the Criminal Code), Switzerland (Article 197 § 3 of the Criminal Code), Turkey (Article 226 § 3 of the Criminal Code), the United Kingdom (section 1 of the Protection of Children Act 1978), United States of America (section 18 USC §§ 2251, 2252 and 2252a) and Ukraine (Article 301 § 4 of the Criminal Code).

rape<sup>13</sup>, forced labour<sup>14</sup>, wilful attack on the physical integrity of a person<sup>15</sup>, human trafficking<sup>16</sup> and the disclosure of certain confidential items of information<sup>17</sup> must be criminalised<sup>18</sup>, but negligent violations of the right to life and physical integrity must not<sup>19</sup>. With regard to children, the Court has established the principle that *any wilful offence against the physical and moral welfare of children should be criminalised<sup>20</sup> and punished with a deterrent penalty<sup>21</sup>*. Child pornography is certainly among these, having regard to its serious ethical censurability and to its reprehensibility under international customary and treaty law. Yet in view of the threshold of explicitness of the acts depicted and the required sexual purpose of the perpetrator, this criminal offence is subject to evidentiary problems. Thus, in order to provide full and effective protection of children, covert filming of children, with or without a sexual purpose on the part of the perpetrator, and in or outside a

13. See *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, § 27, Series A no. 91, and *M.C. v. Bulgaria*, no. 39272/98, §§ 50, 166, ECHR 2003-XII.

14. *Siliadin v. France*, no. 73316/01, § 112, ECHR 2005-VII, and *C.N. and V. v. France*, no. 67724/09, §§ 105-08, 11 October 2012.

15. *Sandra Janković v. Croatia*, no. 38478/05, § 36, 5 March 2009.

16. *Rantsev v. Cyprus and Russia*, no. 25965/04, §§ 284 and 288, ECHR 2010.

17. *Stoll v. Switzerland* [GC], no. 69698/01, § 155, ECHR 2007-V.

18. The Court not only reviews the political decision not to criminalise certain conduct, but also the excessive or disproportionate criminalisation of certain conduct, such as in *Dudgeon*, cited above, § 60; *Norris*, cited above, § 46; *Modinos v. Cyprus*, 22 April 1993, § 24, Series A no. 259; *A.D.T.*, cited above, § 38 (private homosexual acts between consenting adults); *S.L. v. Austria*, no. 45330/99, § 44, ECHR 2003-I (homosexual acts of adult men with consenting adolescents between 14 and 18 years of age); *Vajnai v. Hungary*, no. 33629/06, § 54-56, ECHR 2008 (wearing of red star); *Altug Taner Akçam v. Turkey*, no. 27520/07, §§ 93-95, 25 October 2011 (insulting Turkishness); *Mosley v. the United Kingdom*, no. 48009/08, § 129, 10 May 2011 (non-compliance with pre-notification requirement to publish news on private life); *Akgül and Gül v. Turkey*, nos. 28495/06 and 28516/06, § 43, 17 May 2011 (participation in an unlawful but peaceful demonstration); *Wizerkaniuk v. Poland*, no. 18990/05, §§ 82-83 and 86, 5 July 2011 (publication of unauthorised verbatim quotations); *Mallah v. France*, no. 29681/08, § 40, 10 November 2011 (assisting illegal entry, circulation or stay of foreigner in the national territory); *Gillberg v. Sweden* [GC], no. 41723/06, §§ 68-71, 3 April 2012 (misuse of office due to refusal of access to research material owned by a public university); *Stübing v. Germany*, no. 43547/08, §§ 63-65, 12 April 2012 (incest); and *Şükran Aydın and Others v. Turkey*, nos. 49197/06, 23196/07, 50242/08, 60912/08 and 14871/09, § 55, 22 January 2013 (use of mother tongue in political campaign).

19. See *Calvelli and Ciglio v. Italy* [GC], no. 32967/96, § 51, ECHR 2002-I; *Vö v. France* [GC], no. 53924/00, §§ 90-94, ECHR 2004-VIII; *Dodov v. Bulgaria*, no. 59548/00, § 87, 17 January 2008; *Branko Tomašić and Others v. Croatia*, no. 46598/06, § 64, 15 January 2009; and *Maiorano and Others v. Italy*, no. 28634/06, § 128, 15 December 2009.

20. *K.U. v. Finland*, no. 2872/02, § 46, ECHR 2008. The case dealt with a minor of 12 years of age who was the subject of an unauthorised advertisement of a sexual nature on an Internet dating site. In *C.A.S. and C.S. v. Romania* (no. 26692/05, 20 March 2012), the Court clearly recognised that States had an obligation under Articles 3 and 8 to ensure the effective criminal investigation of cases involving violence against children, referring to the international obligations the respondent State had entered into for the protection of children against any form of abuse.

21. See *Okkalı v. Turkey*, no. 52067/99, § 73, ECHR 2006-XII, and *Darnaj v. France*, 34588/07, § 49, 4 November 2010.



pornographic setting, should be criminalised. Such criminalisation is in line with the Convention guarantee of the child's right to protection of his or her image and the prevailing international prohibition of any kind of abuse or violation of the various facets of the child's personality, which includes his or her image.

Furthermore, as a matter of principle, adults deserve the same legal protection as children. There is no plausible reason to criminalise the abuse of a child's image and not that of an adult's, or the other way round. It cannot reasonably be argued that the violation of an adult's image has less ethical weight *per se* than that of a child. All are human beings, with the same personality right to protection of their own image. In fact, in some cases it is extremely difficult to distinguish an adult from a minor, and uncertainty about the victim's age should not prevent criminal prosecution. Hence, guaranteeing *the Convention right to protection of one's image requires the criminalisation of covert filming and photographing of children and adults*<sup>22</sup>.

### **The legal framework in the respondent State**

At the relevant time, there were two criminal provisions that could in theory be applied to the facts: sexual molestation (Chapter 6, Article 7, of the Penal Code) and child pornography (Chapter 16, Article 10a § 1, of the same Code)<sup>23</sup>.

Sexual molestation presupposes a specific action on the part of the offender, namely: (a) touching a child under 15 years of age; (b) inducing a child to undertake or participate in an act with sexual implications; (c) inducing a child of 15 years of age or more, but younger than 18, by coercion, seduction or other improper influence, to undertake or participate in a pornographic act; (d) exposing oneself; (e) behaving indecently. In any case the offence requires both the victim's knowledge of the offender's conduct at the moment it is carried out and the offender's intent that the victim find out about the conduct. That means that the core of the offence

22. Evidently, all grounds of justification and exculpation shall apply, such as in the case of undercover photography or filming by journalists when this contributes to a debate of public interest. Domestic courts and prosecutors must take into account fundamental rights, such as freedom of expression, when implementing criminal-law provisions, and specifically the provision criminalising covert filming or photographing of adults and children. In addition, States Parties may provide a defence in respect of conduct related to "pornographic material" having artistic, medical, scientific or similar merit.

23. Other criminal-law provisions invoked by the Government, such as breach of domiciliary peace, unlawful intrusion or defamation (Government observations to the Grand Chamber, paragraph 22), are not applicable, for obvious reasons. No case-law was submitted by the Government to support their contention that these provisions could be applied, and a merely literal interpretation of these provisions shows that they are not applicable. The case did not raise a question of breach of domiciliary peace, simply because the offender lived at the house in question, nor of defamation, since the applicant's stepfather did not intend to release the film to third persons.

lies in the improper conduct of the offender with regard to the victim, with the latter's knowledge.

Child pornography also presupposes a specific action by the offender, such as portraying a child in a pornographic picture; disseminating, transferring, granting use, exhibiting, acquiring or offering such a picture; facilitating dealings with regard to such a picture; or possessing such a picture. The offence requires that the pubertal development of the child be incomplete or that it be apparent from the image or its attendant circumstances that the child is under 18 years of age. This crime is punishable both when brought to its completion and when attempted (Chapter 16, Article 7, and Chapter 23, Article 1). Sweden does not have a detailed legal definition of child pornography, but in the governmental bill containing this provision it was stated that “[i]t was not the intention to criminalise every exposure of naked children or all pictures in which a child's genitals may be perceived, even if such pictures may stimulate some people's sexual instincts. In order for the handling of a picture to be illegal, it is a condition that it be pornographic according to common parlance and general values”<sup>24</sup>. It is obvious that such a restrictive formulation of the criminal provision regarding child pornography does not satisfy the respondent State's international obligations, in so far as these require the criminalisation of any representation of the sexual parts of a child for primarily sexual purposes.

Lastly, Swedish criminal law did not have a criminal offence of covert photography or filming at the relevant time. Application by analogy of the criminal offence of sexual molestation to the detriment of the defendant was evidently ruled out. After the amendment to the Penal Code of April 2005, the Sexual Offences Commission considered that the new Chapter 6, Article 10 § 2 of the Swedish Penal Code included actions directed at persons unconscious or asleep, and therefore could also encompass covert filming of a person in a sexually intrusive way<sup>25</sup>. Yet this very questionable interpretation did not prevail in judicial practice. The Government did not provide the Court with case-law confirming that interpretation. Furthermore, the Government themselves acknowledged that further amendments to the Penal Code were needed to criminalise the conduct of the defendant. That is why the recent bill on intrusive photography and filming was approved. In fact, this legislative initiative cannot but be read as a confession by the Government of the existence of a legal flaw in the domestic criminal-law

24. The Government reiterated and sustained this interpretation in paragraph 45 of their observations to the Grand Chamber.

25. Government's observations to the Grand Chamber, paragraph 66.

system<sup>26</sup>. It remains to be seen whether that shortcoming is relevant in terms of the protection required by the Convention rights.

### **The application of criminal law by the national authorities**

The public prosecutor chose to charge the defendant with sexual molestation. This proved to be the wrong legal avenue, since there was obviously no conduct falling within the offence of sexual molestation: no touching, no inducing, no coercion, no seduction, no improper influence, no exposure or indecent behaviour of the defendant. Furthermore, the relevant criminal intent that the applicant should find out about the filming could not be established. The Government maintained that this was a problem of evidence, but the applicant replied that it was rather a problem of erroneous interpretation of penal law by the public prosecutor. The applicant is right, since the requisite subjective element of the offence of sexual molestation (namely, the perpetrator's intention that the victim be aware of the illegal conduct while it is taking place) is incompatible *per se* with any covert action of filming or photographing.

The public prosecutor did not charge the defendant with child pornography. No reasons were given for that approach. The Government assumed that it was because there was no film, and no physical evidence of the completed crime. As the applicant argued, it is clear that the non-existence of the film did not preclude charges of attempted child pornography, especially in a case where the defendant confessed to the facts, and there were two witnesses: the victim, who discovered the film, and her mother, who destroyed it. The confession was thus supported by sufficient additional evidence. Hence, there was no evidentiary problem with regard to the offence of child pornography either.

Whilst the criminal offence of sexual molestation could not be applied to the facts of the case, the offence of attempted child pornography could have guaranteed the applicant's Convention right to protection of her image, had the Court of Appeal had regard to Sweden's international obligations. Although it admitted that the offence of attempted child pornography was in theory applicable to the facts, the Court of Appeal was not willing to give an evolutive interpretation of the concept of child pornography, and preferred to follow the historical interpretation of the corresponding incriminating provision, based on the preparatory works of the Penal Code referred to above. That construction of the child-pornography offence adopted by the Court of Appeal, which was in line with the practice of the

---

26. Paragraph 76 of the Government's observations to the Grand Chamber.

Supreme Court and the Government's own view, could not provide any redress to the applicant.

Indeed, the Court of Appeal had two alternatives for the purposes of guaranteeing the victim's right to protection of her image: either to adopt an evolutive interpretation of the concept of child pornography, correct the erroneous legal characterisation given to the facts by the first-instance court and convict the defendant of the crime of attempted child pornography; or to stick to the historical interpretation of the concept of child pornography and acquit the defendant, but at least award compensation for non-pecuniary damage, as claimed by the applicant on the basis of the violation of her personal integrity by her stepfather's conduct.

### **The change of legal characterisation of the offence**

The first alternative could have been pursued under Chapter 30, Article 3, of the Code of Judicial Procedure: when examining a complaint, the domestic courts are not bound by the legal characterisation of the offence or the applicable provisions of law. In Sweden, as in many European countries, the criminal court is bound by the facts of the indictment, but not by its legal characterisation of the offence<sup>27</sup>.

The fact is that the domestic courts did not use the power they had under Chapter 30, Article 3, of the Code of Judicial Procedure. No reasons were given by the domestic courts for not using that alternative, although they could have used it of their own motion. In spite of the restrictive intention of the Swedish legislature when it introduced the criminal offence of child pornography, as reflected in the relevant preparatory works, the domestic courts could, and should, have adopted an evolutive interpretation of the concept of child pornography, in order to include any representation of the sexual parts of a child for primarily sexual purposes. An evolutive interpretation of penal law is acceptable provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen. This interpretation would at the same time be in accordance with the international obligations of Sweden and the general principles of interpretation of penal law<sup>28</sup>. The facts imputed to the

---

27. The Government said, in their observations to the Grand Chamber, paragraph 54: "In Swedish criminal procedure, the court is not formally bound in its assessment by what offence has been put before it, i.e., the court may examine on its own initiative questions concerning the classification of a criminal offence and the applicable section of law (Chapter 30, Article 3, of the Code of Judicial Procedure)."

28. The Court has already stated that "the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well-entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence

applicant's stepfather would be sufficient to make out this offence, in its ancillary and preparatory form of attempted child pornography: the images of a 14-year-old girl undressing before taking a shower in an otherwise everyday situation certainly do fall within the concept of "any representation of the sexual parts of a child" and the applicant's stepfather completed all the necessary steps to obtain images of the sexual parts of a child for primarily sexual purposes, which he ultimately did not obtain on account of the fortuitous circumstance that the girl discovered the hidden camera<sup>29</sup>. No additional reference to pornography in the indictment was necessary, since it already included all the relevant elements of the offence of attempted child pornography, interpreted in the light of Sweden's above-mentioned international obligations. It was up to the domestic courts to change the legal characterisation of the offence and adopt an evolutive interpretation of the concept of child pornography compatible with Sweden's international obligations<sup>30</sup>. The domestic courts took neither of those steps, thus leaving unpunished highly reprehensible conduct that should have been punished in the light of the international obligations of the respondent State. To the legislature's long-standing inertia in clarifying the legal situation the courts added their unwillingness to apply the criminal law according to the canon of evolutive interpretation.

### **The compensation for non-pecuniary damage based directly on the Convention**

Assuming, for the sake of argument, that the first alternative was not an available legal avenue in the instant case, in accordance with the historical interpretation of the criminal provision of child pornography, the alternative to guaranteeing the victim's right to protection of her image could have been to award the applicant reparation for non-pecuniary damage. Indeed, the applicant referred to the facts set out in the indictment that had caused her pain and suffering and even adduced independent evidence of the nature and extent of the injury that she had suffered.

---

of the offence and could reasonably be foreseen" (see *S.W. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, §§ 34-36, Series A no. 335-B, and *C.R. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, Series A no. 335-C). Hence, I cannot agree with the Grand Chamber's statement in paragraph 97 of the present judgment.

29. Thus, the applicant's stepfather started to commit the crime without bringing it to its completion and the danger that the act would lead to the completion of the crime was only averted because of unforeseen and unwanted circumstances. All the requisite elements of the attempted offence were fulfilled (Chapter 23, Article 1, of the Penal Code).

30. It goes without saying that, in accordance with the national law and the European standard, the amended criminal charge should be communicated to the defendant, in order to give him the opportunity to contest it.

The legal basis for that award was Chapter 22, Article 7, of the Swedish Code of Judicial Procedure<sup>31</sup>. This provision was not used by the Court of Appeal, although it could have used it of its own motion. The Court of Appeal dismissed the claim for compensation because no crime had been proven, but did not determine the civil action, as it could have done. Even assuming that no crime was made out and therefore damages based on Chapter 2, section 3, of the Tort Liability Act could not be awarded, the Court of Appeal could still have invoked Chapter 2, section 1 of the same Act, which covered both wilful and negligent physical and psychological injury, for the purpose of awarding damages to the applicant. By not doing so, for no plausible reason, it left the applicant's proven personal injury without compensation<sup>32</sup>.

Last but not least, the Court of Appeal refrained from awarding compensation based on the Convention. This approach is in line with the case-law of the Swedish Supreme Court according to which in disputes between individuals there is no civil liability based on Convention violations when these are not simultaneously violations of the domestic law. There are two reasons for this: firstly, the Convention does not impose duties on individuals and, secondly, individuals cannot foresee the grounds for compensation when there have been only breaches of the Convention<sup>33</sup>.

This line of argument is at odds with the Convention's direct effect in the legal order of the respondent State, the principle of subsidiarity and the principle of interpretation of human rights treaties in a way which is most protective of the rights and freedoms which they foresee<sup>34</sup>. *Since the Convention is applied directly in the domestic State, and violations of it must primarily be resolved by the national authorities, there should be provision for compensation for victims of Convention breaches, even when domestic law has not been violated.* The argument of unforeseeability does not stand, in so far as the Convention is part of national law and therefore the grounds for

31. As the applicant argued, the procedural legal situation in Sweden resembles the situation in *Y v. Norway*, no. 56568/00, §§ 23-24, ECHR 2003-II in that a private claim may be upheld in the same proceedings as a criminal case even if the defendant has been acquitted of the offence.

32. The Government argued that, in order to benefit from Chapter 2, section 1, of the Tort Liability Act, the applicant should have claimed "that he had caused her personal injury by acting negligently in respect of her" (Government observations to the Grand Chamber, paragraph 35). This interpretation of the said provision sounds very abstruse, for two reasons. Firstly, the said provision encompasses literally wilful (or deliberate) and negligent injuries. Secondly, the applicant's stepfather acted wilfully and not negligently.

33. Swedish Supreme Court judgment of 29 October 2007 (NJA 2007, p. 747): "in view of the rule-of-law value held by the principle of predictability, an individual could not be obliged to compensate another individual directly on the basis of the Convention."

34. See *Wemhoff v. Germany*, 27 June 1968, § 8, Series A no. 7, and my separate opinion in *Fabris v. France* [GC], no. 16574/08, ECHR 2013.

compensation deriving from the Court's case-law are predictable. The Court's interpretation of the Convention regarding grounds for compensation for breaches of Convention rights is as binding for national courts as the rest of the Court's case-law, and should therefore be implemented by the national courts whenever national law fails to provide such compensation. In addition, if damages awarded for a State's violations of the Convention are predictable, even where there are no specific provisions on civil liability in national law, as the Swedish Supreme Court correctly admits, the same applies to awards for violations perpetrated by individuals who are not State agents, such as the one in this case<sup>35</sup>. In such a case, the State would be neglecting its obligations to protect Convention rights if it did not ensure a means of civil redress in circumstances where no criminal sanctions were applicable despite the ethical censurability and the reprehensibility under international customary and treaty law of the conduct. To put it positively, whenever criminal remedies are lacking for such conduct committed by individuals who are not State agents, the Contracting Parties to the Convention should nonetheless provide for civil remedies. An obligation is placed upon the State to provide for an effective civil remedy to deal with the substance of an "arguable complaint" of a breach of the Convention, in accordance with Article 13 in conjunction with Article 8, not upon the individuals themselves. Hence, the domestic courts failed to repair the applicant's injury, in spite of the available civil-law remedy based solely on the Convention.

### **The application of the European standard to the present case**

The applicant had a right to be protected and the State had an obligation to protect that right. The parties accept both points. The dispute between the parties revolves around one point: the existence of effective remedies for this violation in the legal order of the respondent State. Sweden had a child-pornography provision, but that offence was ignored by the courts, which did not apply it in the instant case. Moreover, the offence was insufficient to punish the applicant's stepfather's conduct on account of its strict judicial construction which read into the provision an implied requirement of explicit sexual behaviour of the victim. The 2005 law reforming the criminal offence of sexual molestation, which does not include covert filming and

---

35. The Court has accepted that damages provide an adequate remedy for violations of Article 8 rights arising from a dispute between private persons (see *Von Hannover v. Germany*, no. 59320/00, §§ 72-74, ECHR 2004-VI, and *Armonienė v. Lithuania*, no. 36919/02, §§ 45-48, 25 November 2008). In addition, in *Kontrová v. Slovakia* (no. 7510/04, 31 May 2007), the Court found a violation of Article 2 on the ground of the authorities' failure to protect the children's lives, and a violation of Article 13 because their mother had been denied the possibility of seeking compensation from the offender.

photography, could not in any case be applied to the facts, owing to the basic principle of prohibition of retroactive application of penal law to the detriment of the defendant. Lastly, the civil remedy was not used, owing to the Court of Appeal's unjustified refusal to apply the Tort Liability Act and the Supreme Court's strict interpretation of the conditions of civil liability based on breaches of the Convention. Thus, no legal avenue was afforded, in practical terms, for guaranteeing the applicant's right to protection of her image<sup>36</sup>.

### **Conclusion**

In view of the Convention obligation to criminalise non-consensual filming and photography regardless of any sexual purpose on the part of the perpetrator and to provide compensation based directly on breaches of Article 8, the national legislature's failure to satisfy the first obligation, and the domestic courts' unwillingness to satisfy the second, I find that there has been a violation of Article 8 taken alone and in conjunction with Article 13.

---

36. As the visionary Supreme Court judgment of 23 October 2008 (NJA 2008, p. 946) concluded, when it stated that the non-criminalisation of covert filming of adults could amount to a breach of Article 8. *A fortiori* the same reasoning has to be applied to covert filming of children.



## DISSENTING OPINION OF JUDGE KALAYDJIEVA

I fully agree with the majority that the applicant's personal integrity was violated by the acts committed by her stepfather and that her situation was aggravated by the fact that she was a minor, that the covert filming of her undressing took place in her home, where she was supposed to feel safe, and that the offender was her stepfather, a person whom she was entitled and expected to trust. The Grand Chamber undertook (see paragraph 89 of the judgment) to examine whether Sweden had an adequate legal framework providing the applicant with an acceptable level of protection (see paragraph 91) and to assess, to this end, each of the remedies available to her (see paragraph 89). To my regret, I fail to understand the logic followed by the majority in finding and providing a legal response to these questions and for this reason I also find myself unable to agree with the conclusions reached.

The applicant did not claim that recourse to criminal law was the only way that Sweden could fulfil its obligation under Article 8 to protect her against her stepfather's act (see paragraph 87) and did not criticise the prosecution for not complying with an obligation to indict crimes, but rather found that the legislator had failed in its positive obligation to criminalise the act of covert filming of a minor in a situation which upset the essential aspects of personal integrity. She pointed out that the "weak protection in this area had been known and discussed since 1966". This, in her view, "sufficed to conclude that the protection for the right to respect for private life was – and still is – insufficient" (see paragraphs 62-63).

In response to this complaint, while noting that the impugned acts "did not attain the seriousness of the grave acts ... considered not only under Article 8 but also Article 3 of the Convention", the majority failed to state clearly whether (similarly to the cases mentioned in paragraphs 83 and 84) positive obligations arose in the present case – as maintained by the applicant – and if so which ones, or whether a criminal-law remedy was nevertheless necessary to achieve the appropriate and acceptable level of protection of the applicant's rights under Article 8, or – alternatively – that the decision whether or not to criminalise and prosecute such acts remained within the Swedish authorities' margin of appreciation. In this connection it is difficult to understand the source of the majority's dissatisfaction with the fact that "notwithstanding the ... margin of appreciation", Swedish law did not provide a criminal remedy for the effective protection of the applicant.

The majority also failed to specify (compare and contrast *Calwelli and Ciglio v. Italy* [GC], no. 32967/96, ECHR 2002-I) whether a civil-law

remedy – if available – might in principle have sufficed for the appropriate protection of the applicant and instead addressed the fact that the *criminal* courts did not award any compensation for damage resulting from a crime as the impugned acts did not constitute a crime. In this regard the applicant insisted that – being the masters of the classification of the law – the criminal courts should have reclassified and determined her claim on other grounds. However, she never complained about the lack of such a remedy in the civil courts (see paragraph 64). I remain unconvinced that the fact that the criminal courts dismissed the applicant’s civil claim for damages resulting from a crime suffices to conclude that no other civil remedy existed under Swedish law to redress the substance of her complaints (see paragraph 117).

As a result, noting first that “[t]he choice of the means calculated to secure compliance with Article 8 of the Convention in the sphere of relations of individuals between themselves is in principle a matter that falls within the Contracting States’ margin of appreciation” (see paragraph 79), the majority arrived at the conclusion that the proceedings before the criminal courts offered neither criminal nor civil redress – as the applicant had initially complained. This conclusion only reflects the facts of the case, and does not necessarily provide a legal response to the Grand Chamber’s undertaking to establish whether Swedish law, as it stood in September 2002, ensured appropriate protection of the applicant’s “right to respect for her private life”. Indeed, it seems to me that in the absence of criteria defining the required “acceptable level of protection” in specific terms, a comparison between the failed and the undefined remedies will inevitably lead to dissatisfaction “notwithstanding the respondent State’s margin of appreciation” in this area (see paragraph 117).

SÖDERMAN c. SUÈDE  
(*Requête n° 5786/08*)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 12 NOVEMBRE 2013<sup>1</sup>

---

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



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Absence de dispositions légales claires pour ériger en infraction le fait de filmer en secret un enfant nu**

Les obligations positives qui pèsent sur les États en vertu de l'article 8 de la Convention comportent un devoir de mettre en place et d'appliquer en pratique un cadre juridique adapté consistant en des recours de caractère pénal ou civil et offrant une protection suffisante contre les atteintes à l'intégrité personnelle telles que la prise d'images en secret par un particulier (paragraphe 80, 85, 89 et 117 de l'arrêt).

**Article 8**

*Respect de la vie privée – Absence de dispositions légales claires pour ériger en infraction le fait de filmer en secret un enfant nu – Atteinte à l'intégrité personnelle – Atteinte ne comportant pas de violence, de sévices ou de contact physiques – Atteinte contre un mineur commise par une personne à qui la victime devait pouvoir faire confiance – Obligations positives – Absence de cadre juridique adapté consistant en des recours de caractère pénal ou civil*

\*

\* \*

En 2002, alors qu'elle avait quatorze ans, la requérante découvrit que son beau-père avait dissimulé dans le panier à linge de la salle de bains une caméra vidéo, qui était dirigée vers l'endroit où elle s'était dévêtue avant de prendre sa douche. Elle apporta la caméra à sa mère, qui brûla le film sans que nul ne l'eût visionné. L'incident fut signalé à la police en 2004, après que la mère eut appris que la cousine de la requérante avait elle aussi eu des ennuis avec le beau-père. Celui-ci fut poursuivi et condamné en 2006 par le tribunal de district pour agression sexuelle en vertu du chapitre 6, article 7, du code pénal, tel que libellé à l'époque des faits. Sa condamnation fut toutefois infirmée, la cour d'appel ayant estimé que l'acte en question ne relevait pas de la définition de l'agression sexuelle. La juridiction d'appel ajouta que l'acte litigieux aurait pu être constitutif de l'infraction distincte de tentative de pornographie infantine, mais, cette accusation n'ayant pas été formulée, elle n'examina pas plus en détail la question. La Cour suprême refusa à la requérante l'autorisation de la saisir. Par un arrêt du 21 juin 2012, une chambre de la Cour a conclu, par quatre voix contre trois, à la non-violation de l'article 8 de la Convention.

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

Article 8 : la Cour souscrit au constat de la juridiction interne selon lequel l'acte du beau-père était constitutif d'une atteinte à l'intégrité personnelle de la jeune fille. Même si l'incident en question n'a pas comporté de violence, de sévices ou de contact physiques, il a touché la requérante dans des aspects extrêmement intimes de sa vie privée. Il n'y a pas d'éléments indiquant que les autorités aient manqué à leur obligation de mener des poursuites effectives. La Cour doit rechercher si, eu égard aux circonstances de l'affaire, la Suède possédait à l'époque pertinente un cadre juridique propre à offrir à la requérante une protection adéquate contre les agissements de son beau-père, conformément aux obligations de l'État découlant de l'article 8. L'approche de la Grande Chambre diffère de celle adoptée par la chambre, qui a jugé que « seules des lacunes importantes dans la législation ou la pratique, ou dans leur application, emporteraient violation des obligations positives découlant pour l'État de l'article 8 ». Ce critère du défaut important, aussi défendable soit-il dans le contexte d'une enquête, n'a pas de rôle significatif à jouer lorsqu'il s'agit de déterminer si l'État défendeur était ou non doté d'un cadre juridique adéquat au regard de ses obligations positives, car la question qui se pose à la Cour est de savoir si dans les circonstances le droit offrait à la requérante un niveau acceptable de protection.

Concernant la considération que les actes du beau-père auraient pu constituer une tentative de pornographie infantine au regard du code pénal, la Cour n'est pas convaincue que les actes en question relevaient de cette infraction. Aucune information ne montre que le parquet ait envisagé d'inculper le beau-père de tentative de pornographie infantine. Le Gouvernement a, en revanche, énuméré un certain nombre de raisons susceptibles selon lui d'expliquer la décision du parquet de ne pas procéder de la sorte, évoquant notamment des circonstances qui auraient rendu malaisée la production d'éléments suffisants pour prouver qu'il y avait eu image « pornographique ». La requérante a soutenu que même si le film – qui avait été détruit – avait été conservé, il aurait été difficile de qualifier son contenu de pornographique. Le terme « image pornographique » n'est pas défini dans le code pénal suédois et les travaux préparatoires de la disposition sur la pornographie infantine montrent que l'idée n'était pas d'ériger en infraction pénale toute image d'un enfant nu.

Sur l'existence de la disposition du code pénal relative à l'abus sexuel – qui incriminait en particulier l'exhibition de nature à heurter autrui et le comportement indécent, par des paroles ou des actes –, la cour d'appel a conclu que la responsabilité pénale du beau-père ne pouvait pas être engagée pour l'acte isolé ayant consisté à filmer la requérante à son insu. Au regard du droit suédois alors en vigueur, pour que l'infraction d'abus sexuel pût être établie, il fallait que l'auteur de l'acte en question voulût que la victime se rendît compte de l'abus sexuel ou qu'il fût indifférent au risque qu'elle pût le découvrir. Or cette condition ne se trouvait pas remplie dans le cas de la requérante. La relaxe du beau-père du chef d'abus sexuel ne s'explique pas par la non-réunion des preuves, mais plutôt par la considération qu'à l'époque

pertinente l'acte litigieux n'était pas constitutif d'un abus sexuel. L'article relatif à cette infraction, tel que libellé à l'époque des faits, ne pouvait légalement viser l'acte litigieux et ne protégeait donc pas la requérante contre l'atteinte litigieuse à son droit au respect de sa vie privée.

Les lacunes dans la protection de ses droits n'ont pas davantage été comblées par d'autres dispositions pénales à l'époque des faits. En fait, l'absence d'une disposition visant l'acte isolé consistant à filmer ou photographier un individu de manière non consensuelle est depuis longtemps une question préoccupante en Suède. Une nouvelle loi, censée couvrir les actes tels que celui ici en cause, a été adoptée récemment et est entrée en vigueur en 2013.

En l'espèce, le droit pénal n'était pas forcément la seule voie apte à permettre à l'État défendeur de remplir ses obligations au regard de l'article 8. Pour ce qui est des recours de caractère civil, en relaxant le beau-père la cour d'appel a aussi rejeté la demande de réparation formée par la jeune fille. En vertu du code de procédure judiciaire, lorsqu'une action civile est jointe à la procédure pénale, la chose jugée au pénal s'impose au civil. De plus, la requérante n'aurait pas pu justifier autrement sa demande de dommages et intérêts. Enfin, la Cour n'est pas convaincue que les juridictions nationales auraient pu lui allouer une réparation sur le fondement d'un constat de violation de la seule Convention.

En conclusion, la Cour estime que le droit suédois pertinent, tel qu'en vigueur à l'époque des faits, n'assurait pas à la requérante une protection de son droit au respect de sa vie privée propre à faire conclure que les obligations découlant pour l'État de l'article 8 se trouvaient satisfaites. L'acte commis par le beau-père a porté atteinte à l'intégrité de la jeune fille et était d'autant plus grave que celle-ci était mineure, que l'incident s'était produit à son domicile et que l'auteur était une personne à qui elle devait pouvoir faire confiance.

*Conclusion*: violation (seize voix contre une).

Article 41 : la Cour alloue une somme pour préjudice moral.

### **Jurisprudence citée par la Cour**

- A c. Croatie*, n° 55164/08, 14 octobre 2010
- Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, série A n° 32
- Bevacqua et S. c. Bulgarie*, n° 71127/01, 12 juin 2008
- Brecknell c. Royaume-Uni*, n° 32457/04, 27 novembre 2007
- C.A.S. et C.S. c. Roumanie*, n° 26692/05, 20 mars 2012
- Dorđević c. Croatie*, n° 41526/10, CEDH 2012
- Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I
- K.U. c. Finlande*, n° 2872/02, CEDH 2008
- M. et C. c. Roumanie*, n° 29032/04, 27 septembre 2011
- M.C. c. Bulgarie*, n° 39272/98, CEDH 2003-XII
- M.P. et autres c. Bulgarie*, n° 22457/08, 15 novembre 2011
- Mosley c. Royaume-Uni*, n° 48009/08, 10 mai 2011

*Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie* [GC], n° 13279/05, 20 octobre 2011  
*Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, CEDH 2003-III  
*Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII  
*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III  
*Reklos et Davourlis c. Grèce*, n° 1234/05, 15 janvier 2009  
*Sandra Janković c. Croatie*, n° 38478/05, 5 mars 2009  
*Schüssel c. Autriche* (déc.), n° 42409/98, 21 février 2002  
*Siliadin c. France*, n° 73316/01, CEDH 2005-VII  
*Szula c. Royaume-Uni* (déc.), n° 18727/06, 4 janvier 2007  
*Von Hannover c. Allemagne (n° 2)* [GC], n°s 40660/08 et 60641/08, CEDH 2012  
*X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, série A n° 91  
*Z et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 29392/95, CEDH 2001-V



**En l'affaire Söderman c. Suède,**

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,  
 Boštjan M. Zupančič,  
 Mirjana Lazarova Trajkovska,  
 Ledi Bianku,  
 Zdravka Kalaydjieva,  
 Kristina Pardalos,  
 Julia Laffranque,  
 Paulo Pinto de Albuquerque,  
 Linos-Alexandre Sicilianos,  
 Erik Møse,  
 Helen Keller,  
 Helena Jäderblom,  
 Johannes Silvis, *juges*,

et de Erik Fribergh, *greffier*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 3 avril et 25 septembre 2013,

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

**PROCÉDURE**

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 5786/08) dirigée contre le Royaume de Suède et dont une ressortissante de cet État, M<sup>me</sup> Eliza Söderman (« la requérante »), a saisi la Cour le 21 janvier 2008 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. La requérante a été représentée par M<sup>e</sup> J. Södergren, M<sup>e</sup> K. Lewis et M<sup>e</sup> C. Crafoord, avocats exerçant à Stockholm. Le gouvernement suédois (« le Gouvernement ») a été représenté par ses agents, M. A. Rönquist, M<sup>me</sup> G. Isaksson et M. O. Widgren, du ministère des Affaires étrangères.

3. La requérante alléguait que l'État suédois avait failli à l'obligation que lui faisait selon elle l'article 8 de la Convention de lui offrir des voies de recours qui lui eussent permis de se plaindre de l'atteinte à son intégrité personnelle commise par son beau-père, lequel avait tenté de la filmer en

secret, nue dans la salle de bains, lorsqu'elle avait quatorze ans. Elle invoquait également l'article 13 de la Convention.

4. La requête a été attribuée à la troisième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour – «le règlement»). Le président de cette section ayant accédé à la demande de non-divulgateion de son identité formulée par la requérante (article 47 § 3 du règlement), l'affaire a été appelée *E.S. c. Suède*. Le 1<sup>er</sup> février 2011, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). L'affaire est ainsi échue à la cinquième section telle que remaniée. Le 21 juin 2012, une chambre composée de Dean Spielmann, président, Elisabet Fura, Karel Jungwiert, Mark Villiger, Ann Power-Forde, Ganna Yudkivska, André Potocki, juges, ainsi que de Claudia Westerdiek, greffière de section, a rendu un arrêt dans lequel, après avoir décidé d'examiner le grief sous l'angle du seul article 8, elle concluait, à l'unanimité, à la recevabilité de la doléance et, par quatre voix contre trois, à l'absence de violation de ladite disposition. À l'arrêt se trouve jointe l'opinion dissidente commune aux juges Spielmann, Villiger et Power-Forde.

5. Le 19 septembre 2012, la requérante a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre en vertu de l'article 43 de la Convention. Le 19 novembre 2012, le collège de la Grande Chambre a fait droit à cette demande.

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

7. Tant la requérante que le Gouvernement ont déposé des observations écrites complémentaires (article 59 § 1 du règlement) sur le fond.

8. Des observations ont également été reçues du Centre des droits de l'homme de l'université de Gand, que le président de la Grande Chambre avait autorisé à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement).

9. Le 22 mars 2013, le président de la Grande Chambre a accueilli la demande de levée de son anonymat que la requérante avait formée le 12 mars 2013.

10. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 3 avril 2013 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M. A. Rönquist, agent, ambassadeur et directeur général  
des affaires juridiques, ministère des Affaires  
étrangères,

*conseil,*

- M<sup>me</sup> G. Isaksson, coagent, directrice adjointe,  
ministère des Affaires étrangères,
- MM. O. Widgren, coagent, conseiller spécial, ministère  
des Affaires étrangères,  
M. Säfsten, conseiller juridique principal, ministère  
de la Justice,
- M<sup>me</sup> V. Lång, directrice adjointe, ministère de la Justice,  
M. C. Rosenmüller, conseiller juridique, ministère  
de la Justice, *conseillers;*
- *pour la requérante*
- M<sup>es</sup> J. Södergren,  
K. Lewis,  
C. Crafoord, *conseils.*

La requérante était également présente.

La Cour a entendu M. Crafoord, M. Lewis, M. Södergren et M. Rönquist en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses aux questions posées par les juges Ziemele, Sicilianos, Pinto de Albuquerque et Zupančič.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

11. La requérante est née en 1987 et réside à Ludvika.

12. En septembre 2002, alors qu'elle avait quatorze ans, elle découvrit que son beau-père avait dissimulé dans le panier à linge de la salle de bains une caméra vidéo, qui était en mode enregistrement et dirigée vers l'endroit où elle s'était dévêtue avant de prendre sa douche. Immédiatement après l'incident, le film fut brûlé sans que nul ne l'eût visionné.

13. En septembre 2004, soit deux ans plus tard, la mère de la requérante signala l'incident à la police. Le 5 octobre 2004, la jeune fille se vit assigner un conseil d'office (*målsägandebiträde*).

14. Le 21 octobre 2005, le beau-père fut inculpé d'abus sexuel (*sexuellt ofredande*) sur le fondement du chapitre 6, article 7 § 3, du code pénal. Il fut également accusé d'avoir commis pendant le printemps et l'été 2003 deux actes d'abus sexuel sur la personne de la cousine de la requérante, qui était alors âgée de seize ans, pour lui avoir caressé la cuisse et avoir exprimé le désir d'avoir un rapport sexuel avec elle. Enfin, dans le cadre d'une quatrième accusation d'abus sexuel, il lui était reproché d'avoir, à la

fin de l'été 2003, regardé à travers la fenêtre de la chambre de la requérante pendant que celle-ci se déshabillait.

15. Le 20 janvier 2006, la requérante, représentée par son conseil, déposa dans le cadre de la procédure pénale une demande de dommages et intérêts d'un montant de 25 000 couronnes suédoises (SEK) : 15 000 SEK pour l'atteinte à son intégrité personnelle et 10 000 SEK pour la peine et la souffrance endurées. La requérante fondait son action civile sur « l'acte criminel pour lequel [son] beau-père [était] poursuivi », mais elle n'invoquait aucun article spécifique de la loi sur la responsabilité civile.

16. La requérante, son beau-père, sa mère et sa cousine furent entendus par le tribunal du district de Falun (*Falu Tingsrätt*). La requérante expliqua que le jour en question, en septembre 2002, alors qu'elle s'apprêtait à prendre une douche, son beau-père s'était affairé dans la salle de bains. Lorsqu'elle avait découvert la caméra, celle-ci était en mode enregistrement ; elle émettait un bourdonnement et une petite lumière clignotait. Elle n'avait touché à aucun bouton. En larmes, elle était allée voir sa mère, emportant l'appareil enveloppé dans une serviette. Le beau-père l'avait pris des mains de la mère. Par la suite, la requérante avait vu sa mère et son beau-père brûler un film, mais elle n'était pas sûre qu'il s'agissait d'un enregistrement comportant des images d'elle.

17. La mère de la requérante confirma ces déclarations et ajouta qu'elle ignorait si des images avaient été enregistrées, le film ayant été brûlé sans qu'elle l'eût visionné. Elle n'avait signalé l'incident à la police qu'en 2004, après avoir appris que la cousine de la requérante avait elle aussi eu des ennuis avec le prévenu.

18. Le beau-père expliqua qu'il avait vécu avec la mère de la requérante de 1997 jusqu'à l'automne 2003 et que tous deux s'étaient séparés à cause, notamment, de l'incident en question. Il déclara qu'il avait voulu tenter de filmer avec une caméra cachée, mais que cela avait été un acte impulsif. Il ajouta qu'il n'était pas certain que la caméra eût été en mode enregistrement ni qu'elle eût filmé des images. Selon ses dires, la mère de la requérante avait brûlé le film sans qu'aucun d'eux ne l'eût visionné.

19. Par un jugement en date du 14 février 2006, le tribunal de district, se fondant sur le chapitre 6, article 7 § 3, du code pénal, déclara le beau-père coupable des quatre actes d'abus sexuel qui lui étaient reprochés. Concernant le premier, il estima établi que l'intéressé avait été animé par des intentions sexuelles lorsqu'il avait dissimulé la caméra dans le panier à linge et l'avait dirigée vers la partie de la salle de bains où il était habituel de se dévêtir. Il considéra que le bourdonnement perçu par la requérante donnait fortement à penser que l'appareil était alors en fonctionnement et effectivement en train d'enregistrer, ajoutant qu'il eût été inutile, dans le cas contraire, de

le cacher parmi les vêtements dans le panier à linge, et que le trou dans ce panier indiquait une stratégie assez subtile. Pour le tribunal, même si nul n'avait vérifié le contenu du film par la suite, on pouvait considérer, au vu des circonstances, qu'il était prouvé que le beau-père avait bel et bien filmé la requérante alors qu'elle était nue.

20. Le beau-père fut condamné à une peine avec sursis et à soixante-quinze heures de travail d'intérêt général obligatoire, ainsi qu'au versement à la requérante de dommages et intérêts d'un montant de 20 000 SEK.

21. Par un arrêt du 16 octobre 2007, la cour d'appel de Svea (*Svea hovrätt*), devant laquelle le jugement du tribunal de district avait été attaqué, déclara le beau-père coupable des deux actes d'abus sexuel commis sur la personne de la cousine de la requérante et le condamna à une peine avec sursis et à soixante jours-amende au taux journalier de 50 SEK, soit une somme totale de 3 000 SEK.

22. La cour d'appel relaxa le beau-père des chefs d'abus sexuel sur la personne de la requérante.

23. Concernant l'incident de septembre 2002, la cour d'appel tint pour établi que l'intéressé avait placé une caméra dans la salle de bains et démarré l'enregistrement alors que la requérante s'apprêtait à prendre une douche. Elle estima qu'il était cependant malaisé de déterminer si des images avaient effectivement été enregistrées. Pour elle, il était manifeste que l'intention du beau-père avait été de filmer la requérante en secret dans un but sexuel. Compte tenu de cette intention, la cour d'appel considéra également comme certain que le beau-père n'avait pas voulu que la requérante découvre qu'elle était filmée. Elle ajouta que le beau-père n'avait pas non plus été indifférent au risque qu'elle pût le découvrir. Recherchant si l'acte litigieux était légalement constitutif d'un abus sexuel au sens du chapitre 6, article 7 § 3, du code pénal, elle se référa à un arrêt de la Cour suprême de 1996 (NJA (*Nytt juridiskt arkiv*) 1996, p. 418) concernant un homme qui avait filmé en secret sa petite amie endormie tout en se masturbant. Elle indiqua que dans cette affaire l'homme avait été relaxé du chef d'abus sexuel au motif qu'il n'avait pas été dans son intention que sa petite amie découvre qu'elle était filmée. Elle poursuivit en disant que dans l'arrêt en question la Cour suprême avait déclaré que l'acte isolé consistant à filmer n'était pas en soi une infraction, dès lors que le droit suédois ne frappait d'aucune interdiction générale le fait de filmer autrui sans son consentement. Suivant le même raisonnement, et tout en considérant en l'espèce que la scène que le beau-père avait voulu filmer revêtait à l'évidence un caractère sensible du point de vue de l'intégrité de la personne et que l'atteinte était particulièrement grave du fait de l'âge de la requérante et de sa relation avec son beau-père, la cour d'appel conclut que la responsabilité pénale de l'intéressé ne pouvait pas être engagée pour

l'acte isolé ayant consisté à filmer la requérante à son insu. Elle ajouta que la jeune fille s'était rendu compte de la tentative de la filmer, mais que cela n'attestait pas d'une quelconque intention du beau-père.

24. La cour d'appel indiqua ensuite que, en théorie au moins, compte tenu de l'âge de la requérante, l'acte litigieux aurait pu constituer une tentative de pornographie enfantine (*försök till barnpornografibrott*). Elle estima cependant que, aucune accusation de ce type n'ayant été portée contre l'intéressé, elle ne pouvait rechercher si celui-ci pouvait être tenu pour responsable d'une telle infraction. En conclusion, tout en jugeant le comportement du beau-père extrêmement répréhensible, la cour d'appel le relaxa et rejeta la demande d'indemnisation de la requérante.

25. Concernant l'incident survenu à la fin de l'été 2003, la cour d'appel jugea établi que le beau-père avait voulu regarder la requérante en secret. Elle considéra que cette conduite était répréhensible mais que l'intention de l'intéressé n'avait pas été d'être vu par la jeune fille.

26. Le 12 décembre 2007, la Cour suprême (*Högsta domstolen*) refusa à la requérante l'autorisation de la saisir.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. L'abus sexuel

27. L'opportunité d'ouvrir des poursuites pour abus sexuel (ou pour pornographie enfantine – voir ci-dessous) relève de l'appréciation du ministère public, qui applique le principe d'objectivité, en vertu duquel il doit s'abstenir de poursuivre s'il estime que les conditions d'une condamnation ne sont pas réunies. La disposition se rapportant à l'abus sexuel figure dans le code pénal (*Brottsbalken*, 1962:700), qui, avant le 1<sup>er</sup> avril 2005, énonçait :

#### **Chapitre 6, article 7 – Les infractions à caractère sexuel**

«1. Quiconque a un contact sexuel avec un enfant de moins de quinze ans dans des conditions autres que celles indiquées ci-dessus dans le présent chapitre, ou incite pareil enfant à se livrer ou à participer à un acte à caractère sexuel, encourt une amende ou une peine d'emprisonnement d'une durée maximale de deux ans pour abus sexuel.

2. Quiconque, par la contrainte, la séduction ou une autre influence induite, incite une personne ayant atteint l'âge de quinze ans mais non celui de dix-huit ans à se livrer ou à participer à un acte à caractère sexuel encourt également une sanction pour abus sexuel si l'acte en question entre dans le cadre de la production d'images pornographiques ou consiste à prendre des poses pornographiques dans des circonstances autres que celles liées à la production d'une image.

3. Il en va de même pour quiconque s'exhibe de telle façon que la nature de son acte heurte autrui, ou, par des paroles ou des actes qui manquent ouvertement aux règles de la bienséance, se comporte avec une indécence manifeste vis-à-vis d'autrui.»

28. Le 1<sup>er</sup> avril 2005, cette disposition fut incorporée à l'article 10 du chapitre 6. Elle se lit désormais ainsi :

« 1. Quiconque, dans des conditions autres que celles indiquées plus haut dans le présent chapitre, a un contact sexuel avec un enfant de moins de quinze ans ou incite pareil enfant à se livrer ou à participer à un acte à caractère sexuel, encourt une amende ou une peine d'emprisonnement d'une durée maximale de deux ans pour abus sexuel.

2. Il en va de même pour quiconque s'exhibe devant autrui d'une manière susceptible de provoquer la gêne ou, par des paroles ou des actes, heurte autrui d'une manière susceptible de porter atteinte à son intégrité sexuelle. »

29. Il convient de relever que nul ne peut voir sa responsabilité engagée pour un abus sexuel non consommé, par exemple en cas de tentative ou de préparation en vue de la commission de cette infraction (voir, *a contrario*, le chapitre 23, article 1, du code pénal).

30. Par la suite, se basant sur les déclarations faites lors des travaux préparatoires de l'article en question, la Commission des infractions sexuelles mise en place en 2008 s'est exprimée comme suit :

« Il nous paraît (...) tout à fait évident que le deuxième paragraphe de l'article sur l'abus sexuel doit aussi englober les actes visant des personnes inconscientes ou endormies. Cette disposition entre donc dans la catégorie des dispositions relatives aux infractions à caractère sexuel et non dans celle relative aux atteintes à l'intégrité. Si l'on part de ce principe pour déterminer comment il convient de traiter l'infraction d'abus sexuel, il est également possible de considérer comme un abus sexuel une situation dans laquelle une personne filme ou photographie autrui en secret et de manière sexuellement intrusive. »

## **B. La tentative de pornographie infantine**

31. Les dispositions pertinentes du code pénal se lisent ainsi :

### **Article 10 a) du chapitre 16 sur les atteintes à l'ordre public**

« Quiconque

1. représente un enfant sur une image pornographique ;
2. diffuse, transmet, confie pour utilisation, montre ou met d'une quelconque manière à la disposition d'autrui pareille image d'un enfant ;
3. acquiert ou offre pareille image d'un enfant ;
4. met en rapport un acheteur et un vendeur de telles images d'enfants ou prend une initiative similaire en vue de favoriser la distribution de telles images ; ou
5. possède pareille image d'un enfant

encourt, pour pornographie enfantine, une peine d'emprisonnement d'une durée maximale de deux ans ou, si l'infraction est de moindre gravité, une amende ou une peine d'emprisonnement d'une durée maximale de six mois.

Le terme « enfant » désigne toute personne dont le développement pubertaire est inachevé ou qui a moins de dix-huit ans. Si le développement pubertaire de la personne est achevé, la responsabilité pour un acte visé aux points 2 à 5 ci-dessus n'est engagée que s'il ressort de l'image ou des circonstances liées à l'image que la personne qui y figure a moins de dix-huit ans.

(...)»

32. Avant le 1<sup>er</sup> janvier 2011, le deuxième paragraphe de l'article 10 était ainsi libellé :

« Le terme « enfant » désigne toute personne dont le développement pubertaire est inachevé ou qui, pour autant que cela ressorte de l'image ou des circonstances liées à l'image, a moins de dix-huit ans (...) »

33. Le terme « image pornographique » n'est pas défini dans le texte du code pénal. Dans les travaux préparatoires, il était précisé que la disposition relative aux infractions à caractère pornographique ne s'appliquait qu'aux images, mais aux images de toutes sortes, comme, notamment, les images dans les publications ou les images photographiques, y compris les films et images diffusés par le biais de la technique télévisuelle ou des enregistrements vidéo (projet de loi 1978/79:179, p. 9). Les travaux préparatoires comportaient par ailleurs le passage suivant :

« Une certaine prudence s'imposait, afin que le champ des actes considérés comme des infractions ne devint pas trop vaste ou trop difficile à apprécier. L'idée n'était pas d'ériger en infraction pénale toute représentation d'enfants nus ou toute image sur laquelle on pourrait distinguer les parties génitales d'un enfant, quand bien même ces images pourraient stimuler les pulsions sexuelles de certaines personnes. Pour que son utilisation soit illicite, il faut qu'une image revête un caractère pornographique au sens commun du terme et à l'aune des valeurs généralement partagées. »

34. À l'occasion d'une révision de la législation (loi 2010:1357), qui aboutit à la modification du deuxième paragraphe de l'article 10 a) du chapitre 16 (amendement entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011, comme indiqué ci-dessus), il fut déclaré notamment (Rapports officiels du gouvernement suédois, SOU 2007:54, p. 77) :

« Une image peut passer pour pornographique si, dépourvue de toute valeur scientifique ou artistique réelle, et de façon évidente et séduisante, elle révèle un but sexuel (projet de loi 1970:125, pp. 79 et suiv.). Relèvent de la disposition relative à la pornographie enfantine non seulement les images montrant des enfants impliqués dans des actes à connotation sexuelle manifeste, mais également les images où des enfants apparaissent en compagnie d'un ou de plusieurs adultes en train de se livrer à de tels actes. Une image présentant un enfant d'une manière qui vise à éveiller des pulsions sexuelles, sans pour autant que l'enfant soit considéré comme ayant pris part à la scène



sexuelle lors de la réalisation de l'image, peut entrer dans le champ des actes réputés constituer des infractions (...) Une image peut être véhiculée de différentes façons, un enfant réel pouvant être photographié, filmé ou dessiné. L'utilisation de différentes techniques permet aussi de créer des images artificielles plus ou moins réalistes. Pour que la responsabilité pénale soit engagée, il n'est pas nécessaire que l'image montre un enfant réel; l'image d'un enfant fictif est également visée.»

35. Concernant plus particulièrement la tentative, le code pénal dispose :

**Chapitre 16, article 17**

«La préparation et l'entente en vue d'une mutinerie (...) sont passibles des peines prévues par les dispositions du chapitre 23. Il en va de même (...) pour la tentative de commission de l'infraction de pornographie infantine visée à l'article 10 a), premier paragraphe (...)

(...)»

**Chapitre 23, article 1**

«Quiconque a commencé mais non achevé l'exécution de la commission d'une infraction est condamné, dans une situation visée par des dispositions spécifiques, pour tentative de commission d'une infraction s'il y avait un risque que l'acte en question aboutisse à la réalisation de l'infraction ou si ce risque n'a été écarté que par des circonstances fortuites.

La peine punissant une tentative ne doit pas être plus sévère que celle qui est applicable à une infraction consommée, ni être moins sévère qu'une peine d'emprisonnement si la peine la plus faible pour l'infraction consommée est une peine d'emprisonnement d'une durée de deux ans ou plus.»

**C. Autres dispositions légales pertinentes**

36. Le code de procédure judiciaire (*Rättegångsbalken* 1942:740) dispose en ses parties pertinentes :

**Chapitre 17, article 3**

«Il ne peut être statué sur des points qui sont différents ou qui vont au-delà des demandes dûment formulées par une partie. Dans les affaires qui se prêtent à un règlement non judiciaire, la décision ne doit pas reposer sur des circonstances autres que celles présentées par une partie comme constituant le fondement de son action.»

**Chapitre 22, article 7**

«Lorsque, à la suite d'une infraction, une action civile est jointe à une procédure pénale et que l'infraction en question est jugée non punissable, il peut néanmoins être statué sur l'action civile.»

**Chapitre 29, article 6**

«(...) Lorsqu'une action civile est jointe à la procédure pénale, la chose jugée au pénal s'impose au civil.»

### Chapitre 30, article 3

«Le jugement ne peut porter que sur un acte pour lequel des poursuites ont été régulièrement engagées ou sur une question que la loi attribue à la compétence pénale du tribunal. Celui-ci n'est pas lié par la qualification juridique de l'infraction ou les dispositions juridiques applicables qui sont indiquées dans la demande.»

37. La loi sur la responsabilité civile (*Skadeståndslag* 1972:207) dispose en ses parties pertinentes :

#### Chapitre 2, article 1

«Quiconque cause, délibérément ou par négligence, un dommage corporel à autrui ou un dommage à un bien doit réparer ce dommage.»

#### Chapitre 2, article 3

«Quiconque porte un préjudice grave à autrui en commettant une infraction entraînant une atteinte à la personne, à sa liberté, à sa sérénité ou à son honneur doit réparer le préjudice ainsi causé.»

## D. La pratique interne en matière de prise d'images en secret

38. Dans un arrêt du 16 octobre 1992 (NJA 1992, p. 594) concernant un individu qui avait filmé en secret un rapport sexuel entre lui-même et sa petite amie puis montré le film à plusieurs personnes, la Cour suprême fit observer que le droit suédois n'interdisait pas de filmer autrui sans son consentement. La juridiction suprême ajouta qu'il en était ainsi même dans les situations où l'acte litigieux avait gravement porté atteinte à l'intégrité de la personne concernée. Elle estima que, sauf dans certains cas exceptionnels, la seule protection existante était celle offerte par les dispositions pénales sur la diffamation, combinées avec le chapitre 1, article 3 (aujourd'hui chapitre 2, article 3), de la loi sur la responsabilité civile. La Cour suprême conclut que l'accusé s'était rendu coupable de diffamation en montrant le film à des tiers.

39. Un autre arrêt de la Cour suprême, en date du 27 juin 1996 (NJA 1996, p. 418), se rapportait à un homme qui avait filmé en secret sa petite amie endormie tout en se masturbant. Le tribunal de district avait estimé que ces actes étaient constitutifs, notamment, d'un abus sexuel, mais la cour d'appel et la Cour suprême relaxèrent l'intéressé. La juridiction suprême considéra que l'acte isolé consistant à filmer n'était pas en soi une infraction, dès lors que le droit suédois ne frappait d'aucune interdiction générale le fait de filmer autrui sans son consentement.

40. Un autre arrêt encore de la Cour suprême, daté du 23 octobre 2008 (NJA 2008, p. 946), concernait entre autres une personne qui avait filmé en secret son ex-petite amie dans une situation intime avec un homme puis avait envoyé le film par courriel, accompagné de messages descriptifs, à des

tiers. La cour d'appel avait estimé que le fait d'avoir filmé ces images était constitutif d'un abus et que l'envoi de certains des courriels s'analysait en un acte de diffamation ; elle avait alloué à l'ex-petite amie des dommages et intérêts pour atteinte à l'intégrité de la personne. La Cour suprême autorisa la formation d'un recours relativement à l'abus. Elle relaxa l'intéressé de ce chef et répéta que le droit suédois ne contenait aucune interdiction générale visant le fait de filmer en secret. Elle releva également que dans les cas où filmer en secret n'était pas constitutif d'une infraction, il n'était pas possible d'allouer des dommages et intérêts. Elle ajouta que, bien que la nécessité de renforcer le cadre juridique sur ce point eût été reconnue dès les années 1960 lors des travaux législatifs menés en Suède, cela n'avait pas encore abouti à des résultats concrets. Selon elle, il y avait tout lieu de se demander si l'absence totale de sanctions en droit suédois pour la prise d'images d'un individu dans une situation où pareil acte portait gravement atteinte à son intégrité personnelle était compatible avec les exigences découlant de l'article 8 de la Convention. La haute juridiction poursuivit en disant qu'il était dès lors légitime de rechercher si l'on ne pouvait pas imposer des sanctions en interprétant d'une manière conforme à la Convention des dispositions internes autrement non applicables. À ce sujet, la Cour suprême évoqua la jurisprudence nationale sur la réparation des violations de la Convention. Elle nota toutefois que, suivant une autre exigence résultant de la Convention, nul ne pouvait être condamné pour un acte qui, au moment de sa commission, ne constituait pas clairement une infraction pénale d'après le droit. Ayant constaté que, dans l'affaire dont elle était saisie, le fait d'avoir filmé des images ne relevait d'aucune disposition pénale applicable, elle décida de ne pas prononcer de sanction et de ne pas allouer de dommages et intérêts.

### **E. Les travaux législatifs récents sur la prise d'images en secret**

41. En 2004, le gouvernement chargea la Commission pour la protection de l'intégrité (*Integritetsskyddskommittén*) d'évaluer la nécessité d'adopter des dispositions légales générales sur la protection de l'intégrité personnelle (en plus des textes sur la protection des données, sur les infractions contre les personnes, sur le secret, etc.). Dans l'intervalle le code pénal fut révisé, et, en avril 2005, fut introduit un amendement à la disposition relative à l'abus sexuel qui était censé pouvoir englober la prise d'images réalisée en secret dans un but sexuel (paragraphe 28-30 ci-dessus).

42. En 2008, la commission proposa l'insertion dans le code pénal d'une disposition générale sur la photographie illicite. En janvier 2011, le ministère de la Justice publia un rapport sur la photographie illicite (Ds 2011:1), dans lequel il était proposé d'ériger en infraction le fait de

photographier ou de filmer dans certaines situations. Le 1<sup>er</sup> mars 2012, le gouvernement approuva la présentation au Conseil législatif (*Lagrådet*), pour examen, d'une proposition intitulée «Photographie intrusive». Cet organe critiqua la proposition, notamment quant aux effets qu'elle risquait à ses yeux d'avoir sur les principes énoncés dans la loi sur la liberté de la presse et la loi constitutionnelle sur la liberté d'expression – textes faisant partie intégrante de la Constitution suédoise – pour protéger les personnes qui fournissent des informations en vue de leur publication.

43. En conséquence, le gouvernement adopta le 20 décembre 2012 une nouvelle proposition modifiant la portée de l'incrimination de la photographie intrusive. Le Conseil législatif ne fit pas de commentaires sur la teneur de cette proposition et, le 7 février 2013, le gouvernement présenta au Parlement suédois un projet de loi préconisant d'ériger en infraction la photographie intrusive selon les conditions prévues dans le texte soumis au Conseil législatif le 20 décembre 2012. Promulguée par le Parlement le 29 mai 2013, la loi (SFS 2013:366) entra en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2013. Depuis lors, l'article 6 a), chapitre 4, du code pénal, relatif aux atteintes à la liberté et à la paix, dispose :

«Quiconque enregistre en secret, de manière illicite, à l'aide de moyens techniques, une image d'une personne se trouvant dans un domicile, une salle de bains, un vestiaire ou un lieu similaire encourt une amende ou une peine d'emprisonnement d'une durée maximale de deux ans pour photographie intrusive.

La responsabilité pénale n'est pas engagée si l'acte est justifiable eu égard à sa finalité ou à d'autres circonstances.

Le premier paragraphe ne s'applique pas à une personne qui représente autrui à l'aide de moyens techniques dans le cadre des fonctions qu'elle exerce pour une autorité publique.»

Concrètement, le fait de filmer une personne en secret et sans son autorisation dans une douche ou une salle de bains pourra être sanctionné au titre de l'incrimination de photographie intrusive. Le fait de placer ou de «régler» une caméra dans le but de commettre cette infraction sera également punissable en tant qu'acte de préparation d'une telle infraction.

## **F. La pratique interne en matière de pornographie infantine**

44. Dans un arrêt du 25 février 2005 (NJA 2005, p. 80) concernant la prise d'images, par photographie et par film, de jeunes personnes âgées de plus de quinze ans mais de moins de dix-huit ans, la Cour suprême conclut que le développement pubertaire des intéressées était manifestement achevé et qu'il était impossible, à partir des seules images ou de leur présentation, de déterminer si ces personnes avaient atteint ou non l'âge de dix-huit ans.

Après avoir précisé qu'aucun texte accompagnant les images ni aucune autre circonstance ne permettait d'établir leur âge, elle jugea que dans ces conditions, et indépendamment du point de savoir si l'individu responsable des images avait eu connaissance de l'âge des personnes concernées, on ne pouvait considérer que l'acte litigieux s'analysait en un acte de pornographie infantine.

### **G. La pratique interne et les travaux législatifs en cours en matière de réparation pour violation de la Convention**

45. Par un arrêt du 9 juin 2005 (NJA 2005, p. 462) ayant trait à une demande de dommages et intérêts formée contre l'État suédois par un particulier qui alléguait notamment la violation de l'article 6 de la Convention à raison de la durée d'une procédure pénale, la Cour suprême conclut à la violation du droit du demandeur découlant de l'article en question. Sur la base de cette conclusion elle jugea, en renvoyant notamment aux articles 6 et 13 et à la jurisprudence de la Cour européenne y relative, et en particulier à l'affaire *Kudła c. Pologne* ([GC], n° 30210/96, CEDH 2000-XI), que le demandeur avait droit à être indemnisé par l'État, directement en vertu de la législation suédoise sur la responsabilité civile pour le dommage matériel, et en vertu de l'article 13 de la Convention pour le dommage moral dans la mesure où il n'existait aucun autre recours.

46. Des décisions similaires suivirent le 4 mai 2007 (NJA 2007, p. 295 – concernant la durée d'une détention et l'article 5 de la Convention) puis le 21 septembre 2007 (NJA 2007, p. 584 – concernant l'article 8 de la Convention).

47. Un autre arrêt de la Cour suprême, en date du 29 octobre 2007 (NJA 2007, p. 747), portait sur une demande de dommages et intérêts formée par un particulier contre une compagnie d'assurances privée. La demanderesse alléguait la violation de l'article 8 de la Convention à raison d'une surveillance secrète l'ayant visée. La Cour suprême fit observer que la Convention n'imposait pas d'obligations aux particuliers. Elle ajouta que, même si l'État pouvait avoir des obligations positives en vertu de la Convention, dès lors que le principe de prévisibilité correspondait à une exigence de l'état de droit, un individu ne pouvait être tenu d'indemniser autrui sur le fondement direct de la Convention.

48. Le droit d'obtenir réparation au titre d'une violation de la Convention fut plus tard reconnu par la Cour suprême dans ses arrêts de décembre 2009 (NJA 2009 N 70), juin 2010 (NJA 2010, p. 363) et avril 2012 (NJA 2012, p. 211).

49. Par ailleurs, le chancelier de la Justice a rendu plusieurs décisions concernant l'indemnisation de particuliers pour des violations de la Convention.

50. Enfin, en mai 2009, le gouvernement suédois décida de créer une commission (*en särskild utredare*) sur la responsabilité civile et la Convention, qu'elle chargea d'étudier l'état actuel du droit. La commission lui soumit son rapport (*Skadestånd och Europakonventionen*, SOU 2010:87) en décembre 2010. Le texte propose d'insérer dans la loi sur la responsabilité civile une disposition permettant expressément aux personnes physiques et morales d'obtenir de l'État ou d'une commune des dommages et intérêts pour préjudice matériel ou moral au titre d'une violation de la Convention. Pareille action dirigée contre une autorité publique serait examinée par une juridiction ordinaire, à laquelle il appartiendrait tout d'abord de statuer sur la question de l'existence ou non d'une violation d'un droit garanti par la Convention. Cette proposition vise à permettre à la Suède de remplir, avec les autres voies de recours existantes, ses obligations découlant de l'article 13 de la Convention.

### III. LES CONVENTIONS INTERNATIONALES

#### **A. La Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant (1989)**

51. La Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1989, est contraignante en droit international pour les États qui y sont parties, ce qui est le cas de tous les États membres du Conseil de l'Europe. Elle a été ratifiée par la Suède le 29 juin 1990. Ses articles pertinents se lisent ainsi :

#### **Article 19**

«1. Les États parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié.

2. Ces mesures de protection doivent comprendre, selon qu'il conviendra, des procédures efficaces pour l'établissement de programmes sociaux visant à fournir l'appui nécessaire à l'enfant et à ceux à qui il est confié, ainsi que pour d'autres formes de prévention, et aux fins d'identification, de rapport, de renvoi, d'enquête, de traitement et de suivi pour les cas de mauvais traitements de l'enfant décrits ci-dessus, et comprendre également, selon qu'il conviendra, des procédures d'intervention judiciaire.»

### Article 34

« Les États parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle. À cette fin, les États prennent en particulier toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher :

- a) Que des enfants ne soient incités ou contraints à se livrer à une activité sexuelle illégale ;
- b) Que des enfants ne soient exploités à des fins de prostitution ou autres pratiques sexuelles illégales ;
- c) Que des enfants ne soient exploités aux fins de la production de spectacles ou de matériel de caractère pornographique. »

### B. La Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels

52. Cette convention oblige les États parties à prendre les mesures législatives ou autres nécessaires pour prévenir toute forme d'exploitation et d'abus sexuels concernant des enfants, et ériger en infraction pénale certains comportements intentionnels, notamment ceux se rapportant à la pornographie infantine. Signée par la Suède le 25 octobre 2007, cette convention est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2010. La Suède l'a ratifiée le 28 juin 2013. Les passages pertinents du Chapitre VI, intitulé « Droit pénal matériel », disposent :

#### Article 18 – Abus sexuels

« 1. Chaque Partie prend les mesures législatives ou autres nécessaires pour ériger en infraction pénale les comportements intentionnels suivants :

- a) le fait de se livrer à des activités sexuelles avec un enfant qui, conformément aux dispositions pertinentes du droit national, n'a pas atteint l'âge légal pour entretenir des activités sexuelles ;
- b) le fait de se livrer à des activités sexuelles avec un enfant :
  - en faisant usage de la contrainte, de la force ou de menaces ; ou
  - en abusant d'une position reconnue de confiance, d'autorité ou d'influence sur l'enfant, y compris au sein de la famille ; ou
  - en abusant d'une situation de particulière vulnérabilité de l'enfant, notamment en raison d'un handicap physique ou mental ou d'une situation de dépendance.

2. Pour l'application du paragraphe 1, chaque Partie détermine l'âge en deçà duquel il n'est pas permis de se livrer à des activités sexuelles avec un enfant.

3. Les dispositions du paragraphe 1.a n'ont pas pour objet de régir les activités sexuelles consenties entre mineurs. »

**Article 20 – Infractions se rapportant à la pornographie enfantine**

« 1. Chaque Partie prend les mesures législatives ou autres nécessaires pour ériger en infraction pénale les comportements intentionnels suivants, lorsqu'ils sont commis sans droit :

- a) la production de pornographie enfantine ;
- b) l'offre ou la mise à disposition de pornographie enfantine ;
- c) la diffusion ou la transmission de pornographie enfantine ;
- d) le fait de se procurer ou de procurer à autrui de la pornographie enfantine ;
- e) la possession de pornographie enfantine ;
- f) le fait d'accéder, en connaissance de cause et par le biais des technologies de communication et d'information, à de la pornographie enfantine.

2. Aux fins du présent article, l'expression « pornographie enfantine » désigne tout matériel représentant de manière visuelle un enfant se livrant à un comportement sexuellement explicite, réel ou simulé, ou toute représentation des organes sexuels d'un enfant à des fins principalement sexuelles.

3. Chaque Partie peut se réserver le droit de ne pas appliquer, en tout ou en partie, le paragraphe 1. a et e à la production et à la possession :

- de matériel pornographique constitué exclusivement de représentations simulées ou d'images réalistes d'un enfant qui n'existe pas ;
- de matériel pornographique impliquant des enfants ayant atteint l'âge fixé en application de l'article 18, paragraphe 2, lorsque ces images sont produites et détenues par ceux-ci, avec leur accord et uniquement pour leur usage privé.

4. Chaque Partie peut se réserver le droit de ne pas appliquer, en tout ou en partie, le paragraphe 1. f. »

**Article 21 – Infractions se rapportant à la participation d'un enfant à des spectacles pornographiques**

« 1. Chaque Partie prend les mesures législatives ou autres nécessaires pour ériger en infraction pénale les comportements intentionnels suivants :

- a) le fait de recruter un enfant pour qu'il participe à des spectacles pornographiques ou de favoriser la participation d'un enfant à de tels spectacles ;
- b) le fait de contraindre un enfant à participer à des spectacles pornographiques ou d'en tirer profit ou d'exploiter un enfant de toute autre manière à de telles fins ;
- c) le fait d'assister, en connaissance de cause, à des spectacles pornographiques impliquant la participation d'enfants.



2. Chaque Partie peut se réserver le droit de limiter l'application du paragraphe 1. c aux situations où des enfants ont été recrutés ou contraints conformément au paragraphe 1. a ou b.»

#### IV. LE DROIT COMPARÉ

53. Les informations dont la Cour dispose, notamment une étude portant sur trente-neuf États membres du Conseil de l'Europe, font apparaître que la pornographie infantine a été érigée en infraction dans l'ensemble de ces États.

54. L'acte isolé consistant à filmer, photographier ou représenter un enfant en secret ou de manière non consensuelle à des fins sexuelles relève de l'infraction de pornographie infantine ou d'une infraction spécifique dans trente-trois des États membres étudiés (Albanie, Allemagne, Autriche, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Croatie, Espagne, Estonie, Finlande, Géorgie, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Lettonie, Liechtenstein, Luxembourg, République de Moldova, Monténégro, Norvège, Pays-Bas, Pologne, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Russie, Slovaquie, Slovénie, Suisse, Turquie et Ukraine). Dans les six États membres restants (Azerbaïdjan, Danemark, France, Lituanie, l'ex-République yougoslave de Macédoine et Monaco), une condamnation n'est possible que lorsque l'intention de diffuser le matériel pornographique peut être prouvée. Dans la plupart de ces six pays, le comportement en question peut néanmoins être tenu pour illégal au regard d'autres dispositions du code pénal relatives aux infractions à caractère sexuel.

55. L'acte isolé consistant à filmer ou photographier un individu (enfant ou adulte) en secret ou de manière non consensuelle, en l'absence de but sexuel, est considéré comme une infraction pénale, à savoir comme une violation du droit au respect de l'intimité, dans vingt-cinq des États membres examinés (Albanie, Allemagne, Bosnie-Herzégovine, Croatie, Danemark, Espagne, Finlande, France, Géorgie, Grèce, Islande, Italie, Lituanie, Luxembourg, l'ex-République yougoslave de Macédoine, Monaco, Monténégro, Pays-Bas, Pologne, Russie, Slovaquie, Slovénie, Suisse, Turquie et Ukraine). Onze des quatorze États membres restants, s'ils n'ont pas inscrit dans leurs codes pénaux des infractions au droit au respect de l'intimité, prévoient néanmoins des recours civils permettant de se plaindre d'une atteinte à l'intimité. Trois des États membres étudiés n'offrent aucune voie de droit civil au moyen de laquelle un individu pourrait se plaindre d'avoir fait l'objet d'une prise d'images réalisée en secret ou sans son consentement.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 8 ET 13 DE LA CONVENTION

56. La requérante allègue que l'État suédois a failli à l'obligation que lui faisait selon elle l'article 8 de la Convention de lui offrir des voies de recours qui lui auraient permis de se plaindre de l'atteinte à son intégrité personnelle commise par son beau-père, lequel avait tenté de la filmer en secret, nue dans la salle de bains, lorsqu'elle avait quatorze ans. Elle invoque également l'article 13 de la Convention.

57. La Cour rappelle qu'elle est maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause (voir, par exemple, *Aksu c. Turquie* [GC], n<sup>os</sup> 4149/04 et 41029/04, § 43, CEDH 2012). En l'espèce, elle estime que le grief de la requérante concerne exclusivement la question de savoir si des recours lui étaient accessibles pour se plaindre de son beau-père, et non celle de la disponibilité en Suède de recours pour agir contre l'État afin de faire respecter au niveau national la substance d'un droit ou d'une liberté garantis par la Convention. Ce grief doit donc être examiné sous l'angle du seul article 8 de la Convention, lequel est ainsi libellé :

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

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

#### A. L'arrêt de la chambre

58. Dans son arrêt du 21 juin 2012 (*E.S. c. Suède*, n<sup>o</sup> 5786/08, 21 juin 2012), la chambre a elle aussi estimé que le grief devait être examiné sous l'angle du seul article 8 de la Convention. Elle a constaté que, si le droit suédois ne contenait pas de dispositions sur la prise d'images en secret, il existait néanmoins des textes susceptibles de s'appliquer, en théorie au moins, à des actes tels que celui critiqué en l'espèce. Elle a souligné que le parquet, au moment d'inculper le beau-père, et le tribunal de district, lors de la condamnation du 14 février 2006, avaient considéré que l'acte incriminé pouvait être réputé couvert par la disposition relative à l'abus sexuel. Elle a relevé qu'à l'époque pertinente des conclusions similaires se dégageaient de la jurisprudence suédoise (NJA 1996, p. 418), mais que ce

n'était que lorsque la cour d'appel avait rendu son arrêt qu'il était apparu clairement que l'acte litigieux ne s'analysait pas juridiquement en un abus sexuel, du fait qu'il n'avait pas été dans l'intention du beau-père que la jeune fille découvrit qu'elle était filmée. La chambre a également rappelé que la cour d'appel, dans son arrêt relaxant le beau-père du chef d'abus sexuel, avait souligné que l'acte litigieux aurait pu, en théorie au moins, être réputé constitutif d'une tentative de pornographie enfantine au regard du code pénal, mais que, le parquet n'ayant pas porté pareille accusation contre l'intéressé, la cour d'appel n'avait pu rechercher si la responsabilité de celui-ci était engagée à raison d'une telle infraction. Enfin, la chambre a observé que des recours civils s'offraient à la requérante et que celle-ci, représentée par un conseil, avait choisi de demander des dommages et intérêts dans le cadre de la procédure pénale. La chambre a dès lors conclu que la législation et la pratique suédoises n'étaient pas défailtantes au point d'emporter violation par la Suède de ses obligations positives découlant de l'article 8 de la Convention.

## **B. Les observations des parties**

### *1. La requérante*

59. La requérante allègue que l'ordre juridique suédois n'offrait aucune voie de recours susceptible de la protéger contre les agissements concrets de son beau-père.

60. Premièrement, concernant la disposition sur l'abus sexuel, la requérante indique qu'il n'aurait été possible de condamner son beau-père que s'il avait été établi qu'il avait eu l'intention de lui faire prendre conscience qu'elle était filmée, le raisonnement étant qu'une personne ne pouvait être victime d'un abus que si elle en était consciente. Il s'ensuit, pour la requérante, que la relaxe de son beau-père de ce chef tient à l'interprétation de la disposition en question. À ses yeux, celle-ci aurait pu et dû être lue de manière à ce que la prise d'images fût considérée comme une infraction, indépendamment de la question de savoir si la victime était ou non consciente du fait d'être filmée au moment de la réalisation des images. Par conséquent, la requérante estime critiquable l'interprétation de la disposition relative à l'abus sexuel, d'autant que l'acte litigieux n'était pas visé par d'autres dispositions pénales.

61. Deuxièmement, s'appuyant sur les travaux préparatoires de la disposition sur la pornographie enfantine et sur l'avis juridique du professeur Madeleine Leijonhufvud, la requérante soutient que son beau-père n'aurait pas pu être condamné pour tentative de pornographie enfantine non plus,

faute selon elle de l'élément constitutif essentiel de l'infraction, à savoir le caractère « pornographique » de l'image. Elle estime en effet que les images d'une adolescente de quatorze ans se déshabillant avant de prendre sa douche dans un contexte par ailleurs ordinaire ne pouvaient être considérées comme pornographiques au sens de la disposition relative à la pornographie infantine (chapitre 16, article 10 a), du code pénal). Pour que le film pût être jugé pornographique, il eût fallu d'après elle que le beau-père le manipulât de telle façon, par exemple, qu'elle parût poser pour lui ou qu'il utilisât un autre moyen de le placer dans un contexte pornographique. La requérante expose qu'à l'époque où l'affaire était pendante devant les tribunaux nationaux il n'était pas possible d'émettre des hypothèses sur le sort que le beau-père aurait réservé au film, celui-ci ayant été détruit. Pour elle, il est donc parfaitement compréhensible que le parquet n'ait pas libellé ou modifié l'acte d'accusation de manière à y mentionner la pornographie infantine, puisqu'une telle plainte n'aurait eu aucune chance d'aboutir.

62. Pour les raisons exposées ci-dessus, la requérante ne reproche pas au parquet, sur le plan procédural, d'avoir failli à son obligation de poursuivre des infractions ou de l'aider à obtenir des dommages et intérêts sur le fondement du chapitre 22 du code de procédure judiciaire. Ce seraient en réalité le législateur et les juridictions internes qui auraient manqué à leurs obligations positives respectives en l'espèce, le législateur en raison d'une lacune dans la législation et les tribunaux en ne lui allouant pas de dommages et intérêts.

63. En ce qui concerne le législateur, la requérante indique que le simple fait de filmer ou de représenter une personne mineure dans une situation portant atteinte aux aspects essentiels de son intégrité personnelle ne constitue une infraction pénale que si les images réalisées peuvent objectivement être considérées comme pornographiques au sens commun du terme et à l'aune des valeurs généralement partagées. Une personne majeure ne bénéficierait d'aucune protection. La non-incrimination, des années durant, de la prise d'images en secret ou de manière illicite s'analyserait en une violation de l'article 8. La faiblesse de la protection dans ce domaine serait connue et débattue depuis 1966. Selon la requérante, il ne faut pas, aux fins de l'examen sous l'angle de l'article 8, « quantifier » cette défaillance en cherchant à déterminer s'il s'agit ou non d'une lacune « importante » ou « suffisamment importante » dans la législation. Il suffirait de conclure que la protection du droit à la vie privée était – et demeure – insuffisante dans l'ordre juridique suédois et qu'elle-même a été victime de cette défaillance. La requérante ajoute que la proposition législative concernant la prise d'images en secret a été lancée après la communication de la présente requête et que les mesures législatives en cours semblent avoir beaucoup progressé, en particulier

depuis que la Grande Chambre a fait droit à sa demande de renvoi, ce qui montre à ses yeux le besoin urgent d'une telle protection législative.

64. Enfin, se référant à l'issue de la procédure pénale devant les juridictions nationales, la requérante allègue que l'ordre juridique suédois ne lui offrait aucun recours civil susceptible de la protéger contre les agissements de son beau-père. Elle estime que, malgré la relaxe de celui-ci, les tribunaux auraient pu lui allouer une indemnité sur le fondement de la loi sur la responsabilité civile ou sur celui de la seule Convention. Elle soutient que les juridictions internes sont maîtresses de la qualification juridique des faits et qu'il n'y avait donc pas lieu pour les parties d'invoquer quelque disposition légale que ce fût. Elle ajoute que dès lors qu'il s'agissait d'une action civile engagée à la suite de la commission d'une infraction et que le chapitre 22, article 7, du code de procédure judiciaire trouvait à s'appliquer, les tribunaux étaient tenus de se prononcer sur la demande, quand bien même il eût été établi que l'acte en cause ne pouvait être puni. Partant, la requérante considère que les juridictions internes auraient dû statuer d'office, alors même qu'elle n'avait invoqué aucune disposition juridique spécifique.

## 2. *Le Gouvernement*

65. Selon le Gouvernement, la Suède a satisfait en l'espèce à ses obligations positives au regard de l'article 8. L'acte litigieux relèverait de la législation pénale suédoise, notamment des dispositions relatives à l'abus sexuel et à la pornographie infantine, et rien ne donnerait à penser que l'enquête préliminaire et les poursuites n'aient pas été menées de manière effective ou qu'elles l'aient été de manière incompatible avec la législation suédoise ou l'article 8 de la Convention. Le beau-père de la requérante aurait été poursuivi pour l'acte litigieux mais, faute des preuves requises, il n'aurait pas pu être condamné. Des sanctions dissuasives, adossées à un mécanisme d'application efficace, auraient néanmoins existé en l'espèce.

66. Le Gouvernement plaide d'emblée que la Cour a déclaré à plusieurs reprises que les États jouissent d'une ample marge d'appréciation relativement à la garantie d'une protection adéquate au regard de l'article 8, même dans les cas d'agressions très graves telles que le viol d'une mineure (voir, par exemple, *M.C. c. Bulgarie*, n° 39272/98, § 154, CEDH 2003-XII), et que seules des lacunes importantes dans la législation et la pratique, ou dans leur application, peuvent emporter violation des obligations positives que cette disposition fait peser sur l'État.

67. En l'espèce, le beau-père de la requérante aurait été inculpé d'abus sexuel sur le fondement du chapitre 6, article 7 § 3, du code pénal, et tant le tribunal de district que la cour d'appel auraient conclu que l'acte litigieux

réunissait les éléments constitutifs objectifs de l'abus sexuel ; la cour d'appel aurait toutefois estimé qu'il n'était pas possible d'établir l'élément subjectif requis – à savoir l'intention du beau-père de faire prendre conscience à la requérante qu'elle était filmée – pour engager la responsabilité pénale de l'auteur au regard de cette disposition. Le motif de la relaxe ne tiendrait donc pas à l'absence d'une disposition pénale visant l'acte incriminé mais à l'impossibilité pour le parquet de prouver que le beau-père avait eu l'intention requise et donc que l'infraction avait été commise. Le Gouvernement ajoute dans ce contexte que la Convention n'exige pas la garantie que toute poursuite se solde par une condamnation (voir, par exemple, *Öneryıldız c. Turquie* [GC], n° 48939/99, §§ 96 et 147, CEDH 2004-XII).

68. Le Gouvernement fait observer que la disposition relative à l'abus sexuel a été modifiée le 1<sup>er</sup> avril 2005 et intégrée au chapitre 6, article 10, du code pénal. L'élément déterminant du nouveau libellé, du point de vue de la responsabilité pénale, serait que l'acte doit avoir été commis d'une « manière susceptible de porter atteinte à [l']intégrité sexuelle [d'autrui] ». Se référant aux observations formulées au sujet du texte amendé de la disposition par la Commission des infractions sexuelles mise en place en 2008, le Gouvernement plaide que depuis le 1<sup>er</sup> avril 2005 l'article en question couvre aussi les situations telles que celle ici en cause, où une personne en a filmé ou photographié une autre en secret et d'une manière sexuellement intrusive.

69. La cour d'appel aurait conclu dans son arrêt du 16 octobre 2007 que l'acte litigieux aurait pu, en théorie au moins, être réputé constituer une tentative de pornographie infantine. L'opportunité d'ouvrir des poursuites pour abus sexuel ou pour pornographie infantine relèverait de l'appréciation du ministère public, qui appliquerait le principe d'objectivité, en vertu duquel il doit s'abstenir de poursuivre s'il estime que les conditions d'une condamnation ne sont pas réunies. En l'espèce, le dossier ne contiendrait aucune pièce expliquant pourquoi le beau-père de la requérante n'avait pas été inculqué aussi de tentative de pornographie infantine. Le Gouvernement ne serait donc pas en mesure de déterminer sur quels motifs précis le procureur avait fondé sa décision de ne retenir que l'infraction d'abus sexuel dans l'acte d'accusation. Cela étant, plusieurs raisons pourraient, selon le Gouvernement, être à l'origine de l'absence de poursuites pour tentative de pornographie infantine.

70. Il se pourrait notamment que le procureur ait jugé que certaines des conditions requises pour qu'il y eût infraction n'étaient pas remplies. Ainsi, par exemple, il aurait fallu que l'image en cause pût être considérée comme « pornographique » au sens commun du terme. Le Gouvernement explique que toute représentation d'un enfant nu ou toute image sur laquelle les

parties génitales d'un enfant sont visibles n'est pas passible d'une sanction, quand bien même ces images pourraient stimuler les pulsions sexuelles de certains individus. Il ajoute que ce qui figure sur l'image et la façon dont l'enfant y est représenté, notamment du fait du cadrage de l'image, sont des éléments qu'il importe de prendre en compte dans cette appréciation.

71. Par ailleurs, selon le Gouvernement, le libellé de la disposition à l'époque des faits – plus particulièrement l'exigence qui voulait que le développement pubertaire de l'enfant ne fût pas achevé ou, s'il l'était, qu'il ressortît de l'image ou des circonstances liées à l'image que l'enfant avait moins de dix-huit ans – peut avoir fait naître dans l'esprit du procureur des doutes quant à la possibilité d'obtenir une condamnation pour cette infraction.

72. Enfin, le Gouvernement arguë que le fait que la mère de la requérante avait déclaré avoir détruit le film immédiatement après l'incident en septembre 2002 et qu'elle et sa fille n'avaient signalé l'incident à la police qu'en septembre 2004, c'est-à-dire longtemps après qu'il se fut produit, a peut-être réduit la possibilité pour le parquet de prouver qu'il y avait eu une image « pornographique » et que le développement pubertaire de la requérante à l'époque des faits, c'est-à-dire en septembre 2002, était inachevé ou qu'il ressortait des circonstances que la jeune fille avait alors moins de dix-huit ans.

73. Concernant la demande de dommages et intérêts formée par la requérante, le Gouvernement indique qu'en vertu du chapitre 29, article 6, du code de procédure judiciaire, lorsqu'une action civile est jointe à la procédure pénale, la chose jugée au pénal s'impose au civil. En conséquence, la cour d'appel n'aurait pas pu allouer des dommages et intérêts sur le fondement du chapitre 2, article 3, de la loi sur la responsabilité civile, aucune infraction visée par le code pénal n'ayant été constatée. Le Gouvernement estime toutefois que dans le cadre de la procédure pénale, la requérante, représentée par un conseil, aurait pu invoquer à l'appui de sa demande de dommages et intérêts contre son beau-père d'autres éléments que les agissements mentionnés dans l'acte d'accusation, et plaider, par exemple, sur le terrain du chapitre 2, article 1, de la loi sur la responsabilité civile, qu'il lui avait causé un dommage personnel en faisant preuve de négligence vis-à-vis d'elle, ce qui aurait englobé toute atteinte physique ou psychologique. Selon le Gouvernement, cette disposition permet en effet aussi d'accorder une réparation si le dommage a été causé par un acte non criminel, commis de façon délibérée ou par négligence.

74. Le Gouvernement ajoute que les tribunaux ne peuvent pas allouer des dommages et intérêts sur le seul fondement juridique de l'article 8 de la Convention. Certes, la Convention se trouverait incorporée dans le droit

suédois et la Cour suprême suédoise aurait établi le principe selon lequel un individu peut, sans l'appui de dispositions spécifiques de la législation suédoise, se voir octroyer des dommages et intérêts par l'État en cas de violation de la Convention, mais un arrêt de la Cour suprême (NJA 2007, p. 747) aurait jugé ce principe inapplicable aux litiges entre particuliers eu égard à la difficulté pour un particulier de déduire de la jurisprudence de la Cour les circonstances dans lesquelles il pourrait être tenu de verser des dommages et intérêts.

75. Enfin, concernant les travaux législatifs en cours sur la prise d'images en secret ou de manière illicite, le Gouvernement déclare avoir approuvé le 1<sup>er</sup> mars 2012 la présentation au Conseil législatif d'un projet de texte intitulé « Photographie intrusive ». Ce projet aurait été modifié par un projet du 20 décembre 2012 et son contenu aurait été approuvé par le Conseil législatif le 7 février 2013. L'entrée en vigueur de la loi aurait été fixée au 1<sup>er</sup> juillet 2013. Le Gouvernement indique que, concrètement, ce texte permettra de sanctionner en tant que photographie intrusive le fait de filmer une personne en secret et sans son autorisation dans une douche ou une salle de bains. Il ajoute que le fait de placer ou de « régler » une caméra dans le but de commettre cette infraction sera également punissable en tant qu'acte de préparation d'une telle infraction.

76. Au vu de ce qui précède, le Gouvernement estime que l'absence dans la législation suédoise, à l'époque des faits, d'une quelconque disposition visant la prise d'images en secret ou de manière illicite ne peut s'analyser en une atteinte au droit de la requérante au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention.

### *3. Les observations de la partie intervenante*

77. Le Centre des droits de l'homme de l'université de Gand estime que le critère de la « lacune importante » mis en œuvre par la chambre revient à abaisser les normes qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour sur les obligations positives. Selon lui, la Grande Chambre devrait plutôt appliquer les principes de la « priorité des droits » et de l'« effectivité ». Le premier exigerait que les droits garantis par la Convention se voient principalement accorder plus de poids que les intérêts publics dans l'analyse de la proportionnalité et qu'il incombe à l'État d'établir le caractère proportionné de ses inactions. Le second commanderait qu'existe en pratique un moyen propre à protéger un droit découlant de la Convention. Dans le contexte de l'obligation positive d'enquêter, toute carence de l'enquête affaiblissant sa capacité à établir les circonstances de l'affaire ou les responsabilités se heurterait au critère de l'effectivité.



## C. L'appréciation de la Cour

### 1. Principes généraux

78. La Cour rappelle que si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'État de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif s'ajoutent des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux (voir, parmi d'autres, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 32, série A n° 32).

79. Le choix des mesures propres à garantir l'observation de l'article 8 dans les rapports interindividuels relève en principe de la marge d'appréciation des États contractants, que les obligations à la charge de l'État soient positives ou négatives. Il existe en effet différentes manières d'assurer le respect de la vie privée, et la nature de l'obligation de l'État dépend de l'aspect de la vie privée qui se trouve en cause (voir, par exemple, *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)* [GC], nos 40660/08 et 60641/08, § 104, CEDH 2012, *Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, § 46, CEDH 2003-III, *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 77, CEDH 2007-I, et *Mosley c. Royaume-Uni*, n° 48009/08, § 109, 10 mai 2011). Lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, ou que les activités en cause concernent un aspect des plus intimes de la vie privée, la marge laissée à l'État est d'autant plus restreinte (*ibidem*).

80. Pour ce qui est de la protection de l'intégrité physique et morale d'un individu face à autrui, la Cour a déjà dit que les obligations positives qui pèsent sur les autorités – dans certains cas en vertu de l'article 2 ou de l'article 3 de la Convention, et dans d'autres cas en vertu de l'article 8, considéré seul ou combiné avec l'article 3 – peuvent comporter un devoir de mettre en place et d'appliquer en pratique un cadre juridique adapté offrant une protection contre les actes de violence pouvant être commis par des particuliers (voir, parmi d'autres, *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, §§ 128-130, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII, *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, n° 71127/01, § 65, 12 juin 2008, *Sandra Janković c. Croatie*, n° 38478/05, § 45, 5 mars 2009, *A c. Croatie*, n° 55164/08, § 60, 14 octobre 2010, et *Dordević c. Croatie*, n° 41526/10, §§ 141-143, CEDH 2012).

81. En ce qui concerne les enfants, qui sont particulièrement vulnérables, les dispositifs créés par l'État pour les protéger contre des actes de violence tombant sous le coup des articles 3 et 8 doivent être efficaces et inclure des

mesures raisonnables visant à empêcher les mauvais traitements dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance ainsi qu'une prévention efficace mettant les enfants à l'abri de formes aussi graves d'atteinte à l'intégrité de la personne (*Z et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 29392/95, § 73, CEDH 2001-V, et *M.P. et autres c. Bulgarie*, n° 22457/08, § 108, 15 novembre 2011). Pareilles mesures doivent viser à garantir le respect de la dignité humaine et la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant (*C.A.S. et C.S. c. Roumanie*, n° 26692/05, § 82, 20 mars 2012, et *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 65, CEDH 2002-III).

82. S'agissant plus spécifiquement d'actes aussi graves que le viol et les abus sexuels sur des enfants, qui mettent en jeu des valeurs fondamentales et des aspects essentiels de la vie privée, il appartient aux États membres de se doter de dispositions pénales efficaces (voir, par exemple, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 27, série A n° 91, et *M.C. c. Bulgarie*, précité, § 150). Cette obligation découle aussi d'autres dispositions internationales telles que, notamment, les articles 19 et 34 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant et le chapitre VI, « Droit pénal matériel », de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (paragraphe 51 et 52 ci-dessus).

83. Concernant des actes d'une telle gravité, l'obligation positive qui incombe à l'État en vertu des articles 3 et 8 de protéger l'intégrité physique de l'individu peut s'étendre aux questions touchant à l'effectivité d'une enquête pénale (voir, parmi d'autres, *C.A.S. et C.S. c. Roumanie*, précité, § 72, *M.P. et autres c. Bulgarie*, précité, §§ 109-110, et *M.C. c. Bulgarie*, précité, § 152) et à la possibilité d'obtenir redressement et réparation (voir, *mutatis mutandis*, *C.A.S. et C.S. c. Roumanie*, précité, § 72), même s'il n'existe pas un droit absolu à obtenir l'ouverture de poursuites contre une personne donnée, ou la condamnation de celle-ci, lorsqu'il n'y a pas eu de défaillances blâmables dans les efforts déployés pour obliger les auteurs d'infractions pénales à rendre des comptes (voir, par exemple, *Brecknell c. Royaume-Uni*, n° 32457/04, § 64, 27 novembre 2007, et *Szula c. Royaume-Uni* (déc.), n° 18727/06, 4 janvier 2007).

84. Quant aux actes qui n'atteignent pas la gravité de ceux qui étaient en cause dans *X et Y c. Pays-Bas* (précité) et *M.C. c. Bulgarie* (précité), la Cour a examiné sous l'angle de l'article 8 l'obligation pour l'État de protéger, par exemple, un mineur contre la diffamation (*K.U. c. Finlande*, n° 2872/02, §§ 45-49, CEDH 2008). Si, dans l'affaire *K.U. c. Finlande*, l'acte litigieux ne s'était accompagné d'aucune violence physique, la Cour a néanmoins estimé qu'il ne fallait pas le sous-estimer, compte tenu du risque physique et moral que la situation litigieuse avait pu comporter pour le requérant, un garçon mineur qui avait été désigné comme cible pour les pédophiles.

L'acte en question constituait une infraction pénale selon le droit interne et la Cour a considéré qu'une protection pratique et efficace du requérant supposait l'existence d'un recours permettant d'identifier l'auteur des actes incriminés et de le traduire en justice.

85. Pour ce qui est plus généralement des actes interindividuels de moindre gravité susceptibles de porter atteinte à l'intégrité morale, en revanche, l'obligation qui incombe à l'État, au titre de l'article 8, de mettre en place et d'appliquer en pratique un cadre juridique adapté offrant une protection n'implique pas toujours l'adoption de dispositions pénales efficaces visant les différents actes pouvant être en cause. Le cadre juridique peut aussi consister en des recours civils aptes à fournir une protection suffisante (voir, *mutatis mutandis*, *X et Y c. Pays-Bas*, précité, §§ 24 et 27, et *K.U. c. Finlande*, précité, § 47). La Cour observe, par exemple, que dans certaines affaires précédentes relatives à la protection de l'image d'une personne contre des abus de la part d'autrui, les recours existants dans les États membres étaient d'ordre civil, parfois combinés à des voies procédurales telles que le prononcé d'une interdiction (voir, parmi d'autres, *Von Hannover*, précité, *Reklos et Davourlis c. Grèce*, n° 1234/05, 15 janvier 2009, et *Schüssel c. Autriche* (déc.), n° 42409/98, 21 février 2002).

## 2. Application de ces principes au cas d'espèce

86. La Cour observe que la cour d'appel a jugé que l'acte du beau-père était constitutif d'une atteinte à l'intégrité personnelle de la requérante (paragraphe 23 ci-dessus). Elle souscrit à ce constat et estime, d'une part, que les faits étaient d'autant plus graves que la requérante était mineure, que l'incident s'était produit à son domicile, où elle était censée se sentir en sécurité, et que l'auteur n'était autre que son beau-père, une personne à qui elle devait pouvoir faire confiance. Cet incident a touché la requérante dans des aspects extrêmement intimes de sa vie privée. La Cour observe, d'autre part, que les faits en question n'ont pas comporté de violence, de sévices ou de contact physiques. Tout en prenant note de la conclusion des juridictions internes selon laquelle l'acte du beau-père était assurément répréhensible, la Cour considère qu'il n'a pas atteint le degré de gravité des actes en cause dans la jurisprudence susmentionnée, qui se rapportaient à des viols ou des abus sexuels sur des enfants (paragraphe 81 ci-dessus) et qui ont été examinés sous l'angle de l'article 8 mais aussi de l'article 3 de la Convention.

87. Sur ce dernier point, il convient de noter que la requérante ne se plaint pas seulement de l'absence d'un recours pénal relativement à l'interprétation de la notion d'abus et du fait que la législation suédoise n'incriminait pas en tant que telle la prise d'images en secret ou de manière illicite; elle allègue également que l'ordre juridique suédois ne lui offrait

aucun recours civil susceptible de la protéger contre les agissements de son beau-père. Plus spécifiquement, elle soutient que les juridictions nationales ont manqué à leurs obligations positives en refusant de lui allouer des dommages et intérêts sur le fondement de la loi sur la responsabilité civile ou de la Convention. La requérante ne prétend donc pas que seul le recours au droit pénal pouvait permettre à la Suède de remplir son obligation, découlant de l'article 8, de la protéger contre les actes de son beau-père.

88. L'intéressée ne met pas en cause l'effectivité de l'enquête pénale menée par les autorités suédoises. La Cour n'a pas décelé d'éléments qui indiqueraient que les organes d'enquête et le parquet aient accompli leur tâche d'une manière impropre à protéger l'intégrité physique de la requérante, ou qu'ils aient manqué à leurs obligations positives de mener des poursuites effectives pour garantir une protection adéquate des droits de la requérante résultant de l'article 8 de la Convention.

89. À la lumière de ces observations préliminaires, la Cour recherchera si, eu égard aux circonstances particulières de l'affaire dont elle se trouve saisie, la Suède possédait à l'époque pertinente un cadre juridique propre à offrir à la requérante une protection adéquate contre les agissements concrets de son beau-père; à cette fin, elle évaluera chacun des recours qui étaient supposément ouverts à l'intéressée.

90. Il convient de souligner que cette approche diffère de celle adoptée par la chambre, qui a jugé que «seules des lacunes importantes dans la législation ou la pratique, ou dans leur application, emporteraient violation des obligations positives découlant pour l'État de l'article 8». La chambre renvoyait là aux termes employés dans *M.C. c. Bulgarie* (précité, § 167) pour définir l'étendue de l'obligation positive qu'ont les États en vertu des articles 3 et 8 de la Convention d'offrir une protection contre le viol et les abus sexuels. Or, dans ladite affaire, la Cour avait appliqué le critère du défaut important aux «insuffisances alléguées de l'enquête», soulignant qu'elle «n'[était] pas appelée à se prononcer sur les allégations d'erreurs ou d'omissions particulières» (*ibidem*, § 168) et considérant que les manquements étaient «significatif[s]» ou «considérables» (voir, par exemple, l'arrêt *M.C. c. Bulgarie*, précité, §§ 179 et 184; voir aussi *M. et C. c. Roumanie*, n° 29032/04, §§ 112 et suiv., 27 septembre 2011; voir, en revanche, *Siliadin c. France*, n° 73316/01, § 130, CEDH 2005-VII, où des termes identiques avaient été utilisés à propos de la révision de la législation et de la pratique à la lumière de l'article 4 de la Convention).

91. La Grande Chambre estime que ce critère du défaut important, aussi défendable soit-il dans le contexte d'une enquête, n'a pas de rôle significatif à jouer lorsqu'il s'agit de déterminer si l'État défendeur était ou non doté d'un *cadre juridique adéquat* au regard de ses obligations positives découlant

de l'article 8 de la Convention, car la question qui se pose à la Cour est de savoir si dans les circonstances le droit offrait à la requérante un niveau acceptable de protection.

**a) La pornographie infantine**

92. La Cour observe d'emblée qu'une part considérable des observations soumises par les parties ont trait à l'existence en droit suédois d'une infraction de tentative de pornographie infantine et à sa pertinence dans l'affaire ici examinée. Cela s'explique par le fait que dans l'arrêt de la cour d'appel en date du 16 octobre 2007, qui relaxait le beau-père de la requérante du chef d'abus sexuel (infraction visée au chapitre 6, article 7 § 3, du code pénal), figurait un *obiter dictum* aux termes duquel, compte tenu de l'âge de la jeune fille, l'acte litigieux aurait pu, en théorie au moins, être réputé constitutif d'une tentative de pornographie infantine au sens du chapitre 16, article 10 a), du code pénal (voir les dispositions citées aux paragraphes 31 et 32 ci-dessus). Dès lors toutefois qu'aucune accusation de ce type n'avait été portée contre l'intéressé, la cour d'appel n'avait pu rechercher si celui-ci pouvait être tenu pour responsable d'une telle infraction (voir paragraphe 24 ci-dessus).

93. Le Gouvernement arguë que les actes du type de celui ici en cause pouvaient, sous certaines conditions, relever non seulement des dispositions relatives à l'abus sexuel mais aussi de celles visant la tentative de pornographie infantine.

94. Cependant, tout en reconnaissant l'absence d'informations sur le point de savoir si à l'époque le parquet avait ou non envisagé d'inculper le beau-père de l'intéressée de tentative de pornographie infantine, le Gouvernement énumère un certain nombre de raisons susceptibles selon lui d'expliquer la décision du parquet de ne pas procéder de la sorte, évoquant notamment une série de circonstances qui auraient rendu malaisée la production d'éléments suffisants pour prouver qu'il y avait eu image « pornographique » (paragraphes 69 à 72 ci-dessus). Le Gouvernement indique ainsi que la mère de la requérante avait détruit le film immédiatement après l'incident de septembre 2002 et qu'elle et sa fille n'avaient signalé l'incident à la police qu'en septembre 2004, c'est-à-dire longtemps après qu'il se fut produit.

95. La Cour prend note par ailleurs de la thèse de la requérante, fondée sur les travaux préparatoires de la disposition relative à la pornographie infantine et sur un avis juridique (paragraphe 61 ci-dessus), selon laquelle son beau-père n'aurait pas pu être condamné pour tentative de pornographie infantine même si le film avait été conservé, faute selon elle de l'élément constitutif essentiel de l'infraction, à savoir le caractère « pornographique » de l'image. La requérante estime en effet que les images d'une adolescente

de quatorze ans se déshabillant avant de prendre sa douche dans un contexte par ailleurs ordinaire ne peuvent être considérées comme pornographiques au sens de la disposition relative à la pornographie infantine (chapitre 16, article 10 a), du code pénal). Pour que le film pût être jugé pornographique, il eût fallu d'après elle que le beau-père le manipulât de telle façon, par exemple, qu'elle parût poser pour lui ou qu'il utilisât un autre moyen de le placer dans un contexte pornographique. La requérante plaide que si une accusation de tentative de pornographie infantine avait été formulée en l'espèce, elle n'aurait eu aucune chance d'aboutir. Elle demande à la Cour de ne pas tenir compte, lors de l'examen de son grief, de l'existence de cette infraction dans le droit interne pertinent.

96. La Cour observe que le terme « image pornographique » n'est pas défini dans le code pénal et que les travaux préparatoires évoqués par la requérante comportent le passage suivant (paragraphe 33 ci-dessus) :

« Une certaine prudence s'imposait, afin que le champ des actes considérés comme des infractions ne devînt pas trop vaste ou trop difficile à apprécier. L'idée n'était pas d'ériger en infraction pénale toute représentation d'enfants nus ou toute image sur laquelle on pourrait distinguer les parties génitales d'un enfant, quand bien même ces images pourraient stimuler les pulsions sexuelles de certaines personnes. Pour que son utilisation soit illicite, il faut qu'une image revête un caractère pornographique au sens commun du terme et à l'aune des valeurs généralement partagées. »

97. Dans ce contexte, la thèse selon laquelle on pourrait considérer que l'incrimination de tentative de pornographie infantine offrait à la requérante une protection contre l'acte spécifique en cause semble plutôt théorique. Non convaincue que l'acte du beau-père relevât de l'incrimination en question, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances particulières de l'espèce, de se livrer à des spéculations sur les conséquences que la formulation d'une telle accusation aurait pu avoir pour la protection du droit de l'intéressée au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention.

#### **b) L'abus sexuel**

98. Une autre question qui se pose est de savoir si l'existence de l'incrimination d'abus sexuel offrait à la requérante la protection requise par l'article 8 de la Convention. Avant le 1<sup>er</sup> avril 2005, le passage pertinent de la disposition relative à l'abus sexuel (chapitre 6, article 7 § 3, du code pénal) était ainsi libellé :

« Il en va de même pour quiconque s'exhibe de telle façon que la nature de son acte heurte autrui, ou, par des paroles ou des actes qui manquent ouvertement aux règles de la bienséance, se comporte avec une indécence manifeste vis-à-vis d'autrui. »

99. Le tribunal de district condamna le beau-père sur la base de ce texte le 14 février 2006. Par un arrêt du 16 octobre 2007, la cour d'appel prononça toutefois sa relaxe, jugeant que l'acte litigieux n'était pas légalement constitutif d'un abus sexuel. La juridiction d'appel tint pour établi que l'intention du beau-père avait été de filmer la requérante en secret dans un but sexuel. Elle considéra donc comme certain que le beau-père n'avait pas voulu que la requérante découvrit qu'elle était filmée et ajouta qu'il n'avait pas non plus été indifférent au risque qu'elle pût le découvrir. Elle se référa ensuite à un arrêt (NJA 1996, p. 418) dans lequel la Cour suprême avait dit, notamment, que la prise d'images en secret n'était pas en soi une infraction, dès lors que le droit suédois ne frappait d'aucune interdiction générale le fait de filmer autrui sans son consentement. Suivant le même raisonnement, et tout en considérant que, compte tenu en particulier de l'âge de la requérante et de sa relation avec son beau-père, l'acte litigieux constituait une atteinte à l'intégrité de la personne, la cour d'appel conclut que la responsabilité pénale du second ne pouvait pas être engagée pour l'acte isolé ayant consisté à filmer la requérante à son insu. Elle ajouta que la jeune fille s'était en fait rendu compte de la prise d'images après coup, mais que cela n'attestait pas d'une quelconque intention du beau-père. Le 12 décembre 2007, la Cour suprême refusa à la requérante l'autorisation de la saisir.

100. Pour que l'infraction d'abus sexuel visée au chapitre 6, article 7 § 3, du code pénal pût être établie, il fallait donc qu'en commettant l'acte en question son auteur voulût que la victime se rendît compte de l'abus sexuel ou qu'il fût indifférent au risque qu'elle pût le découvrir. Autrement dit, la victime ne pouvait passer pour avoir fait l'objet d'un abus sexuel que si elle s'était rendu compte de cet abus. La Cour rappelle que le beau-père fut de fait condamné pour abus sexuel sur le fondement de la disposition susmentionnée pour deux chefs de conduite indécente à l'égard de la cousine – alors âgée de seize ans – de la requérante, à savoir pour lui avoir caressé la cuisse et exprimé le désir d'avoir un rapport sexuel avec elle (paragraphe 14 ci-dessus).

101. L'interprétation donnée par la cour d'appel à la disposition relative à l'abus sexuel fut confirmée par la Cour suprême dans une autre affaire le 23 octobre 2008 (NJA 2008, p. 946 – paragraphe 40 ci-dessus). Dans l'affaire en question, la Cour suprême relaxa une personne du chef d'abus et rappela par la même occasion que le droit suédois ne contenait aucune interdiction générale visant le fait de filmer en secret. Elle releva également que, bien que la nécessité de renforcer le cadre juridique sur ce point eût été reconnue dès les années 1960 lors des travaux législatifs menés en Suède, cela n'avait pas encore abouti à des résultats concrets. Selon elle, il y avait tout lieu de se demander si l'absence totale de sanctions en droit suédois

pour la prise d'images d'un individu dans une situation où pareil acte portait gravement atteinte à son intégrité personnelle était compatible avec les exigences découlant de l'article 8 de la Convention.

102. La requérante considère quant à elle que l'interprétation donnée de la disposition relative à l'abus sexuel telle que libellée avant le 1<sup>er</sup> avril 2005 est contestable. Pour autant que les critiques qu'elle formule visent non seulement le législateur mais aussi l'interprétation livrée par la cour d'appel dans son arrêt du 16 octobre 2007 – plus tard confirmée par la juridiction suprême dans une autre affaire –, la Cour rappelle qu'elle n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions internes et que c'est au premier chef aux autorités nationales, et singulièrement aux cours et tribunaux, qu'il revient d'interpréter le droit interne (*Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie* [GC], n° 13279/05, § 49, 20 octobre 2011). Elle souscrit toutefois à l'avis de la requérante selon lequel, contrairement à ce que soutient le Gouvernement, la relaxe du beau-père du chef d'abus sexuel ne s'explique pas par la non-réunion des preuves requises, mais plutôt par la considération, d'ailleurs formulée par la cour d'appel, qu'à l'époque pertinente l'acte litigieux n'était pas légalement constitutif d'un abus sexuel.

103. La disposition sur l'abus sexuel a été modifiée le 1<sup>er</sup> avril 2005, donc après la commission de l'acte litigieux (septembre 2002) et avant la relaxe du beau-père prononcée à l'issue de la procédure pénale. Elle a été étendue ultérieurement aux actes commis « d'une manière susceptible de porter atteinte à [l']intégrité sexuelle [d'autrui] ». Par la suite, la Commission des infractions sexuelles mise en place en 2008 a déclaré qu'à son avis la disposition telle que modifiée englobait les actes visant des personnes inconscientes ou endormies et pouvait aussi s'appliquer aux situations où une personne en film ou en photographie une autre en secret et de manière sexuellement intrusive.

104. La Cour observe que le Gouvernement n'a renvoyé à aucune décision de justice interne dans laquelle la disposition modifiée sur l'abus sexuel aurait été appliquée à une prise d'images en secret réalisée après le 1<sup>er</sup> avril 2005. Quoi qu'il en soit, il suffit de conclure que la disposition telle que libellée avant le 1<sup>er</sup> avril 2005 et telle qu'interprétée en l'espèce par la cour d'appel dans l'arrêt du 16 octobre 2007, devenu définitif lorsque la Cour suprême refusa à la requérante l'autorisation de la saisir, ne pouvait légalement viser l'acte litigieux et qu'elle ne protégeait donc pas la requérante contre l'atteinte litigieuse à son droit au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention.



**c) La législation récente en matière de prise d'images en secret**

105. Les lacunes susmentionnées dans la protection matérielle des droits de la requérante découlant de l'article 8 ne semblent pas davantage avoir été comblées de quelque manière que ce soit par d'autres dispositions internes en vigueur à l'époque des faits. À cet égard, force est à la Cour de constater que l'absence de telles dispositions est depuis longtemps une question préoccupante en Suède et que de nombreux autres États membres se sont dotés d'une législation pénale ou civile qui vise en tant que tel l'acte consistant, en dehors de tout but sexuel, à filmer ou à photographier un individu (enfant ou adulte) en secret ou de manière non consensuelle (paragraphe 55 ci-dessus). La Cour suprême, dans son arrêt du 23 octobre 2008 (NJA 2008, p. 946 – paragraphe 40 ci-dessus), a déclaré que la nécessité de renforcer le cadre juridique pour lutter contre la prise d'images en secret avait été reconnue en Suède, dans le cadre de travaux législatifs, dès les années 1960, mais que cela n'avait pas encore abouti à des résultats concrets. Selon elle, il y avait tout lieu de se demander si l'absence totale de sanctions en droit suédois pour la prise d'images d'un individu dans une situation où pareil acte portait gravement atteinte à son intégrité personnelle était compatible avec les exigences découlant de l'article 8 de la Convention (voir également le paragraphe 101 ci-dessus).

106. La Cour note que le dernier projet du Gouvernement en la matière, daté du 20 décembre 2012 et intitulé « Photographie intrusive », a été adopté par le Parlement. Concrètement, en vertu des nouvelles dispositions, qui sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2013, le fait de filmer une personne en secret et sans son autorisation dans une douche ou une salle de bains pourra être sanctionné au titre de l'incrimination de photographie intrusive. Le fait de placer ou de « régler » une caméra dans le but de réaliser une photographie intrusive sera également punissable en tant qu'acte de préparation d'une telle infraction (paragraphe 43 ci-dessus).

107. La Cour observe en outre que la loi est censée couvrir les actes tels que celui ici en cause. Elle relève également que les principes énoncés dans la loi sur la liberté de la presse et la loi constitutionnelle sur la liberté d'expression, qui font toutes deux partie intégrante de la Constitution suédoise, notamment pour ce qui est de la protection des personnes fournissant des informations aux médias, ont été soigneusement étudiés avant la présentation du projet de loi en question au Parlement. Cela dit, nul ne le conteste, la requérante ne pouvait pas invoquer la nouvelle loi pour un incident survenu en 2002, ni se prévaloir d'une quelconque autre protection analogue de son droit au respect de sa vie privée.

**d) Les recours civils**

108. La Cour considère qu'en l'espèce le droit pénal n'était pas forcément la seule voie apte à permettre à l'État défendeur de remplir ses obligations au regard de l'article 8 de la Convention. Dès lors, la question se pose de savoir si la requérante disposait d'un recours de caractère civil.

109. Il convient d'observer à cet égard que l'intéressée a joint à la procédure pénale une action civile en réparation dirigée contre son beau-père. Le 20 janvier 2006, en effet, la requérante, représentée par son conseil, déposa une demande de dommages et intérêts d'un montant de 25 000 SEK (15 000 SEK pour atteinte à son intégrité personnelle et 10 000 SEK pour peines et souffrances). Elle fondait son action sur « l'acte criminel pour lequel [son] beau-père [était] poursuivi ».

110. Selon le Gouvernement, l'action reposait en partie sur l'article 1 et en partie sur l'article 3 du chapitre 2 de la loi sur la responsabilité civile (paragraphe 37 ci-dessus).

111. Dans son jugement du 14 février 2006 condamnant le beau-père, le tribunal de district ordonna à celui-ci de verser à la requérante 20 000 SEK à titre de dommages et intérêts. Dans son arrêt du 16 octobre 2007 relaxant le beau-père au motif que l'acte litigieux n'était pas légalement constitutif d'un abus sexuel, la cour d'appel rejeta toutefois la demande de réparation formée par la jeune fille. Le Gouvernement soutient à cet égard qu'en vertu du chapitre 29, article 6, du code de procédure judiciaire, lorsqu'une action civile est jointe à la procédure pénale, la chose jugée au pénal s'impose au civil. En conséquence, selon lui, la cour d'appel n'avait pas la possibilité d'allouer des dommages et intérêts sur le fondement du chapitre 2, article 3, de la loi sur la responsabilité civile, aucune infraction visée par le code pénal n'ayant été constatée. Cette conclusion cadre avec les déclarations contenues dans un arrêt du 23 octobre 2008 (NJA 2008, p. 946 – paragraphe 40 ci-dessus), où la Cour suprême a dit que le droit suédois ne contenait aucune interdiction générale visant le fait de filmer en secret et que, dans les cas où cet acte n'était pas constitutif d'une infraction, il n'était pas possible d'allouer des dommages et intérêts.

112. Le Gouvernement arguë néanmoins que dans le cadre de la procédure pénale la requérante aurait pu justifier autrement sa demande de dommages et intérêts contre son beau-père, par exemple en plaidant, au regard du chapitre 2, article 1, de la loi sur la responsabilité civile, qu'il lui avait causé un dommage personnel en faisant preuve de négligence vis-à-vis d'elle, ce qui aurait englobé toute atteinte physique ou psychologique (paragraphe 73 ci-dessus).

113. À cet égard, il faut toutefois garder à l'esprit qu'à aucun stade de l'enquête ou de la procédure pénale le beau-père n'a prétendu que c'était par mégarde qu'il avait laissé la caméra en mode enregistrement dans le panier à linge de la salle de bains. Au contraire, il a reconnu qu'il avait agi de façon délibérée quoique impulsive. On ne saurait donc reprocher à la requérante et à son conseil de ne pas avoir invoqué la négligence simplement pour s'assurer que la demande de la jeune fille serait traitée dans l'hypothèse où l'acte litigieux serait considéré comme ne relevant pas de la notion d'abus sexuel.

114. En conséquence, la Cour n'est pas convaincue que la requérante disposât d'un recours civil dans les circonstances particulières de l'espèce, où l'acte en cause n'était pas légalement couvert par la disposition relative à l'abus sexuel et où la prise d'images en secret ne constituait pas en tant que telle une infraction.

#### **e) L'indemnisation fondée sur la Convention**

115. Reste à examiner l'argument de la requérante selon lequel les juridictions nationales auraient pu d'office lui allouer une réparation sur le fondement de la seule Convention dans le cadre de la procédure pénale mais ne l'ont pas fait.

116. Ainsi que le Gouvernement le souligne, le principe, établi par la Cour suprême, selon lequel un individu peut, sans l'appui de dispositions spécifiques de la législation suédoise, se voir octroyer des dommages et intérêts par l'État en cas de violation de la Convention, est inapplicable aux litiges entre particuliers eu égard à la difficulté pour un particulier de déduire de la jurisprudence de la Cour les circonstances dans lesquelles il pourrait être tenu de verser des dommages et intérêts (NJA 2007, p. 747 – paragraphe 47 ci-dessus). Compte tenu de la pratique interne de la Suède en matière de réparation pour violation de la Convention (paragraphe 45 à 50 ci-dessus), et notamment de l'arrêt susmentionné de la Cour suprême, la Cour n'est pas convaincue que la voie de recours évoquée existât réellement, ni qu'elle eût pu compenser l'absence de recours civil dans la situation spécifique décrite ci-dessus.

#### **f) Conclusion**

117. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent et nonobstant la marge d'appréciation de l'État défendeur, la Cour estime que le droit suédois pertinent, tel qu'il était en vigueur en septembre 2002, lorsque s'est produit l'acte spécifique par lequel le beau-père de la requérante a tenté, dans un but sexuel, de filmer en secret la jeune fille nue dans sa salle de bains, n'assurait pas à l'intéressée une protection de son droit au respect de sa vie privée propre à faire conclure que les obligations positives

découlant pour l'État défendeur de l'article 8 de la Convention se trouvaient satisfaites. L'acte en question a porté atteinte à l'intégrité de la jeune fille et était d'autant plus grave que celle-ci était mineure, que l'incident s'était produit à son domicile, où elle était censée se sentir en sécurité, et que l'auteur n'était autre que son beau-père, une personne à qui elle devait pouvoir faire confiance. Or, ainsi que la Cour l'a constaté plus haut, le droit suédois ne comportait aucun recours pénal ni aucun recours civil propres, dans les circonstances particulières de l'espèce, à assurer à la requérante une protection effective contre ladite atteinte à son intégrité.

En conséquence, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

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

118. 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

119. La requérante demande 20 000 euros (EUR) pour préjudice moral.

120. Le Gouvernement considère que ce montant est excessif et qu'une somme totale ne dépassant pas 3 000 EUR suffirait à indemniser l'intéressée.

121. La Cour estime que la requérante doit avoir subi un préjudice moral que le simple constat de violation de l'article 8 ne suffit pas à réparer. Statuant en équité, elle lui alloue 10 000 EUR à ce titre.

### B. Frais et dépens

122. La requérante demande pour frais et dépens 516 410 couronnes suédoises (SEK) (soit environ 60 500 EUR), taxe sur la valeur ajoutée (TVA) comprise, somme qu'elle ventile ainsi :

i. 146 250 SEK pour les frais d'avocat engagés dans le cadre de la procédure devant la chambre, ce montant correspondant à 65 heures de travail au taux horaire de 1 800 SEK (hors TVA) ;

ii. 353 750 SEK pour les frais d'avocat afférents à la procédure devant la Grande Chambre, ce montant correspondant à 141,50 heures de travail au taux horaire de 2 000 SEK (hors TVA) ;

iii. 11 021 SEK pour l'avis juridique recueilli par elle ;

iv. 5 389 SEK pour les frais de déplacement et autres dépenses engagés par ses trois conseils venus assister à l'audience devant la Grande Chambre.

Concernant ce dernier point, la requérante réclame par ailleurs le remboursement de 3 260,60 EUR, somme censée correspondre aux frais

d'avion et d'hébergement exposés par elle-même et ses conseils dans le cadre de leur participation à l'audience devant la Grande Chambre.

123. Le Gouvernement estime les honoraires d'avocat excessifs, tant en ce qui concerne le nombre d'heures qu'en ce qui concerne le taux horaire. Il jugerait raisonnables un total de 80 heures et un taux horaire correspondant à celui appliqué en Suède dans le cadre de l'aide judiciaire, soit 1 242 SEK (hors TVA) pour l'année 2013. Quant aux autres frais et dépens, le Gouvernement considère que la dépense consentie pour obtenir un avis juridique n'était pas nécessaire. Il ne formule pas d'objection quant aux autres prétentions.

124. Selon la jurisprudence constante de la Cour, un requérant n'a droit au remboursement de ses frais et dépens qu'à condition que se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux.

125. Pour ce qui est des honoraires d'avocat, qu'ils soient liés à la procédure devant la chambre ou à celle devant la Grande Chambre, la Cour peut accepter le taux horaire indiqué par la requérante. Compte tenu des documents en sa possession et des critères exposés ci-dessus, elle juge raisonnable d'allouer à l'intéressée la somme de 25 000 EUR, TVA comprise (voir, par exemple, *X et autres c. Autriche* [GC], n° 19010/07, § 163, CEDH 2013, *Nada c. Suisse* [GC], n° 10593/08, § 245, CEDH 2012, et *Al-Jedda c. Royaume-Uni* [GC], n° 27021/08, § 117, CEDH 2011).

126. Concernant les autres frais et dépens engagés devant la Grande Chambre, il apparaît que le montant en question inclut le coût de billets d'avion pour cinq personnes. La Cour ne peut toutefois rembourser les frais de voyage que de la requérante et de ses trois conseils. Elle alloue donc 4 700 EUR à l'intéressée de ce chef.

### C. Intérêts moratoires

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

## PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par seize voix contre une, qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention;
2. *Dit*, par seize voix contre une,
  - a) que l'État défendeur doit verser à la requérante, dans les trois mois, les sommes suivantes, à convertir dans la monnaie de l'État défendeur au taux applicable à la date du règlement :

- i. 10 000 EUR (dix mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt ou de taxe, pour dommage moral,
  - ii. 29 700 EUR (vingt-neuf mille sept cents euros), plus tout montant pouvant être dû par la requérante à titre d'impôt ou de taxe, pour frais et dépens;
- b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, lesdits 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*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 12 novembre 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 du juge Pinto de Albuquerque;
- opinion dissidente de la juge Kalaydjieva.

J.C.  
E.F.

## OPINION CONCORDANTE DU JUGE PINTO DE ALBUQUERQUE

(Traduction)

L'affaire *Söderman* soulève trois questions juridiques fondamentales : l'obligation internationale d'ériger en infraction le fait de filmer ou photographier un individu de manière non consensuelle, les limites d'une interprétation évolutive du droit pénal conforme aux obligations internationales de l'État défendeur, et la valeur juridique de la Convention européenne des droits de l'homme (« la Convention ») en tant que fondement direct de l'octroi d'une réparation pour préjudice moral. J'estime comme la majorité qu'il y a eu violation de l'article 8, quoique pour des raisons différentes. De plus, j'aurais traité séparément le grief tiré de l'article 13 combiné avec l'article 8, et serais à ce titre parvenu à un constat de violation.

### **L'obligation internationale d'ériger en infraction le fait de filmer ou photographier un individu de manière non consensuelle**

La Convention garantit le droit de l'individu à la protection de son image. Filmer ou photographier une personne sans son consentement est une atteinte à l'essentiel des droits de la personnalité, car l'image d'un individu est l'un des attributs principaux de sa personnalité, du fait qu'elle exprime son originalité et lui permet de se différencier de ses pairs. Le droit de la personne à la protection de son image constitue ainsi l'une des conditions essentielles de son épanouissement personnel<sup>1</sup>. L'étendue de la protection de ce droit est définie largement, englobant toutes les situations et occasions où l'image d'une personne est prise à son insu, sans son consentement et malgré le caractère privé du cadre où se trouve l'individu en question. Cette protection vise également l'utilisation non autorisée faite par le contrevenant ou l'autorisation donnée par celui-ci à un tiers d'utiliser des images obtenues en toute légalité<sup>2</sup>.

La protection de l'image d'un individu contre l'utilisation abusive par un tiers est une obligation pour les États parties, qui doivent empêcher la survenue de violations et offrir des recours pour les violations qui se sont déjà produites<sup>3</sup>. Les États n'ont guère de latitude en ce qui concerne la mise

1. *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2) [GC], n°s 40660/08 et 60641/08, § 96, CEDH 2012. En ce qui concerne les mineurs, l'exercice du droit à la protection de l'image est surveillé par leurs parents (*Reklos et Davourlis c. Grèce*, n° 1234/05, § 41, 15 janvier 2009).

2. *Reklos et Davourlis*, précité, § 40.

3. Concernant les images de personnes publiques, voir *Schiessel c. Autriche* (déc.), n° 42409/98, 21 février 2002, *Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche*, n° 34315/96, § 37, 26 février 2002, et *Von Hannover*,

à disposition de ces recours. Lorsqu'un aspect particulièrement important de la personnalité de l'individu se trouve en jeu, la marge d'appréciation de l'État est étroite<sup>4</sup>.

L'obligation d'ériger en infraction la pornographie enfantine découle des articles 16, 19 et 34 c) de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant<sup>5</sup> et de l'article 3 du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants<sup>6</sup>. Les articles 6 et 7 § 1 de la Convention (n° 182) de l'Organisation internationale du travail sur les pires formes de travail des enfants imposent aux États parties de prendre des mesures pour éliminer, à l'aide des sanctions pénales nécessaires, la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants, notamment l'utilisation, le recrutement ou l'offre d'un enfant à des fins de prostitution, de production de matériel pornographique ou de spectacles pornographiques<sup>7</sup>. L'incrimination de la pornographie enfantine est aussi une obligation au regard de l'article 20 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels<sup>8</sup> et de l'article 9 de la Convention du Conseil de l'Europe

précité, § 57; pour les images d'individus qui ne sont pas des personnes publiques, voir *Sciacca c. Italie*, n° 50774/99, § 28, CEDH 2005-I, et *Reklos et Davourlis*, précité, § 35.

4. *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 52, série A n° 45, *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, § 46, série A n° 142, *A.D.T. c. Royaume-Uni*, n° 35765/97, § 38, CEDH 2000-IX, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 90, CEDH 2002-VI, et *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 77, CEDH 2007-I.

5. Cette convention compte 193 États parties et a été ratifiée par l'État défendeur en 1990. Aux fins de la présente opinion, je considère toute personne de moins de dix-huit ans comme un enfant, suivant la norme établie par la convention des Nations unies. Cela n'empêche pas les États parties à la Convention européenne des droits de l'homme d'étendre au-delà de cet âge la protection juridique des enfants.

6. Ce protocole a été adopté en 2000 et est entré en vigueur en 2002. En octobre 2013, 166 États étaient parties à cet instrument, dont la Suède, qui l'a ratifié le 19 janvier 2007, c'est-à-dire avant le prononcé de l'arrêt de la cour d'appel de Svea du 16 octobre 2007. L'article 3 c) du Protocole impose aux États parties d'ériger en infraction le fait de produire, distribuer, diffuser, importer, exporter, offrir, vendre ou détenir aux fins susmentionnées, des matériels pornographiques mettant en scène des enfants, c'est-à-dire « toute représentation, par quelque moyen que ce soit, d'un enfant s'adonnant à des activités sexuelles explicites, réelles ou simulées, ou toute représentation des organes sexuels d'un enfant, à des fins principalement sexuelles ». Le Comité des droits de l'enfant a néanmoins encouragé les pays à ériger en infraction la simple détention (voir, par exemple, Comité des droits de l'enfant des Nations unies, Observations finales relatives au Costa Rica du 2 février 2007, §§ 14-15, et relatives au Chili du 18 février 2008, §§ 23-24).

7. Entrée en vigueur en 2000, cette convention compte 174 États parties. Elle a été ratifiée par la Suède en 2001.

8. STCE n° 201. Approuvée en 2007 et entrée en vigueur en 2010, cette convention compte 25 États parties et a été ratifiée par la Suède en 2013. Elle énonce l'obligation d'ériger en infractions les comportements pour lesquels l'incrimination n'est pas expressément requise par le Protocole facultatif des Nations unies concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, comme la détention de pornographie enfantine, c'est-à-dire de tout matériel représentant de manière visuelle un enfant se livrant à un comportement sexuellement explicite, réel



sur la cybercriminalité<sup>9</sup>. Le Conseil de l'Union européenne a adopté en 2003 la Décision-cadre relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie (2004/68/JAI), qui fait obligation aux États membres d'ériger en infractions la production, la distribution, la diffusion, la transmission, le fait d'offrir ou de rendre disponible, l'acquisition et la détention de pédopornographie, et de prévoir pour ces infractions des peines plafonds d'un certain niveau<sup>10</sup>. Le Parlement européen et le Conseil ont approuvé la Directive 2011/93/UE du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie, texte qui a remplacé la Décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil tout en maintenant l'obligation d'incrimination<sup>11</sup>. En Europe, quarante et un pays ont érigé en infraction la pornographie infantile, et aux États-Unis cette infraction est prévue tant par le droit fédéral que par le droit de l'ensemble des cinquante États<sup>12</sup>. Compte tenu de ce vaste

---

ou simulé, ou toute représentation des organes sexuels d'un enfant à des fins principalement sexuelles.

9. STCE n° 185. Approuvée en 2001 et entrée en vigueur en 2004, cette convention compte 39 États parties et a été signée, mais non ratifiée, par l'État défendeur.

10. Dans la décision-cadre, la « pédopornographie » signifie tout matériel pornographique représentant de manière visuelle un enfant réel participant à un comportement sexuellement explicite ou s'y livrant, y compris l'exhibition lascive des parties génitales ou de la région pubienne d'un enfant, ou une personne réelle qui paraît être un enfant participant ou se livrant au comportement susvisé, ou des images réalistes d'un enfant qui n'existe pas participant ou se livrant au comportement susvisé.

11. Dans la directive, la « pédopornographie » a un sens plus large puisqu'elle signifie : tout matériel représentant de manière visuelle un enfant se livrant à un comportement sexuellement explicite, réel ou simulé ; toute représentation des organes sexuels d'un enfant à des fins principalement sexuelles ; tout matériel représentant de manière visuelle une personne qui paraît être un enfant se livrant à un comportement sexuellement explicite, réel ou simulé, ou toute représentation des organes sexuels d'une personne qui paraît être un enfant, à des fins principalement sexuelles ; ou des images réalistes d'un enfant se livrant à un comportement sexuellement explicite ou des images réalistes des organes sexuels d'un enfant à des fins principalement sexuelles.

12. En plus de la Suède, il s'agit des pays suivants : Albanie (article 117 du code pénal), Autriche (article 207a § 1, n° 1, du code pénal), Azerbaïdjan (article 242 du code pénal), Belgique (article 383 *bis* du code pénal), Bosnie-Herzégovine (article 199 du code pénal de la Republika Srpska et article 211 du code pénal de la Fédération de Bosnie-Herzégovine), Bulgarie (article 159 du code pénal), Croatie (article 163 du code pénal), République tchèque (article 192 du code pénal), Danemark (article 230 du code pénal), Estonie (article 178 du code pénal), Finlande (articles 18, 18 a) et 19 du chapitre 17 du code pénal), France (article 227-23 du code pénal), Géorgie (article 255 du code pénal), Allemagne (article 184 b) § 4 du code pénal), Grèce (article 348 du code pénal), Hongrie (article 204 du code pénal), Islande (articles 209 et 210 a) du code pénal et article 99 § 3 de la loi sur la protection de l'enfance), Irlande (article 2 § 3 de la loi sur la traite des enfants et la pédopornographie), Italie (article 610 *quarter* du code pénal), Lettonie (article 1 § 1 de la loi de 2007 sur la limitation de la pornographie), Liechtenstein (article 219 § 1, n° 1, du code pénal), Lituanie (article 162 du code pénal), Luxembourg (article 384 du code pénal), Macédoine (article 193 a) § 1 du code pénal), République de Moldova (article 208 du code pénal), Monaco (article 294-3 du code pénal), Monténégro (article 211 du code pénal), Pays-Bas (article 240 b) du code pénal), Norvège (article 201 du code pénal, selon la jurisprudence), Pologne (article 202 § 4 du code pénal), Portugal (article 176 du code pénal), Roumanie (article 51 de la loi n° 161/2003), Russie (article 242.1 et 2 du code pénal), Slovaquie (articles 368 et 370 du code pénal), Slovénie (article 176 § 2 du code pénal), Espagne (articles 189 et 197 § 6 du code pénal), Suisse

consensus et de cette pratique constante, l'incrimination de la pornographie infantine – c'est-à-dire toute représentation, par quelque moyen que ce soit, d'un enfant s'adonnant à des activités sexuelles explicites, réelles ou simulées, ou toute représentation des organes sexuels d'un enfant, à des fins principalement sexuelles – relève aujourd'hui du droit coutumier international, qui s'impose à tous les États.

Les obligations d'incrimination ne sont pas nouvelles au regard de la Convention. La Cour européenne des droits de l'homme (« la Cour ») a déjà estimé que le viol<sup>13</sup>, le travail forcé<sup>14</sup>, l'atteinte délibérée à l'intégrité physique d'une personne<sup>15</sup>, la traite des personnes<sup>16</sup> et la divulgation de certaines informations confidentielles<sup>17</sup> devaient être érigés en infractions<sup>18</sup>, mais non les violations par négligence du droit à la vie et du droit à l'intégrité physique<sup>19</sup>. Concernant les enfants, la Cour a établi le principe selon lequel toute atteinte délibérée au bien-être physique et moral des enfants

---

(article 197 § 3 du code pénal), Turquie (article 226 § 3 du code pénal), Royaume-Uni (article 1<sup>er</sup> de la loi de 1978 sur la protection de l'enfance), États-Unis d'Amérique (article 18 USC §§ 2251, 2252 et 2252a) et Ukraine (article 301 § 4 du code pénal).

13. *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 27, série A n° 91, et *M.C. c. Bulgarie*, n° 39272/98, §§ 50 et 166, CEDH 2003-XII.

14. *Siliadin c. France*, n° 73316/01, § 112, CEDH 2005-VII, et *C.N. et V. c. France*, n° 67724/09, §§ 105-108, 11 octobre 2012.

15. *Sandra Janković c. Croatie*, n° 38478/05, § 36, 5 mars 2009.

16. *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, §§ 284 et 288, CEDH 2010.

17. *Stoll c. Suisse* [GC], n° 69698/01, § 155, CEDH 2007-V.

18. La Cour examine non seulement la décision politique de ne pas ériger en infractions certains comportements, mais aussi l'incrimination excessive ou disproportionnée de certains comportements, comme dans les arrêts *Dudgeon*, précité, § 60, *Norris*, précité, § 46, *Modinos c. Chypre*, 22 avril 1993, § 24, série A n° 259, *A.D.T. c. Royaume-Uni*, précité, § 38 (actes homosexuels privés entre adultes consentants), *S.L. c. Autriche*, n° 45330/99, § 44, CEDH 2003-I (actes homosexuels d'hommes adultes avec des adolescents consentants âgés de quatorze à dix-huit ans), *Vajnai c. Hongrie*, n° 33629/06, § 54-56, CEDH 2008 (port d'une étoile rouge), *Altuğ Taner Akçam c. Turquie*, n° 27520/07, §§ 93-95, 25 octobre 2011 (dénigrement de la turcité), *Mosley c. Royaume-Uni*, n° 48009/08, § 129, 10 mai 2011 (non-respect de la condition de notification préalable avant publication d'informations sur la vie privée), *Akgöl et Gül c. Turquie*, n° 28495/06 et 28516/06, § 43, 17 mai 2011 (participation à une manifestation illégale mais pacifique), *Wizerkaniuk c. Pologne*, n° 18990/05, §§ 82-83 et 86, 5 juillet 2011 (publication non autorisée de citations mot pour mot), *Mallah c. France*, n° 29681/08, § 40, 10 novembre 2011 (aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour d'un étranger sur le territoire national), *Gillberg c. Suède* [GC], n° 41723/06, §§ 68-71, 3 avril 2012 (abus de fonction en raison du refus de permettre la consultation de travaux de recherche appartenant à une université publique), *Stübing c. Allemagne*, n° 43547/08, §§ 63-65, 12 avril 2012 (inceste), et *Sükran Aydın et autres c. Turquie*, n° 49197/06, 23196/07, 50242/08, 60912/08 et 14871/09, § 55, 22 janvier 2013 (utilisation de la langue maternelle dans le cadre d'une campagne politique).

19. *Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC], n° 32967/96, § 51, CEDH 2002-I, *Vo c. France* [GC], n° 53924/00, §§ 90-94, CEDH 2004-VIII, *Dodov c. Bulgarie*, n° 59548/00, § 87, 17 janvier 2008, *Branko Tomasić et autres c. Croatie*, n° 46598/06, § 64, 15 janvier 2009, et *Maiorano et autres c. Italie*, n° 28634/06, § 128, 15 décembre 2009.

doit être érigée en infraction<sup>20</sup> et sanctionnée par une peine dissuasive<sup>21</sup>. La pornographie infantine en fait assurément partie, eu égard à sa forte censurabilité sur le plan éthique et à son caractère répréhensible au regard du droit international coutumier et conventionnel. Compte tenu cependant du seuil d'explicitation des actes représentés et de la condition selon laquelle il doit y avoir une intention sexuelle de l'auteur des faits, cette infraction pénale donne lieu à des problèmes en matière de preuve. Ainsi, pour offrir une protection pleine et effective aux enfants, il faut ériger en infraction le fait de filmer des enfants en secret, avec ou sans intention sexuelle de l'auteur, et dans un cadre pornographique ou non. Pareille incrimination va dans le sens de la garantie par la Convention du droit de l'enfant à la protection de son image, et de l'interdiction internationale prédominante qui frappe tout type d'abus ou de violation touchant les différents aspects de la personnalité de l'enfant, y compris son image.

En outre, par principe, les adultes méritent la même protection juridique que les enfants. Il n'y a aucune raison valable d'ériger en infraction l'utilisation abusive de l'image d'un enfant et non de celle d'un adulte, et *vice versa*. On ne saurait raisonnablement affirmer que l'atteinte à l'image d'un adulte a en soi moins de poids sur le plan éthique que l'atteinte à l'image d'un enfant. Il s'agit dans les deux cas d'êtres humains qui possèdent le même droit individuel à la protection de leur propre image. En fait, il arrive parfois qu'il soit extrêmement difficile de distinguer un adulte d'un mineur, et l'incertitude quant à l'âge de la victime ne doit pas empêcher les poursuites pénales. Dès lors, la garantie du droit découlant de la Convention à la protection de l'image exige que soit érigé en infraction le fait de filmer ou photographier en secret des enfants ou des adultes<sup>22</sup>.

---

20. *K.U. c. Finlande*, n° 2872/02, § 46, CEDH 2008. Cette affaire concernait un mineur de douze ans qui avait fait l'objet d'une annonce à caractère sexuel non autorisée sur un site de rencontres par Internet. Dans *C.A.S. et C.S. c. Roumanie* (n° 26692/05, 20 mars 2012), la Cour a clairement admis que les États sont tenus, en vertu des articles 3 et 8, de garantir une enquête pénale effective dans les affaires de violence à l'égard d'enfants ; elle se réfère aux obligations internationales que l'État défendeur avait contractées aux fins de la protection des enfants contre toute forme d'abus.

21. *Okkâlî c. Turquie*, n° 52067/99, § 73, CEDH 2006-XII, et *Darraj c. France*, 34588/07, § 49, 4 novembre 2010.

22. Bien sûr, tout motif de justification et de disculpation s'applique, comme lorsque des journalistes photographient ou filment en secret quand cela contribue à un débat d'intérêt général. Les tribunaux et les parquets nationaux doivent prendre en compte les droits fondamentaux, telle la liberté d'expression, lorsqu'ils font appliquer les dispositions de droit pénal, tout spécialement la disposition qui érige en infraction le fait de filmer ou de photographier en secret des adultes ou des enfants. De plus, les États parties peuvent prévoir une exception pour les comportements liés à du « matériel pornographique » qui possède une valeur artistique, médicale, scientifique ou une autre valeur similaire.

### **Le cadre juridique de l'État défendeur**

À l'époque pertinente, deux dispositions pénales pouvaient en théorie s'appliquer aux faits : celle relative à l'abus sexuel (chapitre 6, article 7, du code pénal) et celle concernant la pornographie enfantine (chapitre 16, article 10 a) § 1, du même code)<sup>23</sup>.

L'abus sexuel suppose un acte spécifique de l'auteur, à savoir : 1) avoir un contact avec un enfant de moins de quinze ans ; 2) inciter un enfant à se livrer ou à participer à un acte à caractère sexuel ; 3) inciter un enfant ayant atteint l'âge de quinze ans mais non celui de dix-huit ans, par la contrainte, la séduction ou une autre influence induite, à se livrer ou à participer à un acte pornographique ; 4) s'exhiber ; ou 5) se comporter avec indécence. Dans tous les cas, l'infraction suppose à la fois que la victime ait connaissance de la conduite de l'auteur au moment des faits, et que celui-ci ait l'intention de faire prendre conscience à la victime de la conduite en question. Cela signifie que l'élément central de l'infraction est la conduite inappropriée de l'auteur vis-à-vis de la victime, au su de celle-ci.

La pornographie enfantine présuppose elle aussi une action spécifique de l'auteur, comme représenter un enfant sur une image pornographique, diffuser, transmettre, confier pour utilisation, montrer, acquérir, offrir pareille image, favoriser la distribution d'une telle image ou posséder pareille image. L'infraction implique que le développement pubertaire de l'enfant soit inachevé ou qu'il ressorte de l'image ou des circonstances liées à l'image que l'enfant a moins de dix-huit ans. L'infraction est passible de sanctions non seulement lorsqu'elle a été achevée mais aussi lorsqu'elle a été tentée (chapitre 16, article 7, et chapitre 23, article 1). La Suède ne possède pas de définition juridique précise de la pornographie enfantine ; cependant, le projet de loi ayant contenu cette disposition déclarait : « L'idée n'était pas d'ériger en infraction pénale toute représentation d'enfants nus ou toute image sur laquelle on pourrait distinguer les parties génitales d'un enfant, quand bien même ces images pourraient stimuler les pulsions sexuelles de certaines personnes. Pour que son utilisation soit illicite, il faut qu'une image revête un caractère pornographique au sens commun du terme et à l'aune

---

23. D'autres dispositions de droit pénal invoquées par le Gouvernement, telles que celles concernant la violation de la paix du domicile, l'intrusion illicite ou la diffamation (paragraphe 22 des observations du Gouvernement devant la Grande Chambre), sont inapplicables, pour des raisons évidentes. Le Gouvernement n'a présenté aucun précédent à l'appui de son argument selon lequel ces dispositions pouvaient être appliquées, et une interprétation purement littérale de celles-ci montre qu'elles ne sont pas applicables. L'affaire ne porte pas sur la violation de la paix du domicile, pour la simple raison que l'auteur de l'infraction résidait dans la maison en question, ni sur la diffamation, puisque le beau-père n'avait pas l'intention de diffuser le film auprès de tiers.

des valeurs généralement partagées<sup>24</sup>. » De toute évidence, une formulation aussi restrictive de la disposition pénale relative à la pornographie enfantine ne permet pas à l'État défendeur de remplir ses obligations internationales, celles-ci exigeant que soit érigée en infraction toute représentation des organes sexuels d'un enfant à des fins principalement sexuelles.

Enfin, le droit pénal suédois ne prévoyait pas à l'époque des faits d'infraction pénale consistant à photographier ou filmer une personne en secret. L'application par analogie de l'infraction pénale d'abus sexuel au détriment du défendeur a de toute évidence été écartée. Après l'amendement du code pénal en avril 2005, la Commission des infractions sexuelles a estimé que le nouveau chapitre 6, article 10 § 2, du code pénal suédois englobait aussi les actes visant des personnes inconscientes ou endormies, et pouvait donc s'étendre à la situation où une personne filme autrui en secret et de manière sexuellement intrusive<sup>25</sup>. Pourtant, cette interprétation fort discutable n'a pas prévalu dans la pratique judiciaire. Le Gouvernement n'a pas soumis à la Cour de précédents confirmant cette interprétation. En outre, le Gouvernement lui-même a reconnu que de nouveaux amendements au code pénal étaient nécessaires pour que la conduite du défendeur fût considérée comme une infraction. C'est pourquoi le récent projet de loi sur le fait de photographier ou filmer autrui de manière intrusive a été approuvé. En fait, cette initiative législative ne peut être lue que comme un aveu du Gouvernement quant à l'existence d'une lacune juridique dans le système de droit pénal interne<sup>26</sup>. Il reste à déterminer si cette carence est pertinente en ce qui concerne la nécessaire protection des droits découlant de la Convention.

### **L'application du droit pénal par les autorités nationales**

Le parquet a décidé d'inculper le défendeur pour abus sexuel. Cela s'est révélé être une mauvaise voie juridique, car il n'y avait à l'évidence aucune conduite relevant de l'infraction d'abus sexuel : aucun contact, aucune incitation, aucune contrainte, aucune séduction, aucune influence induite, aucune exhibition ni aucun comportement indécent de la part de l'intéressé. De plus, l'intention criminelle pertinente de faire prendre conscience à la requérante qu'elle était filmée ne pouvait être établie. Le Gouvernement a soutenu qu'il s'agissait d'un problème de preuve, ce à quoi la requérante a répondu qu'il s'agissait plutôt d'une mauvaise interprétation de la loi pénale par le parquet. La requérante a raison, car l'élément subjectif requis pour

24. Le Gouvernement a réitéré et soutenu cette interprétation au paragraphe 45 de ses observations devant la Grande Chambre.

25. Observations du Gouvernement devant la Grande Chambre, § 66.

26. Observations du Gouvernement devant la Grande Chambre, § 76.

qu'il y ait abus sexuel (c'est-à-dire l'intention de l'auteur de faire en sorte que la victime se rende compte de la conduite illicite au moment où elle se produit) est en soi incompatible avec toute action secrète consistant à filmer ou photographier.

Le parquet n'a pas inculpé l'intéressé de pornographie enfantine. Aucune raison n'a été fournie pour expliquer cette approche. Le Gouvernement a supposé que le parquet avait agi ainsi parce qu'il n'y avait ni film ni preuve matérielle que l'infraction avait été achevée. Comme l'a dit la requérante, il est clair que l'inexistence du film n'empêchait pas de formuler des accusations pour tentative de pornographie enfantine, d'autant que le défendeur avait avoué les faits et qu'il y avait deux témoins: la victime, qui avait découvert le film, et la mère, qui l'avait détruit. Les aveux étaient donc étayés par des éléments additionnels suffisants. Dès lors, il n'y avait pas non plus de problème de preuve concernant l'infraction de pornographie enfantine.

Si l'infraction pénale d'abus sexuel ne pouvait être appliquée aux faits de la cause, la tentative de pornographie enfantine aurait pu en revanche garantir le droit de la requérante découlant de la Convention à la protection de son image, si la cour d'appel avait tenu compte des obligations internationales incombant à la Suède. Si elle a admis que l'infraction de tentative de pornographie enfantine était en théorie applicable aux faits, la cour d'appel n'était pas disposée à livrer une interprétation évolutive de la notion de pornographie enfantine; elle a préféré s'en tenir à l'interprétation historique de la disposition incriminante correspondante, fondée sur les travaux préparatoires du code pénal ci-dessus évoqués. Cette interprétation de l'infraction de pornographie enfantine adoptée par la cour d'appel, qui était conforme à la pratique de la Cour suprême et à l'avis même du Gouvernement, ne pouvait offrir aucun redressement à la requérante.

En fait, la cour d'appel avait deux options pour garantir le droit de la victime à la protection de son image: soit adopter une interprétation évolutive de la notion de pornographie enfantine, corriger la qualification juridique erronée des faits livrée par la juridiction de première instance et condamner le défendeur pour tentative de pornographie enfantine; soit adhérer à l'interprétation historique de la notion de pornographie enfantine et relaxer l'intéressé, mais au moins allouer une réparation pour préjudice moral, ainsi que la requérante l'avait demandé en plaidant que le comportement de son beau-père avait emporté violation de son intégrité personnelle.

### **La modification de la qualification juridique de l'infraction**

La première option aurait pu être suivie en vertu du chapitre 30, article 3, du code de procédure judiciaire: lorsqu'elles examinent un grief,

les juridictions nationales ne sont pas liées par la qualification juridique de l'infraction ou les dispositions légales applicables. En Suède, comme dans bien d'autres pays d'Europe, le tribunal pénal est lié par les faits exposés dans l'acte d'accusation mais non par la qualification juridique de l'infraction contenue dans celui-ci<sup>27</sup>.

Le fait est que les juridictions nationales n'ont pas utilisé le pouvoir que leur conférerait le chapitre 30, article 3, du code de procédure judiciaire. Elles n'ont aucunement justifié le fait qu'elles n'aient pas eu recours à cette option, alors qu'elles auraient pu la mettre en œuvre d'office. Bien que le législateur suédois ait eu une intention restrictive en introduisant l'infraction pénale de pornographie infantile – comme le reflètent les travaux préparatoires à ce sujet –, les juridictions nationales auraient pu et dû adopter une interprétation évolutive de la notion de pornographie infantile, de manière à englober toute représentation des organes sexuels d'un enfant à des fins principalement sexuelles. Une interprétation évolutive du droit pénal est acceptable à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible. Pareille interprétation serait en même temps conforme aux obligations internationales de la Suède et aux principes généraux d'interprétation du droit pénal<sup>28</sup>. Les actes imputés au beau-père seraient suffisants pour établir cette infraction, en sa forme accessoire et préparatoire de tentative de pornographie infantile: les images d'une adolescente de quatorze ans se déshabillant avant de prendre sa douche dans un contexte par ailleurs ordinaire relèvent assurément de « toute représentation des organes sexuels d'un enfant », et le beau-père a mené à bien l'ensemble des étapes nécessaires pour recueillir des images des organes sexuels d'un enfant à des fins principalement sexuelles, images qu'il n'a finalement pas obtenues en raison de la circonstance fortuite que la jeune fille a découvert la caméra cachée<sup>29</sup>. Aucune référence complémentaire à la

27. Au paragraphe 54 de ses observations devant la Grande Chambre, le Gouvernement a dit: « Dans la procédure pénale suédoise, le tribunal n'est pas, dans son appréciation, formellement lié par la qualification de l'infraction qu'il a à connaître, c'est-à-dire qu'il peut prendre l'initiative d'examiner des questions concernant la qualification d'une infraction pénale et les dispositions applicables de la loi (chapitre 30, article 3, du code de procédure judiciaire). »

28. La Cour a déjà dit que: « (...) il est solidement établi dans la tradition juridique (...) que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal. On ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible » (*S.W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, §§ 34-36, série A n° 335-B, et *C.R. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, série A n° 335-C). C'est pourquoi je ne puis souscrire à la déclaration que fait la Grande Chambre au paragraphe 97 du présent arrêt.

29. Ainsi, le beau-père a commencé mais n'a pas achevé l'exécution de la commission de l'infraction, et le risque que l'acte en question aboutisse à la réalisation de l'infraction n'a été écarté que par des circonstances

pornographie n'était nécessaire dans l'acte d'accusation, qui contenait déjà tous les éléments correspondant à la tentative de pornographie infantine, interprétée à la lumière des obligations internationales de la Suède, ci-dessus mentionnées. C'est aux juridictions nationales qu'il revenait de modifier la qualification juridique de l'infraction et d'adopter une interprétation évolutive de la notion de pornographie infantine qui fût compatible avec les obligations internationales de la Suède<sup>30</sup>. Les juridictions nationales n'ont pris aucune de ces mesures, laissant ainsi impuni un comportement extrêmement répréhensible qui aurait dû être sanctionné au regard des obligations internationales de l'État défendeur. À la longue inertie du législateur s'agissant de clarifier la situation juridique, les juridictions ont ajouté leur réticence à appliquer le droit pénal suivant le critère de l'interprétation évolutive.

### **La réparation du préjudice moral fondée directement sur la Convention**

À supposer, aux fins de la discussion, que la première option n'était pas une voie juridique possible en l'espèce, suivant l'interprétation historique de la disposition pénale relative à la pornographie infantine, l'autre option pour garantir le droit de la victime à la protection de son image aurait pu consister à accorder à la requérante une réparation pour préjudice moral. En effet, l'intéressée a évoqué les faits exposés dans l'acte d'accusation qui lui avaient causé peine et souffrance, et elle a même soumis des éléments indépendants sur la nature et l'étendue du préjudice subi par elle.

Le fondement juridique d'une telle réparation était le chapitre 22, article 7, du code suédois de procédure judiciaire<sup>31</sup>. La cour d'appel n'a pas utilisé cette disposition, alors qu'elle aurait pu le faire d'office. Elle a rejeté l'action en réparation au motif qu'aucune infraction n'avait été prouvée, mais elle n'a pas statué sur l'action civile comme elle aurait pu le faire. À supposer même qu'aucune infraction n'était établie et donc qu'aucune réparation fondée sur le chapitre 2, article 3, de la loi sur la responsabilité civile ne pouvait être allouée, il restait loisible à la cour d'appel de s'appuyer sur le chapitre 2, article 1, de la même loi, qui englobait les préjudices physiques ou psychologiques causés de façon délibérée ou par négligence, aux fins

---

imprévues et non voulues. Toutes les conditions requises pour qu'il y eût tentative d'infraction étaient remplies (chapitre 23, article 1, du code pénal).

30. Il va sans dire que, selon le droit interne et la norme européenne, l'accusation en matière pénale modifiée doit être communiquée au défendeur, afin que celui-ci ait la possibilité de la contester.

31. Ainsi que l'a plaidé la requérante, la situation sur le plan procédural en Suède s'apparente à la situation dans l'affaire *Y c. Norvège* (n° 56568/00, §§ 23-24, CEDH 2003-II), en ce qu'une action civile peut être accueillie dans la même procédure qu'une affaire pénale même si le défendeur a été acquitté de l'infraction en question.



d'octroyer des dommages et intérêts à la requérante. En négligeant sans raison plausible de procéder ainsi, elle a laissé sans réparation le préjudice personnel que l'intéressée a prouvé avoir subi<sup>32</sup>.

Enfin et surtout, la cour d'appel n'a pas alloué de réparation sur le fondement de la Convention. Cette approche cadre avec la jurisprudence de la Cour suprême suédoise selon laquelle, dans les litiges entre particuliers, il n'y a pas de responsabilité civile fondée sur les violations de la Convention lorsque celles-ci ne sont pas en même temps des violations du droit interne. Il y a deux raisons à cette approche : premièrement, la Convention n'impose pas d'obligations aux particuliers ; deuxièmement, les particuliers ne peuvent prévoir les motifs d'indemnisation lorsqu'il n'y a eu violation que de la Convention<sup>33</sup>.

Or ce raisonnement va à l'encontre de l'effet direct de la Convention dans l'ordre juridique de l'État défendeur, du principe de subsidiarité et du principe voulant que les traités relatifs aux droits de l'homme soient interprétés de la manière qui protège le mieux les droits et libertés qui s'y trouvent inscrits<sup>34</sup>. Puisque la Convention s'applique directement dans l'ordre interne et que les violations de la Convention doivent être redressées au premier chef par les autorités nationales, une réparation doit être prévue pour les victimes de violations de la Convention, même lorsqu'il n'y a pas eu violation du droit interne. L'argument relatif à l'imprévisibilité n'est pas valable, dès lors que la Convention fait partie intégrante du droit interne et donc que les motifs d'indemnisation découlant de la jurisprudence de la Cour sont prévisibles. L'interprétation que la Cour livre de la Convention en ce qui concerne les motifs d'indemnisation d'une violation d'un droit garanti par la Convention lie autant les juridictions nationales que le reste de la jurisprudence de la Cour, et elle doit donc être appliquée par les juridictions nationales chaque fois que le droit interne manque à offrir une telle réparation. De surcroît, si l'octroi d'une réparation pour violation de la Convention commise par l'État est prévisible, même lorsque le droit interne ne comporte pas de dispositions spécifiques sur la responsabilité

32. Le Gouvernement a soutenu que, pour bénéficier de l'application du chapitre 2, article 1, de la loi sur la responsabilité civile, la requérante aurait dû plaider que son beau-père « lui avait causé un dommage personnel en faisant preuve de négligence vis-à-vis d'elle » (observations du Gouvernement devant la Grande Chambre, § 35). Pareille interprétation de la disposition en question semble fort abstruse, et ce pour deux raisons : premièrement, cette disposition englobe littéralement les dommages commis délibérément (ou intentionnellement) ou par négligence ; deuxièmement, le beau-père a agi de façon délibérée et non par négligence.

33. Dans son arrêt du 29 octobre 2007 (NJA 2007, p. 747), la Cour suprême suédoise a déclaré : « le principe de prévisibilité ayant la valeur d'une règle de droit, un individu ne peut être tenu d'indemniser autrui sur le fondement direct de la Convention ».

34. Voir *Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, § 8, série A n° 7, et mon opinion séparée dans *Fabris c. France* [GC], n° 16574/08, CEDH 2013.

civile, comme la Cour suprême suédoise l'admet à juste titre, il en va de même pour l'octroi d'une réparation pour violation perpétrée par un particulier qui n'est pas un agent de l'État, comme la personne concernée en l'espèce<sup>35</sup>. En pareil cas, l'État négligerait son obligation de protéger les droits découlant de la Convention s'il ne garantissait pas une voie de recours civile dans les situations où aucune sanction pénale n'est applicable malgré la censurabilité sur le plan éthique et le caractère répréhensible de la conduite en question au regard du droit international coutumier et conventionnel. Pour employer une formule positive, lorsqu'il n'existe pas de recours à caractère pénal permettant de se plaindre du comportement d'un particulier qui n'est pas un agent de l'État, les parties contractantes à la Convention doivent néanmoins offrir un recours civil. C'est à l'État – et non aux particuliers eux-mêmes – qu'incombe l'obligation d'offrir un recours civil effectif permettant d'examiner l'essence d'un « grief défendable » de violation de la Convention, suivant l'article 13 combiné avec l'article 8. Dès lors, les juridictions nationales ont manqué à réparer le préjudice causé à la requérante, et ce malgré l'existence d'un recours de droit civil fondé sur la seule Convention.

### **L'application de la norme européenne à la présente espèce**

La requérante avait un droit à être protégée et l'État avait l'obligation de protéger ce droit. Les parties sont d'accord sur ces deux points. Le litige entre elles a trait à cette question : l'existence, dans l'ordre juridique de l'État défendeur, de recours effectifs permettant de se plaindre de la violation en cause. Alors que la Suède possédait une disposition sur la pornographie infantile, celle-ci a été ignorée des tribunaux, qui ne l'ont pas appliquée en l'espèce. En outre, cette infraction ne suffisait pas pour sanctionner la conduite du beau-père, en raison d'une interprétation judiciaire stricte qui voyait dans la disposition en question une condition implicite selon laquelle il devait y avoir eu un comportement sexuel explicite de la victime. La loi de 2005 qui a réformé l'infraction pénale d'abus sexuel – qui n'englobe pas le fait de filmer ou photographier en secret – ne pouvait de toute façon être appliquée aux faits litigieux, eu égard au principe fondamental qui interdit l'application rétroactive d'une loi pénale défavorable au défendeur. Enfin, le recours civil n'a pas été utilisé, en raison du refus injustifié de la cour d'appel

35. La Cour a admis que les dommages et intérêts offrent une réparation adéquate pour les violations de droits garantis à l'article 8 nées d'un litige entre particuliers (*Von Hannover c. Allemagne*, n° 59320/00, §§ 72-74, CEDH 2004-VI, et *Armonienė c. Lituanie*, n° 36919/02, §§ 45-48, 25 novembre 2008). De plus, dans *Kontrová c. Slovaquie* (n° 7510/04, 31 mai 2007), la Cour a constaté la violation de l'article 2 en raison du manquement des autorités à protéger la vie des enfants, et la violation de l'article 13, la mère n'ayant pas eu la possibilité de demander réparation à l'auteur du crime.

d'appliquer la loi sur la responsabilité civile et de l'interprétation stricte que la Cour suprême a faite des conditions de la responsabilité civile fondée sur les violations de la Convention. Ainsi, aucune voie de droit ne permettait en pratique de garantir le droit de la requérante à la protection de son image<sup>36</sup>.

### **Conclusion**

Eu égard à l'obligation découlant de la Convention d'ériger en infraction le fait de filmer ou photographier autrui sans son consentement, indépendamment de tout but sexuel de l'auteur, et d'offrir une réparation sur le fondement direct de la violation de l'article 8, au non-respect par le législateur national de la première obligation, et à la réticence des juridictions nationales à satisfaire à la seconde, j'estime qu'il y a eu violation de l'article 8, considéré seul et combiné avec l'article 13.

---

36. Ainsi que l'a conclu la Cour suprême, dans son arrêt visionnaire du 23 octobre 2008 (NJA 2008, p. 946), en déclarant que le manquement à ériger en infraction le fait de filmer des adultes en secret pouvait s'analyser en une violation de l'article 8. Le même raisonnement doit *a fortiori* être appliqué au fait de filmer des enfants en secret.

## OPINION DISSIDENTE DE LA JUGE KALAYDJIEVA

*(Traduction)*

Je souscris pleinement à l'avis de la majorité que l'acte du beau-père a porté atteinte à l'intégrité personnelle de la requérante et que la situation était d'autant plus grave que l'intéressée était mineure, que l'acte ayant consisté à la filmer en train de se déshabiller s'était produit à son domicile, où elle était censée se sentir en sécurité, et que l'auteur n'était autre que son beau-père, une personne à qui elle devait pouvoir faire confiance. La Grande Chambre a entrepris (paragraphe 89 de l'arrêt) de rechercher si la Suède possédait un cadre juridique propre à offrir à la requérante un niveau acceptable de protection (paragraphe 91 de l'arrêt) et d'évaluer à cette fin chacun des recours qui étaient ouverts à l'intéressée (paragraphe 89 de l'arrêt). À mon grand regret, je ne saisis pas la logique suivie par la majorité pour rechercher et fournir une réponse juridique à ces questions ; je ne puis, dès lors, adhérer aux conclusions formulées.

La requérante n'a pas prétendu que seul le recours au droit pénal pouvait permettre à la Suède de remplir son obligation, découlant de l'article 8, de la protéger contre les actes de son beau-père (paragraphe 87 de l'arrêt) et n'a pas non plus reproché au parquet d'avoir failli à l'obligation de poursuivre des infractions ; elle a estimé qu'en réalité c'était le législateur qui avait manqué à son obligation positive d'ériger en infraction le fait de filmer en secret une personne mineure dans une situation portant atteinte aux aspects essentiels de son intégrité personnelle. Elle a souligné que « la faiblesse de la protection dans ce domaine [était] connue et débattue depuis 1966 ». Cela, à ses yeux, « [suffisait pour] conclure que la protection du droit à la vie privée [avait été] – et demeur[ait] – insuffisante » (paragraphe 62-63 de l'arrêt).

En réponse à ce grief, et tout en relevant que les actes litigieux « [n'avaient] pas atteint le degré de gravité des actes (...) examinés sous l'angle de l'article 8 mais aussi de l'article 3 de la Convention », la majorité n'a pas indiqué clairement (comme dans les affaires mentionnées aux paragraphes 83 et 84 de l'arrêt) si des obligations positives existaient en l'espèce – suivant la thèse de la requérante – et, dans l'affirmative, lesquelles, ou si un recours pénal était néanmoins nécessaire pour atteindre le niveau approprié et acceptable de protection des droits de la requérante au regard de l'article 8 ; elle n'a pas non plus déclaré, à l'inverse, que la décision d'ériger en infraction et de poursuivre ou non pareils actes relevait de la marge d'appréciation des autorités suédoises. À cet égard, il est difficile de comprendre d'où vient l'insatisfaction de la majorité liée au fait que, « nonobstant la marge

d'appréciation», le droit suédois ne comportait aucun recours pénal propre à assurer à la requérante une protection effective.

La majorité n'a pas non plus précisé (voir, en revanche, *Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC], n° 32967/96, CEDH 2002-I) si un recours civil – le cas échéant – aurait en principe suffi à fournir une protection adéquate à la requérante; elle s'est plutôt penchée sur le fait que les juridictions pénales n'offraient pas de réparation pour un préjudice résultant d'une infraction, les actes litigieux n'étant pas constitutifs d'une infraction. Sur ce point, la requérante a soutenu que les juridictions pénales – étant maîtresses de la qualification juridique des faits – auraient dû requalifier les faits et se prononcer sur sa demande en prenant d'autres bases. Cependant, elle ne s'est jamais plainte de l'inexistence d'un tel recours au niveau civil (paragraphe 64 de l'arrêt). Je ne suis pas convaincue que le rejet par les juridictions pénales de sa demande de dommages et intérêts pour préjudice découlant d'une infraction suffise à conclure que le droit suédois ne comportait aucun autre recours civil qui eût permis de redresser la substance de ses griefs (paragraphe 117 de l'arrêt).

En conséquence, relevant tout d'abord que «[l]e choix des mesures propres à garantir l'observation de l'article 8 dans les rapports interindividuels relève en principe de la marge d'appréciation des États contractants» (paragraphe 79 de l'arrêt), la majorité parvient à la conclusion que la procédure devant les juridictions pénales n'a offert ni réparation pénale ni réparation civile, suivant le grief originel de la requérante. Cette conclusion correspond uniquement aux faits de la cause, mais n'apporte pas forcément de réponse juridique à la démarche de la Grande Chambre qui visait à déterminer si le droit suédois, tel qu'il existait en septembre 2002, assurait une protection adéquate au «droit au respect de la vie privée» de la requérante. En effet, il me semble qu'en l'absence de critères définissant avec précision le «niveau acceptable de protection», comparer un recours vain et un recours non défini conduit inévitablement à l'insatisfaction «nonobstant la marge d'appréciation de l'État défendeur» en la matière (paragraphe 117 de l'arrêt).



X v. LATVIA  
(*Application no. 27853/09*)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 26 NOVEMBER 2013<sup>1</sup>

---

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





SUMMARY<sup>1</sup>**Lack of an in-depth examination of all relevant factors in reaching a decision on the return of a child in application of the Hague Convention**

Article 8 of the Convention imposes on the domestic authorities a procedural obligation by requiring that, when assessing an application for a child’s return, the courts must consider all arguable allegations of a “grave risk” for the child in the event of return, and must also make a ruling giving specific reasons. Both a refusal to take account of objections to the return capable of falling within the scope of Articles 12, 13 and 20 of the Hague Convention and insufficient reasoning in the ruling dismissing such objections are contrary to the requirements of Article 8 of the Convention and also to the aim and purpose of the Hague Convention (see paragraphs 106-07 of the judgment).

**Article 8**

*Family life – Procedural requirements – Lack of an in-depth examination of all relevant factors in reaching a decision on the return of a child in application of the Hague Convention – Necessary in a democratic society – Margin of appreciation – Best interests of the child – “Grave risk” to the child within the meaning of Article 13 (b) of the Hague Convention – Harmonious interpretation of the European Convention on Human Rights and the Hague Convention*

\*

\*   \*

*Facts*

In 2005 the applicant, who was then living in Australia with her partner, T., gave birth to a daughter. The child’s birth certificate did not state the father’s name and no paternity test was ever carried out. In 2008 the applicant left Australia with her daughter and returned to her native Latvia. T. then filed a claim with the Australian courts seeking to establish his parental rights in respect of the child, alleging that the applicant had taken the child without his consent when leaving Australia, contrary to the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (“the Hague Convention”). The Australian court held that T. and the applicant had joint custody of the child and that the case would be further reviewed once the child had been returned to Australia. When the competent Latvian authorities received notification from the Australian authorities, they heard representations from the applicant, who challenged the applicability of the Hague Convention on the

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

ground that she had been the child's sole guardian. The Latvian courts granted T.'s request, concluding that it was not for them to challenge the conclusions reached by the Australian authorities with regard to parental responsibility. Consequently, the applicant was ordered to return the child to Australia within six weeks. In March 2009 T. met the applicant and the child, and returned with her to Australia. Ultimately, the Australian courts ruled that T. was the child's sole guardian and that the applicant could only visit her daughter under the supervision of social services and was not permitted to speak to her in Latvian.

### *Law*

Article 8: The Court was called on to examine whether the interference with the applicant's rights under Article 8, resulting from the decisions of the national courts, had been "necessary in a democratic society". To that end, the Court reiterated that, in determining whether the decisions of the national courts had struck the fair balance that must exist between the competing interests at stake – those of the child, those of the two parents, and those of public order – within the margin of appreciation afforded to States in such matters, the best interests of the child had to be of primary consideration. In that connection, in order to achieve a harmonious interpretation of the European Convention and the Hague Convention, the factors capable of constituting an exception to the child's immediate return in application of Articles 12, 13 and 20 of the Hague Convention had, first of all, genuinely to be taken into account by the requested court, which had to issue a decision that was sufficiently reasoned on this point, and then to be evaluated in the light of Article 8 of the European Convention. It followed that Article 8 imposed on the domestic authorities a procedural obligation, requiring that, when assessing an application for a child's return, the courts had to consider arguable allegations of a "grave risk" for the child in the event of return and make a ruling giving specific reasons. As to the exact nature of the "grave risk", the exception provided for in Article 13 (b) of the Hague Convention concerned only the situations which went beyond what a child could reasonably bear.

In the present case, the Court noted that, before the Latvian courts, the applicant had adduced several factors to establish that the child's return to Australia would entail a "grave risk" for her child. She had also submitted that T. had criminal convictions and referred to instances of ill-treatment by him. In particular, in her appeal pleadings, she had submitted a psychologist's certificate concluding that there existed a risk of trauma for the child in the event of immediate separation from her mother. Although it was for the national courts to verify the existence of a "grave risk" for the child, and the psychological report was directly linked to the best interests of the child, the regional court had refused to examine the conclusions of that report in the light of the provisions of Article 13 (b) of the Hague Convention. At the same time, the national courts had also failed to deal with the issue of whether it was possible for the mother to follow her daughter to Australia and to maintain contact with her. As the national courts had failed

to carry out an effective examination of the applicant's allegations, the decision-making process under domestic law did not satisfy the procedural requirements inherent in Article 8 of the Convention, and the applicant had therefore suffered a disproportionate interference with her right to respect for her family life.

*Conclusion:* violation (nine votes to eight).

Article 41: no claim submitted in respect of pecuniary or non-pecuniary damage.

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

- Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, ECHR 2000-II  
*Artico v. Italy*, 13 May 1980, Series A no. 37  
*B. v. Belgium*, no. 4320/11, 10 July 2012  
*Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, ECHR 2008  
*Eskinazi and Chelouche v. Turkey* (dec.), no. 14600/05, ECHR 2005-XIII  
*García Ruiz v. Spain* [GC], no. 30544/96, ECHR 1999-I  
*Hokkanen v. Finland*, 23 September 1994, Series A no. 299-A  
*Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain*, no. 56673/00, ECHR 2003-V  
*Ignaccolo-Zenide v. Romania*, no. 31679/96, ECHR 2000-I  
*K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, ECHR 2001-VII  
*Kurić and Others v. Slovenia* [GC], no. 26828/06, ECHR 2012  
*Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), 23 March 1995, Series A no. 310  
*M.R. and L.R. v. Estonia* (dec.), no. 13420/12, 15 May 2012  
*Maire v. Portugal*, no. 48206/99, ECHR 2003-VII  
*Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, ECHR 2008  
*Maumousseau and Washington v. France*, no. 39388/05, 6 December 2007  
*Nada v. Switzerland* [GC], no. 10593/08, ECHR 2012  
*Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], no. 41615/07, ECHR 2010  
*Raban v. Romania*, no. 25437/08, 26 October 2010  
*Slivenko v. Latvia* [GC], no. 48321/99, ECHR 2003-X  
*Šneersons and Kampanella v. Latvia*, no. 14737/09, 12 July 2011



**In the case of X v. Latvia,**

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

Dean Spielmann, *President*,  
Nicolas Bratza,  
Guido Raimondi,  
Ineta Ziemele,  
Mark Villiger,  
Nina Vajić,  
Khanlar Hajiyev,  
Danutė Jočienė,  
Ján Šikuta,  
Päivi Hirvelä,  
George Nicolaou,  
Zdravka Kalaydjieva,  
Nebojša Vučinić,  
Angelika Nußberger,  
Julia Laffranque,  
Paulo Pinto de Albuquerque,  
Linos-Alexandre Sicilianos, *judges*,

and Michael O'Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 10 October 2012 and 25 September 2013,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 27853/09) against the Republic of Latvia lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Latvian national, Ms X (“the applicant”), on 8 May 2009. The President of the Grand Chamber authorised, of his own motion, the non-disclosure of the applicant’s identity (Rule 47 § 3 of the Rules of Court).

2. The applicant was represented by Mr R. Strauss, a lawyer practising in Riga. The Latvian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms K. Līce.

3. The applicant alleged that, on account of the decision by the Latvian courts to order her daughter’s return to Australia, in application of the Hague

Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, she had been the victim of an infringement of her right to respect for her family life within the meaning of Article 8 of the Convention.

4. The application was assigned to the Third Section of the Court (Rule 52 § 1). On 15 November 2011 a Chamber of that Section, composed of Josep Casadevall, President, Corneliu Bîrsan, Alvina Gyulumyan, Egbert Myjer, Ineta Ziemele, Luis López Guerra and Kristina Pardalos, judges, and Santiago Quesada, Section Registrar, declared it admissible and adopted a judgment. By a majority, it found that there had been a violation of Article 8 of the Convention. A dissenting opinion by Judges Myjer and López Guerra was annexed to the judgment, delivered on 13 December 2011.

5. On 13 March 2012 the Government requested that the case be referred to the Grand Chamber, in accordance with Article 43 of the Convention. This request was accepted by the panel of the Grand Chamber on 4 June 2012.

6. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24. At the final deliberations, Nicolas Bratza and Nina Vajić continued to sit following the expiry of their terms of office, in accordance with Article 23 § 3 of the Convention and Rule 24 § 4.

7. The applicant and the Government filed additional observations (Rule 59 § 1). In addition, third-party comments were also received from the Finnish and Czech Governments, and from the non-governmental organisation Reunite International Child Abduction Centre, the President having authorised them to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3).

8. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 10 October 2012 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms K. Līce,	<i>Agent,</i>
Ms I. Reine,	<i>Counsel,</i>
Ms A. Rutka-Kriškalne,	<i>Adviser,</i>

(b) *for the applicant*

Mr R. Strauss,	<i>Counsel.</i>
----------------	-----------------

The Court heard addresses by Ms Līce and Mr Strauss.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicant was born in 1974 and now resides in Australia. She is a Latvian national, who, in 2007, also acquired Australian nationality.

10. After meeting T. and beginning a relationship with him at the beginning of 2004, she moved into his flat at the end of that year, although she was still married to another man, R.L., whom she divorced on 24 November 2005.

11. On 9 February 2005 the applicant gave birth to a daughter, E. The child's birth certificate does not give the father's name, and no paternity test was carried out. The applicant, who was still living with T., subsequently received single-parent benefits. In spite of the deterioration in their relationship, the applicant continued to live with T. as a tenant.

12. On 17 July 2008 the applicant left Australia for Latvia with her daughter, then aged three years and five months.

#### **A. The proceedings in Australia**

13. On 19 August 2008 T. submitted an application to the Family Court in Australia to establish his parental rights in respect of the child. In support of his claim, he testified in a sworn affidavit that he had been in a relationship with the applicant since 2004 and the latter had always indicated that he was the father of the child, the rental agreement with the applicant for the flat was a sham and had been a mutual decision, and he had made false statements to the social security services in order to enable the applicant to receive single-parent benefit. T. asserted that the applicant had left Australia with the child without his consent, in violation of Article 3 of the Hague Convention, and had gone to an unknown place of residence in Latvia. In support of his claim, he submitted e-mail correspondence with members of his family.

14. The applicant, although apparently invited by various means to attend the hearing or follow it by telephone, was not present.

15. By a judgment of 6 November 2008, the Australian Family Court recognised T.'s paternity in respect of E. and held that the applicant and T. had had joint parental responsibility for their child since her birth. The judge added that examination of the case would be continued once the child had been returned to Australia, while stating as follows:

“... however, it is not of course for me to say whether the child’s presence in Latvia is the consequence of a wrongful removal or retention. With all due respect, it is for the Latvian judge to rule on that question.”

16. The applicant did not appeal against that decision.

### **B. The proceedings in Latvia**

17. On 22 September 2008 the Ministry of Children and Family Affairs, which was the Latvian Central Authority responsible for implementing the Hague Convention, received from their Australian counterpart a request from T. seeking the child’s return to Australia on the basis of that Convention. The return request was accompanied by a sworn affidavit setting out the applicable Australian law and certifying, without prejudice to the issue of paternity, that on the date on which the child had been removed from Australia T. had exercised joint parental authority over her within the meaning of Article 5 of the Hague Convention.

18. On 19 November 2008 the Riga City Zemgale District Court (“the District Court”) examined the request in the presence of both T. and the applicant.

19. At the hearing the applicant contested T.’s request. She explained that he had no grounds for being recognised as the father, since she had still been married to another man at the time of the child’s birth and T. had never expressed a wish to have his paternity recognised prior to her departure from Australia. She alleged that as T. had become hostile and sometimes aggressive towards her she had requested that persons who had visited her in Australia be called as witnesses. The applicant also submitted that T. had initiated the proceedings only in order to benefit from them in criminal proceedings that had allegedly been brought against him in Australia.

20. The representative of the Bāriņtiesa, a guardianship and curatorship institution established by Riga City Council, called for T.’s request to be dismissed, arguing, on the one hand, that the applicant had been a single mother when the child was removed from Australia and, on the other, that the child had developed ties with Latvia.

21. By a judgment of 19 November 2008, the District Court granted T.’s request and ordered that the child be returned to Australia immediately and, in any event, not later than six weeks after its decision. In its reasoning, noting that the Australian courts had established that the applicant and T. exercised joint parental responsibility, the court held, firstly, that the Latvian courts could neither reverse that decision, nor interpret and apply



the Australian law. It further held that, in application of Articles 1 and 14 of the Hague Convention, the Latvian courts did not have jurisdiction to rule on T.'s parental responsibility for the child, but only on the child's departure from Australia and her possible return. It considered that the child's removal had been wrongful and had been carried out without T.'s consent. As to the application of Article 13 of the Hague Convention, it held, in the light of photographs and copies of e-mails between the applicant and T.'s relatives, that he had cared for the child prior to her departure for Latvia. While noting that witness statements referred to arguments between the parties and to the fact that T. had behaved irascibly towards the applicant and the child, it held that this did not enable it to conclude that T. had not taken care of the child. Lastly, the court dismissed as unfounded the allegation that the child's return posed a risk of psychological harm.

22. The applicant lodged an appeal, arguing that when they had left Australia she had been the child's sole guardian in law and in practice and, further, that her daughter's return to Australia would expose the child to psychological harm. In support of the latter point, she submitted a certificate prepared by a psychologist at her request after the first-instance court's judgment. This certificate, based on an examination of E. on 16 December 2008, stated:

"Although it is clear from the examination that her development is adequate in terms of knowledge and language, the child is unable, on account of her age, to say which place of residence she prefers ... Bearing in mind the child's age and her close emotional ties to her mother, which is normal for her age, her emotional well-being is primarily based on and closely linked to [the applicant's] psychological balance ... The child needs the daily presence of her mother and to live with her permanently in the same place. Given her age – three years and ten months – an immediate separation from her mother is to be ruled out, otherwise the child is likely to suffer psychological trauma, in that her sense of security and self-confidence could be affected."

23. The applicant also maintained on appeal that Latvian was the child's mother tongue, that she had attended pre-school activities in Latvia, that she had no ties in Australia and that she needed her mother's presence. She alleged that T. had never helped them financially and had ill-treated them. In addition, she criticised the lower court for refusing to request information from the Australian authorities about T.'s criminal profile, previous convictions and the charges of corruption allegedly brought against him. She also contended that, were she to return to Australia, she would be unemployed and would have no income, and criticised the District Court for failing to provide for protection measures in the event of return.

24. On 6 January 2009, on an application by the applicant, the District Court ordered a stay of execution of the decision of 19 November 2008

ordering the child's return pending completion of the appeal proceedings. Relying on the Preamble to the Hague Convention, it held that the child's best interests had to take priority over an immediate return, that the child was attached to her mother and that, according to the psychological report submitted by the applicant, a sudden interruption of contact with her mother would traumatise her.

25. On 26 January 2009, after a hearing in the presence of both the applicant and T., the Riga Regional Court (*Rīgas Apgabaltiesa*) upheld the first-instance judgment. It held that T.'s request had complied with the Hague Convention, noting the short time-limits set out in it and observing that no formality or analysis was necessary in order to recognise the Australian court's decision. In addition, it held that the lower court had correctly found, on the basis of all the relevant evidence, especially the letters and photographs that had been submitted, that T. had cared for the child. With regard to the argument by the applicant and the representative of the *Bāriņtiesa* concerning the alleged lack of information about the child's situation in the event of her return to Australia, it considered that

“there are no grounds for doubting the quality of welfare and social protection provided to children in Australia, given that, according to the [sworn affidavit], Australian legislation provides, *inter alia*, for the security of children and [their] protection against ill-treatment within the family”.

26. With regard to the applicant's allegations, it held as follows:

“[The Court] dismisses ... the allegation that [T.] ill-treated [the applicant] and the child, as well as [the allegation] that he was liable to a prison sentence for [criminal charges brought against him] as no evidence has been submitted which could, even indirectly, support the allegations.

Neither can the conclusion of the [psychological assessment] of 16 December 2008 serve as evidence against returning the child to the requesting State. Although the conclusion stated that the child was in need of her mother and that immediate termination of contact between the mother and the child should be ruled out, the issue raised before this Court does not concern custody rights ... Pursuant to Article 19 of the Hague Convention, a decision under this Convention concerning the return of a child shall not be taken to be a determination on the merits of any custody issue.

[The Court] considers that ... [the child] ... has not reached an age or level of maturity which would allow her to formulate an opinion concerning a return to Australia.”

27. On 5 February 2009 a bailiff instructed the applicant to comply with the decision ordering her to return the child by 19 February 2009 at the latest. The applicant refused to do so.

28. On an unspecified date a bailiff lodged an application with the District Court for execution of the order to return the child. At the same time the District Court, having received a request from the applicant for a stay of execution of the return order for a period of six to twelve months, scheduled a hearing on 16 April 2009.

29. On 6 March 2009, at T.'s request, the Latvian Central Authority asked the Bāriņtiesa to verify the child's living conditions and to inform the applicant of T.'s request to see the child.

30. On 14 March 2009 T. met the applicant and E. unexpectedly near a shopping centre. Taking advantage of this situation, he took E. and drove her to Tallinn (Estonia), then began the return journey to Australia. On 16 March 2009 the Latvian Central Authority, in response to a request from its Estonian counterpart and with a view to authorising T. to take a flight to Helsinki, supplied information concerning T.'s right to return to Australia with his daughter.

31. A complaint subsequently filed by the applicant for abduction was dismissed, as was a disciplinary appeal against the Latvian Central Authority; the applicant's request for a stay of execution of the return order became devoid of purpose.

### **C. The situation in Australia since the child's return**

32. In September 2009 the Australian Family Court set aside all prior decisions relating to the parents' rights and ruled that T. had sole parental responsibility for the child. While prohibiting the applicant from making any public statement about matters concerning the child or T., it authorised her to visit her daughter under the supervision of a social worker. The court also prohibited her from speaking to the child in Latvian and ruled that, until the child reached the age of eleven, the applicant was restrained from visiting or communicating by any means with any childcare facility, pre-school or school attended by her daughter, or with a parent of any other child attending the same institution.

33. Before the Grand Chamber, the Government, referring to an article published in the Latvian press in October 2011 which contained, in particular, statements by the applicant's sister, indicated that the applicant had returned to live in Australia, had found accommodation and was working in a State welfare institution. They also noted that she was in regular contact with her daughter, meeting her twice a week in a welfare centre, and that she had been able to see her without a social worker being present.

## II. RELEVANT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

### A. The Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction

34. The relevant provisions of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction state as follows:

“The States signatory to the present Convention,

Firmly convinced that the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody,

Desiring to protect children internationally from the harmful effects of their wrongful removal or retention and to establish procedures to ensure their prompt return to the State of their habitual residence, as well as to secure protection for rights of access,

Have resolved to conclude a Convention to this effect, and have agreed upon the following provisions –

...

#### Article 1

The objects of the present Convention are –

a) to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any Contracting State; and

b) to ensure that rights of custody and of access under the law of one Contracting State are effectively respected in the other Contracting States.

...

#### Article 3

The removal or the retention of a child is to be considered wrongful where –

a) it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and

b) at the time of removal or retention those rights were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention.

The rights of custody mentioned in sub-paragraph a) above, may arise in particular by operation of law or by reason of a judicial or administrative decision, or by reason of an agreement having legal effect under the law of that State.

#### **Article 4**

The Convention shall apply to any child who was habitually resident in a Contracting State immediately before any breach of custody or access rights. The Convention shall cease to apply when the child attains the age of 16 years.

#### **Article 5**

For the purposes of this Convention –

- a) ‘rights of custody’ shall include rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child’s place of residence;
- b) ‘rights of access’ shall include the right to take a child for a limited period of time to a place other than the child’s habitual residence.

...

#### **Article 11**

The judicial or administrative authorities of Contracting States shall act expeditiously in proceedings for the return of children.

If the judicial or administrative authority concerned has not reached a decision within six weeks from the date of commencement of the proceedings, the applicant or the Central Authority of the requested State, on its own initiative or if asked by the Central Authority of the requesting State, shall have the right to request a statement of the reasons for the delay. ...

#### **Article 12**

Where a child has been wrongfully removed or retained in terms of Article 3 and, at the date of the commencement of the proceedings before the judicial or administrative authority of the Contracting State where the child is, a period of less than one year has elapsed from the date of the wrongful removal or retention, the authority concerned shall order the return of the child forthwith.

The judicial or administrative authority, even where the proceedings have been commenced after the expiration of the period of one year referred to in the preceding paragraph, shall also order the return of the child, unless it is demonstrated that the child is now settled in its new environment.

Where the judicial or administrative authority in the requested State has reason to believe that the child has been taken to another State, it may stay the proceedings or dismiss the application for the return of the child.

#### **Article 13**

Notwithstanding the provisions of the preceding Article, the judicial or administrative authority of the requested State is not bound to order the return of the child if the person, institution or other body which opposes its return establishes that –

a) the person, institution or other body having the care of the person of the child was not actually exercising the custody rights at the time of removal or retention, or had consented to or subsequently acquiesced in the removal or retention; or

b) there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation.

The judicial or administrative authority may also refuse to order the return of the child if it finds that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views.

In considering the circumstances referred to in this Article, the judicial and administrative authorities shall take into account the information relating to the social background of the child provided by the Central Authority or other competent authority of the child's habitual residence.

#### **Article 14**

In ascertaining whether there has been a wrongful removal or retention within the meaning of Article 3, the judicial or administrative authorities of the requested State may take notice directly of the law of, and of judicial or administrative decisions, formally recognised or not in the State of the habitual residence of the child, without recourse to the specific procedures for the proof of that law or for the recognition of foreign decisions which would otherwise be applicable.

...

#### **Article 16**

After receiving notice of a wrongful removal or retention of a child in the sense of Article 3, the judicial or administrative authorities of the Contracting State to which the child has been removed or in which it has been retained shall not decide on the merits of rights of custody until it has been determined that the child is not to be returned under this Convention or unless an application under this Convention is not lodged within a reasonable time following receipt of the notice.

#### **Article 17**

The sole fact that a decision relating to custody has been given in or is entitled to recognition in the requested State shall not be a ground for refusing to return a child under this Convention, but the judicial or administrative authorities of the requested State may take account of the reasons for that decision in applying this Convention.

...

#### **Article 19**

A decision under this Convention concerning the return of the child shall not be taken to be a determination on the merits of any custody issue.

**Article 20**

The return of the child under the provisions of Article 12 may be refused if this would not be permitted by the fundamental principles of the requested State relating to the protection of human rights and fundamental freedoms.

...”

35. The Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, prepared by Elisa Pérez-Vera and published by The Hague Conference on Private International Law (HCCH) in 1982, seeks to throw into relief the principles which form the basis of the 1980 Convention and to supply to those who must apply the Convention a detailed commentary on its provisions. It appears from this report that, in order to discourage the possibility for the abducting parent to have his or her action recognised as lawful in the State to which the child has been taken, the Convention enshrines, in addition to its preventive aspect, the restoration of the status quo, by an order for immediate return of the child, which would make it possible to restore the situation that had been unilaterally and wrongfully changed. Compliance with custody rights is almost entirely absent from the scope of this Convention, as this matter is to be discussed before the relevant courts in the State of the child’s habitual residence prior to removal. The philosophy of the Hague Convention is to fight against the multiplication of international abductions, based always on a wish to protect children by acting as interpreter of their real interests. Accordingly, the objective of prevention and immediate return corresponds to a specific conception of “the child’s best interests”. However, as the child’s removal may be justified for objective reasons which have to do either with his or her person, or with the environment with which he or she is most closely connected, the Convention allows for certain exceptions to the general obligations on the States to ensure an immediate return (§ 25). Since the return of the child is the basic principle of the Convention, the exceptions to the general duty to secure it form an important element in understanding the exact extent of this duty, and it is possible to distinguish exceptions which derive their justification from three different principles (§ 27). Firstly, the authorities of the requested State are not bound to order the return of the child if the person requesting the return was not actually exercising custody rights or where his or her behaviour shows acceptance of the new situation (§ 28). Secondly, the first paragraph, (b), and second paragraph of Article 13 contain exceptions which clearly derive from a consideration of the interests of the child, to which the Convention gives a definite content. Thus, the interest of the child in not being removed from his or her habitual residence without sufficient guarantees of stability in the new environment

gives way before the primary interest of any person in not being exposed to physical or psychological danger or being placed in an intolerable situation (§ 29). Lastly, there is no obligation to return a child when, in terms of Article 20, his or her return “would not be permitted by the fundamental principles of the requested State relating to the protection of human rights and fundamental freedoms” (§ 31). The explanatory report, which sets out those exceptions, also emphasises the margin of appreciation inherent in the judicial function.

36. In 2003 the HCCH published Part II of the Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Although primarily intended for the new Contracting States and without binding effect, especially in respect of the judicial authorities, this document seeks to facilitate the Convention’s implementation by proposing numerous recommendations and clarifications. The Guide repeatedly emphasises the importance of the Explanatory Report to the 1980 Convention, known as the Pérez-Vera Report, in helping to interpret coherently and understand the 1980 Convention (see, for example, points 3.3.2 “Implications of the transformation approach” and 8.1 “Explanatory Report on the Convention: the Pérez-Vera Report”). In particular, it emphasises that the judicial and administrative authorities are under an obligation, *inter alia*, to process return applications expeditiously, including on appeal (point 1.5 “Expeditious procedures”). Expeditious procedures should be viewed as procedures which are both fast and efficient: prompt decision-making under the Convention serves the best interests of children (point 6.4 “Case management”). The Guide to Good Practice specifies that delays in enforcement of return orders, or their non-enforcement, in certain Contracting States are matters of serious concern, and recommends that States Parties ensure that there are simple and effective mechanisms to enforce orders for the return of children within their domestic systems, noting that the return must actually be effected and not just ordered (point 6.7 “Enforcement”).

## **B. The Convention on the Rights of the Child**

37. The relevant provisions of the United Nations Convention on the Rights of the Child, signed in New York on 20 November 1989, read as follows:

### **Preamble**

“The States Parties to the present Convention,

...



Convinced that the family, as the fundamental group of society and the natural environment for the growth and well-being of all its members and particularly children, should be afforded the necessary protection and assistance so that it can fully assume its responsibilities within the community,

Recognizing that the child, for the full and harmonious development of his or her personality, should grow up in a family environment, in an atmosphere of happiness, love and understanding,

...

Have agreed as follows:

...

#### **Article 7**

1. The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth... to know and be cared for by his or her parents.

...

#### **Article 9**

1. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will ...

#### **Article 14**

1. States Parties shall respect the right of the child to freedom of thought, conscience and religion.

2. States Parties shall respect the rights and duties of the parents and, when applicable, legal guardians, to provide direction to the child in the exercise of his or her right in a manner consistent with the evolving capacities of the child.

...

#### **Article 18**

1. States Parties shall use their best efforts to ensure recognition of the principle that both parents have common responsibilities for the upbringing and development of the child. Parents or, as the case may be, legal guardians, have the primary responsibility for the upbringing and development of the child. The best interests of the child will be their basic concern.

...”

38. The concept of the child’s best interests, derived from the second principle of the Declaration on the Rights of the Child of 20 November 1959, was reproduced in 1989 in Article 3 § 1 of the Convention on the Rights of the Child:

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

39. In its General Comment No. 7 (2005) on Implementing child rights in early childhood, the Committee on the Rights of the Child wished to encourage recognition by States Parties that young children are holders of all rights enshrined in this Convention and that early childhood is a critical period for the realisation of these rights. The best interests of the child are examined, in particular, in section 13, which is worded as follows:

“13. **Best interests of the child.** Article 3 sets out the principle that the best interests of the child are a primary consideration in all actions concerning children. By virtue of their relative immaturity, young children are reliant on responsible authorities to assess and represent their rights and best interests in relation to decisions and actions that affect their well-being, while taking account of their views and evolving capacities. The principle of best interests appears repeatedly within the Convention (including in articles 9, 18, 20 and 21, which are most relevant to early childhood). The principle of best interests applies to all actions concerning children and requires active measures to protect their rights and promote their survival, growth, and well-being, as well as measures to support and assist parents and others who have day-to-day responsibility for realizing children’s rights:

(a) *Best interests of individual children.* All decision-making concerning a child’s care, health, education, etc. must take account of the best interests principle, including decisions by parents, professionals and others responsible for children. States parties are urged to make provisions for young children to be represented independently in all legal proceedings by someone who acts for the child’s interests, and for children to be heard in all cases where they are capable of expressing their opinions or preferences;  
...”

40. For a more in-depth discussion, see *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], no. 41615/07, §§ 49-55, ECHR 2010.

### C. European Union law

41. The relevant provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union provide:

#### Article 7

#### Respect for private and family life

“Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications.

**Article 24**  
**The rights of the child**

1. Children shall have the right to such protection and care as is necessary for their well-being. They may express their views freely. Such views shall be taken into consideration on matters which concern them in accordance with their age and maturity.

2. In all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions, the child's best interests must be a primary consideration.

3. Every child shall have the right to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both his or her parents, unless that is contrary to his or her interests."

42. Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility (known as "the Brussels II *bis* Regulation") reads, in particular, as follows:

"...

(12) The grounds of jurisdiction in matters of parental responsibility established in the present Regulation are shaped in the light of the best interests of the child, in particular on the criterion of proximity. This means that jurisdiction should lie in the first place with the Member State of the child's habitual residence, except for certain cases of a change in the child's residence or pursuant to an agreement between the holders of parental responsibility.

(13) In the interest of the child, this Regulation allows, by way of exception and under certain conditions, that the court having jurisdiction may transfer a case to a court of another Member State if this court is better placed to hear the case. However, in this case the second court should not be allowed to transfer the case to a third court.

..."

**D. Relevant Latvian law**

*1. The Constitution*

43. The relevant provisions of the Constitution read as follows:

**Article 89**

"The State shall recognise and protect fundamental human rights in accordance with this Constitution, laws and international agreements binding upon Latvia."

**Article 110**

"The State shall protect and support marriage – a union between a man and a woman, the family, the rights of parents and rights of the child. The State shall provide

special support to disabled children, children left without parental care or who have suffered from violence.”

## 2. *The Latvian Civil Procedure Act*

44. Section 644<sup>19</sup> of the Latvian Civil Procedure Act, as in force at the material time, regulates matters concerning the unlawful removal of children across borders into Latvia. It provides that the courts are to rule on any application of this type after a court hearing in which the parties participate and to which a representative of the Bāriņtiesa has been invited. In addition, the courts are to ascertain the point of view of the child if he or she is capable of formulating it.

45. In ruling on the application, the court may take any evidence of its own motion. It may use the most appropriate procedural means and the most rapid methods of establishing the facts, so that a decision can be reached within a period of six weeks after the submission of the application.

46. Where the court determines that the child has been unlawfully removed to or retained in Latvia and where one of the following conditions is met, the court orders the return of the child to the country of his or her residence:

(a) the period following the unlawful removal of the child to Latvia or detention in Latvia does not exceed one year from the time the relevant person or institution discovered the whereabouts of the child; or

(b) the period following the unlawful removal of the child to Latvia or detention in Latvia does exceed one year but the child has not adapted to life in Latvia.

47. Where the court determines that the child has been unlawfully removed to or retained in Latvia and where one of the following circumstances exists, it may decide not to permit the return of the child to the country of his or her residence:

(a) more than one year has passed since the relevant person or institution has discovered or had the practical possibility of discovering the whereabouts of the child, but during this period neither has brought proceedings before the relevant institution to seek the return of the child to the country of his or her residence;

(b) the child has adapted to life in Latvia and his or her return is not in the best interests of the child.

48. The above-mentioned paragraphs are applicable in so far as they comply with the Hague Convention and Regulation (EC) No 2201/2003 of the Council of the European Union.

### **E. Family Law Act 1975 of the Commonwealth of Australia**

49. Section 61B defines parental responsibility as “all the duties, powers, responsibilities and authority which, by law, parents have in relation to children”.

50. Section 61C provides that each of the parents of a child who is not 18 has parental responsibility for the child. It has effect subject to court orders.

51. Section 111B(4) provides as follows:

“For the purposes of the [Hague] Convention

(a) each of the parents of a child should be regarded as having rights of custody in respect of the child unless the parent has no parental responsibility for the child because of any order of a court for the time being in force; and

(b) subject to any order of a court for the time being in force, a person:

(i) with whom a child is to live under a parenting order; or

(ii) who has parental responsibility for a child under a parenting order;

should be regarded as having rights of custody in respect of the child; and

(c) subject to any order of a court for the time being in force, a person who has parental responsibility for a child because of the operation of this Act or another Australian law and is responsible for the day-to-day or long-term care, welfare and development of the child should be regarded as having rights of custody in respect of the child; and

(d) subject to any order of a court for the time being in force, a person:

(i) with whom a child is to spend time under a parenting order; or

(ii) with whom a child is to communicate under a parenting order;

should be regarded as having a right of access to the child.”

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

52. Before the Grand Chamber, the applicant claimed to have been a victim, on account of the decision by the Latvian courts to order the return of her daughter to Australia, of an infringement of her right to respect for her family life within the meaning of Article 8 of the Convention, which provides:

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

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

### **A. Applicability of Article 8**

53. The Grand Chamber notes that the Government expressly indicated in the proceedings before it that they did not contest that the decisions by the Latvian courts ordering the applicant to send E. back to Australia amounted to interference with her right to respect for her family life as protected by Article 8 of the Convention.

54. The interference with the applicant’s right to respect for her private and family life found above is in breach of Article 8 unless it satisfies the requirements of paragraph 2 of that provision. It thus remains to be determined whether the interference was “in accordance with the law”, pursued one or more legitimate aims as defined in that paragraph and was “necessary in a democratic society” to achieve them.

### **B. Whether the interference was justified**

#### *1. Legal basis*

##### **(a) The Chamber judgment**

55. The Chamber held that the provisions of the domestic law and the Hague Convention indicated in a sufficiently clear manner that, in ascertaining whether the removal was wrongful within the meaning of Article 3 of the Hague Convention, the Latvian courts had had to decide whether it had been carried out in breach of the custody rights as attributed under Australian law, Australia being the State in which the child was habitually resident immediately prior to her removal. While noting that the Australian authorities had ruled on T.’s parental responsibility after the child’s removal, it observed that it had merely been confirmed, and not established, that the applicant and T. had enjoyed joint parental responsibility from her birth by virtue of the Australian Family Law Act. The Chamber further noted that the applicant had not been prevented from participating in the proceedings in Australia leading to the above-mentioned ruling or from submitting an appeal and, in addition, that she had not challenged before the national courts the evidence adduced to demonstrate that T. was the child’s father. The Chamber assumed that the Latvian court’s decision of 19 November 2008 ordering the child’s return to Australia, which had

become enforceable on 26 January 2009, had been in accordance with the law within the meaning of Article 8 of the Convention.

**(b) The parties' submissions**

*(i) The applicant*

56. Before the Chamber, the applicant maintained that the domestic courts had had no grounds for applying the provisions of the Hague Convention, since she had been raising her daughter as a single parent at the time of her departure for Latvia. She made no submissions to the Grand Chamber on this question.

*(ii) The Government*

57. The Government considered that the interference was indisputably “in accordance with the law”, given that it was based on the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction.

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

58. According to the Court's settled case-law, the expression “in accordance with the law” not only requires that the impugned measure should have some basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects (see, among many other authorities, *Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, § 50, ECHR 2000-II; *Slivenko v. Latvia* [GC], no. 48321/99, § 100, ECHR 2003-X; and *Kurić and Others v. Slovenia* [GC], no. 26828/06, § 341, ECHR 2012).

59. The Court observes that the decision to return the child to Australia was taken by the Riga Regional Court on the basis of the Hague Convention of 1980, a text signed and ratified by Latvia in 1982. Furthermore, the Latvian Civil Procedure Act, section 644 of which governs matters regarding the unlawful removal of children across borders into Latvia, makes its application conditional on express compliance with the Hague Convention, the Brussels II *bis* Regulation and the European Convention on Human Rights.

60. The applicant alleged that at the time of her departure from Australia she had been alone in exercising parental responsibility for her daughter.

61. The Court notes, however, that that issue was expressly examined by the Latvian courts dealing with the application for the child's return. Those courts, while stating that they could neither interpret nor alter it, applied the Australian Family Court's decision of 6 November 2008, which

confirmed T.'s paternity and the existence of joint parental responsibility for the child from her birth. In consequence, both the District Court and the Riga Regional Court found that T.'s application complied with the Hague Convention in this respect.

62. Moreover, the Court considers that it is not for it to decide whether the international removal of a child was or was not "unlawful" within the meaning of Article 3 of the Hague Convention. Indeed, it is not the Court's function to deal with errors of fact or law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention (see *García Ruiz v. Spain* [GC], no. 30544/96, § 28, ECHR 1999-I): it is for the domestic courts to resolve problems of interpretation and application of domestic legislation, and of rules of general international law and international treaties (see *Maumousseau and Washington v. France*, no. 39388/05, § 79, 6 December 2007, and *Neulinger and Shuruk*, cited above, § 100). In the instant case, the applicant, in addition to failing to exercise the available remedies to challenge the Australian decision confirming T.'s paternity and the existence of joint parental responsibility for the child at the time of her departure from Australia, which was a direct precondition for application of the Hague Convention, has not shown either that it was impossible for her to challenge the Australian decision or how the domestic courts had erred in that respect.

63. In conclusion, the Court considers that the impugned interference was in accordance with the law within the meaning of Article 8 of the Convention.

## 2. *Legitimate aim*

### (a) **The Chamber judgment**

64. The Chamber considered that the interference was intended to protect the rights of T. and of the child, which was a legitimate aim for the purposes of Article 8 § 2 of the Convention.

### (b) **The parties' arguments**

#### (i) *The applicant*

65. The applicant did not express a view on this point.

#### (ii) *The Government*

66. According to the Government, the interference pursued a legitimate aim, namely, the protection of the rights and freedoms of T. and of his daughter.



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

67. The Grand Chamber shares the Chamber's opinion that the decision to order the child's return had the legitimate aim of protecting the rights and freedoms of T. and of E., which, moreover, has not been challenged by the parties in these proceedings.

3. *Necessity of the interference in a democratic society*

(a) **The Chamber judgment**

68. With regard to whether the interference was "necessary in a democratic society", the Chamber considered, while noting that it was not its task to take the place of the domestic authorities in determining the existence of a grave risk within the meaning of Article 13 (b), that it had to ascertain whether, in applying and interpreting the Hague Convention, the courts had complied with the requirements of Article 8, particularly in the light of the principles established by the Court in *Neulinger and Shuruk* (cited above). Turning its attention firstly to the psychologist's report, drawn up at the mother's request following the first-instance judgment, the Chamber found that the Regional Court had dismissed it, on the ground that it concerned the question of custody of the child and that the latter would be protected in accordance with the Australian legislation. In the Chamber's opinion, although the failure to question the child did not raise an issue, given her age, the Regional Court ought nonetheless to have examined the conclusions of the psychological assessment and the objections raised by the Bāriņtiesa; moreover, there had been nothing to prevent the court from ordering a psychological report of its own motion.

69. The Chamber further indicated that the courts should also have assessed whether there were other sufficient safeguards to ensure that the return took place in the best possible conditions for the child, particularly with regard to her material well-being in Australia, and the possibility for the applicant to follow her daughter and to maintain contact with her.

70. While observing that the Latvian courts' decision in this case contrasted with the approach taken in other Hague Convention proceedings in Latvia (see *Šneersonė and Kampanella v. Italy*, no. 14737/09, § 94, 12 July 2011), and having both dismissed the Government's argument that the applicant had failed to cooperate and noted the traumatic manner in which the decision had been executed, the Chamber concluded that an in-depth examination of the entire family situation and of a whole series of factors had been absent from the Latvian courts' approach, therefore rendering the interference disproportionate within the meaning of Article 8.

**(b) The parties' submissions***(i) The applicant*

71. The applicant considered the Chamber judgment as an exemplary text for assisting domestic authorities in ascertaining the best interests of the child. She noted that, while the Government had expressed regret in their request for referral to the Grand Chamber that the Chamber had not had available to it all the documents in the case file as examined by the domestic courts, it had been their responsibility to submit those documents. She argued that the best interests of the child had not been the goal of the domestic authorities, and considered that psychological reports were the only method of determining the child's best interests; in this case, however, the domestic courts had refused to examine the psychological report submitted by her, thus violating Article 12 of the International Convention on the Rights of the Child (hearing of the child, either directly or through a representative or appropriate body). She emphasised that in determining the "best interests", consideration was generally given to a number of factors related to the child's circumstances and to the circumstances and capacity of the child's potential carers, with the child's safety and well-being as the paramount concern.

72. The applicant added that, in applying to the Court, her main goal was to challenge the domestic courts' position in various cases relating to the Hague Convention and to demonstrate the necessity of ensuring the best interests of the child.

*(ii) The Government*

73. The Government noted that the Court imposed a number of obligations on the domestic authorities, and in particular: ensuring that the parents were involved in the decision-making process to a degree sufficient to provide them with protection of their interests (*Iosub Caras v. Romania*, no. 7198/04, § 41, 27 July 2006); preventing further harm to the child or prejudice to the interested parties, as stipulated by Article 7 of the Hague Convention (*ibid.*, § 34, and *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, no. 31679/96, § 99, ECHR 2000-I); ensuring urgent handling of proceedings relating to the return of an abducted child, including enforcement of the decisions taken (see *Carlson v. Switzerland*, no. 49492/06, § 69, 6 November 2008); and providing redress to the requesting parent in the event of failure to comply with the six-week deadline provided for in Article 11 of the Hague Convention (*ibid.*, § 55).

74. They considered that these principles should be applied in a manner that would ensure to the maximum extent a balance between the rights of each parent and of the child. Nonetheless, they noted the difficulty of the domestic authorities' task when faced with the international abduction of a child, which did not always allow for protection of the best interests of all parties, and especially those of the child, each party having a different, if not contradictory, definition from that of the others. They further insisted on the clear distinction to be drawn between return proceedings and custody proceedings.

75. The Government considered that the domestic authorities enjoyed a margin of appreciation in applying those principles to the circumstances of each case. The Court's task was not to analyse every detail of the domestic proceedings, but to review whether the decision-making process, seen as a whole, had provided the individuals concerned with the requisite protection of his or her interests (see *Diamante and Pelliccioni v. San Marino*, no. 32250/08, § 187, 27 September 2011), since the Court was not a court of fourth instance. Consequently, it could only be otherwise if the shortcomings observed had been decisive for the outcome of the case (see *Broka v. Latvia*, no. 70926/01, §§ 25-26, 28 June 2007).

76. In the instant case, they were of the opinion that the domestic authorities had complied with the above principles and had conducted an "in-depth examination of the entire family situation and of a whole series of factors" (see *Neulinger and Shuruk*, cited above, § 139), but that the examination of the overall family situation had to differ depending on the case, depending on the existence or not of prima facie concerns or at least of reasonable doubts. Moreover, the risk provided for in Article 13 (b) had to be "grave", in addition to the fact that the child's best interests also required expeditious proceedings.

77. The Government stated that the request submitted by the Australian authorities to the Latvian authorities on 15 September 2008 certified that T. had joint parental authority for the child and that, contrary to the applicant's submissions, the decision of 6 November 2008 did not confer this right on him, but confirmed its existence at the time of his daughter's departure from Australia. Both the Australian and Latvian courts had established that T. effectively exercised his parental responsibilities, that there were sufficient grounds to presume that T. was the child's biological father, and that the applicant, for her part, had made false statements to the authorities in order to obtain advantages.

78. They pointed out that the psychological report had been drawn up on a private basis at the applicant's request, and that the Bāriņtiesa was not a judicial institution. Notwithstanding the dismissal of the psychologist's

report and the observations from the Bāriņtiesa, the courts had examined the family situation in the light of the evidence available to them, which was an inherent part of their jurisdiction, there being nothing in the Court's case-law to call into question that power. The Latvian courts had found that the applicant's departure from Australia with her daughter had been motivated solely by her personal disagreements with T. and that there was no apparent risk of harm to the child in the event of return; it followed that the Latvian authorities had not applied the Hague Convention automatically or mechanically, in disregard of the principles established by Article 8 of the Convention.

79. The Government emphasised that "the understanding and cooperation of all concerned are always important ingredients" in evaluating the individual circumstances of a case (see *Maumousseau and Washington*, cited above, § 83, and *Neulinger and Shuruk*, cited above, § 140). They considered, however, that the applicant had demonstrated a lack of cooperation with the Australian and Latvian authorities by ignoring the invitation to take part in the proceedings before the Australian court, by preventing the representatives of the Bāriņtiesa from assessing her living conditions with her daughter in Latvia, by hindering contacts between T. and his daughter, and by her extremely aggressive conduct towards T. during the proceedings.

80. They also considered that the courts had been correct in dismissing the question of the child's integration into her new environment, given that she had spent only a few months in Latvia.

81. They noted that the courts had not ordered the child's return to her father, but to Australia, thus drawing a clear distinction between the return of the child and the issue of her custody, an approach that had been endorsed by the Court (see *M.R. and L.R. v. Estonia* (dec.), no. 13420/12, §§ 47-48, 15 May 2012, and *Tarkhova v. Ukraine* (dec.), no. 8984/11, 6 September 2011). In any event, T.'s financial situation was not such as to prevent him from caring for his daughter.

82. The Government emphasised the need to distinguish the issue of the applicant's relationship with the child, and the risk of this relationship being weakened in the event of return, from the question of a risk to the child's fundamental interests within the meaning of Article 13 (b) of the Hague Convention. As an Australian citizen, the applicant was not faced by insurmountable difficulties if she returned to Australia, since she enjoyed the full spectrum of fundamental rights, in contrast to the applicants in *Neulinger and Shuruk* (cited above). In the present case, both the child and the mother had Australian citizenship; moreover, the mother had access to the labour-market, given that she had found a job since her return, and

could have access to social security benefits. There was no history of family violence or abuse of authority on the part of T., whereas the applicant had demonstrated a lack of cooperation and an aggressive attitude. Lastly, the Government drew the Court's attention to the fact that they could not be held responsible for the decisions taken by the Australian authorities (they referred to *M.R. and L.R. v. Estonia*, cited above).

(c) **Third-party interveners**

(i) *The Finnish Government*

83. The Finnish Government noted that the 1980 Hague Convention was based on the best interests of the child and was aimed at protecting the child from the detrimental effects of the abduction, while laying down a number of grounds for refusing a return. They emphasised that Article 11 of the Brussels II *bis* Regulation, applicable within the European Union, narrowed down even further the exceptions to the child's return, and reflected the view of the European Union member States that the effectiveness of the Hague Convention served the best interests of children and families. They further referred to the United Nations Convention on the Rights of the Child.

84. With regard to the instant case, they considered, in particular, that the obligation on the domestic courts deciding on a child's return to conduct an "in-depth examination of the entire family situation", as the Chamber required in its judgment, contradicted the Hague Convention, which provided that matters concerning custody or residence of the child came under the jurisdiction of the courts of the child's place of habitual residence.

85. Moreover, they considered that the domestic courts were best placed to assess the child's best interests: the Court ought not to take their place, but merely verify whether the requirements of Article 8 had been satisfied. Requiring such an in-depth examination would ultimately level out the differences between the procedure for return and custody proceedings, which would frustrate the meaning of the Hague Convention. They emphasised that the latter text provided for exceptions to the return of the child in Articles 12, 13 and 20.

86. With regard to the psychological report to which the domestic courts had not, according to the Chamber judgment, attached sufficient importance, the Finnish Government noted that it had been submitted by the mother to demonstrate the existence of a grave risk in the event of return within the meaning of Article 13 of the Hague Convention. In finding those allegations unfounded, the appeal court had dismissed them under Article 13

of the Hague Convention, within the margin of discretion permitted by and in line with the objective pursued by the Hague Convention. In the light of these arguments, and referring also to the dissenting opinion of Judges Myjer and López Guerra annexed to the Chamber judgment, the Finnish Government were of the view that there had not been a violation of Article 8 of the Convention in this case.

(ii) *The Czech Government*

87. The Czech Government considered that the Grand Chamber's forthcoming decision would be of considerable importance not only for the respondent State and the Convention system, but also for the operation of the Hague Convention and for countries outside the European continent. They considered that the Hague Convention provided an appropriate procedure, given the serious consequences of abduction for both the child and the parent complaining of the abduction. In order to preclude the harmful effects of abduction, rapid proceedings and a prompt return were required, the Hague Convention being based on the assumption that the restoration of the status quo that existed prior to the unlawful removal was the best starting-point to ensure protection of the rights in question. They also referred, in a similar vein, to the Brussels II *bis* Regulation, applicable within the European Union.

88. The Czech Government further stated that the Hague Convention had explicitly left the issue of custody to the courts of the country of the child's habitual residence and that refusal of the child's return was provided for in cases of a grave risk to the child. They considered that the development of the Court's case-law in this field, the main points of which they set out, undermined the principle of subsidiarity and ran contrary to the aim pursued by the Hague Convention. An "in-depth examination of the entire family situation" amounted to examining the issue of custody itself, and thus slowing down the proceedings, even though the passage of time could play a significant role where the child was heard in the proceedings. In addition, basic fairness should mean that the abducting parent, who was required to prove in a short period of time the existence of a grave threat in the event of the child's return, was deprived of any procedural advantage rather than having access to the courts of the country of his or her choice to determine the merits of a custody dispute.

89. The Czech Government noted, in particular, a conflict between the requirement of speed laid down in the Hague Convention and the high standard of proof set out in the Court's recent case-law. Assessment of the best interests of the child differed significantly depending on whether it was carried out in the course of return proceedings before a court in the

country to which the child had been taken or whether it took place in the context of custody proceedings by another court in the child's country of habitual residence. As those States who were party to both the Convention and the Hague Convention were required to comply with their obligations in respect of both of these texts, they required consistent interpretation and application which reconciled them, it being noted that the Brussels II *bis* Regulation was even stricter than the Hague Convention. The database created by the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law (INCADAT) showed that national courts tended to impose strict application of the Hague Convention, in compliance with its purpose. The Czech Government, arguing for a return to the principle of subsidiarity, invited the Grand Chamber to overturn the Chamber judgment and to set limits on the examination of the family situation by the court deciding on an application for a child's return.

(iii) *Reunite International Child Abduction Centre ("Reunite")*

90. Reunite noted that the Hague Convention had been designed to facilitate the protection of children who had been subjected to a wrongful cross-border abduction, on the basis of the assumption that, with certain exceptions, the child's prompt return was in his or her best interests. Reunite entirely endorsed the Court's summary of the aims and objectives of the Hague Convention in its judgment in *Maumousseau and Washington* (cited above, § 69). It noted in particular that the Hague Convention, which is enormously successful in combating international child abduction, aimed to protect not adults but children. It provided for a limited number of exceptions to the child's prompt return, leaving the issues of the child's long-term welfare to the courts in the child's country of habitual residence. The latter thus had the task of conducting an in-depth examination of the situation, in the child's interests, unlike the courts in the State to which the child had been abducted, which, when examining an application for return, were required to make a decision following an examination limited to the framework laid down in the Hague Convention.

91. While observing that the Court, in its case-law, had identified a number of factors central to the proper functioning of the Hague Convention, Reunite noted that recent developments suggested that courts were being required to conduct a fuller examination when determining the exceptions to the child's return. It therefore invited the Grand Chamber to clarify the question of the requirement for an in-depth examination of the entire family situation in the context of the Hague Convention, and to make it clear that this concerned only the compatibility of a return with the

Convention and did not call into question the exclusive jurisdiction of the courts in the country of habitual residence to rule on the merits.

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

*(i) General principles*

92. The Court considers it appropriate to reiterate at the outset certain principles which must guide it in its examination of the case, and to which it drew attention in its recent judgment in *Nada v. Switzerland* ([GC], no. 10593/08, § 167, ECHR 2012), in the following terms:

“168. According to established case-law, a Contracting Party is responsible under Article 1 of the Convention for all acts and omissions of its organs regardless of whether the act or omission in question was a consequence of domestic law or of the necessity to comply with international legal obligations. Article 1 makes no distinction as to the type of rule or measure concerned and does not exclude any part of a Contracting Party's ‘jurisdiction’ from scrutiny under the Convention (see *Bosphorus [Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland]*, no. 45036/98), § 153[, ECHR 2005-VI], and *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, 30 January 1998, § 29, *Reports [of Judgments and Decisions] 1998-I*). Treaty commitments entered into by a State subsequent to the entry into force of the Convention in respect of that State may thus engage its responsibility for Convention purposes (see *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, no. 61498/08, § 128, ECHR 2010, and *Bosphorus*, cited above, § 154, and the cases cited therein).

169. 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 (see, for example, *Neulinger and Shuruk*[, cited above], § 131 ...; *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI; and *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, § 29, Series A no. 18).

170. When creating new international obligations, States are assumed not to derogate from their previous obligations. Where a number of apparently contradictory instruments are simultaneously applicable, international case-law and academic opinion endeavour to construe them in such a way as to coordinate their effects and avoid any opposition between them. Two diverging commitments must therefore be harmonised as far as possible so that they produce effects that are fully in accordance with existing law (see, to this effect, *Al-Saadoon and Mufdhi*, cited above, § 126; *Al-Adsani*, cited above, § 55; and [*Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], no. 52207/99], §§ 55-57[, ECHR 2001-XII]; see also the references cited in the International Law Commission study group's report entitled ‘Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law’ ...).”



93. As regards, more specifically, the question of the relationship between the Convention and the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 25 October 1980, the Court reiterates that in the area of international child abduction the obligations imposed by Article 8 on the Contracting States must be interpreted in the light of the requirements of the Hague Convention (see *Ignaccolo-Zenide*, cited above, § 95; *Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain*, no. 56673/00, § 51, ECHR 2003-V; and *Maumousseau and Washington*, cited above, § 60) and those of the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 (see *Maire v. Portugal*, no. 48206/99, § 72, ECHR 2003-VII; *Maumousseau and Washington*, cited above; and *Neulinger and Shuruk*, cited above, § 132), and of the relevant rules and principles of international law applicable in relations between the Contracting Parties (see *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, § 67, ECHR 2008).

94. This approach involves a combined and harmonious application of the international instruments, and in particular in the instant case of the Convention and the Hague Convention, regard being had to its purpose and its impact on the protection of the rights of children and parents. Such consideration of international provisions should not result in conflict or opposition between the different treaties, provided that the Court is able to perform its task in full, namely “to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties” to the Convention (see, among other authorities, *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), 23 March 1995, § 93, Series A no. 310), by interpreting and applying the Convention’s provisions in a manner that renders its guarantees practical and effective (see, in particular, *Artico v. Italy*, 13 May 1980, § 33, Series A no. 37, and *Nada*, cited above, § 182).

95. The decisive issue is whether the fair balance that must exist between the competing interests at stake – those of the child, of the two parents, and of public order – has been struck, within the margin of appreciation afforded to States in such matters (see *Maumousseau and Washington*, cited above, § 62), taking into account, however, that the best interests of the child must be of primary consideration and that the objectives of prevention and immediate return correspond to a specific conception of “the best interests of the child” (see paragraph 35 above).

96. The Court reiterates that there is a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount (see paragraphs 37-39 above).

97. The same philosophy is inherent in the Hague Convention, which associates this interest with restoration of the status quo by means of a

decision ordering the child's immediate return to his or her country of habitual residence in the event of unlawful abduction, while taking account of the fact that non-return may sometimes prove justified for objective reasons that correspond to the child's interests, thus explaining the existence of exceptions, specifically in the event of a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation (Article 13, first paragraph, (b)). The Court further notes that the European Union subscribes to the same philosophy, in the framework of a system involving only European Union member States and based on a principle of mutual trust. The Brussels II *bis* Regulation, whose rules on child abduction supplement those already laid down in the Hague Convention, likewise refers in its Preamble to the best interests of the child (see paragraph 42 above), while Article 24 § 2 of the Charter of Fundamental Rights emphasises that in all actions relating to children the child's best interests must be a primary consideration (see paragraph 41 above).

98. Thus, it follows directly not only from Article 8 of the Convention but also from the Hague Convention itself, given the exceptions expressly enshrined therein to the principle of the child's prompt return to his or her country of habitual residence, that such a return cannot be ordered automatically or mechanically (see *Maumousseau and Washington*, cited above, § 72, and *Neulinger and Shuruk*, cited above, § 138).

99. As the Court reiterated in *Neulinger and Shuruk* (cited above, § 140), the obligations incumbent on States in this connection were defined in *Maumousseau and Washington* (cited above, § 83).

100. The child's best interests do not coincide with those of the father or the mother, except in so far as they necessarily have in common various assessment criteria related to the child's individual personality, background and specific situation. Nonetheless, they cannot be understood in an identical manner irrespective of whether the court is examining a request for a child's return in pursuance of the Hague Convention or ruling on the merits of an application for custody or parental authority, the latter proceedings being, in principle, unconnected to the purpose of the Hague Convention (Articles 16, 17 and 19; see also paragraph 35 above).

101. Thus, in the context of an application for return made under the Hague Convention, which is accordingly distinct from custody proceedings, the concept of the best interests of the child must be evaluated in the light of the exceptions provided for by the Hague Convention, which concern the passage of time (Article 12), the conditions of application of the Convention (Article 13 (a)) and the existence of a "grave risk" (Article 13 (b)), and

compliance with the fundamental principles of the requested State relating to the protection of human rights and fundamental freedoms (Article 20). This task falls in the first instance to the national authorities of the requested State, which have, *inter alia*, the benefit of direct contact with the interested parties. In fulfilling their task under Article 8, the domestic courts enjoy a margin of appreciation, which, however, remains subject to a European supervision whereby the Court reviews under the Convention the decisions that those authorities have taken in the exercise of that power (see, *mutatis mutandis*, *Hokkanen v. Finland*, 23 September 1994, § 55, Series A no. 299A; and also *Maumousseau and Washington*, cited above, § 62, and *Neulinger and Shuruk*, cited above, § 141).

102. Specifically, in the context of this examination, the Court reiterates that it does not propose to substitute its own assessment for that of the domestic courts (see, for example, *Hokkanen*, cited above, and *K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, § 154, ECHR 2001-VII). Nevertheless, it must satisfy itself that the decision-making process leading to the adoption of the impugned measures by the domestic courts was fair and allowed those concerned to present their case fully, and that the best interests of the child were defended (see *Eskinazi and Chelouche v. Turkey* (dec.), no. 14600/05, ECHR 2005-XIII; *Maumousseau and Washington*, cited above; and *Neulinger and Shuruk*, cited above, § 139).

103. In this connection, the Government considered, in particular, that the overall family situation had to be examined according to the circumstances of each case (see paragraph 75 above). For their part, the third-party interveners either considered that the requirement of an “in-depth examination of the entire family situation” (see *Neulinger and Shuruk*, cited above) conflicted with the Hague Convention (see paragraphs 84 and 88 above), or asked the Court to clarify this question (see paragraph 91 above) and to set limits on the examination of the family situation by the court deciding on an application for a child’s return (see paragraph 89 above).

104. On this point, the Court observes that the Grand Chamber judgment in *Neulinger and Shuruk* (cited above, § 139) to which a number of subsequent judgments refer (see, *inter alia*, *Raban v. Romania*, no. 25437/08, § 28, 26 October 2010; *Šneersone and Kampanella*, cited above, § 85; and, more recently, the decision in *M.R. and L.R. v. Estonia*, cited above, § 37) may and has indeed been read as suggesting that the domestic courts were required to conduct an in-depth examination of the entire family situation and of a whole series of factors. That wording had already been used by a Chamber in *Maumousseau and Washington* (cited

above, § 74), such an in-depth examination having, in fact, been carried out by the national courts.

105. Against this background the Court considers it opportune to clarify that its finding in paragraph 139 of *Neulinger and Shuruk* does not in itself set out any principle for the application of the Hague Convention by the domestic courts.

106. The Court considers that a harmonious interpretation of the European Convention and the Hague Convention (see paragraph 94 above) can be achieved provided that the following two conditions are observed. Firstly, the factors capable of constituting an exception to the child's immediate return in application of Articles 12, 13 and 20 of the Hague Convention, particularly where they are raised by one of the parties to the proceedings, must genuinely be taken into account by the requested court. That court must then make a decision that is sufficiently reasoned on this point, in order to enable the Court to verify that those questions have been effectively examined. Secondly, these factors must be evaluated in the light of Article 8 of the Convention (see *Neulinger and Shuruk*, cited above, § 133).

107. In consequence, the Court considers that Article 8 of the Convention imposes on the domestic authorities a particular procedural obligation in this respect: when assessing an application for a child's return, the courts must not only consider arguable allegations of a "grave risk" for the child in the event of return, but must also make a ruling giving specific reasons in the light of the circumstances of the case. Both a refusal to take account of objections to the return capable of falling within the scope of Articles 12, 13 and 20 of the Hague Convention and insufficient reasoning in the ruling dismissing such objections would be contrary to the requirements of Article 8 of the Convention and also to the aim and purpose of the Hague Convention. Due consideration of such allegations, demonstrated by reasoning of the domestic courts that is not automatic and stereotyped, but sufficiently detailed in the light of the exceptions set out in the Hague Convention, which must be interpreted strictly (see *Maumousseau and Washington*, cited above, § 73), is necessary. This will also enable the Court, whose task is not to take the place of the national courts, to carry out the European supervision entrusted to it.

108. Furthermore, as the Preamble to the Hague Convention provides for children's return "to the State of their habitual residence", the courts must satisfy themselves that adequate safeguards are convincingly provided in that country, and, in the event of a known risk, that tangible protection measures are put in place.

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

109. The Court, which must make its assessment in the light of the situation existing at the time of the impugned measure (see, *mutatis mutandis*, *Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, § 91, ECHR 2008), notes firstly that, unlike in *Neulinger and Shuruk* (cited above), the circumstances of which were in any event particularly unusual, especially on account of the very considerable passage of time involved, only a short period had elapsed in this case by the time the Latvian authorities received the application under the Hague Convention. The child had spent the first years of her life in Australia and arrived in Latvia aged three years and five months. The application for return was submitted to the central authority two months after the departure from Australia, and the judgments of the District Court and of the Riga Regional Court were delivered four and six months respectively after the applicant and her daughter had arrived in Latvia. Finally, T. encountered E. and began the return journey with her to Australia on 14 March 2009. It follows that not only the submission of the return application to the Latvian authorities, but also the domestic proceedings and the child's return took place within the period of less than one year referred to in the first paragraph of Article 12 of the Hague Convention, which provides for an immediate return in such cases.

110. Moreover, the Court notes that the domestic courts, at first instance and on appeal, were unanimous as to the response to be given to the application for return submitted by T. By a judgment of 19 November 2008, the District Court, which ruled after a hearing attended by both parents, held that the Hague Convention was applicable and granted T.'s application, ordering the child's immediate return to Australia. On 26 January 2009, after a hearing which was also held in the presence of both parents, the Riga Regional Court upheld that judgment.

111. With regard more specifically to the reasoning given by the Latvian courts, the Court notes that at first instance the court dismissed, in a reasoned manner, the applicant's objections to the child's return on the basis of Article 13 of the Hague Convention, notably after examining the evidence submitted by the parties, including the photographs and copies of e-mails between the applicant and T.'s relatives, as well as witness statements submitted by the applicant. The court, having refused however to request information from the Australian authorities about T.'s previous convictions and the charges allegedly brought against him, ultimately dismissed the allegation of a risk of psychological harm to the child in the event of her return, finding that the applicant had failed to substantiate it (see paragraph 21 above).

112. The Court observes that the situation was subsequently presented differently before the Riga Regional Court, the applicant having submitted, in the context of her appeal, a certificate prepared at her request by a psychologist on 16 December 2008, that is, after the first-instance judgment. This document indicated that, while the child's young age prevented her from expressing a preference as to her place of residence, an immediate separation from her mother was to be ruled out on account of the likelihood of psychological trauma (see paragraph 22 above).

113. Yet, while the District Court, examining the request for a stay of execution of the return order, took account of that certificate in ordering, in the child's interests, a stay of execution of the return order pending the outcome of the appeal proceedings (see paragraph 24 above), the Regional Court refused to take it into consideration.

114. The Court notes that the appeal court considered that the findings of the psychological report concerned the merits of the custody issue and could not therefore serve as evidence in ruling on the question of the child's return that was before it. In so doing, and in view of this reasoning, the Riga Regional Court refused to examine the conclusions of the psychological report in the light of the provisions of Article 13 (b) of the Hague Convention, even though it was directly linked to the best interests of the child in that it drew attention to a risk of psychological trauma in the event of immediate separation from her mother (see, conversely, *Maumousseau and Washington*, cited above, § 63).

115. Article 8 of the Convention imposed a procedural obligation on the Latvian authorities, requiring that an arguable allegation of "grave risk" to the child in the event of return be effectively examined by the courts and their findings set out in a reasoned court decision (see paragraph 107 above).

116. Under Article 13, first paragraph, (b) of the Hague Convention, the courts examining the return request are not obliged to grant it "if the person, institution or other body which opposes its return establishes that ... there is a grave risk". It is the parent who opposes the return who must, in the first place, adduce sufficient evidence to this effect. In the instant case, it was therefore for the applicant to provide sufficient evidence to substantiate her allegations, which, moreover, had to concern the existence of a risk specifically described as "grave" by Article 13, first paragraph, (b). Furthermore, the Court notes that while the latter provision is not restrictive as to the exact nature of the "grave risk" – which could entail not only "physical or psychological harm" but also "an intolerable situation" – it cannot be read, in the light of Article 8 of the Convention, as including all of the inconveniences necessarily linked to the experience of return:

the exception provided for in Article 13, first paragraph, (b) concerns only the situations which go beyond what a child might reasonably bear. The applicant fulfilled her obligation by submitting a psychologist's certificate concluding that there existed a risk of trauma for the child in the event of immediate separation from her mother. Furthermore, she had also submitted that T. had criminal convictions and referred to instances of ill-treatment by him. It was therefore for the Latvian courts to carry out meaningful checks, enabling them to either confirm or exclude the existence of a "grave risk" (see *B. v. Belgium*, no. 4320/11, §§ 70-72, 10 July 2012).

117. The Court accordingly considers that the refusal to take into account such an allegation, substantiated by the applicant in that it was based on a certificate issued by a professional, the conclusions of which could disclose the possible existence of a grave risk within the meaning of Article 13, first paragraph, (b) of the Hague Convention, was contrary to the requirements of Article 8 of the Convention. The non-adversarial nature of the psychological report did not suffice to absolve the courts from their obligation to examine it effectively, especially as the Regional Court's judicial powers would have enabled it to submit the document for cross-examination by the parties, or even to order a second expert report of its own motion, as permitted by Latvian law (see paragraph 45 above). The issue of whether it was possible for the mother to follow her daughter to Australia and to maintain contact with her should also have been dealt with. The Court further emphasises that, in any event, since the rights safeguarded by Article 8 of the Convention, which is part of Latvian law and directly applicable, represent "fundamental principles of the requested State relating to the protection of human rights and fundamental freedoms" within the meaning of Article 20 of the Hague Convention, the Regional Court could not dispense with such a review in the circumstances of this case.

118. As to the need to comply with the short time-limits laid down by the Hague Convention and referred to by the Riga Regional Court in its reasoning (see paragraph 25 above), the Court reiterates that while Article 11 of the Hague Convention does indeed provide that the judicial authorities must act expeditiously, this does not exonerate them from the duty to undertake an effective examination of allegations made by a party on the basis of one of the exceptions expressly provided for, namely Article 13 (b) in this case.

119. In the light of the foregoing, the Court considers that the applicant suffered a disproportionate interference with her right to respect for her family life, in that the decision-making process under domestic law did not satisfy the procedural requirements inherent in Article 8 of the Convention,

the Riga Regional Court having failed to carry out an effective examination of the applicant's allegations under Article 13 (b) of the Hague Convention.

120. It follows that there has been a violation of Article 8 of the Convention.

## II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

121. 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

122. As the applicant has made no claim in respect of pecuniary or non-pecuniary damage, the Court considers that no award should be made under this head.

### B. Costs and expenses

123. The applicant claimed 1,996.91 Latvian lati (2,858.84 euros (EUR)) for the costs and expenses incurred before the Grand Chamber and submitted a number of documents in support of that claim.

124. The Government considered that the applicant's claims were neither justified nor reasonable, with the exception of a sum of EUR 485.19 which related to costs arising from the journey by the applicant's representative to take part in the hearing before the Court.

125. The Court reiterates that an award can be made in respect of costs and expenses only in so far as they have been actually and necessarily incurred by the applicant and are reasonable as to quantum. In the present case, and having regard to the information in its possession and to its case-law, the Court considers it reasonable to award the applicant the sum of EUR 2,000 in respect of the costs and expenses incurred in the proceedings before it.

### C. Default interest

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



## FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds*, by nine votes to eight, that there has been a violation of Article 8 of the Convention;
2. *Holds*, by ten votes to seven,
  - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, EUR 2,000 (two thousand euros) in respect of costs and expenses, plus any tax that may be chargeable to the applicant, to be converted into Latvian lati at the rate applicable on the date of settlement;
  - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
3. *Dismisses*, unanimously, the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 26 November 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 Pinto de Albuquerque;
- (b) joint dissenting opinion of Judges Bratza, Vajić, Hajiyev, Šikuta, Hirvelä, Nicolaou, Raimondi and Nußberger.

D.S.  
M.O'B.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE PINTO DE ALBUQUERQUE

International parental child abduction is again on the agenda of the Grand Chamber. Three years after having laid down its own standard in *Neulinger and Shuruk*<sup>1</sup>, the Grand Chamber has been called upon to review it, in the context of the same sources of international family law and international human rights law. In other words, the major question put to this Grand Chamber is the theoretical and practical sustainability of its own very recent case-law.

I agree with the finding of a violation of Article 8 of the Convention, but disagree with the equivocal principles set out by the majority in paragraphs 105-08 and its insufficient assessment of the facts of the case. My opinion is divided into three parts. The first part will address the assessment required under the European Convention on Human Rights of return orders in international child-abduction cases and the much-proclaimed need for a review of the *Neulinger and Shuruk* standard. The second part will examine the nature of the mechanism established by the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction and its articulation with the Convention. Finally, in the third part the Convention standard will be applied to the facts of this case, taking into special consideration the inchoate nature of the alleged “right to custody” of the left-behind parent at the moment of removal<sup>2</sup>.

### **Return orders in international parental child-abduction cases under the Convention**

Article 8 of the Convention imposes positive obligations on the Contracting Parties to reunite a parent with his or her child, when the latter has been wrongfully removed to or retained in a foreign country by the other parent, and namely to take effective action to enforce a return order in respect

1. *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], no. 41615/07, ECHR 2010.

2. Any reference in this opinion to “the Convention” is to the European Convention on Human Rights, “the Hague Convention” is to the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, the “EU Regulation” is to Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003, “the Court” is to the European Court of Human Rights and the “Special Commission” is to the Special Commission on the practical operation of the Hague Convention. Furthermore, I will refer to the parent unlawfully deprived of his or her custodial rights as the “left-behind parent” and to the parent who unlawfully removed or retained the child as the “abducting parent”. The country to which the child is unlawfully removed or where he or she is unlawfully retained will be referred to as the “host country” and the country from which the child has been unlawfully removed or from which he or she has been unlawfully retained as the “country of habitual residence”.

of the abducted child to his or her country of habitual residence<sup>3</sup>, to grant a return order<sup>4</sup> or even to bring a return action on behalf of the left-behind parent in the country of habitual residence<sup>5</sup>. These positive obligations must be interpreted in the light of the Hague Convention, all the more so where the respondent State is also a party to that instrument<sup>6</sup>. Thus, the Court has committed itself to the Hague Convention's philosophy of restoring the child's situation as it existed before the abduction took place<sup>7</sup>. Accordingly, the court in the host country must order the child's return to his or her country of habitual residence, except when one of the grounds for refusal of return provided for in Articles 13 and 20 of the Hague Convention exists, whilst the court in the country of habitual residence has sole competence in deciding on the merits of the custody dispute. Although return proceedings are urgent and return orders are to be rapidly enforced, *the granting of return orders in international child-abduction cases requires a detailed or in-depth assessment of the entire family situation by the court in the host country in the specific context of the return application*<sup>8</sup>. When the decision-making process of the court in the host country or the resulting assessment is deficient, the granting of a return order under the Hague Convention may violate the Convention, since the interference with the child's right to family life with the abducting parent may not be necessary in a democratic society<sup>9</sup>.

That being said, the detailed examination of the child's situation clearly does not replace custody proceedings in the State from which the child was abducted, since the court in the host country is not supposed to proceed to an *ex officio*, free-standing evaluation of the overall merits of the case, based on the assessment of the situation of the child and his or her family

3. The leading case is *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, no. 31679/96, ECHR 2000-I.

4. The leading case is *Monory v. Romania and Hungary*, no. 71099/01, 5 April 2005.

5. The leading case is *Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain*, no. 56673/90, §§ 57-59, ECHR 2003-V.

6. Article 31 § 3 (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. See, among other authorities, *Ignaccolo-Zenide*, cited above, § 95; *Monory*, cited above, § 81; and *Iglesias Gil and A.U.I.*, cited above, § 61. However, the positive obligation to act when faced with child abduction also applies to non-Contracting States of the Hague Convention (see *Bajrami v. Albania*, no. 35853/04, ECHR 2006-XIV, and *Hansen v. Turkey*, no. 36141/97, 23 September 2003).

7. *Maumousseau and Washington v. France*, no. 39388/05, § 69, 6 December 2007.

8. *Neulinger and Shuruk*, cited above, § 139.

9. The leading case is, evidently, *Neulinger and Shuruk*, cited above, which was followed by *Sneersonsone and Campanella v. Italy*, no. 14737/09, 12 July 2011, and *B. v. Belgium*, no. 4320/11, 10 July 2012. Nonetheless, it is important to note that since *Neulinger and Shuruk* the Court has found most similar complaints inadmissible (see *Van den Berg and Sarri v. the Netherlands* (dec.), no. 7239/08, 2 November 2010; *Lipkowsky and McCormack v. Germany* (dec.), no. 26755/10, 18 January 2011; *Tarkhova v. Ukraine* (dec.), no. 8984/11, 6 September 2011; *M.R. and L.R. v. Estonia* (dec.), no. 13420/12, 15 May 2012; and *Chernat and Others v. Romania* (dec.), no. 13212/09, 3 July 2012). In brief, the prudent implementation of *Neulinger and Shuruk* did not open the door to a flood of similar judgments. The much-proclaimed risk of imminent demolition of the Hague mechanism after that judgment has proved unfounded.

and the present and future social and cultural environment. *Only those issues directly related to the child's abduction raised by the return application may be addressed by the court in the host country, and then only in so far as they relate to the urgent and provisional decision on the child's immediate future.* This was and remains the *Neulinger and Shuruk* test. No less, no more. The detailed examination by the court in the host country does not imply any change of jurisdiction over parental responsibility, which remains in the State of the child's habitual residence. Hence, *Neulinger and Shuruk* did not level the basic difference, enshrined in Article 19 of the Hague Convention, between Hague return proceedings and custody proceedings.

### **The articulation between the Convention and the Hague Convention**

The Hague Convention aims at combating international child abduction by the father or the mother through a mixed mechanism of intergovernmental and judicial cooperation. Whenever a child under the age of 16 is unlawfully removed from his or her country of habitual residence by one of the parents, the Hague mechanism purports to restore, as soon as possible, the status quo prior to the removal<sup>10</sup>. Three objective conditions are required to establish the unlawfulness of the removal: (1) the existence of custodial rights in respect of the left-behind parent immediately prior to the removal; (2) the effective exercise of these rights prior to the removal; and (3) the determination of the child's habitual residence at the time of removal. No additional subjective element, such as the *mens rea* of the abducting parent, is required<sup>11</sup>. In these circumstances, the child's return to the country of habitual residence is to be ordered by the court in the host country. The

10. International child abduction involves either the child's unlawful removal from one country to another or the unlawful retention of the child within a foreign country. In view of the facts of the case, this opinion will deal only with the first aspect and will refer to the left-behind parent as the paradigmatic example of the person, institution or other body envisaged by Article 3 a) of the Hague Convention. The two underlying premises of the Hague Convention are, firstly, that the court of habitual residence is best placed (*forum conveniens*) to resolve the merits of the custody dispute, since the bulk of the relevant evidence is available in that location and, secondly, that abduction is detrimental to the child's development, because the child is forced to leave behind the primary caregiver parent, family relatives and the known social and cultural environment. In fact, when the Hague Convention was prepared, the sociological stereotype of the abducting parent was that of a foreign, non-custodial father who was not willing to accept the mother's existing custody over the child, and unlawfully removed the child from his or her country of habitual residence. Since the 1990s this has no longer been true, the majority of cases nowadays being the foreign, custodial mother who leaves, for multiple reasons, the family's country of habitual residence after the termination of her relationship with the child's father. Consequently, if the evidentiary premise still holds true today, the substantive one does not.

11. See *Thomson v. Thomson* [1994] 3 SCR 551, which held that the mother's knowledge of an order preventing a child's removal from Scotland was not essential. In fact, the Hague Convention does not distinguish between intentional and negligent removal of a child (see *Mattenklott v. Germany* (dec.), no. 41092/06, 11 December 2006).

return application may be rejected if one of the three conditions referred to above for application of the Hague Convention is not met<sup>12</sup>. The application may also be rejected if the left-behind parent consented to removal or subsequently acquiesces to the removal, or if certain circumstances related to the child's welfare exist, namely if (1) there is a grave risk that the child's return would expose him or her to physical or psychological danger<sup>13</sup> or otherwise place the child in an intolerable situation<sup>14</sup>; (2) a child who has attained a certain degree of maturity objects; (3) the child has settled in the host country and a year has elapsed between the removal and the commencement of the judicial return proceedings<sup>15</sup>; or (4) the fundamental principles of the requested State relating to the protection of the child's human rights would not permit it<sup>16</sup>.

Since the Hague Convention terminology is to be interpreted with regard to its autonomous nature and in the light of its objectives, custodial rights may include rights referred to by the national legislation of the country of habitual residence under a different terminology, and do not necessarily equate to rights referred to as "custody rights" by the law of any particular country<sup>17</sup>. For instance, an unmarried parent who in fact takes care of

12. Some courts have entertained other "procedural" defences, such as "fugitive disentitlement", waiver and "unclean hands" (for a summary, see Federal Judicial Center, International Litigation Guide, *The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Guide for Judges*, 2012, pp. 91-98).

13. National courts have discussed whether return would expose the child to such a danger in cases of return to a war zone, civil unrest, generalised violence, hunger, disease, pollution, adjustment problems, difficult living conditions, a situation of child neglect, abuse, post-traumatic stress disorder and separation trauma (see, among others, French Court of Cassation judgments nos. 11-28.424 of 13 February 2013, and 10-19905 of 26 October 2011; Italian Court of Cassation judgments nos. 22962 of 31 October 2007, and 10577 of 4 July 2003; and *Simcox v. Simcox*, 511 F.3d 594 (6th Cir. 2007); *Blondin v. Dubois*, 238 F.3d 153 (2nd Cir. 2001); and *Friedrich v. Friedrich*, 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996)).

14. A problematic strict construction of Article 11 §§ 4 and 8 of the EU Regulation has rendered the defences meaningless and thus practically eliminated all checks in the host country (ECJ, *Rinau*, case C-195/08PPU, judgment of 11 July 2008; *Detiček*, case C-403/09PPU, judgment of 23 December 2009; *Povse*, case C-211/10, judgment of 1 July 2010; and *Zarraga*, case C-491/10PPU, judgment of 22 December 2010).

15. National courts have considered such factors as duration and stability of residence in the new environment, participation in school and extracurricular activities and language fluency (see *Friedrich v. Friedrich*, cited above, and *Lops v. Lops*, 140 F.3d 927 (11th Cir. 1998)).

16. Although not literally restricted to the child's human rights, this defence has been interpreted as providing only for these, since Article 20 was intended to enact a "very strictly qualified form of *ordre public*" (Conclusions on the main points discussed by the Special Commission, 1989, § 38), some arguing that Article 20 is already covered by the earlier grounds for refusing to return a child, listed under Article 13 (Report of the second Special Commission meeting, 1993, response to question 30 of Part III).

17. It was stressed in the Special Commission that the term "habitual residence" as well as the term "rights of custody" should normally be interpreted in an international way and not by reference to a specific national law (Conclusions on the main points discussed by the Special Commission, 1989, § 9, Report of the second Special Commission meeting, 1993, response to question 5 of Part III,

the child may nonetheless be denied custodial rights<sup>18</sup>. The evaluation of legal and factual issues, such as rights of custody and habitual residence or allegations of grave risk of harm, is a matter for the court or other competent authority deciding upon the return application<sup>19</sup>. Other than as provided for by Article 30 of the Hague Convention, each Contracting Party to the Hague Convention determines its own rules of evidence in return proceedings. The burden of proof in the case in chief for return is on the left-behind parent and in respect of the defences to return it is on the abducting parent; in some countries, however, different burdens of proof are required depending upon the defence proffered<sup>20</sup>. Although the evidence admitted in return proceedings is not bound by strict *criteria*, the taking and admission of evidence should be governed by the necessity for speed and the importance of limiting the enquiry to the matters in dispute which are directly relevant to the issue of return<sup>21</sup>.

In view of the lack of any precise regulations on the enforcement procedure in the Hague Convention, the child's return may be ordered to the courts, the central authority or other authorities of the country of habitual residence, or even to the left-behind parent or a third person, the child sometimes being still accompanied by and under the care and control of the abducting parent until the authorities of that State rule otherwise<sup>22</sup>. The return order may be made in conjunction with some protective measures, such as stipulations, conditions or undertakings, as long as they are limited in scope (that is to say, do not intrude on custody issues to be determined by the courts of the State of habitual residence) and duration (that is to

---

Recommendation 4.1 of the fourth meeting of the Special Commission, Report on the fifth meeting of the Special Commission, 2006, § 155, and Conclusions of the Special Commission, 2012, § 44). As the US Supreme Court has noted, custody rights must be determined by "following the [Hague] Convention's text and structure ... This uniform, text-based approach ensures international consistency in interpreting the Convention. It forecloses courts from relying on definitions of custody confined by local law usage ..." (*Abbott v. Abbott*, 130 S. Ct. 1983, 1990 (2010)).

18. Report of the third Special Commission meeting, 1997, § 13. So-called "inchoate custody rights" have been accepted by some jurisdictions, such as England and Wales (*Re B. (A Minor) (Abduction)*, (1994) 2 FLR 249, *Re O. (Child Abduction: Custody Rights)*, (1997) 2 FLR 702, and *Re G. (Abduction: Rights of Custody)* (2002) 2 FLR 703) and New Zealand (*Anderson v. Paterson* [2002] NZFLR 641), but rejected by others, such as Ireland (*H.I. v. M.G.* (1999) 2 ILRM 1) and Northern Ireland (*VK and AK v. CC* [2013] NIFam 6). As shall be demonstrated below, the concept of "inchoate custody rights" cannot be reconciled with the Court's, the European Court of Justice's and the House of Lords' case-law.

19. Conclusions and Recommendations of the Special Commission, 2012, §§ 13, 36 and 80.

20. Report and conclusions of the Special Commission, 2002, § 64.

21. Recommendation 3.7 of the fourth meeting of the Special Commission, 2001; Guide to good practice under the Hague Convention, Part II – Implementing Measures, 2003, § 6.5.

22. Report of the second Special Commission meeting, 1993, response to question 1 of Part III. A court, when making a return order, should make it as detailed and specific as possible, including practical details of the return and the coercive measures to be applied if necessary (Guide to good practice under the Hague Convention, Part IV – Enforcement, 2010, §§ 4.1 and 4.2 of the executive summary).

say, they remain in effect only until such time as a court in the country of habitual residence has taken any measures required by the situation)<sup>23</sup>.

Hence, *the Hague Convention is basically a jurisdiction-selection treaty, but it is not blind to substantive welfare issues concerning the individual child involved, since it imposes an assessment of that child's best interests in Article 13 and of his or her human rights in Article 20*<sup>24</sup>. Only an over-simplistic view of the Hague Convention's general public-order purposes and tangible effects on the life of the individual abducted child and his or her parents could support the assertion that this is a merely procedural text. The opposite conclusion is also imposed by the almost universal ratification of the United Nations Convention on the Rights of the Child, which reflects the international consensus on the principle of the paramountcy of the child's interest in all proceedings concerning him or her and on the perspective that every child should be viewed as a subject of rights and not merely as an object of rights<sup>25</sup>. Moreover, the sociological shift from a non-custodial abductor to a custodial abductor, who is usually the primary caregiver, warrants a more individualised, fact-sensitive determination of these cases in the light of a purposive and evolutive approach to the Hague defence clauses<sup>26</sup>.

Against this background, the question of the articulation between the Hague Convention and the Convention becomes crucial. The human rights protection mechanisms established by these two international treaties clearly

23. In some jurisdictions, mostly common-law countries, these stipulations may range from non-enforceable undertakings assumed by the left-behind parent to the possibility to secure a "mirror order", that is to say an order made by the court in the country of habitual residence that is identical or similar to a previous order made in the host country (Recommendations 1.8.2 and 5.1 of the fourth meeting of the Special Commission, Report on the fifth meeting of the Special Commission, 2006, §§ 228-29; and Recommendations 1.8.1 of the fifth meeting of the Special Commission; Guide to good practice under the Hague Convention, Part I – Central Authority Practice, 2003, § 4.22).

24. See the Pérez-Vera Report, § 25: "these exceptions are only concrete illustrations of the overly vague principle whereby the interests of the child are stated to be the guiding criterion in this area." This statement must be read in conjunction with the view that the principle of the best interests of the child resembles "more closely a sociological paradigm than a concrete juridical standard" (§ 21).

25. Article 3 § 1 of the United Nations Convention on the Rights of the Child (1989) acknowledges a principle of customary international law which had already been reflected in the Preamble of the Hague Convention: "Firmly convinced that the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody ...". This is also in accordance with Principle III B 2 of the Committee of Ministers' Guidelines on child-friendly justice, 2010, Articles 4 and 29 (a) of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child, 1990, and the United Nations High Commissioner for Refugees' Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, 2008.

26. See, in this direction, the House of Lords in *re M (FC) and another (FC) (Children) (FC)*, [2007] UKHL 55, and *Re D (Abduction: Rights of Custody)* [2006] UKHL 51; French Court of Cassation judgment no. 04-16.942 of 14 June 2005; Italian Court of Cassation judgment no. 10577 of 4 April 2003; High Court of Australia, *DP v. Commonwealth Central Authority* [2001] HCA 39; Supreme Court of New Zealand, *Secretary for Justice v. HK*, judgment of 16 November 2006; and Conclusions of the Special Commission of 2012, § 42.

overlap, at least with regard to the defences foreseen in Articles 13 and 20 of the Hague Convention. Ultimately, both Conventions provide for the restoration of the status quo in international abduction cases, in harmony with the child's best interests and human rights. The problem lies mainly with the alleged "exceptional nature" of the Hague Convention provisions regarding the defences to return and their restrictive interpretation<sup>27</sup>. Between the Scylla of a minimalist and automatic application of the Hague defences to return, which would render them void of any substantive content, and the Charybdis of creating a new, free-standing defence of the child's best interests, overlapping the merits of the custody dispute, the Court has resisted both dangers and chosen the middle solution, which is that the Hague Convention defences to return exhaustively determine what is in the best interests of the child. However, these defences do include the human rights of the child. And they are to be taken seriously.

*In assessing return orders in international child-abduction cases, the Court's remit is limited to the child's welfare-based defences to return in the Hague Convention. The detailed, in-depth examination under the Convention may not, and need not, be wider. It suffices that the available defences to return be interpreted in the light of present-day social conditions, and namely of the sociological trends ascertained in recent years. That was the Grand Chamber's purpose three years ago: Neulinger and Shuruk was a call for an evolutive and purposive interpretation of the Hague Convention.*

Hence, the Court must confine itself to examining whether the courts in the host country acted in conformity with the Convention, but it may also enter into the question of whether the Hague Convention was properly interpreted and applied, especially when its interpretation ignores present-day social conditions and its application empties the text of much of its useful effect or even prejudices its ultimate purposes<sup>28</sup>. Under the

27. The Pérez-Vera Report, §§ 25, 34 and 116; Recommendation 4.3 of the 2001 meeting of the Special Commission; Recommendation 1.4.2 of the fifth meeting of the Special Commission; Report on the fifth meeting of the Special Commission, 2006, §§ 155 and 165; and Recommendation 4.3 of the fourth meeting of the Special Commission; and 42 USC § 11601(a)(4) ("narrow exceptions"), the US Department of State, *Hague International Child Abduction Convention, Text and Legal Analysis*, at 10,510, and the Federal Judicial Center, International Litigation Guide, *The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Guide for Judges*, 2012, p. 64.

28. When national authorities apply international treaties, the Court's role is confined to ascertaining whether those rules are applicable and whether their interpretation is compatible with the Convention (see *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/94, § 54, ECHR 1999-I, and *Korbely v. Hungary* [GC], no. 9174/02, § 72, ECHR 2008). The same applies to the Hague Convention (see *Neulinger and Shuruk*, cited above, § 133; *Sneerson and Campanella*, cited above, § 85; and *B v. Belgium*, cited above, § 60). Sometimes the Court not only criticises the interpretation of the relevant legal framework (see *Monory*, cited above, § 81, and *Carlson v. Switzerland*, no. 49492/06, § 77, 6 November 2008), but also the inadequacy of the legislation itself (see *Iglesias Gil and A.U.I.*, cited above, § 61).



Convention, the abduction of a child triggers the application of a rebuttable presumption that it is in the best interests of the child to be returned as soon as possible to the country of habitual residence. That presumption must be applied unless there are reasonable grounds to believe that the human rights of the child, including his or her Article 8 rights, would be endangered in the event of return. In order to rebut the said presumption, the applicant must have alleged and proved that giving effect to the presumption would conflict with the child's human rights, namely with his or her right to family life, and the court of the host country must be satisfied that this is the case<sup>29</sup>.

While it is axiomatic that “restrictions” to human rights must be interpreted narrowly<sup>30</sup>, defences to return are not, technically speaking, “restrictions” to any specific human right. Such defences are, in the light of the Convention, mere grounds for rebuttal of a presumption, and they are not necessarily subject to a restrictive interpretation<sup>31</sup>. Thus, in the event of contradictory evaluations of the child's situation, resulting from the confrontation between a restrictive interpretation of the Hague Convention and a purposive and evolutive interpretation of the same text in the light of the Convention, the latter should prevail over the former. Although in virtually all cases the Convention and the Hague Convention march hand in hand, when they do not, it is up to the Convention to guide the way<sup>32</sup>.

The practical effect of this line of reasoning is that, ultimately, the Court has the final word on the assessment of the best interests and the human rights of the abducted child in Europe, be this prior to the execution of the return order or even after its execution. This line of reasoning also impacts on the remit of the courts in the host country in assessing return applications, in so far as they must examine the situation of the child and the family in accordance with the Convention. In Europe, the judge in the host country has to interpret Articles 12, 13 and 20 of the Hague Convention

29. The court of the host country does not necessarily have to be satisfied beyond any reasonable doubt on both the return requirements and the defences to return, since nothing suggests that the required standard of proof is anything other than the ordinary balance of probabilities (see *M.R. and L.R. v. Estonia*, cited above, § 46, and *Re E (Children) (Abduction: Custody Appeal)*, (2011) UKSC 27). Indeed, the provisional and summary nature of return proceedings speaks in favour of this lighter standard of proof.

30. *Klass and Others v. Germany*, 6 September 1978, § 42, Series A no. 28, and *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, 26 November 1991, § 59, Series A no. 216.

31. As the High Court of Australia in *D.P. v. Commonwealth Central Authority* [2001] HCA 39, the South African Supreme Court in *Sonderup v. Tondelli* 2001 (1) SA 1171 CC, and the United Kingdom Supreme Court in *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* [2011] UKSC 27 rightly concluded, there is no need for the defence provisions to be narrowly construed. Nor is there any need for an additional test of exceptionality to be added to the defence provisions (*Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)* [2007] UKHL 55).

32. This is not an oddity of the European human rights protection system (see Article 34 of the Inter-American Convention on the International Return of Children, 1989).

in the light of the Convention and the Court's case-law. Such analysis is particularly important in cases of return to States which are not under the jurisdiction of the Court, where the parties will be unable subsequently to bring complaints to the Court if their rights in the country of habitual residence are breached<sup>33</sup>.

In an international mechanism that has no oversight body to ensure the uniformity of the interpretation and implementation of the Contracting Parties' obligations and to sanction recalcitrant States accordingly, there is a real risk that the legislation implementing the Hague Convention and the case-law of domestic courts applying it are very different from one Contracting Party to another. Reality has proved this risk to be very real. The bitter consequence of this institutional weakness is clear to see: there is little room for progress where such wide discrepancies occur in the functioning of the international mechanism and national authorities are free to give foreign precedent little weight, or no weight at all, for the purpose of interpreting the Hague Convention. In the absence of any meaningful supranational review of the way in which the Contracting States implement, interpret and apply the Hague Convention, courts of Contracting States do as they please, sometimes ostensibly and one-sidedly ruling in favour of the national party. This inherent weakness in the Hague mechanism is magnified by the ambiguous and undefined legal terminology utilised in the Hague Convention and the lack of procedural rules on the conduct of judicial return proceedings, such as on evidentiary hearing, discovery, burden of proof, appeals, stay of orders pending appeals and interim measures. The damaging effect of differing, contradictory and confusing national case-law is further amplified by the fact that the enforcement stage of the return order is not regulated at all in the Hague Convention, and more specifically no legal basis is provided for stipulations, conditions or undertakings imposed on the parties or a system of judicial cooperation for the implementation of "mirror orders"<sup>34</sup>.

---

33. The clearly disproportionate decision of the Australian Family Court of September 2009 to prohibit the mother to converse with her own daughter in Latvian speaks for itself! A child's Article 8 rights may be severely damaged after return to States not bound by the Convention, without any practical legal avenue for the applicant before the Court.

34. The need for an additional protocol to the Hague Convention which would codify basic guarantees and obligations in the enforcement stage of the return order, enshrine a binding mechanism of uniform interpretation of the Hague Convention, and oversee the States Parties' compliance with their obligations is patent. The lessons learned with the European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children, 1980, and the Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement, and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, 1996, could provide some guidance.

In this context, the fact that the Court is competent to ascertain whether in applying the Hague Convention the domestic courts secured the human rights set forth in the Convention diminishes the risk of divergent case-law<sup>35</sup>. Moreover, the temptation of *forum shopping* is excluded in a system of human rights protection where all national courts are subject to scrutiny by an international court, which ensures that there is no unjustified interpretation in favour of the abducting parent. Thus, progress in the protection of the child's rights, comity among States and cooperation in cross-border child abduction is furthered by the uniform application of the Hague Convention obligations interpreted in the light of the Convention, at least among the Contracting Parties to the Convention<sup>36</sup>.

In spite of some systemic shortcomings, the Hague Convention has proved to be a crucial instrument in helping to resolve the drama of cross-border parental child abduction. Its positive legacy is undeniable and should be preserved and fostered. Nevertheless, both the universal acknowledgment of the paramountcy of the child's best interests as a principle of international customary and treaty law, and not a mere "social paradigm", and the consolidation of a new sociological pattern of the abducting parent now call for a purposive and evolutive interpretation of the Hague Convention, which is first and foremost mirrored in the construction of the defences to return in the light of the child's real situation and his or her immediate future. A restrictive reading of the defences, based on an outdated, unilateral and over-simplistic assumption in favour of the left-behind parent and which ignores the real situation of the child and his or her family and envisages a mere "punitive" approach to the abducting parent's conduct, would defeat the ultimate purposes of the Hague Convention, especially in the case of abduction by the child's primary caregiver. Such a construction of the Hague Convention would be at odds with the human rights and especially the Article 8 rights of the abducted child in Hague return proceedings, respect for which undeniably merges into the best interests of the child,

---

35. The same applies obviously in the Inter-American human rights system, where the Inter-American Commission has already found that the making of a return order pending an appeal does not breach the American Convention on Human Rights and thus reviewed the Argentine court's decision in return proceedings under a supranational standard (report no. 71/00, *X and Z v. Argentina*, 3 October 2000, §§ 38, 51 and 56).

36. It is also not irrelevant to refer to the persuasive force of the Court's case-law, which may play a role in the way non-European countries apply the Hague Convention. Conversely, the case-law of the Inter-American and African human rights systems could also influence the way in which the European courts and the Court apply the Hague Convention. A rich dialogue could emerge among international courts, which would promote the development of universal legal standards and further the progress of children's rights.

without evidently ignoring the urgent, summary and provisional nature of the Hague remedy<sup>37</sup>.

### **The application of the European standard to the facts of the case**

It is established that the Latvian courts omitted to consider properly the psychological situation of the child, the child's welfare situation in Australia, and the future relationship between the mother and the child were the child to be returned to Australia<sup>38</sup>. In the light of *Neulinger and Shuruk*, these deficiencies in the national proceedings alone would have sufficed to find a violation under Article 8, since they did not comply with the “in-depth” or, in the Grand Chamber's new jargon, “effective” examination required by Article 8. In practical terms, the Grand Chamber applied once again the *Neulinger and Shuruk* test<sup>39</sup>.

The Latvian courts' superficial, hands-off handling of the child's situation was rightly criticised by the Grand Chamber. Having on the one hand taken into consideration the psychologist's report presented by the mother for the purpose of having execution of the return order stayed pending the appeal, but having on the other hand ignored that same report in rendering the appeal judgment, the domestic courts not only contradicted themselves, but failed to consider effectively the report's conclusions as to the serious risks associated with the child's return, and this on the basis of the wrongful argument that the psychologist's report could not serve as evidence to rule out the child's return<sup>40</sup>. The traumatising manner in which the Riga Regional Court's decision was executed and the far-reaching limitations imposed on the mother's access to her daughter by the clearly punitive decision of the

37. I am not ready to accept the easy critique that we cannot have our cake and eat it, meaning that an “in-depth” investigation in urgent and expeditious proceedings is almost equivalent to squaring the circle. Firstly, as already explained, the subject matter of the investigation is limited by *Neulinger and Shuruk* to the specific context of the return application. Secondly, having had the benefit of intervening in many family-law cases, including Hague Convention cases, I am convinced that a thorough, limited and expeditious investigation is perfectly feasible if judges strictly control its timetable. An “in-depth” judicial enquiry does not have to be obtuse, ill-defined and self-indulgent.

38. In the *X and Z v. Argentina* case, cited above, § 60, the Inter-American Commission found that the evaluations of the child conducted by a psychologist and a court-appointed social worker, who interviewed both parents and the child, did not breach the right to fair, impartial and rapid proceedings.

39. At first sight, it appears that the majority distances itself from the principles of *Neulinger and Shuruk* (see paragraph 107 of the judgment). But this is an illusory impression. The majority also calls for an “effective examination of allegations made by a party” (see paragraph 118). The replacement of the adjective “in-depth” by the adjective “effective” does not change much, especially if one takes into account that the Grand Chamber still understands that the Court's remit includes the assessment of the substantive aspect of the child's “human rights” when evaluating return orders (see paragraph 117). In other words, the present judgment does not really change the *Neulinger and Shuruk* standard.

40. Similar omissions were censured in *B. v. Belgium*, cited above, § 72, and *Sneersone and Kampanella*, cited above, § 95.

Australian family court were additional and regrettable consequences of the Latvian courts' inadequate handling of the case, which failed to prepare the child's physical return and to examine whether effective safeguards of the child's rights were in place in Australia and if the mother was in a position to maintain contact with her child in the event of a return, and, if appropriate, to make such a return contingent upon adequate undertakings, stipulations or orders with a view to not hindering or significantly restricting the mother's contact with the child<sup>41</sup>.

Worse still, the Latvian courts accepted a decision by the Australian court establishing joint parental responsibility of the applicant and T. with effect from E.'s birth, in spite of the fact that the applicant and T. were not married to each other, the child's birth certificate did not name the father and the child was born while the mother was still married to another man. The Australian decision was taken after the removal of the child from Australian territory and with retroactive effect. It appears from the case file that the Australian decision was based on photographs, e-mail printouts and the sole testimony of T. No paternity tests were performed<sup>42</sup>. No witnesses heard. In other words, the Latvian domestic courts did not even consider if the conditions for the application of the Hague Convention had been met, namely if they were dealing with a child abduction in the sense of the Hague Convention<sup>43</sup>.

41. As occurred in *Sylvester v. Austria*, nos. 36812/97 and 40104/98, 24 April 2003, and in *Mattenklott*, cited above.

42. In *Mattenklott*, cited above, the return order was based on a paternity test taken by the unmarried father and the presumption of exercise of custody rights at the time of removal, resulting from the father's occasional access to the child prior to that moment.

43. So-called inchoate child custody rights have been the subject matter of two cases before the Court. In *Balbonin v. the United Kingdom* ((dec.), no. 39067/97, 14 September 1999), the Court confirmed the domestic courts' interpretation to the effect that even were they to grant the unmarried applicant parental responsibility after the removal of the child from the United Kingdom, this would not make the removal of the child unlawful *ex post facto*. In *Guichard v. France* ((dec.), no. 56838/90, ECHR 2003-X), the Court found inadmissible the application made by an unmarried father who did not have custody rights when the child was removed from France, although he had officially recognised his son prior to birth. Based on this case-law, the Court of Justice of the European Union adjudicated a similar case in which an unmarried father did not take steps to obtain custody rights prior to the child's removal from the country of habitual residence. The child's removal to another country represented "the legitimate exercise, by the mother with custody of the child, of her own right of freedom of movement, established in Article 20(2)(a) TFEU and Article 21(1) TFEU, and of her right to determine the child's place of residence" (*J. McB. v. L. E.*, C-400/10 PPU, judgment of 5 October 2010, § 58). Finally, in *In Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* [1990] 2 AC 562, the House of Lords held that *de facto* custody is not sufficient to amount to rights of custody for the purposes of the Hague Convention. Since at the time of the removal the mother had sole custody of the child, the subsequent attribution of custody rights to the registered father could not render the removal wrongful. The United Kingdom courts were not bound by the finding of the Australian court in this regard. In *Re D (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* [2007] 1 AC 619, Baroness Hale clearly endorsed *In Re J.* as the governing authority in this area.

In reality, it is obvious that the facts of the case at hand do not amount to a child abduction, since T. had no parental rights whatsoever, let alone custodial rights, “immediately before the removal” of the child from Australia, as Article 3 a) of the Hague Convention requires. Officially the applicant was a single mother and the child had no registered father when they both left Australia on 17 July 2008. From the very day of the child’s birth until the day she left Australia, T. not only failed to officially recognise his fatherhood, but even denied his paternity before the Australian public authorities. T. only applied for, and gained, “custodial rights” after the removal of the child, which means that at the time of the removal the mother was *de jure* the sole person with parental responsibility, including custodial rights, over the child. The Australian court’s decision of 6 November 2008 could not be construed in such a way as to circumvent the time requirement of Article 3 a) of the Hague Convention and to substantiate *ex post facto* an otherwise unfounded return claim<sup>44</sup>.

## Conclusion

Taking human rights seriously requires that the Hague Convention operates not only in the best interests of children and the long-term, general objective of preventing international child abduction, but also in the short-term, best interests of each individual child who is subject to Hague return proceedings. Justice for children, even summary and provisional justice, can only be done with a view to the entirety of the very tangible case at hand, that is to say, of the actual circumstances of each child involved. Only an in-depth or “effective” evaluation of the child’s situation in the specific context of the return application can provide such justice. In layman’s terms, *Neulinger and Shuruk* is alive and well. It was and remains a decision laying down valid legal principles, not an ephemeral and capricious act of “judicial compassion”.

In the specific case at hand, the domestic courts not only forwent an in-depth or “effective” evaluation of the child’s situation, but even failed to check the conditions of applicability of the Hague Convention in the first place. There was simply no legal basis for the interference with the applicant’s right to family life with her child, the removal of the child from

---

44. This finding is not invalidated by the Australian Central Authority’s declaration that at the time of the child’s removal from Australia T. had joint parental responsibility over E. Firstly, that declaration was not binding for the Latvian authorities. Secondly, since the concept of “custody rights” has an autonomous meaning in the Hague Convention, the Australian declaration cannot, in the unique circumstances of the case and in the light of the Convention, ascribe “custody rights” to T. for the purpose of triggering the mechanism of the Hague Convention.

Latvia being the only unlawful abduction in this case. Therefore, I find a violation of Article 8 of the Convention.

JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES BRATZA,  
VAJIĆ, HAJIYEV, ŠIKUTA, HIRVELÄ, NICOLAOU,  
RAIMONDI AND NUSSBERGER

1. We regret that we are unable to agree with the view of the majority of the Court that the applicant's rights under Article 8 of the Convention were violated in the present case.

2. We should make it clear at the outset that our difference of opinion with the majority relates not to the general principles to be applied in cases of child abduction covered by the Hague Convention, on which we are in full agreement with the other judges of the Court. In particular, we agree that, despite the undeniable impact that return of the child may have on the rights of the child and parents, Article 8 does not call for an in-depth examination by the judicial or other authorities of the requested State of the entire family situation of the child in question. We further agree that the Article nevertheless imposes on the national authorities of that State, when examining a case under Article 13 (b) of the Hague Convention, to consider arguable claims of a "grave risk" for the child in the event of his or her return and, where such a claim is found not to be established, to make a ruling giving sufficient reasons for rejecting it.

3. Where we part company with the majority is on the question whether, in rejecting the applicant's claim in the present case and ordering the return of her child to Australia, the national courts of Latvia sufficiently complied with those procedural requirements.

4. We note that the Latvian courts, at first instance and on appeal, were unanimous as to the response to be given to the application for return of the child lodged by the child's father.

In a reasoned judgment of 19 November 2008, the District Court, after a hearing attended by both parents, held that the Hague Convention was applicable and granted T.'s application, ordering the child's immediate return to Australia. The court rejected the applicant's claim under Article 13 of the Hague Convention, holding, on the basis of photographs and copies of e-mails between the applicant and T.'s relatives, that T. had cared for the child prior to her departure for Latvia. While noting that witness statements referred to arguments between the parties and to the fact that T. had behaved irascibly towards the applicant and the child, it held that this did not enable it to conclude that T. had not taken care of the child. The court dismissed the applicant's claim that the child's return posed a risk of psychological harm to E. as unsubstantiated and as being based on an unfounded assumption.



5. On 26 January 2009 the Riga Regional Court upheld that decision, after a hearing at which both parents were again present and legally represented.

In support of her claim that her daughter's return to Australia would expose her to psychological harm, the applicant submitted for the first time a certificate, prepared at her request by a psychologist, which stated, *inter alia*, that, given the child's young age, an immediate separation from her mother was to be ruled out, "otherwise the child [was] likely to suffer psychological trauma, in that her sense of security and self-confidence could be affected".

She further claimed that T. had ill-treated her and the child and that he was liable to a prison sentence in Australia in respect of criminal charges brought against him.

6. Central to the majority's view that the Regional Court was in breach of its procedural obligations under Article 8 is the contention that the court refused to take into account the applicant's claim, which is said to have been supported by the certificate and by the witness statements, that the child's return to Australia would expose her to a "grave risk" of harm.

7. We are unable to accept this view, which does not in our opinion do justice to the decision or reasoning of the national courts. As to the certificate, we note that the opinion of the psychologist was confined to the harm to the child which would flow from an immediate separation from her mother. The certificate did not directly address the question of the child's return or suggest that it would be in any way harmful if E. were to return to Australia accompanied by her mother. The Regional Court did not refuse or fail to take the certificate into account. On the contrary, it emphasised that the certificate concerned only the issue of the separation of mother and child, which was a matter relating to custody rights which fell to be determined not by the Latvian courts as the courts of the requested State, but exclusively by the Australian courts. Having regard to the certificate's contents, we see no justification for the view expressed in the judgment that the Regional Court should have gone further by submitting the document for cross-examination, still less that it should have ordered a second expert opinion of its own motion.

8. As to the allegations made by the applicant against T., the Regional Court expressly examined the applicant's claims but dismissed them on the grounds that "no evidence [had] been submitted which could, even indirectly, support the allegations".

9. It is argued in the judgment that the Regional Court should have done more to examine whether it was feasible for the applicant to return to Australia with the child or whether the return of the child would inevitably

have resulted in her separation from her mother. We do not share this view. There was clearly no legal impediment to the return of the applicant; she had not only lived in Australia for several years but had acquired Australian citizenship in 2007. Further, there was nothing in the Regional Court's judgment which affected her right to retain custody of the child and to accompany her back to Australia. Moreover, it does not appear that she argued before the Regional Court that, for reasons of personal safety or otherwise, she could not under any circumstances contemplate returning to Australia. Certainly, she had alleged that T. had ill-treated her and the child but, as noted above, this allegation was rejected by the court as wholly unsubstantiated. Moreover, the court went on to observe that there were no grounds for doubting the quality of the welfare and social protection provided to children in Australia, given that, according to a sworn affidavit, Australian legislation provided for the security of children and their protection against ill-treatment within the family. We note, in conclusion, that despite her claim before the Regional Court that she had no ties in Australia and that were she to return there she would be unemployed and would have no income, it appears that the applicant has in fact returned to live in Australia, where she has found accommodation and is in employment.

10. We are similarly unpersuaded by the argument implicit in the judgment that the Latvian courts should have taken the initiative by requesting further information from the Australian authorities about T.'s criminal profile, previous convictions and the charges of corruption allegedly brought against him. In proceedings under Article 13 of the Hague Convention, the burden lies on the party to adduce evidence to substantiate a claim of "grave risk" if the child were to be returned. As found by the Latvian courts, the applicant failed to adduce any evidence to support such a claim, even indirectly.

11. While the reasons given by the Latvian courts for ordering the return of E. were succinctly expressed, we consider, contrary to the view of the majority, that they adequately responded to the applicant's arguments and that the examination of the claims made by the applicant satisfied the procedural requirements imposed on them by Article 8 of the Convention.

12. In view of this conclusion, all but Judge Bratza would have refused an award of costs; having regard to the fact that the applicant's claim was in the event successful, Judge Bratza voted in favour of the grant of her costs.

X c. LETTONIE  
(*Requête n° 27853/09*)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 26 NOVEMBRE 2013<sup>1</sup>

---

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



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Absence d'examen approfondi de tous les éléments pertinents lors de la décision sur le retour d'un enfant en application de la Convention de La Haye**

L'article 8 de la Convention impose aux autorités nationales une obligation procédurale en exigeant que, dans le cadre de l'examen de la demande de retour de l'enfant, toute allégation défendable de « risque grave » pour celui-ci en cas de retour fasse l'objet d'un examen effectif et d'une décision motivée. Tant un refus de tenir compte d'objections au retour susceptibles de rentrer dans le champ d'application des articles 12, 13 et 20 de la Convention de La Haye qu'une insuffisance de motivation de la décision rejetant de telles objections sont contraires non seulement aux exigences de l'article 8 de la Convention européenne, mais aussi au but et à l'objet de la Convention de La Haye (paragraphe 106-107 de l'arrêt).

**Article 8**

*Vie familiale – Exigences procédurales – Absence d'examen approfondi de tous les éléments pertinents lors de la décision sur le retour d'un enfant en application de la Convention de La Haye – Nécessaire dans une société démocratique – Marge d'appréciation – Intérêt supérieur de l'enfant – « Risque grave » pour l'enfant au sens de l'article 13 b) de la Convention de La Haye – Interprétation harmonieuse de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention de La Haye*

\*

\* \*

*En fait*

En 2005, la requérante, qui vivait alors en Australie avec T., son compagnon, donna naissance à une fille. Le certificat de naissance de l'enfant ne précisait pas le nom du père et aucun test de paternité ne fut pratiqué. En 2008, la requérante quitta l'Australie avec sa fille et regagna sa Lettonie natale. T. demanda ensuite devant les tribunaux australiens la reconnaissance de ses droits parentaux à l'égard de l'enfant, soutenant que la requérante était partie d'Australie avec sa fille sans son consentement, en violation de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (« la Convention de La Haye »). Le tribunal australien jugea que T. et la requérante avaient la garde conjointe de l'enfant et que l'examen de l'affaire se poursuivrait au retour de l'enfant en Australie. Dès qu'elles furent informées par les autorités australiennes, les autorités lettones compétentes entendirent la requérante, qui contesta l'applicabilité de la Convention de La Haye

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

au motif qu'elle détenait seule la garde de l'enfant. Les tribunaux lettons donnèrent gain de cause à T., concluant que ce n'était pas à eux qu'il revenait de contester les conclusions des autorités australiennes sur l'attribution de l'autorité parentale. Par conséquent, ils ordonnèrent à la requérante de renvoyer l'enfant en Australie dans un délai de six semaines. En mars 2009, T. s'empara de l'enfant qui se trouvait avec la requérante et repartit avec elle en Australie. Finalement, les tribunaux australiens jugèrent que T. était le seul tuteur de l'enfant et que sa mère ne pouvait rendre visite à sa fille que sous la surveillance des services sociaux et ne pouvait s'adresser à elle en langue lettone.

### *En droit*

Article 8 : la Cour est appelée à examiner si l'ingérence dans les droits que la requérante tire de l'article 8, découlant des décisions des tribunaux nationaux, était « nécessaire dans une société démocratique ». À cette fin, la Cour rappelle que, lorsqu'elle détermine si les décisions des tribunaux nationaux ont ménagé un juste équilibre entre les intérêts concurrents en jeu – ceux de l'enfant, ceux des deux parents et ceux de l'ordre public – dans les limites de la marge d'appréciation dont jouit l'État défendeur en la matière, l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer la principale considération. À cet égard, pour parvenir à une interprétation harmonieuse de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention de La Haye, les éléments susceptibles de faire exception au retour immédiat de l'enfant en application des articles 12, 13 et 20 de la Convention de La Haye doivent tout d'abord être réellement pris en compte par le juge saisi, qui doit rendre une décision suffisamment motivée sur ce point, et ensuite être appréciés à la lumière de l'article 8 de la Convention. Il en découle que cette dernière disposition impose aux autorités nationales une obligation procédurale en exigeant que, dans le cadre de l'examen de la demande de retour de l'enfant, toute allégation défendable de « risque grave » pour celui-ci en cas de retour fasse l'objet d'un examen effectif et d'une décision motivée. Quant à la nature exacte du « risque grave », l'exception prévue à cet égard par l'article 13 b) de la Convention de La Haye vise uniquement les situations qui vont au-delà de ce qu'un enfant peut raisonnablement supporter.

Dans le cas d'espèce, la Cour relève que, devant les tribunaux lettons, la requérante a invoqué plusieurs éléments pour établir que le retour en Australie comporterait un « risque grave » pour son enfant. Elle a fait valoir aussi l'existence de condamnations pénales à l'encontre de T. et invoqué des actes de maltraitance de sa part. En particulier, elle a produit, dans le cadre de son appel, un certificat rédigé par un psychologue concluant à l'existence d'un risque de traumatisme pour l'enfant en cas de séparation immédiate d'avec sa mère. Alors qu'il appartenait aux tribunaux nationaux de vérifier l'existence d'un « risque grave » pour l'enfant et qu'un examen psychologique est directement lié à l'intérêt supérieur de l'enfant, la cour régionale a refusé d'examiner les conclusions de cette expertise à la lumière des dispositions de l'article 13 b) de la Convention de La Haye. Dans le même temps, les tribunaux nationaux ont aussi omis de rechercher si la mère pouvait suivre sa fille en Australie

et maintenir le contact avec elle. Les tribunaux nationaux n'ayant pas dûment examiné les allégations de la requérante, le processus décisionnel en droit interne n'a pas satisfait aux exigences procédurales inhérentes à l'article 8 de la Convention, et la requérante a donc fait l'objet d'une ingérence disproportionnée dans son droit au respect de sa vie familiale.

*Conclusion*: violation (neuf voix contre huit).

Article 41 : aucune demande pour dommage matériel ou préjudice moral.

### **Jurisprudence citée par la Cour**

- Amann c. Suisse* [GC], n° 27798/95, CEDH 2000-II  
*Artico c. Italie*, 13 mai 1980, série A n° 37  
*B. c. Belgique*, n° 4320/11, 10 juillet 2012  
*Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, CEDH 2008  
*Eskinazi et Chelouche c. Turquie* (déc.), n° 14600/05, CEDH 2005-XIII  
*García Ruiz c. Espagne* [GC], n° 30544/96, CEDH 1999-I  
*Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, série A n° 299-A  
*Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne*, n° 56673/00, CEDH 2003-V  
*Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, CEDH 2000-I  
*K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, CEDH 2001-VII  
*Kurić et autres c. Slovénie* [GC], n° 26828/06, CEDH 2012  
*Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, série A n° 310  
*M.R. et L.R. c. Estonie* (déc.), n° 13420/12, 15 mai 2012  
*Maire c. Portugal*, n° 48206/99, CEDH 2003-VII  
*Maslov c. Autriche* [GC], n° 1638/03, CEDH 2008  
*Maumousseau et Washington c. France*, n° 39388/05, 6 décembre 2007  
*Nada c. Suisse* [GC], n° 10593/08, CEDH 2012  
*Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, CEDH 2010  
*Raban c. Roumanie*, n° 25437/08, 26 octobre 2010  
*Slivenko c. Lettonie* [GC], n° 48321/99, CEDH 2003-X  
*Šneersons et Campanella c. Italie*, n° 14737/09, 12 juillet 2011





**En l'affaire X c. Lettonie,**

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

Dean Spielmann, *président*,  
Nicolas Bratza,  
Guido Raimondi,  
Ineta Ziemele,  
Mark Villiger,  
Nina Vajić,  
Khanlar Hajiyev,  
Danutė Jočienė,  
Ján Šikuta,  
Päivi Hirvelä,  
George Nicolaou,  
Zdravka Kalaydjieva,  
Nebojša Vučinić,  
Angelika Nußberger,  
Julia Laffranque,  
Paulo Pinto de Albuquerque,  
Linos-Alexandre Sicilianos, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 10 octobre 2012 et 25 septembre 2013,

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

**PROCÉDURE**

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 27853/09) dirigée contre la République de Lettonie et dont une ressortissante de cet État, M<sup>me</sup> X (« la requérante »), a saisi la Cour le 8 mai 2009 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 décidé d'accorder d'office la non-divulgence de l'identité de la requérante (article 47 § 3 du règlement de la Cour – « le règlement »).

2. La requérante a été représentée par M. R. Strauss, juriste à Rīga. Le gouvernement letton (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M<sup>me</sup> K. Lice.

3. La requérante alléguait avoir été victime, en raison de la décision des juridictions lettones d'ordonner le retour de sa fille en Australie en

application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, d'une atteinte à son droit au respect de sa vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention.

4. La requête a été attribuée à la troisième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 15 novembre 2011, une chambre de ladite section, composée de Josep Casadevall, président, Corneliu Bîrsan, Alvina Gyulumyan, Egbert Myjer, Ineta Ziemele, Luis López Guerra et Kristina Pardalos, juges, ainsi que de Santiago Quesada, greffier de section, l'a déclarée recevable et a adopté un arrêt. À la majorité, elle y constate une violation de l'article 8 de la Convention. Une opinion dissidente des juges Myjer et López Guerra a été jointe à l'arrêt rendu le 13 décembre 2011.

5. Le 13 mars 2012, le Gouvernement a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre, conformément à l'article 43 de la Convention. Cette demande a été acceptée par le collège de la Grande Chambre le 4 juin 2012.

6. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement. Lors des délibérations finales, Nicolas Bratza et Nina Vajić ont continué de siéger après l'expiration de leur mandat, en vertu des articles 23 § 3 de la Convention et 24 § 4 du règlement.

7. Tant la requérante que le Gouvernement ont déposé des observations écrites complémentaires (article 59 § 1 du règlement). Des observations ont également été reçues des gouvernements finlandais et tchèques, ainsi que de l'organisation non gouvernementale «Reunite International Child Abduction Centre», le président les ayant autorisés à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement).

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 10 octobre 2012 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M<sup>mes</sup> K. Līce,

I. Reine,

A. Rutka-Kriškalne,

*agent,*

*conseil,*

*conseiller;*

– *pour la requérante*

M. R. Strauss,

*conseil.*

La Cour a entendu en leurs déclarations M<sup>me</sup> Līce et M. Strauss.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. La requérante est née en 1974 et réside actuellement en Australie. Ressortissante lettonne, elle a également obtenu la nationalité australienne en 2007.

10. Après avoir rencontré T. et noué une relation avec lui au début de l'année 2004, elle emménagea dans son appartement à la fin de la même année, alors qu'elle était toujours mariée à un autre homme, R. L., dont elle divorça le 24 novembre 2005.

11. Le 9 février 2005, la requérante donna naissance à une fille, E. Le certificat de naissance de l'enfant ne précisa pas le nom du père et aucun test de paternité ne fut pratiqué. Par la suite, la requérante, qui vivait toujours avec T., perçut des prestations au titre de l'aide aux parents isolés. Nonobstant la dégradation de leur relation, la requérante continua d'habiter chez T., en qualité de locataire.

12. Le 17 juillet 2008, la requérante quitta l'Australie pour la Lettonie avec sa fille, alors âgée de trois ans et cinq mois.

#### **A. La procédure en Australie**

13. Le 19 août 2008, T. saisit le tribunal aux affaires familiales en Australie, en vue de faire reconnaître ses droits parentaux à l'égard de l'enfant. À l'appui de ses prétentions, dans une déposition écrite rédigée sous serment, il déclara : qu'il entretenait une relation avec la requérante depuis 2004 et que cette dernière lui avait toujours dit qu'il était le père de l'enfant ; que la location de l'appartement par la requérante était fictive et résultait de leur accord mutuel ; qu'il avait produit de fausses déclarations aux services sociaux, afin de permettre à la requérante de percevoir l'allocation de parent isolé. T. affirma que la requérante avait quitté le territoire australien avec l'enfant sans son consentement, en violation de l'article 3 de la Convention de La Haye, pour se rendre dans un lieu de résidence inconnu en Lettonie. À l'appui de sa demande, il produisit des courriels échangés avec des membres de sa famille.

14. La requérante, bien qu'apparemment invitée par différents moyens à assister à l'audience ou à la suivre par la voie téléphonique, ne se présenta pas.

15. Par un jugement du 6 novembre 2008, le tribunal aux affaires familiales australien constata la paternité de T. à l'égard de l'enfant et jugea que la requérante et T. avaient conjointement la responsabilité parentale de leur fille depuis la naissance de celle-ci. Il ajouta que l'examen de l'affaire

se poursuivrait une fois l'enfant de retour en Australie, tout en s'exprimant ainsi :

« (...) cependant, il ne me revient bien évidemment pas de dire si la présence de l'enfant en Lettonie est la conséquence d'un déplacement ou non-retour illégal. Avec tout le respect que je lui dois, c'est au juge letton compétent de trancher cette question. »

16. La requérante n'interjeta pas appel de ce jugement.

### **B. La procédure en Lettonie**

17. Le 22 septembre 2008, le ministère de l'Enfance et des Affaires familiales, autorité centrale lettone chargée de l'application de la Convention de La Haye, reçut de son homologue australien une demande de T. tendant au retour de l'enfant en Australie sur le fondement de cette convention internationale. La demande de retour était accompagnée d'une déclaration écrite sous serment explicitant le droit australien applicable et certifiant, sans préjuger la question de la paternité, qu'à la date où l'enfant avait été déplacée d'Australie T. exerçait conjointement sur elle la responsabilité parentale au sens de l'article 5 de la Convention de La Haye.

18. Le 19 novembre 2008, le tribunal de l'arrondissement de Zemgale de la ville de Rīga (« le tribunal d'arrondissement ») examina cette demande en présence à la fois de T. et de la requérante.

19. À l'audience, la requérante s'opposa à la demande de T. Elle expliqua que celui-ci n'était pas fondé à se faire reconnaître comme père, dès lors qu'au moment de la naissance elle était encore mariée à un autre homme et que T. n'avait jamais exprimé sa volonté de faire établir sa paternité avant son départ d'Australie. Elle soutint que T. étant devenu hostile et parfois agressif à son égard, elle avait demandé la convocation, en qualité de témoins, de personnes qui lui avaient rendu visite en Australie. La requérante prétendit en outre que T. n'exerçait ce recours que pour en tirer profit dans le cadre d'une procédure pénale qui, selon elle, aurait été dirigée contre lui en Australie.

20. Le représentant du « Bāriņtiesa », un organe de tutelle et de curatelle institué par le conseil municipal de Rīga, sollicita le rejet de la demande de T. en soutenant, d'une part, que la requérante était une mère isolée à la date où l'enfant avait été déplacé d'Australie et, d'autre part, que cette dernière avait noué des attaches avec la Lettonie.

21. Par un jugement du 19 novembre 2008, le tribunal d'arrondissement fit droit à la demande de T., ordonnant le retour immédiat de l'enfant en Australie, et au plus tard dans les six semaines à compter de sa décision. Dans sa motivation, relevant que les autorités australiennes avaient établi que la requérante et T. exerçaient conjointement la responsabilité parentale,

le tribunal considéra tout d'abord que les tribunaux lettons ne pouvaient ni revenir sur cette décision ni interpréter et appliquer le droit australien. Il jugea en outre qu'en application des articles 1<sup>er</sup> et 14 de la Convention de La Haye, les juridictions lettones n'avaient pas compétence pour se prononcer sur la responsabilité parentale de T. à l'égard de l'enfant, mais uniquement sur le départ de l'enfant d'Australie et sur son éventuel retour. Il estima que le déplacement de l'enfant avait été illégal et effectué sans le consentement de T. Quant à l'application de l'article 13 de la Convention de La Haye, il considéra, au vu de photos et de copies de courriels échangés entre la requérante et des proches de T., que ce dernier avait pris soin de l'enfant avant son départ pour la Lettonie. Tout en notant que des dépositions de témoins faisaient état de disputes entre les parents et du fait que T. se serait comporté de manière irascible à l'égard de la requérante et de l'enfant, il jugea que cela ne permettait pas d'affirmer que T. n'avait pas pris soin de l'enfant. Enfin, le tribunal écarta l'allégation de risque de danger psychique pour l'enfant en cas de retour, n'y voyant qu'une supposition non étayée.

22. La requérante interjeta appel, soutenant qu'à la date de leur départ de l'Australie, elle était le seul tuteur *de jure* et *de facto* de l'enfant et, en outre, que le retour de sa fille en Australie l'exposerait à un danger psychique. Sur ce dernier point, elle produisit un certificat rédigé à sa demande par un psychologue après le jugement de première instance. Cette attestation, s'appuyant sur un examen de E. effectué le 16 décembre 2008, précisait notamment ce qui suit :

« Bien qu'il ressorte de l'examen que son développement soit adéquat du point de vue des connaissances et du langage, l'enfant ne peut, en raison de son jeune âge, dire quel lieu de résidence elle préfère (...) Compte tenu de l'âge de l'enfant et de ses liens émotionnels étroits avec sa mère, normaux à son âge, son bien-être émotionnel repose principalement sur l'équilibre psychologique de [la requérante] et est étroitement lié à celui-ci. (...) [L]'enfant a besoin de la présence quotidienne de sa mère et de vivre en permanence avec elle en un même lieu. Vu son âge – trois ans et dix mois –, une séparation immédiate d'avec sa mère est à exclure, sinon l'enfant risque de subir un traumatisme psychologique en ce que son sentiment de sécurité et de confiance en soi pourrait s'en trouver affecté. »

23. La requérante fit également valoir à hauteur d'appel que le letton était la langue maternelle de l'enfant, que celle-ci avait suivi des activités préscolaires en Lettonie, qu'elle n'avait aucune attache en Australie et qu'elle avait besoin de la présence de sa mère. Elle alléguait que T. ne les avait jamais aidées financièrement et les avait maltraitées. De plus, elle reprocha au premier juge d'avoir refusé de demander aux autorités australiennes des éléments d'information sur le profil pénal, les condamnations antérieures de T. et sur les chefs d'accusation de corruption qui auraient, selon elle, pesé

sur lui. Elle affirma en outre qu'en cas de retour en Australie, elle serait sans emploi et sans ressources, tout en reprochant au tribunal d'arrondissement d'avoir omis de prévoir des mesures de protection en cas de retour.

24. Le 6 janvier 2009, saisi par la requérante, le tribunal d'arrondissement ordonna le sursis à exécution de la décision de retour du 19 novembre 2008 pendant la durée d'examen de l'appel. Se fondant sur le préambule de la Convention de La Haye, il jugea que l'intérêt de l'enfant devait l'emporter sur le retour immédiat, que l'enfant était attachée à sa mère et que, d'après l'expertise psychologique fournie par celle-ci, une brusque interruption du contact avec sa mère la traumatiserait.

25. Le 26 janvier 2009, après une audience en présence de la requérante et de T., la cour régionale de Rīga (*Rīgas Apgabaltiesa*) confirma le jugement de première instance. Elle jugea que la demande de T. était conforme à la Convention de La Haye, tout en rappelant les brefs délais prévus par celle-ci et en observant qu'aucune formalité ni analyse n'était nécessaire pour reconnaître la décision de la juridiction australienne. De plus, elle considéra que la juridiction inférieure avait correctement établi, sur la base de tous les éléments pertinents, notamment les lettres et les photographies produites, que T. prenait soin de l'enfant. S'agissant de l'argument de la requérante et du représentant du « Bāriņtiesa » au sujet de l'absence alléguée d'informations sur la situation de l'enfant en cas de retour en Australie, elle estima que :

« (...) rien ne permet de douter de la qualité de la protection sociale et de la sécurité offertes aux enfants en Australie étant donné que, d'après [la déposition écrite sous serment], la législation australienne assure entre autres la sécurité des enfants et [leur] protection contre les mauvais traitements domestiques. »

26. Concernant les allégations de la requérante, elle jugea ce qui suit :

« [La Cour] rejette (...) l'allégation selon laquelle [T.] a maltraité [la requérante] et l'enfant, ainsi que [l'allégation] selon laquelle T. est passible d'une peine d'emprisonnement pour [les chefs d'accusation dirigés contre lui], aucune pièce n'ayant été produite pour établir, fût-ce indirectement, ces éléments.

La conclusion de [l'examen psychologique] du 16 décembre 2008 ne peut non plus tenir lieu de preuve pour empêcher le retour de l'enfant vers l'État requérant. Certes, elle précisait que l'enfant avait besoin de sa mère et qu'une séparation immédiate d'avec elle était à exclure. Cependant, la question dont la Cour de céans est saisie ne touche pas au droit de garde (...) Aux termes de l'article 19 de la Convention de La Haye, une décision sur le retour de l'enfant rendue dans le cadre de cette même convention n'affecte pas le fond du droit de garde.

[La Cour] estime que [l'enfant] n'a pas atteint un âge ou un degré de maturité qui lui permettrait de formuler une opinion sur son retour en Australie. »

27. Le 5 février 2009, un huissier somma la requérante d'obtempérer à la décision ordonnant le retour de l'enfant au plus tard le 19 février 2009. La requérante refusa de s'exécuter.

28. À une date non précisée, un huissier saisit le tribunal d'arrondissement aux fins d'exécution de la décision ordonnant le retour de l'enfant. Parallèlement, saisi d'une demande de la requérante tendant à l'obtention d'un sursis à exécution de cette décision pour une durée de six à douze mois, le tribunal fixa une date d'audience au 16 avril 2009.

29. Le 6 mars 2009, à la demande de T., l'autorité centrale lettone pria le « Bāriņtiesa » de se renseigner sur les conditions de vie de l'enfant et de signifier à la requérante la demande de T. tendant à voir l'enfant.

30. Le 14 mars 2009, à l'occasion d'une rencontre fortuite près d'un centre commercial, T. rencontra la requérante et E. Profitant de cette situation, il prit E., la conduisit en voiture à Tallinn (Estonie) et entama ensuite le voyage de retour vers l'Australie. Le 16 mars 2009, l'autorité centrale lettone adressa à son homologue estonienne, à la demande de celle-ci et en vue d'autoriser T. à prendre un vol en direction d'Helsinki, les informations concernant le droit, pour T., de rentrer en Australie avec sa fille.

31. Par la suite, une plainte déposée par la requérante pour enlèvement n'aboutit pas, à l'instar d'un recours disciplinaire dirigé contre l'autorité centrale lettone et de la demande de sursis, devenue sans objet.

### **C. La situation en Australie depuis le retour de l'enfant**

32. En septembre 2009, le tribunal aux affaires familiales australien invalida toutes les décisions antérieures concernant les droits des parents et jugea que T. avait seul la responsabilité parentale de l'enfant. Tout en interdisant à la requérante de discuter en public de toute question concernant l'enfant ou T., il l'autorisa à rendre visite à sa fille, sous la surveillance d'un travailleur social. Par ailleurs, le tribunal lui interdit, d'une part, de parler à sa fille en langue lettone et, d'autre part, tant que l'enfant n'aurait pas atteint l'âge de onze ans, de visiter ou de prendre contact par quelque moyen que ce soit avec les centres d'accueil pour enfants et les établissements préscolaires ou scolaires où serait inscrite sa fille, ainsi qu'avec les parents de tout autre enfant inscrit dans ces mêmes centres et établissements.

33. Devant la Grande Chambre, le Gouvernement, faisant référence à un article paru dans la presse lettone en octobre 2011 et qui contient notamment des déclarations faites par la sœur de la requérante, indique que la requérante est retournée vivre en Australie, qu'elle y dispose d'un logement et qu'elle travaille dans une institution publique d'aide sociale. Il précise en outre qu'elle maintient des contacts réguliers avec sa fille, en la

rencontrant deux fois par semaine dans un centre social, et qu'elle a pu la voir sans la présence d'un travailleur social.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

### A. La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (« la Convention de La Haye »)

34. Les dispositions pertinentes de la Convention de La Haye stipulent ce qui suit :

« Les États signataires de la présente Convention,

Profondément convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde,

Désirant protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet, et sont convenus des dispositions suivantes :

(...)

#### Article premier

La présente Convention a pour objet :

a) d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout État contractant ;

b) de faire respecter effectivement dans les autres États contractants les droits de garde et de visite existant dans un État contractant.

(...)

#### Article 3

Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite :

a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour ; et

b) que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.



Le droit de garde visé en a) peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet État.

#### **Article 4**

La Convention s'applique à tout enfant qui avait sa résidence habituelle dans un État contractant immédiatement avant l'atteinte aux droits de garde ou de visite. L'application de la Convention cesse lorsque l'enfant parvient à l'âge de seize ans.

#### **Article 5**

Au sens de la présente Convention :

a) le « droit de garde » comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence ;

b) le « droit de visite » comprend le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle.

(...)

#### **Article 11**

Les autorités judiciaires ou administratives de tout État contractant doivent procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant.

Lorsque l'autorité judiciaire ou administrative saisie n'a pas statué dans un délai de six semaines à partir de sa saisine, le demandeur ou l'Autorité centrale de l'État requis, de sa propre initiative ou sur requête de l'autorité centrale de l'État requérant, peut demander une déclaration sur les raisons de ce retard. (...)

#### **Article 12**

Lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3 et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant l'autorité judiciaire ou administrative de l'État contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat.

L'autorité judiciaire ou administrative, même saisie après l'expiration de la période d'un an prévue à l'alinéa précédent, doit aussi ordonner le retour de l'enfant, à moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu.

Lorsque l'autorité judiciaire ou administrative de l'État requis a des raisons de croire que l'enfant a été emmené dans un autre État, elle peut suspendre la procédure ou rejeter la demande de retour de l'enfant.

#### **Article 13**

Nonobstant les dispositions de l'article précédent, l'autorité judiciaire ou administrative de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit :

a) que la personne, l'institution ou l'organisme qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour, ou avait consenti ou acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour; ou

b) qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable.

L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion.

Dans l'appréciation des circonstances visées dans cet article, les autorités judiciaires ou administratives doivent tenir compte des informations fournies par l'Autorité centrale ou toute autre autorité compétente de l'État de la résidence habituelle de l'enfant sur sa situation sociale.

#### **Article 14**

Pour déterminer l'existence d'un déplacement ou d'un non-retour illicite au sens de l'article 3, l'autorité judiciaire ou administrative de l'État requis peut tenir compte directement du droit et des décisions judiciaires ou administratives reconnues formellement ou non dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant, sans avoir recours aux procédures spécifiques sur la preuve de ce droit ou pour la reconnaissance des décisions étrangères qui seraient autrement applicables.

(...)

#### **Article 16**

Après avoir été informées du déplacement illicite d'un enfant ou de son non-retour dans le cadre de l'article 3, les autorités judiciaires ou administratives de l'État contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne pourront statuer sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions de la présente Convention pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies, ou jusqu'à ce qu'une période raisonnable ne se soit écoulée sans qu'une demande en application de la Convention n'ait été faite.

#### **Article 17**

Le seul fait qu'une décision relative à la garde ait été rendue ou soit susceptible d'être reconnue dans l'État requis ne peut justifier le refus de renvoyer l'enfant dans le cadre de cette Convention, mais les autorités judiciaires ou administratives de l'État requis peuvent prendre en considération les motifs de cette décision qui rentreraient dans le cadre de l'application de la Convention.

(...)

#### **Article 19**

Une décision sur le retour de l'enfant rendue dans le cadre de la Convention n'affecte pas le fond du droit de garde.

### Article 20

Le retour de l'enfant conformément aux dispositions de l'article 12 peut être refusé quand il ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'État requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

(...)»

35. Le rapport explicatif de la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants, rédigé par Elisa Pérez-Vera et publié par la Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH) en 1982, vise à mettre en relief les principes qui sont à la base de la Convention de La Haye, ainsi qu'à fournir un commentaire détaillé de ses dispositions à ceux qui sont chargés de l'appliquer. Il ressort de ce rapport qu'afin de décourager la possibilité pour l'enleveur de faire légaliser son action dans l'État de refuge, la Convention consacre, outre son aspect préventif, le rétablissement du *statu quo*, par une décision de retour immédiat de l'enfant qui permet de rétablir la situation modifiée unilatéralement et de manière illicite. Le respect du droit de garde échappe quant à lui presque entièrement au domaine de cette convention, la discussion sur cette question devant être engagée devant les juridictions compétentes de l'État où l'enfant avait sa résidence habituelle avant son déplacement. La philosophie de la Convention de La Haye est de lutter contre la multiplication des enlèvements internationaux d'enfants en s'inspirant toujours du désir de protéger les enfants et en se faisant l'interprète de leur véritable intérêt. Partant, les objectifs de prévention et de retour immédiat répondent à une conception déterminée de «l'intérêt supérieur de l'enfant». Cependant, le déplacement d'un enfant pouvant être justifié par des raisons objectives touchant soit à sa personne, soit à l'environnement qui lui était le plus proche, la Convention reconnaît certaines exceptions à l'obligation générale qui pèse sur les États d'assurer le retour immédiat (§ 25). Le retour de l'enfant étant l'idée de base de la Convention, les exceptions à l'obligation générale de l'assurer constituent un aspect important pour en comprendre avec exactitude la portée et il est possible de distinguer des exceptions basées sur trois justifications différentes (§ 27). D'une part, les autorités de l'État requis ne sont pas tenues d'ordonner le retour de l'enfant lorsque le demandeur n'exerçait pas de façon effective la garde ou lorsque son comportement montre une acceptation de la nouvelle situation (§ 28). D'autre part, les alinéas 1 b) et 2 de l'article 13 retiennent des exceptions s'inspirant clairement de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant, auquel la Convention donne un contenu précis. Ainsi, l'intérêt de l'enfant de ne pas être déplacé de sa résidence habituelle, sans garanties suffisantes de stabilité de la nouvelle situation, cède le pas devant l'intérêt primaire de toute personne de ne pas être exposée à un danger physique ou psychique,

ou placée dans une situation intolérable (§ 29). Enfin, il n'existe pas d'obligation de faire revenir l'enfant quand, aux termes de l'article 20, ceci « ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'État requis pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (§ 31). Le rapport explicatif, qui explicite ces exceptions, souligne également la marge d'appréciation inhérente à la fonction judiciaire.

36. La HCCH a publié en 2003 la « Deuxième Partie du Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants ». Bien que principalement destiné aux nouveaux États contractants et n'ayant pas d'effet contraignant, notamment à l'égard du pouvoir judiciaire, ce document vise à faciliter la mise en œuvre de la Convention en apportant de nombreuses recommandations et précisions. Il souligne à plusieurs reprises l'importance du rapport explicatif de la Convention de La Haye, dit Rapport Pérez-Vera, comme aide à l'interprétation cohérente et à la compréhension de la Convention de La Haye (voir, par exemple, les points 3.3.2 « Implications de la démarche de transformation » et 8.1 « Rapport explicatif de la Convention : le Rapport Pérez-Vera »). Il insiste tout particulièrement sur le fait que les autorités judiciaires et administratives sont notamment soumises à une obligation de traiter avec diligence les demandes de retour, y compris en appel (point 1.5 « Procédure expéditive »). Les procédures diligentes devraient être définies comme étant des procédures qui sont à la fois rapides et efficaces : la prise rapide de décisions en application de la convention est favorable à l'intérêt des enfants (point 6.4 « Suivi des affaires »). Le Guide de bonnes pratiques précise que le retard et le défaut d'exécution de décisions de retour dans certains États contractants constituent des motifs de grave préoccupation : il recommande aux États d'assurer l'existence de mécanismes simples et efficaces d'exécution des ordonnances de retour, ce dernier devant avoir effectivement lieu et ne pas être seulement ordonné (point 6.7 « Exécution »).

## **B. La Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant**

37. Les dispositions pertinentes de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, conclue à New York le 20 novembre 1989, se lisent comme suit :

### **Préambule**

« Les États parties à la présente Convention,

(...)

Convaincus que la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants, doit

recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté,

Reconnaissant que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension,

(...)

Sont convenus de ce qui suit :

(...)

#### **Article 7**

1. L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci (...) le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.

(...)

#### **Article 9**

1. Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré (...)

#### **Article 14**

1. Les États parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion.

2. Les États parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités.

(...)

#### **Article 18**

1. Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant.

(...)»

38. Le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant, issu du deuxième principe de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959, fut repris en 1989 à l'article 3 § 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant :

« Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités

administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.»

39. Dans son Observation générale n° 7 (2005) sur la mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance, le Comité des droits de l'enfant a souhaité encourager les États parties à reconnaître que les jeunes enfants jouissent de tous les droits garantis par cette convention et que la petite enfance est une période déterminante pour la réalisation de ces droits. Il traite notamment de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'article 13, qui est rédigé comme suit :

« 13. **Intérêt supérieur de l'enfant.** L'article 3 de la Convention consacre le principe selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale dans toutes les décisions concernant les enfants. En raison de leur manque relatif de maturité, les jeunes enfants dépendent des autorités compétentes pour définir leurs droits et leur intérêt supérieur et les représenter lorsqu'elles prennent des décisions et des mesures affectant leur bien-être, tout en tenant compte de leur avis et du développement de leurs capacités. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est mentionné à de nombreuses reprises dans la Convention (notamment aux articles 9, 18, 20 et 21, qui sont les plus pertinents pour la petite enfance). Ce principe s'applique à toutes les décisions concernant les enfants et doit être accompagné de mesures efficaces tendant à protéger leurs droits et à promouvoir leur survie, leur croissance et leur bien-être ainsi que de mesures visant à soutenir et aider les parents et les autres personnes qui ont la responsabilité de concrétiser au jour le jour les droits de l'enfant :

a) *Intérêt supérieur de l'enfant en tant qu'individu.* Dans toute décision concernant notamment la garde, la santé ou l'éducation d'un enfant, dont les décisions prises par les parents, les professionnels qui s'occupent des enfants et autres personnes assumant des responsabilités à l'égard d'enfants, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en considération. Les États parties sont instamment priés de prendre des dispositions pour que les jeunes enfants soient représentés de manière indépendante, dans toute procédure légale, par une personne agissant dans leur intérêt et pour que les enfants soient entendus dans tous les cas où ils sont capables d'exprimer leurs opinions ou leurs préférences ;

(...)»

40. Pour un plus ample exposé, voir l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse* ([GC], n° 41615/07, §§ 49 à 55, CEDH 2010).

## C. Le droit de l'Union européenne

41. Les dispositions pertinentes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoient ce qui suit :

### Article 7 – Respect de la vie privée et familiale

« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications. »

### Article 24 – Droits de l'enfant

« 1. Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité.

2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

3. Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt. »

42. Le Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (dit « règlement Bruxelles II bis ») se lit notamment comme suit :

« (...)

(12) Les règles de compétence établies par le présent règlement en matière de responsabilité parentale sont conçues en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant et en particulier du critère de proximité. Ce sont donc en premier lieu les juridictions de l'État membre dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle qui devraient être compétentes, sauf dans certains cas de changement de résidence de l'enfant ou suite à un accord conclu entre les titulaires de la responsabilité parentale.

(13) Dans l'intérêt de l'enfant, le présent règlement permet à la juridiction compétente, à titre exceptionnel et dans certaines conditions, de renvoyer l'affaire à la juridiction d'un autre État membre si celle-ci est mieux placée pour connaître de l'affaire. Toutefois, dans ce cas, la juridiction deuxième saisie ne devrait pas être autorisée à renvoyer l'affaire à une troisième juridiction.

(...)

## D. Le droit national letton pertinent

### 1. *La Constitution*

43. Les dispositions pertinentes de la Constitution se lisent comme suit :

#### Article 89

« L'État reconnaît et protège les droits fondamentaux conformément à cette Constitution, aux lois et aux accords internationaux obligatoires pour la Lettonie. »

#### Article 110

« L'État protège et soutient le mariage – l'union entre un homme et une femme, la famille, les droits des parents et de l'enfant. L'État accorde

un soutien particulier aux enfants handicapés, aux enfants privés de soins parentaux ou victimes de violence.»

## 2. *La loi lettone sur la procédure civile*

44. L'article 644.<sup>19</sup> de la loi lettone sur la procédure civile, telle qu'applicable à l'époque des faits, régit les questions se rapportant au déplacement transfrontalier illicite d'enfants en Lettonie. Il prévoit que les tribunaux tranchent tout litige de ce type à l'issue d'une audience où les parties auront comparu et à laquelle aura été invité un représentant du « Bāriņtiesa ». En outre, ils se renseignent sur l'opinion de l'enfant si celui-ci est en mesure de la formuler.

45. Lorsqu'il est saisi d'un litige de ce type, le juge peut administrer d'office toute preuve. Il peut recourir aux voies procédurales les plus indiquées, ainsi qu'aux moyens les plus rapides d'établir les faits, de manière à ce qu'une décision puisse être rendue dans les six semaines à compter de la date d'introduction de l'instance.

46. S'il estime que l'enfant a été illicitement déplacé ou détenu en Lettonie et si l'une des deux conditions ci-dessous est satisfaite, le juge rend une décision concernant le retour de l'enfant dans son pays de résidence :

1. la durée de la période qui suit le déplacement illégal ou la détention de l'enfant en Lettonie n'excède pas un an à partir de la date à laquelle la personne ou l'établissement en question apprend où se trouve l'enfant ;

2. la durée de la période qui suit le déplacement illégal ou la détention de l'enfant en Lettonie excède un an mais l'enfant ne s'est pas adapté à la vie en Lettonie.

47. S'il estime que l'enfant a été illicitement déplacé ou détenu en Lettonie et si l'une des conditions ci-dessous est satisfaite, le juge peut rendre une décision refusant d'autoriser le retour de l'enfant dans son pays de résidence :

1. plus d'une année s'est écoulée depuis que la personne ou l'établissement en question a appris ou eu la possibilité matérielle d'apprendre où se trouve l'enfant mais, pendant cette période, ni l'un ni l'autre n'ont saisi l'instance compétente pour demander le retour de l'enfant dans son pays de résidence ;

2. l'enfant s'est adapté à la vie en Lettonie et son retour n'est pas dans son intérêt supérieur.

48. Les paragraphes ci-dessus s'appliquent pour autant qu'ils respectent la Convention de La Haye et le Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil de l'Union européenne.



### **E. La loi australienne de 1975 sur le droit de la famille**

49. L'article 61B de cette loi définit la responsabilité parentale par « l'ensemble des devoirs, pouvoirs et responsabilités et toute l'autorité que, en vertu de la loi, les parents ont à l'égard de leurs enfants ».

50. L'article 61C prévoit que chacun des parents d'un enfant mineur a la responsabilité parentale de ce dernier, sous réserve des décisions de justice.

51. L'article 111B(4) prévoit ce qui suit :

« Pour les besoins de la Convention de La Haye :

a) chacun des parents d'un enfant est réputé jouir d'un droit de garde sur ce dernier, sauf s'il n'a pas la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant en vertu d'une décision de justice exécutoire au moment considéré ; et,

b) sous réserve d'une décision de justice exécutoire au moment considéré, est réputée jouir d'un droit de garde sur l'enfant toute personne : i) avec laquelle un enfant est censé vivre en vertu d'une décision sur l'autorité parentale ;

ii) qui a la responsabilité parentale d'un enfant en vertu d'une décision sur l'autorité parentale ; et

c) sous réserve d'une décision de justice exécutoire au moment considéré, est réputée jouir d'un droit de garde sur l'enfant toute personne qui a la responsabilité parentale de ce dernier par l'effet de la présente loi ou d'une autre loi australienne et est chargée d'en prendre soin et d'assurer son bien-être et son développement quotidiennement et à long terme ; et

d) sous réserve d'une décision de justice exécutoire au moment considéré, est réputée jouir d'un droit de visite à l'égard de l'enfant toute personne :

i) avec laquelle un enfant est censé passer du temps en vertu d'une décision sur l'autorité parentale ;

ii) avec laquelle un enfant est censé communiquer en vertu d'une décision sur l'autorité parentale. »

## **EN DROIT**

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

52. Devant la Grande Chambre, la requérante dit avoir été victime, en raison de la décision des juridictions lettones d'ordonner le retour de sa fille en Australie, d'une atteinte à son droit au respect de sa vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention, dont les dispositions se lisent comme suit :

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

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

### **A. Applicabilité de l'article 8**

53. La Grande Chambre note que, devant elle, le Gouvernement a expressément indiqué ne pas contester que les décisions des juridictions lettones ordonnant à la requérante de renvoyer E. en Australie s'analysent en une ingérence dans son droit au respect de sa vie familiale protégé par l'article 8 de la Convention.

54. L'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale de la requérante constatée ci-dessus enfreint l'article 8 sauf si elle satisfait aux exigences du paragraphe 2 de cette disposition. Il reste donc à déterminer si elle était « prévue par la loi », inspirée par un ou plusieurs des buts légitimes énoncés dans ce paragraphe et « nécessaire, dans une société démocratique », pour les atteindre.

### **B. Sur la justification de l'ingérence**

#### *1. Base légale*

##### **a) Arrêt de la chambre**

55. La chambre a jugé que les règles découlant du droit interne et de la Convention de La Haye indiquaient suffisamment clairement que, pour déterminer si le déplacement était illicite ou non au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye, les tribunaux lettons devaient rechercher si ce déplacement s'était déroulé en violation du droit de garde tel qu'attribué en application du droit australien, l'Australie étant l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement. Tout en relevant que les autorités australiennes avaient statué sur la responsabilité parentale de T. postérieurement au déplacement de l'enfant, elle nota qu'il avait été seulement confirmé, et non établi, que la requérante et T. avaient la responsabilité parentale conjointe de l'enfant depuis sa naissance par l'effet de la loi australienne sur le droit de la famille. La chambre a en outre constaté que la requérante n'avait pas été empêchée de participer, en Australie, à la procédure à l'issue de laquelle cette décision avait été adoptée ni d'interjeter appel et, de plus, qu'elle n'avait pas contesté devant les tribunaux nationaux

les éléments avancés pour prouver que T. est le père de l'enfant. La chambre a présumé que la décision rendue le 19 novembre 2008 par le tribunal letton ordonnant le retour de l'enfant en Australie, devenue exécutoire le 26 janvier 2009, était prévue par la loi au sens de l'article 8 de la Convention.

**b) Thèses des parties**

*i. La requérante*

56. Devant la chambre, la requérante a soutenu que le juge national n'était pas fondé à appliquer les dispositions de la Convention de La Haye, dès lors qu'elle élevait seule sa fille au moment de son départ pour la Lettonie. Elle ne s'est pas exprimée sur ce point devant la Grande Chambre.

*ii. Le Gouvernement*

57. Le Gouvernement estime que l'ingérence était incontestablement « prévue par la loi », dès lors qu'elle se fondait sur la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

**c) Appréciation de la Cour**

58. D'après la jurisprudence constante de la Cour, l'expression « prévue par la loi » requiert que la mesure incriminée ait une base en droit interne mais vise également la qualité de la loi en question, exigeant que celle-ci soit accessible à la personne concernée et prévisible quant à ses effets (voir, parmi beaucoup d'autres, *Amann c. Suisse* [GC], n° 27798/95, § 50, CEDH 2000-II, *Slivenko c. Lettonie* [GC], n° 48321/99, § 100, CEDH 2003-X, et *Kurić et autres c. Slovénie* [GC], n° 26828/06, § 341, CEDH 2012).

59. La Cour observe que la décision de retour de l'enfant en Australie a été prise par la cour régionale de Rīga sur le fondement de la Convention de La Haye, texte signé et ratifié par la Lettonie en 1982. Par ailleurs, la loi lettone sur la procédure civile, dont l'article 644 régit les questions relatives au déplacement illicite d'enfants en Lettonie, subordonne son application à la condition expresse du respect de la Convention de La Haye, du « règlement Bruxelles II bis », ainsi que de la Convention européenne des droits de l'homme.

60. La requérante soutient qu'à l'époque de son départ d'Australie, elle exerçait seule la responsabilité parentale sur sa fille.

61. La Cour note cependant que cette question a expressément été examinée par les juridictions lettones saisies de la demande de retour. Ces juridictions ont appliqué, en précisant ne pouvoir ni l'interpréter ni la réformer, la décision du tribunal aux affaires familiales australien en

date du 6 novembre 2008, laquelle confirmait la paternité de T., ainsi que l'existence d'une responsabilité parentale conjointe sur l'enfant, et ce depuis sa naissance. Par conséquent, tant le tribunal d'arrondissement que la cour régionale de Rīga ont jugé que la demande de T. était conforme à la Convention de La Haye à ce titre.

62. Par ailleurs, la Cour considère qu'il ne lui appartient pas de juger si un déplacement international d'enfant est ou non « illicite » au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye. En effet, la Cour n'a pas à connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si elles peuvent avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention (*García Ruiz c. Espagne* [GC], n° 30544/96, § 28, CEDH 1999-I) : c'est au juge national qu'il appartient de trancher les problèmes d'interprétation et d'application de la législation interne, ainsi que des règles de droit international général et des traités internationaux (*Maumousseau et Washington c. France*, n° 39388/05, § 79, 6 décembre 2007, et *Neulinger et Shuruk*, précité, § 100). Or, en l'espèce, la requérante, outre qu'elle n'a pas exercé les recours disponibles pour contester la décision australienne confirmant la paternité de T. et de l'existence d'une responsabilité parentale conjointe sur l'enfant au moment de son départ de l'Australie – ce qui renvoie directement aux conditions préalables d'application de la Convention de La Haye –, n'établit ni qu'il lui était impossible de contester la décision australienne ni en quoi les juridictions internes auraient failli à ce titre.

63. En conclusion, la Cour estime que l'ingérence litigieuse était prévue par la loi au sens de l'article 8 de la Convention.

## 2. *But légitime*

### a) **Arrêt de la chambre**

64. La chambre a estimé que l'ingérence visait à la protection des droits de T. et de l'enfant, ce qui constitue un but légitime au sens de l'article 8 § 2 de la Convention

### b) **Thèses des parties**

#### *i. La requérante*

65. La requérante ne s'exprime pas sur ce point.

#### *ii. Le Gouvernement*

66. Selon le Gouvernement, l'ingérence poursuivait un but légitime, à savoir la protection des droits et libertés de T. et de sa fille.

**c) Appréciation de la Cour**

67. La Grande Chambre partage l'avis de la chambre selon lequel la décision de retour avait pour but légitime de protéger les droits et libertés de T. et de E., ce qui n'a d'ailleurs pas été contesté par les parties devant elle.

*3. Nécessité de l'ingérence dans une société démocratique*

**a) Arrêt de la chambre**

68. Concernant la «nécessité dans une société démocratique» de l'ingérence, la chambre a considéré, tout en précisant qu'elle n'avait pas à se substituer aux juges internes pour apprécier l'existence d'un risque grave au sens de l'article 13 b), qu'elle devait vérifier si, en appliquant et en interprétant la Convention de La Haye, les juges avaient respecté les exigences de l'article 8, en particulier au vu des principes dégagés par la Cour dans son arrêt *Neulinger et Shuruk* (précité). Portant tout d'abord son attention sur l'expertise psychologique établie à la demande de la mère après le jugement de première instance, elle a estimé que la cour régionale l'avait écartée, et ce aux motifs que cela relevait de la question de la garde de l'enfant et que celui-ci serait protégé par la législation australienne. À ses yeux, si l'absence d'audition de l'enfant ne posait pas de problème compte tenu de son âge, la cour régionale aurait néanmoins dû examiner les conclusions de l'attestation psychologique, ainsi que les objections soulevées par le «Bāriņtiesa», outre le fait que rien ne l'empêchait d'ordonner d'office une expertise psychologique.

69. La chambre a ensuite indiqué que les juges auraient également dû vérifier l'existence d'autres garanties suffisantes pour que le retour se déroule dans les meilleures conditions pour l'enfant, notamment concernant ses conditions matérielles de vie en Australie, ainsi que la possibilité pour la requérante de suivre sa fille et de maintenir des contacts avec elle.

70. Tout en observant que la décision des juges lettons dans cette affaire contrastait avec d'autres procédures suivies en Lettonie (*Šneersons et Kampanella c. Italie*, n° 14737/09, § 94, 12 juillet 2011), et après avoir à la fois écarté l'argument du Gouvernement selon lequel la requérante n'aurait pas coopéré et noté la façon traumatisante dont la décision avait été exécutée, la chambre a conclu qu'un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale et de toute une série d'éléments faisait défaut dans l'approche suivie par les juges lettons et que, partant, l'ingérence était disproportionnée au sens de l'article 8.

**b) Thèses des parties***i. La requérante*

71. La requérante estime que l'arrêt de la chambre est exemplaire pour aider les autorités internes dans la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle note que si le Gouvernement déplore, dans sa demande de renvoi devant la Grande Chambre, que la chambre n'ait pas eu à sa disposition tous les documents examinés par les juridictions internes, il lui appartenait donc de les produire. Selon elle, les autorités internes n'ont pas cherché à privilégier l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle considère que seules des expertises psychologiques permettaient de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant : or, en l'espèce, les juges internes ont refusé d'examiner le rapport psychologique qu'elle avait produit, violant ainsi l'article 12 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (audition de l'enfant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié). Elle souligne que pour déterminer cet « intérêt supérieur », on tient généralement compte de plusieurs facteurs liés à la situation de l'enfant, à la situation et aux capacités des éventuels responsables de l'enfant, la protection et le bien-être de l'enfant étant primordiaux.

72. La requérante ajoute qu'en saisissant la Cour elle visait pour l'essentiel à contester la position des juridictions nationales dans différentes affaires touchant à la Convention de La Haye et montrer la nécessité d'assurer l'intérêt supérieur de l'enfant.

*ii. Le Gouvernement*

73. Le Gouvernement note que la Cour met un certain nombre d'obligations à la charge des autorités internes, en particulier : assurer l'implication des parents dans la procédure à un degré suffisant pour la protection de leurs intérêts (*Iosub Caras c. Roumanie*, n° 7198/04, § 41, 27 juillet 2006), prévenir de nouveaux dangers pour l'enfant ou des préjudices pour les parties concernées comme stipulé par l'article 7 de la Convention de La Haye (*ibidem*, § 34, et *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, § 99, CEDH 2000-I), assurer un traitement urgent aux procédures relatives au retour d'un enfant enlevé, y compris l'exécution des décisions rendues (*Carlson c. Suisse*, n° 49492/06, § 69, 6 novembre 2008), et offrir un redressement au parent demandeur en cas de non-respect du délai de six semaines prévu à l'article 11 de la Convention de La Haye (*ibidem*, § 55).

74. Il estime que ces principes doivent être appliqués d'une manière qui permette d'assurer au maximum l'équilibre entre les droits de chacun

des parents et de l'enfant. Il relève néanmoins la difficulté de la tâche des autorités nationales lorsqu'elles sont confrontées à des enlèvements internationaux d'enfants ne permettant pas toujours de protéger l'intérêt supérieur de toutes les parties, spécialement celui de l'enfant, chaque partie en ayant une définition différente, voire contradictoire, de celle des autres. Par ailleurs, il insiste sur la distinction qui doit clairement être faite entre les procédures de retour et de garde.

75. Le Gouvernement considère que les autorités nationales jouissent d'une marge d'appréciation dans l'application de ces principes aux circonstances de l'espèce. La tâche de la Cour n'est pas de rentrer dans les détails de la procédure interne, mais de s'assurer que le processus décisionnel, dans son ensemble, a permis aux intéressés de faire pleinement valoir leurs droits (*Diamante et Pellicioni c. Saint-Marin*, n° 32250/08, § 187, 27 septembre 2011), la Cour n'étant pas un quatrième degré d'instance. Partant, il ne saurait en être autrement que si les défaillances observées ont été déterminantes pour l'issue de la procédure (*Broka c. Lettonie*, n° 70926/01, §§ 25-26, 28 juin 2007).

76. En l'espèce, il est d'avis que les autorités nationales ont respecté ces principes et qu'elles se sont livrées à un « examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale et de toute une série d'éléments » (*Neulinger et Shuruk*, précité, § 139), mais que la prise en compte de l'ensemble de la situation familiale doit différer selon les cas, en fonction de l'existence ou non de sujets d'inquiétudes manifestes ou à tout le moins de doutes raisonnables. De plus, le risque prévu par l'article 13 b) doit être « grave », outre le fait que l'intérêt supérieur de l'enfant exige également une procédure rapide.

77. Le Gouvernement précise que la demande adressée par les autorités australiennes aux autorités lettones le 15 septembre 2008 atteste du fait que T. exerçait la responsabilité parentale conjointe sur l'enfant et que, contrairement à ce que soutient la requérante, le jugement du 6 novembre 2008 n'a pas conféré ce droit à T. mais a confirmé son existence au moment du départ de sa fille d'Australie. Tant les juridictions australiennes que lettones ont établi que T. exerçait effectivement ses responsabilités parentales, qu'il y avait suffisamment d'éléments pour présumer que T. est le père biologique de l'enfant et que la requérante, quant à elle, avait fourni de fausses déclarations aux autorités pour en tirer des avantages.

78. Il précise que le rapport d'expertise avait été rédigé à titre privé à la demande de la requérante et que l'institution du « Bāriņtiesa » n'est pas juridictionnelle. Malgré le rejet de ce rapport et des observations du « Bāriņtiesa », les juges ont examiné la situation familiale au vu des éléments dont ils disposaient, ce qui relevait de leur compétence, rien dans la jurisprudence de la Cour ne pouvant remettre ce pouvoir en cause. Les

juridictions lettones ont constaté que le départ de la requérante d'Australie avec sa fille était uniquement motivé par sa mésentente personnelle avec T. et qu'il n'y avait aucune apparence de risque pour l'enfant en cas de retour : partant, les autorités lettones n'ont pas appliqué la Convention de La Haye de manière automatique ou mécanique au mépris des principes posés par l'article 8 de la Convention.

79. Le Gouvernement souligne que «la compréhension et la coopération de l'ensemble des personnes concernées constituent toujours un facteur important» pour évaluer les circonstances particulières d'une affaire (*Maumousseau et Washington*, précité, § 83, et *Neulinger et Shuruk*, précité, § 140). Or il considère que la requérante a fait preuve d'un manque de coopération avec les autorités australiennes et lettones en ignorant l'invitation à participer à la procédure devant la juridiction australienne, en empêchant les représentants du «Bāriņtiesa» de vérifier ses conditions de vie avec sa fille en Lettonie, en faisant obstruction aux contacts entre T. et sa fille et par son attitude extrêmement agressive à l'égard de T. pendant la procédure.

80. Il considère également que les juridictions ont justement écarté la question de l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu, dès lors qu'elle n'avait passé que quelques mois en Lettonie.

81. Il relève que les juges n'ont pas ordonné le retour de l'enfant vers son père, mais son retour en Australie, opérant ainsi une nette distinction entre le retour et la garde de l'enfant, une telle approche ayant été validée par la Cour (*M.R. et L.R. c. Estonie* (déc.), n° 13420/12, §§ 47-48, 15 mai 2012, et *Tarkhova c. Ukraine* (déc.), n° 8984/11, 6 septembre 2011). En tout état de cause, la situation financière de T. n'était pas de nature à l'empêcher de prendre soin de sa fille.

82. Le Gouvernement insiste sur la nécessité de distinguer la question des liens de la requérante avec l'enfant et du risque d'atteinte à ces liens en cas de retour, de celle relative à un risque pour les intérêts fondamentaux de l'enfant au sens de l'article 13 b) de la Convention de La Haye. En sa qualité de citoyenne australienne, la requérante n'était pas confrontée à d'insurmontables difficultés en cas de retour en Australie puisqu'elle bénéficiait de l'ensemble de ses droits fondamentaux, au contraire des requérants dans l'affaire *Neulinger et Shuruk* (précitée). En l'espèce, tant la mère que l'enfant ont la nationalité australienne, la mère ayant par ailleurs accès au marché de l'emploi, puisqu'elle a retrouvé un emploi depuis son retour, et pouvant bénéficier de la protection sociale. L'histoire familiale ne porte pas trace de violence ou d'abus d'autorité de la part de T., tandis que la requérante a fait preuve d'un manque de coopération et d'agressivité. Enfin, le Gouvernement attire l'attention de la Cour sur le fait qu'il ne saurait être



tenu pour responsable des décisions prises par les autorités australiennes (*M.R. et L.R. c. Estonie*, décision précitée).

**c) Les tierces interventions**

*i. Le gouvernement finlandais*

83. Le gouvernement finlandais rappelle que la Convention de La Haye est fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'elle a pour objet de le protéger contre les conséquences néfastes de l'enlèvement, tout en prévoyant un certain nombre de motifs permettant de refuser le retour. Il souligne que le « règlement Bruxelles II bis » applicable au sein de l'Union européenne, dont l'article 11 restreint encore plus les exceptions au retour de l'enfant, reflète l'avis des pays membres de l'Union européenne selon lequel l'effectivité de la Convention de La Haye sert l'intérêt supérieur de l'enfant et des familles. Il renvoie en outre à la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant.

84. S'agissant de la présente affaire, il estime notamment que l'obligation pour les juges internes saisis d'une demande de retour de procéder à un « examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale », comme le prévoit la chambre dans son arrêt, est en contradiction avec la Convention de La Haye qui prévoit que les questions relatives à la garde et à la résidence de l'enfant relèvent de la compétence du juge de la résidence habituelle.

85. Par ailleurs, il considère que les juges nationaux sont les mieux placés pour établir l'intérêt supérieur de l'enfant : la Cour ne devrait pas se substituer à eux, mais se limiter au contrôle du respect des exigences de l'article 8. Exiger un tel examen approfondi conduirait à niveler les différences entre les procédures de retour et de garde, ce qui risque de vider la Convention de La Haye de sa substance. Il souligne que cette dernière prévoit des exceptions au retour de l'enfant dans ses articles 12, 13 et 20.

86. S'agissant du rapport psychologique, auquel les juges internes n'auraient pas attaché suffisamment d'importance selon l'arrêt de la chambre, le gouvernement finlandais note qu'il a été produit par la mère pour établir l'existence d'un grave risque en cas de retour au sens de l'article 13 de la Convention de La Haye. En les jugeant mal fondées, la cour d'appel a écarté ces allégations au regard de l'article 13 de la Convention de La Haye dans le cadre de la marge d'appréciation dont elle disposait et de l'objectif poursuivi par la Convention de La Haye. En raison de ces arguments, et tout en renvoyant à l'opinion dissidente des juges Myjer et López Guerra jointe à l'arrêt de chambre, le gouvernement finlandais est d'avis qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention en l'espèce.

*ii. Le gouvernement tchèque*

87. Le gouvernement tchèque estime que la décision à venir de la Grande Chambre sera d'une importance considérable non seulement pour l'État défendeur et le système de la Convention, mais également pour le fonctionnement de la Convention de La Haye et pour les pays hors du continent européen. Il estime que la Convention de La Haye offre une procédure adaptée compte tenu des conséquences sérieuses d'un enlèvement pour l'enfant et le parent victime de cette situation. Pour éviter les effets préjudiciables de l'enlèvement, une procédure et un retour rapides s'imposent, la Convention de La Haye reposant sur l'hypothèse selon laquelle la restauration du *statu quo* préexistant à l'enlèvement est le meilleur point de départ pour protéger les droits en cause. Il cite également, dans le même sens, le « règlement Bruxelles II bis » applicable au sein de l'Union européenne.

88. Le gouvernement tchèque précise en outre que la Convention de la Haye a expressément réservé les questions relatives au droit de garde aux juges du pays de résidence habituelle de l'enfant et que le refus de retour est prévu par des exceptions en cas de risque grave pour l'enfant. Le gouvernement tchèque considère que l'évolution de la jurisprudence de la Cour, dont il fait un rappel, porte atteinte au principe de subsidiarité et va à l'encontre du but poursuivi par la Convention de La Haye. Un « examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale » reviendrait à faire un examen sur la garde elle-même, tout en ralentissant la procédure alors même que l'écoulement du temps peut influencer l'enfant lorsque son audition est possible. La loyauté voudrait par ailleurs que le parent fautif, sur qui pèse la charge de prouver dans un laps de temps très court l'existence d'un risque grave en cas de retour de l'enfant, soit privé de tout avantage sur le plan procédural, plutôt que de se voir privilégié en choisissant les juridictions du pays de son choix pour statuer sur le fond de la garde de l'enfant.

89. Le gouvernement tchèque relève notamment un conflit entre la rapidité exigée par la Convention de La Haye et le haut niveau exigé dans l'administration des preuves dans la jurisprudence récente de la Cour. Une grande différence existe dans l'évaluation des intérêts supérieurs de l'enfant selon qu'il s'agit d'une procédure de retour par le juge du pays où se trouve l'enfant ou d'examen au fond de la garde par un autre juge, celui du pays de résidence habituelle. Les États parties à la Convention européenne et à la Convention de La Haye devant respecter leurs obligations dans ce double cadre, il leur faut une interprétation et une application cohérente qui concilie ces deux textes, étant rappelé que le « règlement Bruxelles II bis » est encore plus rigoureux que la Convention de La Haye. La base de

données mise en place par le Bureau permanent de la Conférence de droit international privé (INCADAT) permet de constater que les juridictions nationales tendent à maintenir une application stricte de la Convention de La Haye, conformément à son but. Le Gouvernement tchèque, tout en plaçant pour un retour au principe de subsidiarité, invite la Grande Chambre à infirmer l'arrêt de la chambre et à fixer des limites à l'examen de la situation familiale par le juge saisi d'une demande de retour.

*iii. « Reunite International Child Abduction Centre » (« Reunite »)*

90. Reunite rappelle que la Convention de La Haye a été conçue pour faciliter la protection de l'enfant victime d'un enlèvement international injustifié, en partant de l'hypothèse que, sauf exceptions, le retour rapide de l'enfant correspond à son intérêt supérieur. Reunite partage entièrement le résumé fait par la Cour de l'esprit de la Convention de La Haye dans son arrêt *Maumousseau et Washington* (précité, § 69). Elle relève notamment que la Convention de La Haye, qui rencontre un énorme succès dans la lutte contre l'enlèvement international d'enfants, vise non pas la protection des adultes mais celle des enfants. Elle prévoit un nombre limité d'exceptions au retour rapide de l'enfant, réservant les questions sur la situation générale de celui-ci à long terme aux juridictions du lieu de sa résidence habituelle. Ces dernières ont donc pour tâche de procéder à un contrôle approfondi de la situation dans l'intérêt de l'enfant, contrairement aux juges du pays où se trouve l'enfant qui, saisis d'une demande de retour, doivent se prononcer à la suite d'un examen limité au cadre fixé par la Convention de La Haye.

91. Tout en relevant que la Cour, dans sa jurisprudence, a identifié des points centraux pour le bon fonctionnement de la Convention de La Haye, Reunite note qu'une évolution récente semble vouloir exiger des juges un examen plus approfondi pour statuer sur les exceptions au retour de l'enfant. Elle demande donc à la Grande Chambre de clarifier la question de l'exigence d'un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale dans le contexte de la Convention de La Haye, et de préciser que cela ne concerne que la compatibilité du retour avec la Convention, et non une remise en cause de la compétence exclusive du juge de la résidence habituelle sur le fond.

**d) Appréciation de la Cour**

*i. Principes généraux*

92. La Cour estime opportun de rappeler d'emblée certains principes qui doivent la guider dans son examen et qu'elle a rappelés, dans son récent

arrêt *Nada c. Suisse* ([GC], n° 10593/08, § 167, CEDH 2012), dans les termes suivants :

« 168. Selon une jurisprudence constante, les Parties contractantes sont responsables en vertu de l'article 1 de la Convention de toutes les actions et omissions de leurs organes, que celles-ci découlent du droit interne ou d'obligations juridiques internationales. L'article 1 ne fait aucune distinction à cet égard entre les différents types de normes ou de mesures et ne soustrait aucune partie de la « juridiction » des Parties contractantes à l'empire de la Convention (*Bosphorus*, précité, § 153, et *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, § 29, *Recueil* 1998-I). Les engagements conventionnels contractés par l'État après l'entrée en vigueur de la Convention à son égard peuvent donc engager sa responsabilité au regard de cet instrument (*Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, § 128, CEDH 2010, et *Bosphorus*, précité, § 154, avec les références citées).

169. 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 (voir, par exemple, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, § 131, CEDH 2010, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 55, CEDH 2001-XI, et *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 29, série A n° 18).

170. En assumant de nouvelles obligations internationales, les États ne sont pas supposés vouloir se soustraire à celles qu'ils ont précédemment souscrites. Quand plusieurs instruments apparemment contradictoires sont simultanément applicables, la jurisprudence et la doctrine internationales s'efforcent de les interpréter de manière à coordonner leurs effets, tout en évitant de les opposer entre eux. Il en découle que deux engagements divergents doivent être autant que possible harmonisés de manière à leur conférer des effets en tous points conformes au droit en vigueur (voir, dans ce sens, *Al-Saadoon et Mufdhi*, précité, § 126, et *Al-Adsani*, précité, § 55, ainsi que *Banković*, décision précitée, §§ 55-57 ; voir également les références citées dans le rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international intitulé « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international » (...)).»

93. En ce qui concerne plus particulièrement la question du rapport entre la Convention européenne et la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, la Cour rappelle qu'en matière d'enlèvement international d'enfants les obligations que l'article 8 fait peser sur l'État membre doivent s'interpréter à la lumière des exigences imposées par la Convention de La Haye (*Ignaccolo-Zenide*, précité, § 95, *Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne*, n° 56673/00, § 51, CEDH 2003-V, et *Maumousseau et Washington*, précité, § 60), ainsi qu'à celles de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989

(*Maire c. Portugal*, n° 48206/99, § 72, CEDH 2003-VII, *Maumousseau et Washington*, précité, et *Neulinger et Shuruk*, précité, § 132) et des règles et principes de droit international applicables aux relations entre les Parties contractantes (*Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, § 67, CEDH 2008).

94. Cette approche s'inscrit dans le cadre d'une application combinée et harmonieuse des textes internationaux, en l'espèce et en particulier de la Convention européenne et de la Convention de La Haye, compte tenu de son objet et de son impact dans la protection des droits des enfants et des parents. Une telle prise en compte des dispositions internationales ne doit pas entraîner une opposition ou une confrontation entre les différents traités, sous réserve que la Cour puisse pleinement assurer la mission qui est la sienne, à savoir «assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes» de la Convention (voir, parmi d'autres, *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, § 93, série A n° 310), en interprétant et en appliquant les dispositions de celle-ci d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives (voir, notamment, *Artico c. Italie*, 13 mai 1980, § 33, série A n° 37, et *Nada*, précité, § 182).

95. Le point décisif consiste à savoir si le juste équilibre devant exister entre les intérêts concurrents en jeu – ceux de l'enfant, ceux des deux parents et ceux de l'ordre public – a été ménagé, dans les limites de la marge d'appréciation dont jouissent les États en la matière (*Maumousseau et Washington*, précité, § 62), en tenant compte toutefois de ce que l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer la principale considération, les objectifs de prévention et de retour immédiat répondant à une conception déterminée de «l'intérêt supérieur de l'enfant» (paragraphe 35 ci-dessus).

96. La Cour rappelle qu'il existe un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer (paragraphe 37-39 ci-dessus).

97. La même philosophie se trouve à la base de la Convention de La Haye qui associe cet intérêt au rétablissement du *statu quo*, par une décision de retour immédiat dans le pays de résidence habituelle de l'enfant en cas d'enlèvement illicite, mais ce tout en tenant compte du fait qu'un non-retour peut parfois s'avérer justifié par des raisons objectives qui correspondent à l'intérêt de l'enfant, ce qui explique l'existence d'exceptions, notamment en cas de risque grave que ce retour ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable (article 13 b)). La Cour constate d'ailleurs que l'Union européenne adhère à la même philosophie, dans le cadre d'un système impliquant uniquement des États membres et basé sur un principe de confiance mutuelle. Le «règlement Bruxelles II bis», dont les règles en matière d'enlèvement

d'enfants viennent compléter celles déjà fixées dans la Convention de La Haye renvoie également, dans son préambule, à l'intérêt supérieur de l'enfant (paragraphe 42 ci-dessus), tandis que l'article 24 § 2 de la Charte des droits fondamentaux insiste sur le fait qu'il doit être une considération primordiale dans tous les actes relatifs aux enfants (paragraphe 41 ci-dessus).

98. Il découle donc directement non seulement de l'article 8 de la Convention, mais également de la Convention de La Haye elle-même, compte tenu des exceptions qu'elle prévoit expressément au principe d'un retour rapide de l'enfant dans le pays du lieu de résidence habituelle, que ce retour de l'enfant ne saurait être ordonné de façon automatique ou mécanique (*Maumousseau et Washington*, précité, § 72, et *Neulinger et Shuruk*, précité, § 138).

99. Ainsi que la Cour l'a rappelé dans son arrêt *Neulinger et Shuruk* (précité, § 140), les obligations incombant aux États à cet égard ont été définies dans l'affaire *Maumousseau et Washington* (précité, § 83).

100. L'intérêt supérieur de l'enfant ne se confond pas avec celui de son père ou de sa mère, outre qu'il renvoie nécessairement à des éléments d'appréciation divers liés au profil individuel et à la situation spécifique de l'enfant. Néanmoins, il ne saurait être appréhendé d'une manière identique selon que le juge est saisi d'une demande de retour en application de la Convention de La Haye ou d'une demande de statuer au fond sur la garde ou l'autorité parentale, cette dernière relevant d'une procédure en principe étrangère à l'objet de la Convention de La Haye (articles 16, 17 et 19 – paragraphe 35 ci-dessus).

101. Partant, dans le cadre d'une demande de retour faite en application de la Convention de La Haye, qui est donc distincte d'une procédure sur le droit de garde, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant doit s'apprécier à la lumière des exceptions prévues par la Convention de La Haye, lesquelles concernent l'écoulement du temps (article 12), les conditions d'application de la Convention (article 13 a) et l'existence d'un « risque grave » (article 13 b)), ainsi que le respect des principes fondamentaux de l'État requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 20). Cette tâche revient en premier lieu aux autorités nationales requises, qui ont notamment le bénéfice de contacts directs avec les intéressés. Pour ce faire au regard de l'article 8 de la Convention, les juridictions internes jouissent d'une marge d'appréciation, laquelle s'accompagne toutefois d'un contrôle européen en vertu duquel la Cour examine, sous l'angle de la Convention, les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de ce pouvoir (voir, *mutatis mutandis*, *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, § 55, série A n° 299-A, ainsi que *Maumousseau et Washington*, précité, § 62, et *Neulinger et Shuruk*, précité, § 141).

102. Précisément, dans le cadre de cet examen, la Cour rappelle qu'elle n'entend pas substituer son appréciation à celle des juridictions internes (voir, par exemple, *Hokkanen*, précité, et *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 154, CEDH 2001-VII). Elle doit cependant s'assurer que le processus décisionnel ayant conduit les juridictions nationales à prendre la mesure litigieuse a été équitable et qu'il a permis aux intéressés de faire valoir pleinement leurs droits, et ce dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant (*Eskinazi et Chelouche c. Turquie* (déc.), n° 14600/05, CEDH 2005-XIII, *Maumousseau et Washington*, précité, et *Neulinger et Shuruk*, précité, § 139).

103. À ce titre, le Gouvernement estime notamment que la prise en compte de l'ensemble de la situation familiale doit différer selon les circonstances propres à chaque affaire (paragraphe 75 ci-dessus). Quant aux tiers intervenants, soit ils estiment que l'exigence d'un « examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale » (*Neulinger et Shuruk*, précité) est en contradiction avec la Convention de La Haye (paragraphe 84 et 88 ci-dessus), soit ils demandent à la Cour de clarifier cette question (paragraphe 91 ci-dessus) et de fixer des limites à l'examen de la situation familiale par le juge saisi d'une demande de retour (paragraphe 89 ci-dessus).

104. Sur ce point, la Cour observe que l'arrêt rendu par la Grande Chambre dans l'affaire *Neulinger et Shuruk* (précité, § 139), auquel se réfèrent certains arrêts ultérieurs (voir, parmi d'autres, *Raban c. Roumanie*, n° 25437/08, § 28, 26 octobre 2010, *Šneerson et Kampanella*, précité, § 85, et, plus récemment, *M.R. et L.R. c. Estonie*, décision précitée, § 37) pouvait et a effectivement été lu comme suggérant que les juridictions nationales devaient se livrer à un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale et de toute une série d'éléments. Une telle formule avait déjà été utilisée par une chambre dans l'affaire *Maumousseau et Washington* (précitée, § 74), un tel examen approfondi ayant, en fait, été effectué par les juridictions internes.

105. Dans ce contexte, la Cour estime opportun de clarifier le fait que son constat au paragraphe 139 de l'arrêt *Neulinger et Shuruk* ne pose donc en soi aucun principe pour l'application de la Convention de La Haye par les juges nationaux.

106. La Cour estime que l'on peut parvenir à une interprétation harmonieuse de la Convention européenne et de la Convention de La Haye (paragraphe 94 ci-dessus) sous réserve que les deux conditions suivantes soient réunies. Premièrement, les éléments susceptibles de constituer une exception au retour immédiat de l'enfant en application des articles 12, 13 et 20 de la Convention de La Haye, notamment lorsqu'ils sont invoqués par l'une des parties, soient réellement pris en compte par le juge requis. Ce dernier doit dès lors rendre une décision suffisamment motivée sur ce

point, afin de permettre à la Cour de s'assurer que ces questions ont bien fait l'objet d'un examen effectif. Deuxièmement, ces éléments doivent être appréciés à la lumière de l'article 8 de la Convention (*Neulinger et Shuruk*, précité, § 133).

107. Par conséquent, la Cour estime que l'article 8 de la Convention fait peser sur les autorités internes une obligation procédurale particulière à ce titre: dans le cadre de l'examen de la demande de retour de l'enfant, les juges doivent non seulement examiner des allégations défendables de «risque grave» pour l'enfant en cas de retour, mais également se prononcer à ce sujet par une décision spécialement motivée au vu des circonstances de l'espèce. Tant un refus de tenir compte d'objections au retour susceptibles de rentrer dans le champ d'application des articles 12, 13 et 20 de la Convention de La Haye qu'une insuffisance de motivation de la décision rejetant de telles objections seraient contraires aux exigences de l'article 8 de la Convention, mais également au but et à l'objet de la Convention de La Haye. La prise en compte effective de telles allégations, attestée par une motivation des juridictions internes qui soit non pas automatique et stéréotypée, mais suffisamment circonstanciée au regard des exceptions visées par la Convention de La Haye, lesquelles doivent être d'interprétation stricte (*Maumousseau et Washington*, précité, § 73), est nécessaire. Cela permettra aussi d'assurer le contrôle européen confié à la Cour, dont la vocation n'est pas de se substituer aux juges nationaux.

108. Par ailleurs, le préambule de la Convention de La Haye prévoyant le retour de l'enfant «dans l'État de sa résidence habituelle», les juges doivent s'assurer que les garanties adéquates sont assurées de manière convaincante dans ce dernier et, en cas de risque avéré, que des mesures de protection concrète y sont prises.

*ii. Application de ces principes au cas d'espèce*

109. La Cour, qui doit se placer au moment de l'exécution de la mesure litigieuse (voir, *mutatis mutandis*, *Maslov c. Autriche* [GC], n° 1638/03, § 91, CEDH 2008), constate tout d'abord qu'à la différence de l'affaire *Neulinger et Shuruk* (précitée), dont les circonstances étaient en tout état de cause particulièrement singulières, notamment en raison d'un écoulement du temps très significatif, peu de temps s'était écoulé en l'espèce au moment où les autorités lettones ont été saisies de la demande fondée sur la Convention de La Haye. L'enfant avait vécu les premières années de sa vie en Australie et était arrivée en Lettonie à l'âge de trois ans et cinq mois. La demande de retour a été présentée à l'autorité centrale deux mois après le départ d'Australie, le jugement du tribunal d'arrondissement et l'arrêt de la cour



régionale de Rīga sont respectivement intervenus quatre et six mois après l'arrivée en Lettonie. Finalement, T. a retrouvé E. et entrepris le voyage de retour avec elle vers l'Australie le 14 mars 2009. Il en découle que non seulement l'introduction de la demande de retour devant l'autorité lettone, mais également la procédure interne et le retour de l'enfant sont intervenus dans la période de moins d'un an visé au premier alinéa de l'article 12 de la Convention de La Haye, lequel prévoit alors un retour immédiat.

110. Par ailleurs, la Cour note que les juridictions nationales de première instance et d'appel ont été unanimes quant à la suite à donner à la demande de retour présentée par T. En effet, par un jugement du 19 novembre 2008, le tribunal d'arrondissement, qui s'est prononcé après une audience à laquelle ont assisté les deux parents, a estimé la Convention de La Haye applicable et fait droit à la demande de T. en ordonnant le retour immédiat de l'enfant en Australie. Le 26 janvier 2009, après une audience en présence des deux parents également, la cour régionale de Rīga a confirmé ce jugement.

111. S'agissant plus spécialement de la motivation retenue par les juges lettons, la Cour relève qu'en première instance le tribunal a rejeté d'une manière motivée les objections de la requérante au retour de l'enfant sur le fondement de l'article 13 de la Convention de La Haye, notamment après avoir examiné les pièces produites par les parties, qu'il s'agisse de photos et de copies de courriels échangés entre la requérante et des proches de T. ou de dépositions de témoins produites par la requérante. En revanche, après avoir refusé de demander aux autorités australiennes des informations sur les condamnations antérieures de T. et les accusations qui l'auraient visé, le tribunal a finalement écarté l'allégation de risque de danger psychique pour l'enfant en cas de séparation immédiate d'avec sa mère, faute pour la requérante de l'avoir étayée (paragraphe 21 ci-dessus).

112. La Cour constate que la situation s'est ensuite présentée différemment devant la cour régionale de Rīga, la requérante ayant produit, dans le cadre de son appel, un certificat rédigé à sa demande par un psychologue le 16 décembre 2008, soit après le jugement de première instance. Il ressortait de ce document que si le jeune âge de l'enfant l'empêchait de dire sa préférence sur son lieu de résidence, une séparation immédiate avec sa mère était à exclure en raison d'un risque de traumatisme psychologique (paragraphe 22 ci-dessus).

113. Or si le tribunal de l'arrondissement, saisi de la demande de sursis à exécution du jugement ordonnant le retour de l'enfant, a tenu compte de cet élément pour ordonner, dans l'intérêt de l'enfant, le sursis à exécution de la décision de retour pendant la durée d'examen de l'appel (paragraphe 24 ci-dessus), la cour régionale l'a quant à elle écarté.

114. La Cour note en effet que les juges d'appel ont considéré que la conclusion de l'examen psychologique relevait du fond sur le droit de garde et ne pouvait donc servir de preuve pour statuer sur la question du retour dont elle était saisie. Ce faisant, compte tenu de cette motivation, la cour régionale de Rīga a refusé d'examiner les conclusions de cette expertise à la lumière des dispositions de l'article 13 b) de la Convention de la Haye, et ce alors même qu'elle était directement liée à l'intérêt supérieur de l'enfant, dès lors qu'elle dénonçait un risque de traumatisme psychologique pour l'enfant en cas de séparation immédiate d'avec sa mère (voir, *a contrario*, *Maumousseau et Washington*, précité, § 63).

115. L'article 8 de la Convention imposait aux autorités lettones une obligation procédurale, en exigeant qu'une allégation défendable de «risque grave» pour l'enfant en cas de retour fasse l'objet de la part des juges d'un examen effectif, ce dernier devant ressortir d'une décision motivée (paragraphe 107 ci-dessus).

116. Selon l'article 13 b) de la Convention de La Haye, les juges saisis de la demande de retour ne sont pas tenus d'y faire droit, «lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit (...) qu'il existe un risque grave». Le parent s'opposant au retour doit, le premier, apporter un nombre suffisant d'éléments en ce sens. En l'espèce, c'est donc à la requérante qu'il revenait de fournir des preuves suffisantes pour étayer ses allégations, lesquelles devaient en outre concerner l'existence d'un risque spécialement qualifié de «grave» par l'article 13 b). La Cour note au demeurant que si ce dernier n'est pas limitatif quant à la nature exacte du «risque grave» – celui-ci pouvant être non seulement «un danger physique ou psychique», mais également «une situation intolérable» –, il ne saurait être lu, au regard de l'article 8 de la Convention, comme incluant l'intégralité des désagréments nécessairement liés à la situation vécue en cas de retour: l'exception prévue par l'article 13 b) vise uniquement les situations qui vont au-delà de ce qu'un enfant peut raisonnablement supporter. La requérante s'est exécutée en produisant un certificat rédigé par un psychologue et concluant à l'existence d'un risque de traumatisme pour l'enfant en cas de séparation immédiate d'avec sa mère. Par ailleurs, elle a également fait valoir l'existence de condamnations pénales à l'encontre de T. et invoqué des actes de maltraitance de sa part. Il appartenait donc aux juges lettons de procéder à des vérifications sérieuses permettant soit de confirmer soit d'écarter l'existence d'un «risque grave» (*B. c. Belgique*, n° 4320/11, §§ 70-72, 10 juillet 2012).

117. Ainsi, de l'avis de la Cour, le refus de prendre en compte une telle allégation, étayée par la requérante puisqu'elle reposait sur une

attestation émanant d'un professionnel dont les conclusions faisaient apparaître l'existence possible d'un risque grave au sens de l'article 13 b) de la Convention de La Haye, est contraire aux exigences de l'article 8 de la Convention. Le caractère non contradictoire de cette expertise ne suffisait pas à dispenser les juges de l'examiner effectivement, l'office du juge permettant à la cour régionale de soumettre le document au débat entre les parties, voire d'ordonner d'office une expertise judiciaire contradictoire – ce que permet le droit letton (paragraphe 45 ci-dessus). La question de savoir si la mère pouvait suivre sa fille en Australie et maintenir le contact avec elle aurait également dû être traitée. La Cour souligne d'ailleurs qu'en tout état de cause, les droits garantis par l'article 8 de la Convention, qui fait partie du droit letton et qui est d'applicabilité directe, constituant des « principes fondamentaux de l'État requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » au sens de l'article 20 de la Convention de La Haye, la cour régionale ne pouvait se dispenser d'un tel contrôle dans les circonstances de l'espèce.

118. Quant à la nécessité de respecter les brefs délais prévus par la Convention de La Haye et visés dans ses motifs par la cour régionale de Rīga (paragraphe 25 ci-dessus), la Cour rappelle que si ladite Convention prévoit effectivement en son article 11 que les autorités judiciaires doivent procéder d'urgence, cela ne saurait les exonérer d'un examen effectif des allégations d'une partie, fondées sur l'une des exceptions expressément prévues, à savoir l'article 13 b) en l'espèce.

119. Compte tenu de ce qui précède, la Cour considère que la requérante a fait l'objet d'une ingérence disproportionnée dans son droit au respect de sa vie familiale, le processus décisionnel en droit interne n'ayant pas satisfait aux exigences procédurales inhérentes à l'article 8 de la Convention, faute pour la cour régionale de Rīga d'avoir effectivement examiné les allégations de la requérante sur le terrain de l'article 13 b) de la Convention de La Haye.

120. Partant, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

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

121. 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**

122. La requérante n'ayant présenté aucune demande au titre d'un éventuel préjudice moral ou matériel, la Cour constate qu'il n'y a pas lieu de lui accorder une somme à ce titre.

### **B. Frais et dépens**

123. La requérante réclame une somme de 1 996,91 lati, soit 2 858,84 euros (EUR), en produisant un certain nombre de justificatifs, pour ses frais et dépens engagés devant la Grande Chambre de la Cour.

124. Le Gouvernement considère que les demandes de la requérante ne sont ni justifiées ni raisonnables, à l'exception d'une somme de 485,19 EUR relative aux frais engagés pour le voyage du représentant de la requérante en vue de participer à l'audience devant la Cour.

125. La Cour rappelle qu'un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En l'espèce et compte tenu des documents en sa possession et de sa jurisprudence, la Cour estime raisonnable d'allouer à la requérante la somme de 2 000 EUR au titre des frais et dépens pour la procédure devant elle.

### **C. Intérêts moratoires**

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

## PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par neuf voix contre huit, qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention;
2. *Dit*, par dix voix contre sept,
  - a) que l'État défendeur doit verser à la requérante, dans les trois mois, 2 000 EUR (deux mille euros) pour frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par la requérante, à convertir en lati au taux applicable à la date du règlement;
  - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ce montant sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;

3. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 26 novembre 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 Pinto de Albuquerque ;
- opinion dissidente commune aux juges Bratza, Vajić, Hajiyev, Šikuta, Hirvelä, Nicolaou, Raimondi et Nußberger.

D.S.  
M.O'B.

## OPINION CONCORDANTE DU JUGE PINTO DE ALBUQUERQUE

(Traduction)

Voici la Grande Chambre de nouveau saisie d'une affaire d'enlèvement international d'un enfant par un parent. Trois ans après avoir énoncé les principes régissant son action dans son arrêt *Neulinger et Shuruk*<sup>1</sup>, elle est appelée à les réexaminer à l'aune des mêmes sources du droit international de la famille et du droit international relatif aux droits de l'homme. En d'autres termes, la question principale qui se pose devant elle est la viabilité théorique et pratique de sa propre jurisprudence très récente.

Si je partage le constat de violation de l'article 8, je me dissocie des principes énoncés par la majorité aux paragraphes 105 à 108, que j'estime équivoques, et de l'appréciation par elle des faits de l'espèce, que j'estime insuffisante. L'exposé de mon opinion se divise en trois parties. Premièrement, je traiterai les questions de l'examen qui s'impose, sur le terrain de la Convention européenne des droits de l'homme, des décisions de retour dans les affaires d'enlèvement international d'enfants et de la nécessité tant proclamée d'une révision des principes de l'arrêt *Neulinger et Shuruk*. Deuxièmement, j'analyserai la nature du mécanisme instauré par la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et son articulation avec la Convention. Enfin, dans la troisième partie, les standards européens seront appliqués aux faits de l'espèce en tenant particulièrement compte du caractère imparfait, à la date du déplacement, du « droit de garde » allégué par le parent abandonné<sup>2</sup>.

### **Les décisions de retour dans les affaires d'enlèvement international d'enfants par un parent au regard de la Convention**

L'article 8 de la Convention donne pour obligation positive aux Parties contractantes de réunir un parent et son enfant dès lors que, illicitement,

---

1. *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, CEDH 2010.

2. Dans la présente opinion, « la Convention » renvoie à la Convention européenne des droits de l'homme, « la Convention de La Haye » à la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, « le règlement de l'UE » au règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003, « la Cour » à la Cour européenne des droits de l'homme et « la Commission spéciale » à la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye. De plus, j'appellerai « le parent abandonné » le parent illicitement privé de son droit de garde et « le parent ravisseur » le parent ayant illicitement déplacé ou retenu l'enfant. J'appellerai aussi « le pays d'accueil » le pays dans lequel l'enfant a été illicitement déplacé ou est illicitement retenu et « le pays de résidence habituelle » le pays duquel l'enfant a été illicitement déplacé ou dans lequel il ne peut pas retourner.

celui-ci a été déplacé dans un pays étranger ou y est retenu par l'autre parent, et plus précisément de prendre des mesures effectives en vue d'exécuter toute décision ordonnant le retour de l'enfant enlevé dans son pays de résidence habituelle<sup>3</sup>, de faire prononcer une décision de ce type<sup>4</sup> voire d'introduire une action à cette fin dans le pays de résidence habituelle pour le compte du parent abandonné<sup>5</sup>. Ces obligations positives doivent être interprétées à la lumière de la Convention de La Haye, surtout lorsque l'État défendeur est aussi partie à cet instrument<sup>6</sup>. Ainsi, la Cour fait sienne la philosophie de la Convention de La Haye, qui est de rétablir l'enfant dans sa situation telle qu'elle existait avant l'enlèvement<sup>7</sup>. Le juge du pays d'accueil se doit donc d'ordonner le retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle, sauf pour l'un des motifs de refus de retour énoncés aux articles 13 et 20 de la Convention de La Haye, tandis que le juge du pays de résidence habituelle est le seul compétent pour trancher au fond le litige en matière de garde. Bien que les procédures de retour appellent un traitement urgent et les décisions de retour une exécution rapide, *le prononcé de ces décisions dans les affaires d'enlèvement international d'enfants requiert une appréciation détaillée ou approfondie de la situation familiale dans son ensemble par le juge du pays d'accueil dans le cadre précis de la demande de retour*<sup>8</sup>. Lorsque le processus décisionnel d'une juridiction du pays d'accueil ou l'appréciation qui en résulte présente des lacunes, le prononcé d'une décision de retour en vertu de la Convention de La Haye peut violer la Convention puisque l'ingérence dans l'exercice par l'enfant de son droit à la vie familiale avec le parent ravisseur ne sera peut-être pas forcément nécessaire dans une société démocratique<sup>9</sup>.

3. L'arrêt de principe est *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, CEDH 2000-I.

4. L'arrêt de principe est *Monory c. Roumanie et Hongrie*, n° 71099/01, 5 avril 2005.

5. L'arrêt de principe est *Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne*, n° 56673/00, §§ 57-59, CEDH 2003-V.

6. Article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Voir, parmi d'autres précédents, les arrêts précités *Ignaccolo-Zenide*, § 95, *Monory*, § 81, et *Iglesias Gil et A.U.I.*. Toutefois, l'obligation positive d'agir en cas d'enlèvement d'enfants s'applique aussi aux États non parties à la Convention de La Haye (*Bajrami c. Albanie*, n° 35853/04, CEDH 2006-XIV, et *Hansen c. Turquie*, n° 36141/97, 23 septembre 2003).

7. *Maumousseau et Washington c. France*, n° 39388/05, § 69, 6 décembre 2007.

8. *Neulinger et Shuruk*, précité, § 139.

9. L'arrêt de principe est, à l'évidence, *Neulinger et Shuruk*, précité, suivi par les arrêts *Šneerson et Kampanella c. Italie*, n° 14737/09, 12 juillet 2011, et *B. c. Belgique*, n° 4320/11, 10 juillet 2012. Il est néanmoins important de noter que, depuis l'arrêt *Neulinger et Shuruk*, la Cour a jugé irrecevables pour la plupart des griefs très similaires (*Van den Berg et Sarri c. Pays-Bas* v. *Lipkowsky et McCormack c. Allemagne* (déc.), n° 26755/10, 18 janvier 2011, *Tarkhova c. Ukraine* (déc.), n° 8984/11, 6 septembre 2011, *M.R. et L.R. c. Estonie* (déc.), n° 13420/12, 15 mai 2012, et *Chernaț et autres c. Roumanie* (déc.), n° 13212/09, 3 juillet 2012). Bref, l'application prudente de l'arrêt *Neulinger* n'a pas ouvert la porte à une avalanche d'arrêts similaires. Le risque tant décrié de démolition imminente du mécanisme de La Haye après cet arrêt s'est révélé infondé.

Cela étant dit, l'examen détaillé de la situation de l'enfant ne se substitue manifestement pas à la procédure sur le droit de garde dans le pays d'où l'enfant a été enlevé, le juge du pays d'accueil n'étant pas censé se livrer d'office à une appréciation indépendante et globale du fond de l'affaire, basée sur une analyse de la situation de l'enfant et de sa famille ainsi que du contexte social et culturel présent et futur. *Le juge du pays d'accueil ne peut être saisi que des questions touchant directement l'enlèvement de l'enfant soulevées par la demande de retour, et seulement si elles se rapportent à la décision à prendre de manière urgente et provisoire sur l'avenir proche de l'enfant.* Voilà en quoi consistaient et en quoi consistent toujours les critères de l'arrêt *Neulinger et Shuruk*. Ni plus ni moins. L'examen détaillé auquel procède le juge du pays d'accueil n'implique aucune réattribution de compétence en matière de responsabilité parentale, laquelle demeure du ressort du pays de résidence habituelle de l'enfant. Ainsi, l'arrêt *Neulinger et Shuruk* ne supprime pas la différence fondamentale, consacrée à l'article 19 de la Convention de La Haye, entre une procédure de retour relevant de cet instrument et une procédure de garde.

### **L'articulation de la Convention avec la Convention de La Haye**

La Convention de La Haye vise à lutter contre l'enlèvement international d'enfants par le père ou la mère grâce à un mécanisme combinant l'entraide interétatique et judiciaire. Dès lors qu'un enfant âgé de moins de seize ans est illicitement déplacé de son pays de résidence habituelle par l'un de ses parents, le mécanisme de La Haye est censé rétablir, aussitôt que possible, le *statu quo* antérieur au déplacement<sup>10</sup>. Pour établir l'illicéité du déplacement, trois conditions objectives doivent être réunies: 1) l'existence pour le parent abandonné de droits de garde immédiatement avant le déplacement;

10. L'enlèvement international d'enfants implique soit le déplacement illicite d'un pays à un autre, soit le non-retour illicite d'un enfant dans un pays étranger. Compte tenu des faits de l'espèce, la présente opinion ne traitera que du premier cas de figure et considérera le parent abandonné comme l'archétype de la personne, institution ou autre organisme visé(e) à l'article 3 a) de la Convention de La Haye. Les deux postulats de base de cet instrument sont, premièrement, que les tribunaux du pays de résidence habituelle sont mieux placés (*forum conveniens*) pour régler au fond le litige relatif au droit de garde car c'est là que se trouvent l'essentiel des preuves pertinentes et, deuxièmement, que l'enlèvement nuit au développement de l'enfant car celui-ci est contraint d'abandonner le parent qui s'occupe principalement de lui, les membres de sa famille ainsi que le milieu social et culturel qu'il connaît. En fait, lorsque la Convention de La Haye était en cours d'élaboration, le stéréotype sociologique du parent ravisseur était le père étranger n'ayant pas de droit de garde, réticent à accepter la garde exercée par la mère sur l'enfant et ayant déplacé l'enfant de son pays de résidence habituelle. Depuis les années 1990, ce n'est plus le cas, la majorité des parents ravisseurs étant aujourd'hui des mères étrangères ayant le droit de garde qui quittent, pour de multiples raisons, le pays de résidence habituelle de la famille après avoir rompu avec le père de l'enfant. Par conséquent, si le postulat en matière de preuve est toujours d'actualité aujourd'hui, ce n'est plus le cas du postulat factuel.



2) l'exercice effectif de ces droits antérieurement au déplacement, et 3) la fixation de la résidence habituelle de l'enfant à la date du déplacement. Aucun autre élément subjectif, tel que l'intention du parent ravisseur, n'a à être établi<sup>11</sup>. Le retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle devra alors être ordonné par le juge du pays d'accueil. La demande de retour pourra être rejetée si l'une des trois conditions ci-dessus n'est pas satisfaite<sup>12</sup>. Elle pourra l'être aussi si le parent abandonné a consenti au déplacement ou y a acquiescé postérieurement, ou dans certaines circonstances tenant au bien-être de l'enfant, à savoir 1) s'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique<sup>13</sup>, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable<sup>14</sup>; 2) si l'enfant qui a atteint un certain degré de maturité s'y oppose; 3) si l'enfant s'est installé dans le pays d'accueil et qu'une année s'est écoulée entre son déplacement et l'introduction en justice de la demande de retour<sup>15</sup>, ou 4) si le retour de l'enfant ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'État requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>16</sup>.

11. Voir l'arrêt *Thomson v. Thomson* [1994] 3 S.C.R. 551, dans lequel la Cour suprême canadienne a dit que la connaissance qu'avait la mère d'une décision interdisant le déplacement d'Écosse d'un enfant n'était pas essentielle. D'ailleurs, la Convention de La Haye ne fait aucune distinction entre le déplacement intentionnel et le déplacement par négligence d'un enfant (*Mattenkloft c. Allemagne* (déc.), n° 41092/06, 11 décembre 2006).

12. Certains tribunaux acceptent d'autres moyens de défense « procéduraux », par exemple la « déchéance frappant le fugitif » (*fugitive disentitlement*), la renonciation (*waiver*) et les « mains sales » (*unclean hands*) (pour un résumé, voir Federal Judicial Center, *International Litigation Guide, The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Guide for Judges*, 2012, pp. 91-98).

13. Les tribunaux nationaux recherchent si l'enfant serait exposé à un danger de ce type dans les cas suivants : retour dans une zone en proie à la guerre, à des troubles civils, à des violences endémiques, à la famine, à des épidémies ou à la pollution, problèmes d'adaptation, conditions de vie difficiles, négligence de l'enfant, sévices sur celui-ci, troubles post-traumatiques ou traumatisme causé par la séparation (voir notamment Cour de cassation française, arrêts n° 11-28.424 du 13 février 2013, et n° 10-19905 du 26 octobre 2011; Cour de cassation italienne, arrêt n° 22962 du 31 octobre 2007, et n° 10577 du 4 juillet 2003; ainsi que les décisions rendues par les juridictions fédérales américaines dans les affaires *Simcox v. Simcox*, 511 F.3d 594 (6<sup>th</sup> Cir. 2007); *Blondin v. Dubois*, 238 F.3d 153 (2d Cir. 2001), et *Friedrich v. Friedrich*, 78 F.3d 1060 (6<sup>th</sup> Cir. 1996)).

14. Une interprétation stricte – et problématique – de l'article 11 §§ 4 et 8 du règlement de l'UE a rendu inutiles ces moyens de défense et a donc quasiment éliminé toute vérification dans le pays d'accueil (CJUE, *Rinau*, affaire C-195/08PPU, arrêt du 11 juillet 2008; *Detiček*, affaire C 403/09PPU, arrêt du 23 décembre 2009; *Povse*, affaire C-211/10, arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2010, et *Zarraga*, affaire C-491/10PPU, arrêt du 22 décembre 2010).

15. Les tribunaux nationaux prennent en compte des éléments tels que la durée et la stabilité de la résidence dans le nouveau milieu, l'assiduité à l'école et les activités extrascolaires ainsi que la langue parlée couramment (*Friedrich v. Friedrich*, précité, et *Lops v. Lops*, 140 F.3d 927 (11<sup>th</sup> Cir. 1998)).

16. Bien qu'il ne se limite pas expressément aux droits fondamentaux de l'enfant, ce moyen de défense a été interprété en ce seul sens, l'article 20 étant censé énoncer « une forme très strictement bornée d'ordre public » (Conclusions sur les points principaux discutés par la Commission spéciale, 1989, § 38), d'aucuns soutenant que les motifs de refus de retour de l'enfant énoncés à l'article 13 englobent déjà ceux

La terminologie de la Convention de La Haye devant être interprétée eu égard à son caractère autonome et à la lumière de son but, les droits de garde peuvent englober des droits énoncés par la législation du pays de résidence habituelle sous une terminologie différente et ne sont pas forcément équivalents à des droits qualifiés comme tels par la loi de tel ou tel pays<sup>17</sup>. Par exemple, un parent non marié qui, concrètement, prend soin de l'enfant peut néanmoins se voir refuser des droits de garde<sup>18</sup>. L'appréciation de points de fait et de droit tels que l'existence de droits de garde, d'une résidence habituelle ou d'un risque grave de dommage est du ressort de l'autorité compétente, judiciaire ou autre, qui statue sur la demande de retour<sup>19</sup>. À l'exception de ce que prévoit l'article 30 de la Convention de La Haye, chaque Partie contractante à cet instrument fixe ses propres règles de preuve dans les procédures de retour. La charge de prouver le bien-fondé de la demande de retour au principal pèse sur le parent abandonné et celle de prouver le bien-fondé de l'opposition au retour sur le parent ravisseur. Dans certaines juridictions, toutefois, la charge de la preuve varie en fonction du moyen de défense invoqué<sup>20</sup>. Bien qu'elle ne soit pas encadrée par des critères stricts, l'administration de la preuve dans les procédures de retour doit respecter les impératifs de célérité et de restriction des débats aux points litigieux en rapport direct avec la question du retour<sup>21</sup>.

---

prévus à l'article 20 (compte rendu de la deuxième réunion de la Commission spéciale, 1993, réponse à la question 30 de la partie III).

17. Il a été souligné au sein de la Commission spéciale que les expressions «résidence habituelle» et «droits de garde» doivent normalement être interprétées dans une optique internationale et non par un renvoi à des règles particulières de droit national (Conclusions sur les points principaux discutés par la Commission spéciale, 1989, § 9; compte rendu de la deuxième réunion de la Commission spéciale, 1993, réponse à la question 5 de la partie III; recommandation 4.1 de la quatrième réunion de la Commission spéciale; compte rendu de la cinquième réunion de la Commission spéciale, 2006, § 155, et Conclusions de la Commission spéciale, 2012, § 44). Comme l'a dit la Cour suprême des États-Unis, les droits de garde doivent être déterminés «en suivant le texte et le plan de la Convention [de La Haye] (...) Cette approche uniforme, fondée sur le texte, assure une cohérence au niveau international dans l'interprétation de la Convention. Elle empêche les tribunaux de s'appuyer sur des définitions de la garde circonscrites à l'usage juridique local (...)» (*Abbott v. Abbott*, 130 S. Ct. 1983, 1990 (2010)).

18. Compte rendu de la troisième réunion de la Commission spéciale, 1997, § 13. Ce qu'on pourrait appeler des «droits de garde imparfaits» ont été acceptés dans certains pays, par exemple en Angleterre et au pays de Galles (*Re B. (A Minor) (Abduction)* (1994) 2 FLR 249, *Re O. (Child Abduction: Custody Rights)* (1997) 2 FLR 702, et *Re G. (Abduction: Rights of Custody)* (2002) 2 FLR 703) et en Nouvelle-Zélande (*Anderson v. Paterson* [2002] NZFLR 641), mais rejetés dans d'autres, par exemple en Irlande (*H.I. v. M.G.* (1999) 2 ILRM 1) et en Irlande du Nord (*VK and AK c. CC* [2013] NIFam 6). Ainsi qu'il sera démontré ci-dessous, la notion de «droits de garde imparfaits» n'est pas conciliable avec la jurisprudence de la Cour, de la CJUE et de la Chambre des lords.

19. Conclusions et Recommandations de la Commission spéciale, 2012, §§ 13, 36 et 80.

20. Rapport et conclusions de la Commission spéciale, 2002, § 64.

21. Recommandation 3.7 de la quatrième réunion de la Commission spéciale, 2001; Guide de bonnes pratiques, Convention-Enlèvement d'enfants: Deuxième Partie – Mise en œuvre, 2003, § 6.5.

La Convention de La Haye ne prévoyant aucune règle précise pour la procédure d'exécution, le retour de l'enfant peut être ordonné aux tribunaux, à l'Autorité centrale, à d'autres autorités du pays de résidence habituelle, voire au parent abandonné ou à un tiers, l'enfant étant parfois toujours accompagné par le parent ravisseur, sous la garde et le contrôle de celui-ci, tant que les autorités de cet État n'en auront pas décidé autrement<sup>22</sup>. La décision de retour peut être prise de pair avec d'autres mesures de protection, par exemple des stipulations, conditions ou engagements, pourvu qu'il y ait une limite dans leur portée (c'est-à-dire sans préjuger des questions se rapportant à la garde que devront trancher les tribunaux de l'État de résidence habituelle) et dans leur durée (c'est-à-dire que leurs effets se prolongeront tant que le juge du pays de résidence habituelle n'aura pas pris les mesures requises par la situation)<sup>23</sup>.

Par conséquent, *la Convention de La Haye est fondamentalement un traité attributif de compétence mais qui ne méconnaît pas pour autant certaines questions de fond touchant au bien-être de chaque enfant concerné, puisqu'il impose une appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant en son article 13 et des droits fondamentaux de celui-ci en son article 20*<sup>24</sup>. Seule une vision trop simpliste de la finalité générale d'ordre public de la Convention de La Haye et de ses effets tangibles sur la vie de chaque enfant enlevé et de ses parents ferait conclure qu'il ne s'agit que d'un texte de nature procédurale. De plus, une telle conclusion est d'autant plus erronée que la quasi-totalité des États ont ratifié la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, laquelle reflète le consensus international sur le principe de la primauté de l'intérêt de l'enfant dans toute procédure le concernant et sur l'idée qu'il faut voir dans tout enfant un sujet de droit et non un simple objet de droit<sup>25</sup>.

22. Compte rendu de la deuxième réunion de la Commission spéciale, 1993, réponse à la question 1 de la partie III. Les tribunaux devraient veiller à ce que les décisions de retour qu'ils prononcent comportent le plus de détails et de précisions possibles, y compris les modalités pratiques du retour et les mesures coercitives éventuelles à appliquer (Guide de bonnes pratiques, Convention-Enlèvement d'enfants: Quatrième partie – Exécution, 2010, §§ 4.1 et 4.2 du résumé).

23. Dans certains pays, surtout de *common law*, ces conditions peuvent aller d'engagements non exécutoires pris par le parent abandonné à la possibilité d'obtenir une « décision-miroir », c'est-à-dire une décision rendue par un tribunal du pays de résidence habituelle identique ou similaire à une décision antérieurement rendue dans le pays d'accueil (Recommandations 1.8.2 et 5.1 de la quatrième réunion de la Commission spéciale; Compte rendu de la cinquième réunion de la Commission spéciale, 2006, §§ 228 et 229, et Recommandations 1.8.1 de la cinquième réunion de la Commission spéciale; Guide de bonnes pratiques, Convention-Enlèvement d'enfants: Première Partie – Pratique des Autorités centrales, 2003, § 4.22).

24. Voir le rapport Pérez-Vera, § 25: « ces exceptions ne sont que des manifestations concrètes du principe trop imprécis qui proclame que l'intérêt de l'enfant est le critère vecteur en la matière ». Il faut interpréter ce passage à l'aune de l'idée que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant « ressemble davantage à un paradigme social qu'à une norme juridique concrète » (§ 21).

25. L'article 3 § 1 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant (1989) reconnaît un

De plus, le bouleversement sociologique voulant que le ravisseur puisse être aussi bien la personne qui a la garde de l'enfant que celle qui ne l'a pas appelle dans ce type d'affaires un examen plus individualisé et attentif aux faits à la lumière d'une interprétation téléologique et évolutive des moyens de défense offerts par ce traité<sup>26</sup>.

À ce titre, la question de l'articulation de la Convention de La Haye avec la Convention devient cruciale. Les mécanismes de protection des droits de l'homme mis en place par ces deux traités internationaux se recourent manifestement, à tout le moins s'agissant des moyens d'opposition au retour prévus aux articles 13 et 20 de la Convention de La Haye. Au bout du compte, l'un et l'autre de ces instruments prévoient le rétablissement du *statu quo* dans les affaires d'enlèvements internationaux, conformément à l'intérêt supérieur et aux droits fondamentaux de l'enfant. Le problème tient principalement au « caractère exceptionnel » que revêtiraient les dispositions de la Convention de La Haye s'agissant des moyens d'opposition au retour et de leur interprétation stricte<sup>27</sup>. Entre Scylla, qui serait une application minimaliste et automatique de ces moyens qui les viderait de toute substance, et Charybde, qui serait la création d'un nouveau moyen de défense indépendant tiré de l'intérêt supérieur de l'enfant, empiétant sur le fond du litige relatif au droit de garde, la Cour a résisté à ces deux dangers et retenu la solution médiane, qui est que les moyens d'opposition au retour énoncés dans la Convention de La Haye permettent de déterminer de façon exhaustive ce qui est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Cela dit,

---

principe de droit international coutumier déjà reflété dans le préambule de la Convention de La Haye: «[p]rofondément convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde (...)». Ceci va aussi dans le sens du principe III B 2 des Lignes directrices du Comité des Ministres sur une justice adaptée aux enfants (2010), des articles 4 et 29 a) de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (1990), et des Principes directeurs du Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés relatifs à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant (2008).

26. Voir, dans ce sens: Chambre des lords, arrêt *Re M (FC) and another (FC) (Children) (FC)* [2007] UKHL 55, et *Re D (Abduction: Rights of Custody)* [2006] UKHL 51; Cour de cassation française, arrêt n° 04-16.942 du 14 juin 2005; Cour de cassation italienne, arrêt n° 10577 du 4 avril 2003; *High Court* australienne, arrêt *DP v. Commonwealth Central Authority* [2001] HCA 39; Cour suprême néo-zélandaise, *Secretary for Justice v. HK*, arrêt du 16 novembre 2006, et les Conclusions de la Commission spéciale de 2012, § 42.

27. Rapport Pérez-Vera, §§ 25, 34 et 116; Recommandation 4.3 de la réunion tenue en 2001 par la Commission spéciale; Recommandation 1.4.2 de la cinquième réunion de la Commission spéciale; compte rendu de la cinquième réunion de la Commission spéciale, 2006, §§ 155 et 165, et Recommandation 4.3 de la quatrième réunion de la Commission spéciale, et 42 U.S.C. § 11601(a)(4) (« exceptions restrictives »), Département d'État des États-Unis, *Hague International Child Abduction Convention, Text and Legal Analysis*, at 10510, ainsi que Federal Judicial Center, *International Litigation Guide, The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Guide for Judges*, 2012, p. 64.

la protection des droits fondamentaux de l'enfant figure parmi ces moyens. Et il faut les prendre au sérieux.

*Lorsque la Cour est saisie d'une décision de retour dans une affaire d'enlèvement international d'enfants, son examen se limite aux moyens d'opposition au retour fondés sur le bien-être de l'enfant prévus par la Convention de La Haye. Cet examen détaillé et approfondi sur le terrain de la Convention ne peut pas et n'a pas à aller plus loin. Il suffit que ces moyens soient interprétés à la lumière du contexte social d'aujourd'hui, et plus précisément des tendances sociologiques qui se dégagent depuis quelques années. Tel était l'objectif de la Grande Chambre il y a trois ans : l'arrêt Neulinger et Shuruk était un appel à une interprétation évolutive et téléologique de la Convention de La Haye.*

Par conséquent, la Cour doit se contenter de rechercher si les tribunaux du pays d'accueil ont agi conformément à la Convention mais elle peut aussi aborder la question de savoir si la Convention de La Haye a été correctement interprétée et appliquée, surtout lorsque son interprétation méconnaît le contexte social d'aujourd'hui et que son application en vide le texte d'une bonne partie de son effet utile voire compromet sa finalité ultime<sup>28</sup>. Sur le terrain de la Convention, l'enlèvement d'un enfant fait naître la présomption réfragable que son retour aussi rapide que possible dans son pays de résidence habituelle est dans son intérêt supérieur. Cette présomption joue sauf s'il existe des raisons légitimes de croire que les droits fondamentaux de l'enfant, y compris ceux tirés de l'article 8, seraient menacés en cas de retour. Pour la renverser, le requérant doit avoir allégué et établi que lui donner effet serait contraire aux droits fondamentaux de l'enfant, en l'occurrence à son droit à la vie familiale, et le juge du pays d'accueil doit en être convaincu<sup>29</sup>.

S'il va de soi que toute « restriction » aux droits de l'homme est d'interprétation stricte<sup>30</sup>, les moyens d'opposition au retour ne sont pas,

28. Lorsqu'une autorité nationale applique un traité international, la tâche de la Cour se limite à déterminer si les règles tirées de ce dernier sont applicables et si leur interprétation est compatible avec la Convention (*Waite et Kennedy c. Allemagne*, n° 26083/94, § 54, CEDH 1999-I, et *Korbely c. Hongrie*, n° 9174/02, § 72, CEDH 2008). Il en va de même pour la Convention de La Haye (*Neulinger et Shuruk*, précité, *Šneerson et Kampanella B. c. Belgique*). Parfois la Cour dénonce non seulement l'interprétation du régime légal pertinent (*Monory*, précité, § 81, et *Carlson c. Suisse*, n° 49492/06, § 77, 6 novembre 2008), mais aussi le caractère inadéquat de la législation elle-même (*Iglesias Gil et A.U.I.*).

29. Le juge du pays d'accueil n'a pas forcément à être convaincu au-delà de tout doute raisonnable du bien-fondé tant de la demande de retour que des moyens de s'y opposer, car rien ne permet de dire que le critère de preuve serait un autre que celui, habituel, de la plus forte probabilité (*M.R. et L.R. c. Estonie*, décision précitée, § 46, et *Re E (Children) (Abduction: Custody Appeal)* (2011) UKSC 27). D'ailleurs, le caractère provisoire et sommaire de la procédure de retour milite en faveur de ce critère de preuve moins strict.

30. *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, § 42, série A n° 28, et *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, § 59, série A n° 216.

théoriquement parlant, des « restrictions » à tel ou tel droit fondamental. Au regard de la Convention, ils ne font que permettre de lever une présomption et ils n'ont pas forcément à être interprétés restrictivement<sup>31</sup>. Ainsi, en cas de contradiction dans l'appréciation de la situation de l'enfant qui résulterait d'un conflit entre une interprétation stricte de la Convention de La Haye et une interprétation téléologique et évolutive à la lumière de la Convention, c'est la seconde interprétation qui devrait l'emporter sur la première. Même si dans presque tous les cas la Convention de La Haye et la Convention européenne marchent main dans la main, c'est à cette dernière qu'il revient de montrer le chemin quand tel n'est pas le cas<sup>32</sup>.

Cette manière de raisonner a pour conséquence pratique que, en définitive, la Cour aura le dernier mot en Europe pour ce qui est d'apprécier l'intérêt supérieur et les droits fondamentaux de l'enfant enlevé, que ce soit avant voire après l'exécution de la décision de retour. Elle a aussi une incidence sur la portée du contrôle du juge du pays d'accueil saisi d'une demande de retour en ce qu'il doit examiner la situation de l'enfant et de la famille conformément à la Convention. En Europe, le juge du pays d'accueil doit interpréter les articles 12, 13 et 20 de la Convention de La Haye à la lumière de la Convention et de la jurisprudence de la Cour. Cet examen revêt d'autant plus d'importance lorsqu'il s'agit d'un retour dans un État ne relevant pas de la juridiction de la Cour, où les parties ne seront pas en mesure ultérieurement de saisir la Cour si leurs droits dans le pays de résidence habituelle sont enfreints<sup>33</sup>.

Dans le cadre d'un mécanisme international non doté d'un organe de suivi qui veillerait à l'uniformité de l'interprétation et de la mise en œuvre des obligations des Parties contractantes et sanctionnerait les États récalcitrants en conséquence, il y a un risque réel que la législation transposant la Convention de La Haye et la jurisprudence interne appliquant celle-ci varient beaucoup d'un État contractant à un autre. La réalité prouve que ce risque est bien réel. La conséquence fâcheuse de cette lacune institutionnelle

31. Comme l'ont conclu à juste titre la *High Court* australienne dans son arrêt *D.P. v. Commonwealth Central Authority* [2001] HCA 39, la Cour suprême sud-africaine dans son arrêt *Sonderup v. Tondelli* 2001 (1) SA 1171 CC, et la Cour suprême du Royaume-Uni dans son arrêt *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* [2011] UKSC 27, les moyens d'opposition au retour n'ont pas à être interprétés respectivement. Il n'y a pas à y ajouter non plus un quelconque critère d'exceptionnalité (*Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)* [2007] UKHL 55).

32. Ce n'est pas une particularité du système de protection européen des droits de l'homme (voir l'article 34 de la Convention interaméricaine de 1989 relative aux retours internationaux d'enfants).

33. La décision manifestement disproportionnée rendue en septembre 2009 par le tribunal aux affaires familiales australien interdisant à la mère de converser en langue lettone avec sa propre fille en est un exemple éloquent! Les droits d'un enfant découlant de l'article 8 peuvent être gravement enfreints après un retour dans un État non lié par la Convention, sans que le requérant ne jouisse de la moindre voie de droit concrète devant la Cour.

apparaît nettement: il n'y a guère de place pour le progrès lorsque d'aussi grandes disparités se constatent dans le fonctionnement du mécanisme international et que les autorités nationales ont tout loisir de n'accorder guère de poids, voire aucun, aux précédents étrangers au regard de l'interprétation de la Convention de La Haye. En l'absence de tout contrôle supranational digne de ce nom de la manière dont les États contractants mettent en œuvre, interprètent et appliquent la Convention de La Haye, leurs juridictions agissent comme bon leur semble, donnant parfois gain de cause ostensiblement et partialement à la partie nationale. Cette lacune inhérente au mécanisme de La Haye est aggravée par la terminologie juridique ambiguë et mal définie employée dans la Convention de La Haye et par l'absence de règles procédurales sur la conduite des procédures judiciaires de retour, concernant par exemple les audiences de production des preuves, la communication des pièces, la charge de la preuve, les recours, le caractère suspensif de ceux-ci et les mesures provisoires. Les conséquences préjudiciables de jurisprudences nationales divergentes, contradictoires et déroutantes sont d'autant plus lourdes que ce traité ne régit pas la phase d'exécution des décisions de retour et, plus précisément, n'offre aucune base juridique pour les stipulations, conditions ou engagements pouvant être imposés aux parties, ni aucun système d'entraide judiciaire pour l'exécution des « décisions-miroir »<sup>34</sup>.

Dans ces conditions, la compétence qu'a la Cour pour dire si, en appliquant la Convention de La Haye, les juridictions nationales ont garanti les droits fondamentaux énoncés dans la Convention réduit le risque de divergence de jurisprudence<sup>35</sup>. De plus, la tentation du *forum shopping* est exclue dans un système de protection des droits de l'homme où toutes les juridictions nationales sont soumises au contrôle d'un tribunal international qui veille à ce qu'il n'y ait aucune interprétation injustifiée en faveur du parent ravisseur. Ainsi, l'application uniforme des obligations tirées de la

34. La nécessité d'un protocole additionnel à la Convention de La Haye qui codifierait les garanties et obligations fondamentales dans la phase d'exécution de la décision de retour, prévoirait un mécanisme contraignant d'interprétation uniforme de ce traité et permettrait de contrôler le respect par les États parties de leurs obligations est patente. Les enseignements tirés de la Convention européenne de 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants et de la Convention de La Haye de 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants pourraient apporter des éclaircissements en la matière.

35. Il en va manifestement de même dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme, où la Commission interaméricaine a déjà dit que prononcer une décision de retour en instance de recours n'était pas contraire à la Convention américaine des droits de l'homme et a donc réexaminé, à l'aune de critères supranationaux, la décision d'un tribunal argentin rendue dans le cadre d'une procédure de retour (rapport n° 71/00, *X. and Z. v. Argentina*, 3 octobre 2000, §§ 38, 51 et 56).

Convention de La Haye interprétées à la lumière de la Convention renforce la protection des droits de l'enfant, la courtoisie entre États et l'entraide dans les enlèvements transfrontaliers d'enfants, à tout le moins entre les Parties contractantes à la Convention<sup>36</sup>.

Malgré ces lacunes structurelles, la Convention de La Haye s'est révélée être un instrument crucial contribuant à résoudre le drame des enlèvements transfrontaliers d'enfants par un parent. Son œuvre positive est indéniable et il faut la préserver et l'enrichir. Néanmoins, la reconnaissance universelle de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que principe de droit international coutumier et conventionnel, et non comme un simple « paradigme social », et la confirmation d'une nouvelle tendance sociologique quant aux parents ravisseurs militent toutes deux désormais en faveur d'une interprétation téléologique et évolutive de la Convention de La Haye, que l'on retrouvera avant tout dans l'interprétation des moyens d'opposition au retour à la lumière de la situation réelle de l'enfant et de son avenir immédiat. Une lecture restrictive de ces moyens, reposant sur une présomption archaïque, unilatérale et trop simpliste en faveur du parent abandonné, faisant fi de la situation réelle de l'enfant et de sa famille et n'envisageant que sous l'angle de la « punition » la conduite du parent ravisseur, irait à l'encontre du but ultime de la Convention de La Haye, surtout lorsque l'enfant est enlevé par la personne qui prend principalement soin de lui. Elle serait contraire aux droits fondamentaux, et en particulier aux droits tirés de l'article 8, de l'enfant concerné par une procédure de retour relevant de la Convention de La Haye, droits dont le respect se confond incontestablement avec son intérêt supérieur, sans pour autant nuire manifestement au caractère urgent, sommaire et provisoire des voies de droit offertes par ce traité<sup>37</sup>.

36. Il n'est pas sans intérêt non plus d'évoquer la force persuasive de la jurisprudence de la Cour, qui peut jouer un rôle dans la manière dont les pays non européens appliquent la Convention de La Haye. À l'inverse, la jurisprudence des systèmes interaméricain et africain de protection des droits de l'homme pourrait elle aussi avoir une influence sur la manière dont les tribunaux européens et la Cour appliquent la Convention de La Haye. Un riche dialogue pourrait ainsi naître entre les tribunaux internationaux, permettant l'essor de standards juridiques universels et le renforcement des droits des enfants.

37. Je ne suis pas disposé à accepter la critique facile selon laquelle nous ne pouvons avoir le beurre et l'argent du beurre, en ce que faire un examen « approfondi » dans une procédure à conduire d'urgence et avec diligence reviendrait presque à chercher la quadrature du cercle. Premièrement, ainsi qu'il a déjà été expliqué, l'arrêt *Neulinger et Shuruk* limite l'objet de l'examen au contexte précis de la demande de retour. Deuxièmement, ayant moi-même l'avantage d'être intervenu dans de nombreuses affaires de droit de la famille, dont certaines relevaient de la Convention de La Haye, je suis persuadé qu'un examen méthodique, limité et rapide est parfaitement faisable lorsque les juges en contrôlent strictement le calendrier. Un examen judiciaire « approfondi » n'a pas à être obtus, mal défini et laxiste.



## L'application aux faits de l'espèce des standards européens

Il est établi que les tribunaux lettons ont omis de tenir dûment compte de l'état psychologique de l'enfant, de son bien-être en Australie et de l'avenir de la relation entre elle et sa mère en cas de retour en Australie<sup>38</sup>. À la lumière de l'arrêt *Neulinger et Shuruk*, ces lacunes dans la procédure nationale auraient suffi à elles seules à fonder un constat de violation de l'article 8 car elles ne sont pas compatibles avec l'examen « approfondi » ou – dans le nouveau jargon de la Grande Chambre – « effectif » requis par l'article 8. Concrètement, la Grande Chambre a de nouveau fait application du critère de la jurisprudence *Neulinger et Shuruk*<sup>39</sup>.

*La manière superficielle, laxiste, dont les tribunaux lettons ont traité la question de la situation de l'enfant a été critiquée à juste titre par la Grande Chambre. En prenant en considération l'expertise psychologique produite par la mère aux fins de surseoir à l'exécution de la décision de retour en instance d'appel, tout en méconnaissant cette même expertise lorsqu'elles ont statué en appel, les juridictions nationales non seulement se sont contredites mais n'ont pas tenu effectivement compte des conclusions de l'expertise quant à la gravité du risque associé au retour de l'enfant et ce, en se fondant sur l'argument erroné que l'expertise ne pouvait servir de preuve pour exclure le retour de l'enfant<sup>40</sup>. La façon traumatisante dont la décision de la cour régionale de Rīga a été exécutée et les très lourdes conditions imposées par la décision clairement punitive du tribunal aux affaires familiales australien pour que la mère puisse voir sa fille sont d'autres conséquences fâcheuses de la mauvaise manière dont les tribunaux lettons ont instruit le dossier, ceux-ci n'ayant ni préparé l'enfant à son retour concret, ni recherché si ses droits étaient protégés par des garanties effectives en Australie et si la mère pouvait garder le contact avec son enfant en cas de retour, ni même, le cas échéant, conditionné ce retour à des engagements, stipulations ou*

38. Dans l'affaire précitée *X. and Z. v. Argentina*, § 60, la Commission interaméricaine a conclu que les évaluations de l'enfant faites par un psychologue et par une assistante sociale désignée par le juge, qui s'étaient entretenus avec les parents comme avec l'enfant n'avaient pas porté atteinte au droit à un procès équitable, impartial et diligent.

39. La majorité semble *a priori* se dissocier des principes de l'arrêt *Neulinger et Shuruk* (paragraphe 107 de l'arrêt). Mais cette impression est illusoire. La majorité exige également un « examen effectif des allégations d'une partie » (paragraphe 118 de l'arrêt). Le remplacement de l'adjectif « approfondi » par l'adjectif « effectif » ne change pas grand-chose, surtout vu que la Grande Chambre considère toujours que la compétence de la Cour inclut l'appréciation au fond des « droits de l'homme » de l'enfant lorsqu'elle examine une décision de retour (paragraphe 117 de l'arrêt). En d'autres termes, le présent arrêt n'apporte aucun changement réel aux critères de l'arrêt *Neulinger et Shuruk*.

40. Des lacunes similaires avaient été dénoncées dans les arrêts *B. c. Belgique*, précité, § 72, et *Šneersons et Kampanella*, précité, § 95.

*décisions adéquats de manière à ne pas empêcher ni trop restreindre les contacts entre la mère et l'enfant*<sup>41</sup>.

Pis encore, les tribunaux lettons ont accepté une décision d'un tribunal australien indiquant que la requérante et T. avaient conjointement la responsabilité parentale d'E. dès la naissance de celle-ci, alors qu'elle et lui n'étaient pas mariés l'un à l'autre, que le certificat de naissance de l'enfant ne désignait pas le père et que, à la naissance de l'enfant, la mère était encore mariée à un autre homme. La décision australienne a été rendue postérieurement au déplacement de l'enfant du territoire australien, avec effet rétroactif. Au vu du dossier, il apparaît qu'elle se fondait sur des photographies, des copies de courriels et le seul témoignage de T. Aucun test de paternité n'a été pratiqué<sup>42</sup> ni aucun témoin entendu. Autrement dit, les tribunaux lettons n'ont même pas vérifié si les conditions d'application de la Convention de La Haye avaient été satisfaites, c'est-à-dire s'ils étaient saisis d'un enlèvement d'enfant au sens de ce traité<sup>43</sup>.

En réalité, il est évident que les faits de la cause ne s'analysent pas en un enlèvement d'enfant puisque T. n'avait pas le moindre droit parental, et encore moins un droit de garde, « immédiatement avant [le] déplacement » de l'enfant du territoire australien, comme l'article 3 a) de la Convention de La Haye l'exige. Officiellement, la requérante était mère célibataire et

41. Comme cela avait été fait dans les affaires *Sylvester c. Autriche*, n° 36812/97 et 40104/98, 24 avril 2003, et *Mattenkloft*, décision précitée.

42. Dans l'affaire précitée *Mattenkloft*, la décision de retour était fondée sur un test de paternité pratiqué par le père naturel et sur la présomption d'exercice des droits de garde à la date du déplacement, tirée de ce que le père voyait parfois l'enfant auparavant.

43. Ce qu'on pourrait appeler des « droits de garde imparfaits » ont fait l'objet de deux affaires devant la Cour. Dans sa décision *Balbotin c. Royaume-Uni* ((déc.), n° 39067/97, 14 septembre 1999), la Cour a confirmé l'interprétation des juridictions nationales selon laquelle même l'octroi par celles-ci de la responsabilité parentale au requérant non marié postérieurement au déplacement de l'enfant du territoire du Royaume-Uni n'aurait pas rendu rétroactivement illicite pour autant le déplacement de l'enfant. Dans sa décision *Guichard c. France* ((déc.), n° 56838/00, CEDH 2003-X), la Cour a jugé irrecevable la requête introduite par un père non marié qui n'avait pas de droit de garde à la date où son fils avait été déplacé du territoire français, bien qu'il eût officiellement reconnu l'enfant avant sa naissance. Se fondant sur cette jurisprudence, la Cour de justice de l'Union européenne a tranché une affaire similaire dans laquelle un père non marié n'avait entrepris aucune démarche pour obtenir des droits de garde avant que l'enfant ne soit déplacé de son pays de résidence habituelle. Le déplacement de l'enfant dans un autre pays représentait « l'exercice licite, par la mère ayant la garde de l'enfant, de son propre droit de libre circulation, consacré aux articles 20, paragraphe 2, sous a), TFUE et 21, paragraphe 1, TFUE, et de son droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant » (*J. McB. c. L. E.*, C-400/10 PPU, arrêt du 5 octobre 2010, § 58). Enfin, dans son arrêt *In Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* [1990] 2 AC 562, la Chambre des lords a jugé que la garde *de facto* ne suffisait pas à valoir droit de garde au regard de la Convention de La Haye. La mère ayant seule la garde de l'enfant à la date du déplacement, l'attribution ultérieure de droits de garde au père déclaré ne pouvait selon elle rendre ce déplacement illicite. Le constat du juge australien sur ce point ne liait pas les tribunaux britanniques. Dans l'arrêt *Re D (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* [2007] 1 AC 619, la baronne Hale a clairement dit que, en la matière, *In Re J* était le précédent faisant autorité.

l'enfant n'avait pas de père déclaré lorsqu'elle et sa fille quittèrent l'Australie le 17 juillet 2008. Dès la naissance de l'enfant jusqu'au jour de son départ d'Australie, T. non seulement n'avait pas reconnu officiellement sa paternité mais l'avait même niée devant l'administration australienne. T. ne demanda, et n'obtint, des « droits de garde » que postérieurement au déplacement de l'enfant, ce qui fait qu'à cette date la mère était *de jure* la seule personne investie de la responsabilité parentale, titulaire notamment de droits de garde sur l'enfant. La décision rendue par le juge australien le 6 novembre 2008 ne pouvait être interprétée de manière à contourner la condition temporelle de l'article 3 a) de la Convention de La Haye ni à étayer rétroactivement une demande de retour par ailleurs infondée<sup>44</sup>.

### Conclusion

Pour prendre en compte sérieusement les droits de l'homme, il faut que la Convention de La Haye s'applique non seulement dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans l'optique générale à long terme de prévenir les enlèvements internationaux d'enfants mais aussi, à court terme, dans l'intérêt supérieur de tout enfant visé par une procédure relevant de ce traité. Justice pour les enfants, fût-elle sommaire et provisoire, ne peut être faite qu'au vu de l'ensemble des éléments très concrets du dossier, c'est-à-dire de la situation matérielle de chaque enfant dont il est question. Seul un examen approfondi ou « effectif » de cette situation dans le cadre spécifique d'une demande de retour peut rendre une telle justice. En termes profanes, l'arrêt *Neulinger et Shuruk* est sain et sauf. Il s'agissait, et il s'agit toujours, d'une décision énonçant des principes juridiques valables et non d'un acte de « compassion judiciaire » éphémère et arbitraire.

En l'espèce, les tribunaux nationaux non seulement ont renoncé à entreprendre un examen approfondi ou « effectif » de la situation de l'enfant mais ont même aussi manqué à vérifier les conditions d'applicabilité de la Convention de La Haye. L'ingérence dans l'exercice par la requérante de son droit à la vie familiale avec son enfant était tout bonnement dépourvue de base légale, le déplacement de l'enfant du territoire letton étant ici le seul enlèvement illicite. J'ai donc conclu à la violation de l'article 8 de la Convention.

---

44. Cette conclusion n'est pas invalidée par la déclaration de l'Autorité centrale australienne selon laquelle, à la date du déplacement de l'enfant du territoire australien, T. avait la responsabilité parentale conjointe d'E. Premièrement, les autorités lettones n'étaient pas tenues par cette déclaration. Deuxièmement, la notion de « droits de garde » revêtant un sens autonome dans la Convention de La Haye, la déclaration australienne ne pouvait, au vu des circonstances uniques de l'espèce et à la lumière de la Convention, attribuer des « droits de garde » à T. en vue de faire jouer le mécanisme de la Convention de La Haye.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES BRATZA,  
VAJIĆ, HAJIYEV, ŠIKUTA, HIRVELÄ, NICOLAOU,  
RAIMONDI ET NUSSBERGER

*(Traduction)*

1. Nous regrettons de ne pouvoir nous associer à la majorité de la Cour lorsqu'elle constate en l'espèce une violation des droits tirés par la requérante de l'article 8 de la Convention.

2. Précisons d'emblée que notre divergence de vue avec la majorité ne tient pas aux principes généraux à appliquer dans les affaires d'enlèvements d'enfants régies par la Convention de La Haye, au sujet desquels nous sommes en plein accord avec nos collègues. Nous convenons en particulier que, malgré les indéniables conséquences que le retour de l'enfant peut avoir sur les droits de celui-ci et des parents, l'article 8 n'appelle pas un contrôle poussé, de la part des autorités judiciaires ou autres de l'État requis, de la situation familiale de l'enfant en question dans son ensemble. Nous convenons également que cette disposition impose néanmoins aux autorités nationales de l'État requis saisies d'un dossier sur le terrain de l'article 13 b) de la Convention de La Haye d'examiner toute allégation défendable d'un «risque grave» auquel l'enfant serait exposé en cas de retour et, s'il est conclu que cette allégation n'est pas établie, de l'écarter par une décision suffisamment motivée.

3. La question au sujet de laquelle nous nous dissociions de la majorité est celle de savoir si, en rejetant la demande de la requérante en l'espèce et en ordonnant le retour de son enfant en Australie, les juridictions nationales lettones ont suffisamment respecté ces obligations procédurales.

4. Nous constatons que, en première instance et en appel, les juridictions lettones .

Par un jugement motivé rendu le 19 novembre 2008, le tribunal d'arrondissement, qui s'est prononcé après une audience à laquelle avaient assisté les deux parents, a estimé la Convention de La Haye applicable et fait droit à la demande de T. en ordonnant le retour immédiat de l'enfant en Australie. Il a rejeté la demande formulée par la requérante sur le terrain de l'article 13 de la Convention de La Haye en jugeant, sur la base des photographies et copies de courriels entre la requérante et les parents de T., que ce dernier avait pris soin de l'enfant avant le départ de la requérante en Lettonie. Tout en notant que des dépositions de témoins faisaient état de disputes entre les parents et de ce que T. se serait comporté de manière irascible à l'égard de la requérante et de l'enfant, il jugea que cela ne permettait pas d'affirmer que T. n'avait pas pris soin de l'enfant. Il a écarté

l'allégation de risque de danger psychique pour l'enfant en cas de retour, au motif qu'elle n'était pas étayée et reposait sur des conjectures infondées.

5. Par un arrêt du 26 janvier 2009 rendu après une audience à laquelle les deux parents légalement représentés avaient assisté, la cour régionale de Rīga confirma ce jugement.

À l'appui de son allégation de risque de danger psychique en cas de retour de sa fille en Australie, la requérante avait produit pour la première fois un certificat, établi à sa demande par un psychologue, qui indiquait notamment que, compte tenu du jeune âge de l'enfant, une séparation immédiate d'avec sa mère était à exclure «sinon l'enfant risqu[ait] de subir un traumatisme psychologique en ce que son sentiment de sécurité et de confiance en soi pourrait s'en trouver affecté».

La requérante avait affirmé en outre que T. les avait maltraitées, elle et l'enfant, et qu'il était passible d'une peine d'emprisonnement en Australie eu égard aux chefs d'accusation retenus contre lui.

6. Le point essentiel dans la conclusion de la majorité voulant que la cour régionale ait manqué à ses obligations procédurales découlant de l'article 8 est que cette juridiction n'aurait pas pris en compte l'allégation, formulée par la requérante, de «risque grave» de dommage pour l'enfant en cas de retour en Australie, qui aurait été étayée par le certificat et par des dépositions de témoins.

7. Nous ne pouvons partager cette opinion qui à nos yeux ne rend justice ni à la décision ni au raisonnement des juridictions nationales. S'agissant du certificat, nous constatons que les conclusions du psychologue se limitent au préjudice qu'aurait causé à l'enfant une séparation immédiate d'avec sa mère. Ce document n'aborde pas directement la question du retour de l'enfant ni n'indique qu'il serait d'une quelconque manière préjudiciable qu'E. rentre en Australie accompagnée de sa mère. La cour régionale n'a pas refusé ni omis de prendre en compte le certificat. Au contraire, elle a souligné qu'il ne portait que sur la question de la séparation de la mère et de l'enfant, une question relevant du droit de garde qui devait être tranchée non pas par les juridictions lettonnes en tant que tribunaux de l'État requis, mais par les seules juridictions australiennes. Vu ce que dit le certificat, nous ne voyons aucune justification à la conclusion de l'arrêt selon laquelle la cour régionale aurait dû aller plus loin en soumettant ce document au débat entre les parties, voire en ordonnant d'office une expertise judiciaire contradictoire.

8. Quant aux allégations formulées par la requérante à l'encontre de T., la cour régionale les a expressément examinées mais les a écartées au motif qu'«aucune pièce n'a[vai]t été produite pour établir, fût-ce indirectement, ces éléments».

9. Selon l'arrêt, la cour régionale aurait dû rechercher plus avant s'il était réaliste que la requérante revienne en Australie avec l'enfant ou si le retour de l'enfant aurait inévitablement conduit à sa séparation d'avec sa mère. Nous ne sommes pas de cet avis. À l'évidence, rien ne faisait juridiquement obstacle au retour de la requérante : elle avait non seulement vécu en Australie pendant plusieurs années mais aussi acquis la nationalité australienne en 2007. De plus, rien dans l'arrêt de la cour régionale ne nuisait à son droit de conserver la garde de l'enfant et de l'accompagner en Australie. En outre, la requérante n'apparaît pas avoir soutenu devant la cour régionale que, pour des raisons de sécurité personnelle ou autres, elle ne pouvait en aucun cas envisager un retour en Australie. Bien sûr, elle avait allégué que T. les avait maltraitées, elle et l'enfant, mais, ainsi qu'il a déjà été noté ci-dessus, cette allégation a été rejetée par le juge au motif qu'elle n'était étayée par aucun élément. De surcroît, la cour régionale a fait observer ensuite qu'il n'y avait pas lieu de douter de la qualité des prestations sociales offertes aux enfants en Australie étant donné que, d'après une déposition écrite sous serment, la législation australienne assurait entre autres la sécurité des enfants et leur protection contre les mauvais traitements domestiques. Nous notons en conclusion que, alors qu'elle avait affirmé devant la cour régionale qu'elle n'avait aucune attache en Australie et que, en cas de retour là-bas, elle aurait été sans emploi et sans ressources, la requérante apparaît bel et bien être revenue en Australie, où elle a trouvé un logement et un emploi.

10. Nous ne sommes pas davantage convaincus par l'argument, implicite dans l'arrêt, selon lequel les juridictions lettones auraient dû demander d'office davantage d'informations aux autorités australiennes sur le dossier pénal de T., sur ses condamnations antérieures et sur les chefs de corruption qui auraient été retenus contre lui. Dans une procédure relevant de l'article 13 de la Convention de La Haye, c'est à la partie opposant un «risque grave» en cas de retour de l'enfant qu'il revient d'en prouver l'existence. Or, comme l'ont constaté les juridictions lettones, la requérante n'a produit aucun élément pour établir, fût-ce indirectement, le risque qu'elle alléguait.

11. Certes, les motifs par lesquels les tribunaux lettons ont ordonné le retour d'E. sont succincts, mais nous estimons, contrairement à l'opinion de la majorité, qu'ils ont adéquatement répondu aux arguments de la requérante et que l'examen des demandes formulées par celle-ci a satisfait aux obligations procédurales que l'article 8 de la Convention fait peser sur eux.

12. Au vu de cette conclusion, nous nous refusons tous, à part le juge Bratza, à accorder une somme au titre des dépens ; la requérante ayant

finalement obtenu gain de cause, le juge Bratza a en effet voté en faveur de l'octroi d'une somme à ce titre.

