

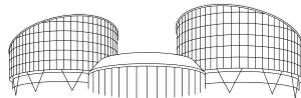
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME



REPORTS
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2014-III



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 2014-III



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

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

For publication updates please follow the Court's Twitter account at
twitter.com/echrpublication
Pour toute nouvelle information relative aux publications, veuillez consulter le
compte Twitter de la Cour: twitter.com/echrpublication

ISBN: 978-9-462-40299-7

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2016
© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2016

The *Reports of Judgments and Decisions* is an official publication of the European Court of Human Rights containing a selection of key judgments and decisions of the Court with summaries prepared by the Registry. For the years 2007 and onwards the selection has been made by the Bureau¹ of the Court following a proposal by the Jurisconsult².

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

Note on citation

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

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

Examples

Judgment on the merits delivered by a Chamber

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

Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber

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

Decision on admissibility delivered by a Chamber

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

Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber

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

Judgment striking the case out delivered by a Chamber

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

Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber

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

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

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

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

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

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

Note concernant la citation des arrêts et décisions

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

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

Exemples

Arrêt rendu par une chambre sur le fond

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

Arrêt rendu par la Grande Chambre sur le fond

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

Décision rendue par une chambre sur la recevabilité

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

Décision rendue par la Grande Chambre sur la recevabilité

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

Arrêt rendu par une chambre rayant l'affaire du rôle

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

Arrêt rendu par une chambre sur un règlement amiable

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

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

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

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

Contents/Table des matières

	<i>Page</i>
Subject matter/Objet des affaires	VII
<i>Marguš v. Croatia</i> [GC], no. 4455/10, judgment of 27 May 2014 (extracts)	1
<i>Marguš c. Croatie</i> [GC], n° 4455/10, arrêt du 27 mai 2014 (extraits)	87
<i>Velyo Velev v. Bulgaria</i> , no. 16032/07, judgment of 27 May 2014 (extracts)	175
<i>Velyo Velev c. Bulgarie</i> , n° 16032/07, arrêt du 27 mai 2014 (extraits)...	197
<i>Mennesson c. France</i> , n° 65192/11, arrêt du 26 juin 2014 (extraits) ...	219
<i>Mennesson v. France</i> , no. 65192/11, judgment of 26 June 2014 (extracts)	255
<i>S.A.S. c. France</i> [GC], n° 43835/11, arrêt du 1 ^{er} juillet 2014 (extraits)	291
<i>S.A.S. v. France</i> [GC], no. 43835/11, judgment of 1 July 2014 (extracts).....	341
<i>Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria</i> , nos. 15018/11 and 61199/12, judgment of 8 July 2014 (extracts)	391
<i>Harakchiev et Tolumov c. Bulgarie</i> , n ^{os} 15018/11 et 61199/12, arrêt du 8 juillet 2014 (extraits)	449

Subject matter/Objet des affaires

Article 3

Whole life prison regime offering inadequate opportunities of rehabilitation in order to be able to obtain a reduction in sentence

Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria, p. 391

Régime de réclusion criminelle à perpétuité n'offrant pas de possibilités suffisantes en matière de réinsertion en vue de l'obtention d'une réduction de peine

Harakchiev et Tolumov c. Bulgarie, p. 449

Article 8

Refusal to recognise under French law parent-child relationship legally established in the United States between children born as the result of a surrogacy arrangement and the couple having recourse to that method

Mennesson v. France, p. 255

Refus de reconnaître en droit français une filiation légalement établie aux États-Unis entre des enfants nés d'une gestation pour autrui (GPA) et le couple ayant eu recours à cette méthode

Mennesson c. France, p. 219

Ban on wearing of religious clothing concealing the face in public places

S.A.S. v. France [GC], p. 341

Interdiction du port d'un vêtement religieux dissimulant le visage dans l'espace public

S.A.S. c. France [GC], p. 291

Article 9

Ban on wearing of religious clothing concealing the face in public places

S.A.S. v. France [GC], p. 341

Interdiction du port d'un vêtement religieux dissimulant le visage dans l'espace public

S.A.S. c. France [GC], p. 291

Article 14 in conjunction with Article 8 or Article 9/

Article 14 combiné avec l'article 8 ou l'article 9

Ban on wearing of religious clothing concealing the face in public places

S.A.S. v. France [GC], p. 341

Interdiction du port d'un vêtement religieux dissimulant le visage dans l'espace public

S.A.S. c. France [GC], p. 291

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

Refusal to enrol remand prisoner in prison school

Velyo Velev v. Bulgaria, p. 175

Refus d'inscrire une personne en détention provisoire au centre d'enseignement de la prison

Velyo Velev c. Bulgarie, p. 197

Article 4 of Protocol No. 7/Article 4 du Protocole n° 7

Conviction for war crimes of a soldier who had previously been granted an amnesty

Marguš v. Croatia [GC], p. 1

Condamnation pour crimes de guerre d'un militaire qui avait auparavant bénéficié d'une amnistie

Marguš c. Croatie [GC], p. 87

MARGUŠ v. CROATIA
(Application no. 4455/10)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 27 MAY 2014¹

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

SUMMARY¹**Conviction for war crimes of a soldier who had previously been granted an amnesty**

There is a growing tendency in international law to see amnesties for acts which amount to grave breaches of fundamental human rights, such as the intentional killing of civilians, as unacceptable because they are incompatible with the unanimously recognised obligation of States to prosecute and punish such acts. Accordingly, Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention, which provides the right not to be tried or punished twice, is not applicable where a defendant who has been granted an amnesty in respect of offences under the ordinary criminal law is subsequently convicted of war crimes arising out of the same set of facts (see paragraphs 129-38 of the judgment).

Article 4 of Protocol No. 7

Right not to be tried or punished twice – Conviction for war crimes of a soldier who had previously been granted an amnesty – Growing tendency in international law not to accept the granting of amnesties in respect of grave breaches of human rights

*

* *

Facts

The applicant, a member of the Croatian army, was indicted for murder and other serious offences committed in 1991 during the war in Croatia. Some of the charges were subsequently dropped. In 1997 the trial court terminated the proceedings in respect of the remaining charges pursuant to the General Amnesty Act, which granted amnesty for all criminal offences committed in connection with the war in Croatia between 1990 and 1996, except for acts amounting to the gravest breaches of humanitarian law or war crimes. In 2007 the Supreme Court, on a request for the protection of legality lodged by the State Attorney, found the decision to terminate the proceedings against the applicant to be in violation of the General Amnesty Act. It noted in particular that the applicant had committed the alleged offences as a member of the reserve forces after his tour of duty had terminated, so that there was no significant link between the alleged offences and the war, as required by the Act. In parallel, in a second set of criminal proceedings the trial court convicted the applicant of war crimes and sentenced him to fourteen years' imprisonment. On appeal, the Supreme Court upheld the conviction finding, *inter alia*, that the

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

matter had not been *res judicata* because the factual background to the offences in the second set of proceedings was significantly wider in scope than that in the first set, as the applicant had been charged with a violation of international law, in particular the 1949 Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. The applicant filed a constitutional complaint, which was ultimately dismissed.

Law

Article 4 of Protocol No. 7: The applicant complained of a violation of his right not to be tried twice. The Court acknowledged that in both sets of proceedings the applicant had been prosecuted for the same offences. There were, however, two distinct situations as regards the charges brought in the first set of proceedings: the prosecutor had withdrawn the charges concerning two alleged killings, whereas the proceedings in respect of two further alleged killings and a charge of serious wounding had been terminated by a county-court ruling adopted on the basis of the General Amnesty Act.

(a) *Dropped charges* – In respect of the charges that had been withdrawn by the public prosecutor in the first set of proceedings, the Court reiterated that the discontinuance of criminal proceedings by a public prosecutor did not amount to either a conviction or an acquittal, such that Article 4 of Protocol No. 7 was not applicable.

Conclusion: inadmissible (unanimously).

(b) *Termination of proceedings under the General Amnesty Act* – As regards the termination of the first set of proceedings on the basis of the General Amnesty Act, the Court observed that the applicant had been improperly granted an amnesty for acts that amounted to grave breaches of fundamental human rights protected under Articles 2 and 3 of the Convention. The States were under an obligation to prosecute acts such as torture and intentional killings. Moreover, there was a growing tendency in international law to see the granting of amnesties in respect of grave breaches of human rights as unacceptable. In support of this observation, the Court relied on several international bodies, courts and conventions, including the United Nations Human Rights Committee, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the Inter-American Court of Human Rights. Further, even if it were to be accepted that amnesties were possible where there were some particular circumstances, such as a reconciliation process and/or a form of compensation to the victims, the amnesty granted to the applicant in the instant case would still not be acceptable since there was nothing to indicate that there were any such circumstances. The fresh indictment against the applicant for war crimes in the second set of proceedings was thus in compliance with the requirements of Articles 2 and 3 of the Convention, such that Article 4 of Protocol No. 7 was not applicable.

Conclusion: Article 4 of Protocol No. 7 not applicable (sixteen votes to one).

Case-law cited by the Court

- Abdulsamet Yaman v. Turkey*, no. 32446/96, 2 November 2004
- Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, ECHR 2001-XI
- Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 9 October 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VI
- Austin and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 39692/09, 40713/09 and 41008/09, ECHR 2012
- Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, ECHR 2008
- Egmez v. Cyprus*, no. 30873/96, ECHR 2000-XII
- El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], no. 39630/09, ECHR 2012
- Gradinger v. Austria*, 19 May 1994, opinion of the Commission, Series A no. 328C
- Harutyunyan v. Armenia* (dec.), no. 34334/04, 7 December 2006
- Kaya v. Turkey*, 19 February 1998, *Reports* 1998-I
- McCann and Others v. the United Kingdom*, 27 September 1995, Series A no. 324
- Nada v. Switzerland* [GC], no. 10593/08, ECHR 2012
- Okkali v. Turkey*, no. 52067/99, ECHR 2006-XII
- Ould Dah v. France* (dec.), no. 13113/03, ECHR 2009
- Rantsev v. Cyprus and Russia*, no. 25965/04, ECHR 2010
- Saadi v. the United Kingdom* [GC], no. 13229/03, ECHR 2008
- Sergey Zolotukhin v. Russia* [GC], no. 14939/03, ECHR 2009
- Smirnova and Smirnova v. Russia* (dec.), nos. 46133/99 and 48183/99, 3 October 2002
- Solomou and Others v. Turkey*, no. 36832/97, 24 June 2008
- Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, ECHR 2005-X
- Turan Cakir v. Belgium*, no. 44256/06, 10 March 2009
- Yeşil and Sevim v. Turkey*, no. 34738/04, 5 June 2007

In the case of Marguš v. Croatia,

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

Dean Spielmann, *President*,
Josep Casadevall,
Guido Raimondi,
Ineta Ziemele, *ad hoc judge*,
Mark Villiger,
Isabelle Berro-Lefèvre,
Corneliu Bîrsan,
Ján Šikuta,
Ann Power-Forde,
Işıl Karakaş,
Nebojša Vučinić,
Kristina Pardalos,
Angelika Nußberger,
Helena Jäderblom,
Krzysztof Wojtyczek,
Faris Vehabović,
Dmitry Dedov, *judges*,

and Lawrence Early, *Jurisconsult*,

Having deliberated in private on 26 June and 23 October 2013 and 19 March 2014,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 4455/10) against the Republic of Croatia lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Croatian national, Mr Fred Marguš (“the applicant”), on 31 December 2009.

2. The applicant, who had been granted legal aid, was represented by Mr P. Sabolić, a lawyer practising in Osijek. The Croatian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms Š. Stažnik.

3. The applicant alleged, in particular, that his right to a fair trial had been violated in that the same judge had presided over both sets of criminal proceedings against him and he had been removed from the courtroom at

the concluding hearing in the second set of proceedings. He also complained that his right not to be tried twice had been violated.

4. The application was allocated to the First Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 5 September 2011 the Vice-President of the Section decided to give notice of the application to the Government.

5. On 13 November 2012 a Chamber composed of Anatoly Kovler, President, Nina Vajić, Peer Lorenzen, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyeve, Linos-Alexandre Sicilianos, Erik Møse, judges, and Søren Nielsen, Section Registrar, delivered its judgment. It unanimously declared the complaint under Article 6 of the Convention concerning the impartiality of Judge M.K. and the applicant's removal from the courtroom, as well as the complaint under Article 4 of Protocol No. 7, admissible and held unanimously that there had been no violation of any of these provisions.

6. On 27 December 2012 the applicant requested that the case be referred to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention, and a panel of the Grand Chamber accepted the request on 18 March 2013.

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

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

9. In addition, third-party comments were received from a group of academic experts associated with Middlesex University London, 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).

10. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 26 June 2013 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms Š. Stažnik,	<i>Agent,</i>
Ms J. Dolmagić,	
Ms N. Katić,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicant*

Mr P. Sabolić,	<i>Counsel.</i>
----------------	-----------------

The Court heard addresses by Mr Sabolić and Ms Stažnik, as well as their replies to questions put by Judges Kalaydjieva, Vučinić and Turković.

11. After the hearing it was decided that Ksenija Turković, the judge elected in respect of Croatia, was unable to sit in the case (Rule 28). The Government accordingly appointed Ineta Ziemele, the judge elected in respect of Latvia, to sit in her place (Article 26 § 4 of the Convention and Rule 29 § 1). In consequence the first substitute, Ann Power-Forde became a full member of the Grand Chamber. Zdravka Kalaydjieva withdrew from the case and was replaced by the second substitute, Ján Šikuta. André Potocki withdrew from the case and was replaced by the third substitute, Angelika Nußberger (Rule 28).

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

12. The applicant was born in 1961 and is currently serving a prison sentence in Lepoglava State Prison.

A. The first set of criminal proceedings against the applicant (no. K4/97)

13. On 19 December 1991 the Osijek Police Department lodged a criminal complaint against the applicant and five other persons with the Osijek County Court, alleging that the applicant, a member of the Croatian army, had killed several civilians.

14. On 20 April 1993 the Osijek Military Prosecutor indicted the applicant before the Osijek County Court on charges of murder, inflicting grievous bodily harm, causing a risk to life and assets, and theft. The relevant part of the indictment reads:

“The first accused, Fred Marguš

1. On 20 November 1991 at about 7 a.m. in Čepin ... fired four times at S.B. with an automatic gun ... as a result of which S.B. died;

...

2. At the same time and place as under (1) ... fired several times at V.B. with an automatic gun ... as a result of which V.B. died;

...

3. On 10 December 1991 took N.V. to the ‘Vrbik’ forest between Čepin and Ivanovac ... and fired at him twice with an automatic gun ... as a result of which N.V. died;

...

4. At the same place and time as under (3) fired at Ne.V. with an automatic gun ... as a result of which she died;

...

6. On 28 August 1991 at about 3 a.m. threw an explosive device into business premises in Čepinski Martinovec ... causing material damage;

...

7. On 18 November 1991 at 00.35 a.m. in Čepin placed an explosive device in a house ... causing material damage ...;

...

8. On 1 August 1991 at 3.30 p.m. in Čepin ... fired at R.C., causing him slight bodily injury and then ... kicked V.Ž ... causing him grievous bodily injury ... and also kicked R.C. ... causing him further slight bodily injuries ...;

...

9. Between 26 September and 5 October 1991 in Čepin ... stole several guns and bullets ...;

...”

He was further charged with appropriating several tractors and other machines belonging to other persons.

15. On 25 January 1996 the Osijek Deputy Military Prosecutor dropped the charges under counts 3, 4, 6, 7 and 9 of the indictment as well as the charges of appropriating goods belonging to others. A new count was added, by which the applicant was charged with having fired, on 20 November 1991 at about 7 a.m. in Čepin, at a child, Sl.B., causing him grievous bodily injury. The former count 8 of the indictment thus became count 4.

16. On 24 September 1996 the General Amnesty Act was enacted. It stipulated that a general amnesty was to be applied in respect of all criminal offences committed in connection with the war in Croatia between 17 August 1990 and 23 August 1996, save in respect of those acts which amounted to the gravest breaches of humanitarian law or to war crimes, including the crime of genocide (see paragraph 29 below).

17. On 24 June 1997 the Osijek County Court, sitting as a panel presided over by Judge M.K., terminated the proceedings pursuant to the General Amnesty Act. The relevant part of this ruling reads:

“The Osijek County Court ... on 24 June 1997 has decided as follows: the criminal proceedings against the accused Fred Marguš on two charges of murder ... inflicting grievous bodily harm ... and causing a risk to life and assets ... instituted on the indictment lodged by the Osijek County State Attorney’s Office ... on 10 February

1997 are to be concluded under section 1(1) and (3) and section 2(2) of the General Amnesty Act.

...

Reasoning

The indictment of the Osijek Military State Attorney's Office no. Kt-1/93 of 20 April 1993 charged Fred Marguš with three offences of aggravated murder under Article 35 § 1 of the Criminal Code; one offence of aggravated murder under Article 35 § 2 (2) of the Criminal Code; two criminal offences of causing a risk to life and assets ... under Article 153 § 1 of the Criminal Code; one criminal offence of inflicting grievous bodily harm under Article 41 § 1 of the Criminal Code; one criminal offence of theft of weapons or other fighting equipment under Article 223 §§ 1 and 2 of the Criminal Code; and one criminal offence of aggravated theft under Article 131 § 2 of the Criminal Code ...

The above indictment was significantly altered at a hearing held on 25 January 1996 before the Osijek Military Court, when the Deputy Military Prosecutor withdrew some of the charges and altered the factual and legal description and the legal classification of some of the offences.

Thus, the accused Fred Marguš was indicted for two offences of murder under Article 34 § 1 of the Criminal Code, one criminal offence of inflicting grievous bodily harm under Article 41 § 1 of the Criminal Code and one criminal offence of causing a risk to life and assets ... under Article 146 § 1 of the Criminal Code ...

After the military courts had been abolished, the case file was forwarded to the Osijek County State Attorney's Office, which took over the prosecution on the same charges and asked that the proceedings be continued before the Osijek County Court. The latter forwarded the case file to a three-judge panel in the context of application of the General Amnesty Act.

After considering the case file, this panel has concluded that the conditions under section 1(1) and (3) and section 2(2) of the General Amnesty Act have been met and that the accused is not excluded from amnesty.

The above-mentioned Act provides for a general amnesty in respect of criminal offences committed during the aggression, armed rebellion or armed conflicts in the Republic of Croatia. The general amnesty concerns criminal offences committed between 17 August 1990 and 23 August 1996.

The general amnesty excludes only the perpetrators of the gravest breaches of humanitarian law which amount to war crimes, and certain criminal offences listed in section 3 of the General Amnesty Act. It also excludes the perpetrators of other criminal offences under the Criminal Code ... which were not committed during the aggression, armed rebellion or armed conflicts and which are not connected with the aggression, armed rebellion or armed conflicts in Croatia.

The accused, Fred Marguš, is indicted for three criminal offences committed in Čepin on 20 November 1991 and one criminal offence committed in Čepin on 1 August 1991.

The first three of these offences concern the most difficult period and the time of the most serious attacks on Osijek and Eastern Croatia immediately after the fall of Vukovar, and the time of the most severe battles for Laslovo. In those battles, the accused distinguished himself as a combatant, showing exceptional courage and being recommended for promotion to the rank of lieutenant by the commander of the Third Battalion of the 106th Brigade of the Croatian army, who was his superior officer at that time.

In the critical period concerning the first three criminal offences, the accused was acting in his capacity as a member of the Croatian army; in that most difficult period, acting as commander of a unit, he tried to prevent the fall of a settlement into enemy hands, when there was an immediate danger of this happening. The fourth criminal offence was committed on 1 August 1991, when the accused was acting in his capacity as an on-duty member of the Reserve Forces in Čepin and was dressed in military camouflage uniform and using military weapons.

...

The actions of the accused, in view of the time and place of the events in issue, were closely connected with the aggression, armed rebellion and armed conflicts in Croatia, and were carried out during the period referred to in the General Amnesty Act.

...

Against this background, this court finds that all the statutory conditions for application of the General Amnesty Act have been met ...”

18. On an unspecified date the State Attorney lodged a request for the protection of legality (*zahtjev za zaštitu zakonitosti*) with the Supreme Court, asking it to establish that section 3(2) of the General Amnesty Act had been violated.

19. On 19 September 2007 the Supreme Court, when deciding upon the above request, established that the above ruling of the Osijek County Court of 24 June 1997 violated section 3(2) of the General Amnesty Act. The relevant parts of the Supreme Court’s ruling read:

“...

Section 1(1) of the General Amnesty Act provides for a general amnesty from criminal prosecution and trial for the perpetrators of criminal offences committed in connection with the aggression, armed rebellion or armed conflicts ... in Croatia. Under paragraph 3 of the same section the amnesty concerns criminal offences committed between 17 August 1990 and 23 August 1996. ...

For the correct interpretation of these provisions – apart from the general condition that the criminal offence in question had to have been committed in the period between 17 August 1990 and 23 August 1996 (which has been met in the present case)

– there must exist a direct and significant connection between the criminal offence and the aggression, armed rebellion or armed conflicts. This interpretation is in accordance with the general principle that anyone who commits a criminal offence has to answer for it. Therefore, the above provisions have to be interpreted in a sensible manner, with the necessary caution, so that the amnesty does not become a contradiction of itself and call into question the purpose for which the Act in question was enacted. Hence, the expression ‘in connection with the aggression, armed rebellion or armed conflicts’ used in the General Amnesty Act, which does not specifically define the nature of that connection, has to be interpreted to mean that the connection must be direct and significant.

...

Part of the factual description of the criminal offences with which the accused Fred Marguš is charged ... which suggests some connection with the aggression against the Republic of Croatia or armed rebellion and armed conflicts in Croatia, relates to the arrival of the victims of these offences – S.B., V.B. and the minor S.L.B. – in Čepin, together with their neighbours, after they had all fled the village of Ivanovac on account of the attack by the so-called ‘Y[ugoslav] P[eoples] A[rmy]’. It should be stressed that it is not in dispute that the accused Fred Marguš was a member of the Croatian army. However, these circumstances are not such as to amount to a direct link with the aggression, armed rebellion or armed conflicts in Croatia which is required for the General Amnesty Act to apply.

The factual description of the criminal offences under count 4 of the indictment states that the accused committed these acts as a member of the Reserve Forces in Čepin, after his tour of duty had terminated. This characteristic in itself does not represent a significant link between the criminal offences and the war because, were this to be the case, the amnesty would encompass all criminal offences committed between 27 August 1990 and 23 August 1996 by members of the Croatian army or the enemy units (save for those specifically listed in section 3(1) of the General Amnesty Act); this was certainly not the intention of the legislature.

Finally, the accused’s war career, described in detail in the impugned ruling, cannot be a criterion for application of the General Amnesty Act ...

The factual description of the criminal offences in the indictment ... does not show that the acts in question were committed during the aggression, armed rebellion or armed conflicts in Croatia, or that they were committed in connection with them.

...”

B. The second set of criminal proceedings against the applicant (no. K-33/06)

20. On 26 April 2006 the Osijek County State Attorney’s Office indicted the applicant on charges of war crimes against the civilian population. The proceedings were conducted by a three-judge panel of the Osijek County

Court, including Judge M.K. During the entire proceedings the applicant was represented by a lawyer.

21. A concluding hearing was held on 19 March 2007 in the presence of, *inter alia*, the applicant and his defence lawyer. The applicant was removed from the courtroom during the closing arguments of the parties. The applicant's lawyer remained in the courtroom and presented his closing arguments. The relevant part of the written record of that hearing reads as follows:

“The President of the panel notes that the accused Marguš interrupted the Osijek County Deputy State Attorney (‘the Deputy State Attorney’) in his closing arguments and was warned by the panel to calm down; the second time he interrupted the Deputy State Attorney he was warned orally.

After the President of the panel warned the accused Marguš orally, the latter continued to comment on the closing arguments of the Deputy State Attorney. The panel therefore decides, and the president of the panel orders, that the accused Marguš be removed from the courtroom until the pronouncement of the judgment.

...”

22. The applicant was subsequently removed from the courtroom and the Deputy State Attorney, the lawyers for the victims, the defence lawyers and one of the accused gave their closing arguments.

23. The pronouncement of the judgment was scheduled for 21 March 2007 and the hearing was concluded. The applicant was present at the pronouncement of the judgment. He was found guilty as charged and sentenced to fourteen years' imprisonment. The relevant part of the judgment reads as follows:

“...

The accused Fred Marguš ...

and

the accused T.D. ...

are guilty [in that]

in the period between 20 and 25 November 1991 in Čepin and its surroundings, contrary to Article 3 § 1 of the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949 and Article 4 §§ 1 and 2 (a) and Article 13 of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 relative to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) of 8 June 1977, while defending that territory from armed attacks by the local rebel Serb population and the so-called Yugoslav People's Army in their joint attack on the constitutional legal order and territorial integrity of the Republic of Croatia, Fred Marguš, in his capacity as the commander of Unit 2 in the 3rd Corps of the 130th brigade of the Croatian army, and the accused T.D., as a member of the

same Unit under the command of Fred Marguš, [acted as follows] with the intention of killing Serb civilians;

the accused Fred Marguš

(a) on 20 November 1991 at about 8 a.m. in Čepin, recognised V.B. and S.B. who were standing ... in front of the Fire Brigade Headquarters in Ivanovac and were fleeing their village because of the attacks by the Yugoslav People's Army, ... fired at them with an automatic gun ... which caused S.B. to sustain a gunshot wound to the head ... and neck as a result of which S.B. immediately died, while V.B. was wounded and fell to the ground. The accused then drove away and soon afterwards came back, and, seeing that V.B. was still alive and accompanied by his nine-year-old son Sl.B. and ... his wife M.B., again fired the automatic gun at them, and thus shot V.B. twice in the head ... twice in the arm ... as a result of which V.B. soon died while Sl.B. was shot in the leg ... which amounted to grievous bodily harm;

(b) in the period between 22 and 24 November 1991 in Čepin, arrested N.V. and Ne.V., threatening them with firearms, appropriated their Golf vehicle ... took them to the basement of a house ... where he tied them by ropes to chairs and kept them locked in without food or water and, together with the members of his Unit ... beat and insulted them, asked them about their alleged hostile activity and possession of a radio set, and during that time prevented other members of the Unit from helping them ... after which he took them out of Čepin to a forest ... where they were shot with several bullets from firearms ... as a result of which N.V. ... and Ne.V. died;

(c) on 23 November 1991 at about 1.30 p.m. at the coach terminal in Čepin, arrested S.G. and D.G. and their relative Lj.G. and drove them to a house ... tied their hands behind their backs and, together with the late T.B., interrogated them about their alleged hostile activity and in the evening, while they were still tied up, drove them out of Čepin ... where he shot them ... as a result of which they died;

the accused Fred Marguš and T.D. [acting] together

(d) on 25 November 1991 at about 1 p.m. in Čepin, on seeing S.P. driving his Golf vehicle ... stopped him at the request of Fred Marguš ... and drove him to a field ... where ... Fred Marguš ordered T.D. to shoot S.P., [an order] which T.D. obeyed, shooting S.P. once ... after which Fred Marguš shot him several times with an automatic gun ... as a result of which S.P. ... died and Fred Marguš appropriated his vehicle.

..."

24. The applicant's conviction was upheld by the Supreme Court on 19 September 2007 and his sentence was increased to fifteen years' imprisonment. The relevant part of the judgment by the Supreme Court reads as follows:

"Under Article 36 § 1 (5) of the Code of Criminal Procedure (CCP), a judge is exempted from performing judicial functions if he or she participated in the same case in the adoption of a ruling of a lower court or if he participated in adopting the impugned ruling.

It is true that Judge M.K. participated in the proceedings in which the impugned judgment was adopted. He was the President of a panel of the Osijek County Court which adopted the ruling ... of 24 June 1997 by which the proceedings against the accused Fred Marguš were terminated under section 1(1) and (3) and section 2(2) of the General Amnesty Act ...

Even though both sets of proceedings were instituted against the same accused, it was not the same case. The judge in question participated in two different cases before the Osijek County Court against the same accused. In the case in which the present appeal has been lodged, Judge M.K. did not participate in adopting any decision of a lower court or in a decision which is the subject of an appeal or an extraordinary remedy.

...

The accused incorrectly argued that the first-instance court had acted contrary to Article 346 § 4 and Article 347 §§ 1 and 4 of the CCP when it held the concluding hearing in his absence and in the absence of his defence lawyer because it had removed him from the courtroom when the parties were presenting their closing arguments. Thus, he claimed, he had been prevented from giving his closing arguments. Furthermore, he had not been informed about the conduct of the hearing in his absence, and the decision to remove him from the courtroom had not been adopted by the trial panel.

Contrary to the allegations of the accused, the written record of the hearing held on 19 March 2007 shows that the accused Fred Marguš interrupted the [Osijek] County Deputy State Attorney in his closing arguments and was twice warned by the President of the trial panel. Since he continued with the same behaviour, the trial panel decided to remove him from the courtroom ...

Such action by the trial court is in conformity with Article 300 § 2 of the CCP. The accused Fred Marguš started to disturb order in the courtroom during the closing arguments of the [Osijek County Deputy] State Attorney and persisted in doing so, after which he was removed from the courtroom by a decision of the trial panel. He was again present in the courtroom when judgment was pronounced on 21 March 2007.

Since the trial court complied fully with Article 300 § 2 of the CCP, the accused's appeal is unfounded. In the case in issue there has been no violation of the defence rights, and the removal of the accused from the courtroom during the closing arguments of the parties had no effect on the judgment.

...

The accused Fred Marguš further argues ... that the impugned judgment violated the *ne bis in idem* principle ... because the proceedings had already been discontinued in respect of some of the charges giving rise to the impugned judgment ...

...

It is true that criminal proceedings were conducted before the Osijek County Court under the number K-4/97 against the accused Fred Marguš in respect of, *inter alia*, four criminal offences ... of murder ... committed against S.B., V.B., N.V. and Ne.V, as well as the criminal offence ... of creating a risk to life and assets ... These proceedings were terminated by final ruling of the Osijek County Court no. Kv-99/97 (K-4/97) of 24 June 1997 on the basis of the General Amnesty Act ...

Despite the fact that the consequences of the criminal offences which were the subject of the proceedings conducted before the Osijek County Court under the number K-4/97, namely the deaths of S.B., V.B., N.V. and Ne.V. and the grievous bodily injury of Sl.B., are also part of the factual background [to the criminal offences assessed] in the proceedings in which the impugned judgment has been adopted, the offences [tried in the two sets of criminal proceedings in issue] are not the same.

Comparison between the factual background [to the criminal offences assessed] in both sets of proceedings shows that they are not identical. The factual background [to the offences referred to] in the impugned judgment contains a further criminal element, significantly wider in scope than the one forming the basis for the proceedings conducted before the Osijek County Court under the number K-4/97. [In the present case] the accused Fred Marguš is charged with violation of the rules of the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949 and of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 relative to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) of 8 June 1977, in that, in the period between 20 and 25 November 1991, while defending that territory from armed attacks by the local rebel Serb population and the so-called Yugoslav People's Army in their joint attack on the constitutional legal order and territorial integrity of the Republic of Croatia, and in violation of the rules of international law, he killed and tortured civilians, treated them in an inhuman manner, unlawfully arrested them, ordered the killing of a civilian and robbed the assets of the civilian population. The above acts constitute a criminal offence against the values protected by international law, namely a war crime against the civilian population under Article 120 § 1 of the Criminal Code.

Since the factual background to the criminal offence in issue, and its legal classification, differ from those which were the subject of the earlier proceedings, such that the scope of the charges against the accused Fred Marguš is significantly wider and different from the previous case (case-file no. K-4/97), the matter is not *res judicata* ...”

25. A subsequent constitutional complaint by the applicant was dismissed by the Constitutional Court on 30 September 2009. The Constitutional Court endorsed the views of the Supreme Court.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Relevant law

26. The relevant part of the Croatian Constitution (*Ustav Republike Hrvatske*, Official Gazette nos. 41/2001 and 55/2001) reads as follows:

Article 31

“ ...

2. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings for an offence of which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law.

Only the law may, in accordance with the Constitution or an international agreement, prescribe the situations in which proceedings may be reopened under paragraph 2 of this Article and the grounds for reopening.

...”

27. The relevant provisions of the Code of Criminal Procedure (*Zakon o kaznenom postupku* – Official Gazette nos. 110/1997, 27/1998, 58/1999, 112/1999, 58/2002, 62/2003, 178/2004 and 115/2006) provide as follows:

Article 300

“1. Where the accused ... disturbs order at a hearing or does not comply with the orders of the presiding judge, the latter shall warn the accused ... The panel may order that the accused be removed from the courtroom ...

2. The panel may order that the accused be removed from the courtroom for a limited time. Where the accused again disturbs order [he or she may be removed from the courtroom] until the end of the presentation of evidence. Before the closure of the presentation of evidence the presiding judge shall summon the accused and inform him about the conduct of the trial. If the accused continues to disturb order and insults the dignity of the court, the panel may again order that he be removed from the courtroom. In that case the trial shall be concluded in the accused’s absence and the presiding judge or another member of the panel shall inform him or her about the judgment adopted, in the presence of a typist.

...”

Article 350 (former Article 336)

“1. A judgment may refer only to the accused and the offence which are the subject of the indictment as initially submitted or as altered at the hearing.

2. The court is not bound by the prosecutor’s legal classification of the offence.”¹

Types of judgments

Article 352

“1. A judgment shall dismiss the charges, acquit the accused or find him or her guilty.

...”

1. See the Supreme Court’s practice in respect of this provision in paragraphs 32 to 34 below.

Article 354

“A judgment acquitting the accused shall be adopted when:

- (1) the offence with which the accused is charged is not a criminal offence under the law;
- (2) there are circumstances that exclude the accused’s guilt;
- (3) it has not been proved that the accused committed the criminal offence with which he or she is charged.”

Article 355

“1. A judgment finding the accused guilty shall contain the following details:

- (1) the offence of which the accused is found guilty, stating the facts and circumstances constituting the specific ingredients of a given criminal offence as well as those on which the application of a specific provision of the Criminal Code depends;
 - (2) the statutory name and description of the criminal offence and the provisions of the Criminal Code which have been applied;
 - (3) the sentence to be applied or whether, under the provisions of the Criminal Code, a sentence is not to be applied or imprisonment is to be substituted by community service;
 - (4) any decision on suspended sentence;
 - (5) any decision on security measures and confiscation of material gains;
 - ...
 - (7) the decision on costs and on any civil claim and whether a final judgment is to be published in the media.
- ...”

Article 367

“1. A grave breach of criminal procedure shall be found to exist where

- ...
- (3) a hearing has been held without a person whose presence is obligatory under the law ...
- ...”

Reopening of proceedings**Article 401**

“Criminal proceedings concluded by a final ruling or a final judgment may be reopened at the request of an authorised person, only in the circumstances and under the conditions set out in this Code.”

Article 406

“1. Criminal proceedings concluded by a final judgment dismissing the charges may exceptionally be reopened to the detriment of the accused:

...

(5) where it has been established that amnesty, pardon, statutory limitation or other circumstances excluding criminal prosecution are not applicable to the criminal offence referred to in the judgment dismissing the charges.

...”

Article 408

“1. The court competent to decide upon a request for the reopening of the proceedings is the one which adjudicated the case at first instance ...

2. The request for reopening shall contain the statutory basis for reopening and evidence supporting the request ...

...”

Request for the protection of legality**Article 418**

“1. The State Attorney may lodge a request for the protection of legality against final judicial decisions and court proceedings preceding such decisions in which a law has been violated.

2. The State Attorney shall lodge a request for the protection of legality against a judicial decision adopted in proceedings in which fundamental human rights and freedoms guaranteed by the Constitution, statute or international law have been violated.

...”

Article 419

“1. The Supreme Court of the Republic of Croatia shall determine requests for the protection of legality.

...”

Article 420

“1. When determining a request for the protection of legality the [Supreme] Court shall assess only those violations of the law relied on by the State Attorney.

...”

Article 422

“...

2. Where a request for the protection of legality has been lodged to the detriment of the accused and the [Supreme] Court establishes that it is well founded, it shall merely establish that there has been a violation of the law, without altering a final decision.”

28. Under the Criminal Code (*Kazeni zakon*, Official Gazette nos. 53/1991, 39/1992 and 91/1992) the circumstances excluding an individual’s guilt are lack of accountability (*neubrojivost*), error in law or error in fact.

29. The relevant part of the General Amnesty Act of 24 September 1996 (Official Gazette no. 80/1996, *Zakon o općem oprost*) reads as follows:

Section 1

“This Act grants general amnesty from criminal prosecution and trial to the perpetrators of criminal offences committed during the aggression, armed rebellion or armed conflicts and in connection with the aggression, armed rebellion or armed conflicts in the Republic of Croatia.

No amnesty shall apply to the execution of final judgments in respect of perpetrators of the criminal offences under paragraph 1 of this section.

Amnesty from criminal prosecution and trial shall apply to offences committed between 17 August 1990 and 23 August 1996.”

Section 2

“No criminal prosecution or trial proceedings shall be instituted against the perpetrators of the criminal offences under section 1 of this Act.

Where a criminal prosecution has already commenced it shall be discontinued and where trial proceedings have been instituted a court shall issue a ruling terminating the proceedings of its own motion.

Where a person granted amnesty under paragraph 1 of this section has been detained, he or she shall be released.”

Section 3

“No amnesty under section 1 of this Act shall be granted to perpetrators of the gravest breaches of humanitarian law which have the character of war crimes, namely the criminal offence of genocide under Article 119 of the Basic Criminal Code of the Republic of Croatia (Official Gazette no. 31/1993, consolidated text, nos. 35/1993, 108/1995, 16/1996 and 28/1996); war crimes against the civilian population under Article 120; war crimes against the wounded and sick under Article 121; war crimes against prisoners of war under Article 122; organising groups [with the purpose of committing] or aiding and abetting genocide and war crimes under Article 123; unlawful killing and wounding of the enemy under Article 124; unlawful taking of possessions from the dead or wounded on the battleground under Article 125; use of unlawful means of combat under Article 126; offences against negotiators under Article 127; cruel treatment of the wounded, sick and prisoners of war under Article 128; unjustified delay in repatriation of prisoners of war under Article 129;

destruction of the cultural and historical heritage under Article 130; inciting war of aggression under Article 131; abuse of international symbols under Article 132; racial and other discrimination under Article 133; establishing slavery and transferring slaves under Article 134; international terrorism under Article 135; putting at risk persons under international protection under Article 136; taking hostages under Article 137; and the criminal offence of terrorism under the provisions of international law.

No amnesty shall be granted to perpetrators of other criminal offences under the Basic Criminal Code of the Republic of Croatia (Official Gazette no. 31/1993, consolidated text, nos. 35/1993, 108/1995, 16/1996 and 28/1996) and the Criminal Code of the Republic of Croatia (Official Gazette no. 32/1993, consolidated text, nos. 38/1993, 28/1996 and 30/1996) which were not committed during the aggression, armed rebellion or armed conflicts and are not connected with the aggression, armed rebellion or armed conflicts in the Republic of Croatia.

...”

Section 4

“A State Attorney may not lodge an appeal against a court decision under section 2 of this Act where the court granted amnesty in favour of the perpetrator of a criminal offence covered by this Act on the basis of the legal classification given to the offence by a State Attorney.”

B. Relevant practice

1. Practice of the Constitutional Court

30. In its decision no. U-III/543/1999 of 26 November 2008 the Constitutional Court held, in so far as relevant, as follows:

“6. The question before the Constitutional Court is whether there was a second trial concerning an event constituting the offence for which the General Amnesty Act was applied, and thus whether the proceedings concerned a ‘same offence’ in respect of which, under Article 31 § 2 of the Constitution, it is not possible to institute a new, separate and unrelated set of proceedings. Such proceedings would infringe [the principle of] legal certainty and permit multiple sanctions to be imposed for one and the same conduct which may be the subject of only one criminal sanction. In answering this question, the Constitutional Court should examine two issues: (a) the similarity between the descriptions of the events constituting the offences with which the appellant was charged in the first and second set of proceedings, in order to verify whether the decision on the application of amnesty and the final conviction in the subsequent proceedings concern the same subject, that is, the same ‘criminal quantity’, irrespective of whether they concern the same historical events; and after that ... (b) whether the case in issue concerns a situation in which it was not possible to bring fresh charges in relation to the facts already adjudicated in the first decisions of the courts (applying the amnesty), but in which, under Article 31 § 3 of the Constitution, it was possible to seek the reopening of the proceedings as provided for by the relevant law. Article 406 § 1 (5) of the Code of Criminal Procedure allows for the reopening

of proceedings which were terminated by a final judgment dismissing the charges, where 'it has been established that amnesty, pardon, statutory limitation or other circumstances excluding criminal prosecution are not applicable to the criminal offence referred to in the judgment dismissing the charges'.

6.1. The Constitutional Court can examine the similarity between the descriptions of the events constituting the offences only by reference to the normative standards. In so doing it is bound, just like the lower courts, by the constituent elements of the offences, irrespective of their legal classification. The descriptions of the events forming the basis for the charges in the judgment of the Bjelovar Military Court (no. K-85/95-24) and the Supreme Court (no. I Kž-257/96), and the impugned judgments of the Sisak County Court (no. K-108/97) and the Supreme Court (no. I Kž-211/1998-3), undoubtedly suggest that they concern the same events, which were merely given different legal classifications. All the relevant facts had been established by the Bjelovar Military Court (which finally terminated the proceedings) and no other new facts were established in the subsequent proceedings before the Sisak County Court. The only difference in the description of the charges was in the time of the commission of the offences, which does not suggest that the events were different but rather that the courts were unable to establish the exact time of the offences. As regards the identical nature of the events, it is also relevant to note that the Supreme Court emphasised in the impugned judgment that the events were the same, so there is no doubt about this aspect.

6.2. In the impugned judgment the Supreme Court held that the conduct in issue constituted not only the offence of armed rebellion under Article 235 § 1 of the Criminal Code of the Republic of Croatia, in respect of which the judgment dismissing the charges was adopted, but also the offence of war crimes against the civilian population under Article 120 §§ 1 and 2 of the Basic Criminal Code of the Republic of Croatia, the offence of which [the appellant] was later convicted. It follows from this reasoning of the Supreme Court that the same conduct constituted the elements of two offences and that the situation was one of a single act constituting various offences.

6.3. The Constitutional Court finds that in the impugned judgment the Supreme Court erred in finding that the same perpetrator, after a final judgment had been adopted in respect of a single act constituting one offence, could be tried again in the new set of proceedings for the same act constituting another offence. Under Article 336 § 2 of the Code of Criminal Procedure the court is not bound by the prosecutor's classification of the offence. The Bjelovar Military Court, if it considered that the facts underlying the charges constituted the offence of war crimes against the civilian population under Article 120 § 1 of the Basic Criminal Code of the Republic of Croatia, should therefore have found that it had no competence to determine the case (because it had no competence to try war crimes), and should have forwarded the case to the competent court, which could have convicted [the appellant] of the offence of war crimes against the civilian population, in respect of which no amnesty could be applied. Since the Bjelovar Military Court did not act in such a manner, it follows that, owing to the final nature of its judgment, the decision dismissing the charges became *res judicata*. The subsequent conviction in this case is a violation of the *ne bis*

in idem rule, irrespective of the fact that the operative part of the first judgment did not concern ‘the merits’, sometimes understood simply as a resolution of the question whether the accused committed the offence or not. The formal distinction between an acquittal and a judgment dismissing the charges cannot be the only criterion for the resolution of the question whether a new and unrelated set of criminal proceedings may be instituted in respect of the same ‘criminal quantity’: although it is contained in the judgment dismissing the charges, the decision on the application of amnesty, in the legal sense, creates the same legal consequences as an acquittal, and in both judgments a factual issue remains unproven.

6.4. Therefore the Constitutional Court cannot accept the reasoning of the Supreme Court’s judgment no. I Kž-211/1998-3 of 1 April 1999, according to which the judgment or ruling on the discontinuance of the proceedings for the offence of armed rebellion concerning the same event does not exclude the possibility of a subsequent prosecution and conviction for the offence of war crimes against the civilian population on the ground that the latter offence endangers not only the values of the Republic of Croatia but also humanity in general and international law. In any event, the Supreme Court later departed from that position in case no. I Kž-8/00-3 of 18 September 2002, finding that the judgment dismissing the charges ‘without any doubt concerns the same event, in terms of the time, place and manner of commission; the event was simply given a different classification in the impugned judgment than in the ruling of the Zagreb Military Court’. It also stated the following: ‘*When, as in the case in issue, the criminal proceedings have been discontinued in respect of the offence under Article 244 § 2 of the Criminal Code of the Republic of Croatia, and where the actions ... are identical to those of which [the accused] was found guilty in the impugned judgment ... under the ne bis in idem principle provided for in Article 32 § 2 of the Constitution, new criminal proceedings cannot be instituted because the matter has been adjudicated.*’

...”

31. Constitutional Court decision no. U-III-791/1997 of 14 March 2001 referred to a situation where the criminal proceedings against the accused had been terminated under the General Amnesty Act. Its relevant parts read as follows:

“16. The provision of the Constitution which excludes the possibility of an accused being tried again for an offence of which he or she has already been ‘finally acquitted or convicted in accordance with the law’ refers exclusively to a situation where a judgment has been adopted in criminal proceedings which acquits the accused or finds him or her guilty of the charges brought against him or her in the indictment.

...

19. ... a ruling which does not finally acquit the accused but terminates the criminal proceedings cannot form the basis for application of the constitutional provisions concerning the prohibition on being tried or punished again ...”

2. Practice of the Supreme Court

32. The relevant part of ruling no. I Kž-533/00-3 of 11 December 2001 reads as follows:

“Under Article 336 § 2 of the Code of Criminal Procedure the court is not bound by the prosecutor’s legal classification of the offence, and it was therefore empowered to decide upon a different criminal offence since that offence is more favourable [to the accused] ...”

33. The relevant part of ruling no. I Kž 257/02-5 of 12 October 2005 reads as follows:

“Since under Article 336 § 2 of the Code of Criminal Procedure the court is not bound by the prosecutor’s legal classification of the offence, and given that the possible sentence for the criminal offence of incitement to abuse of authority in financial affairs under Article 292 § 2 is more lenient than the possible sentence for the criminal offence under Article 337 § 4 of the Criminal Code, the first-instance court was empowered to classify the acts in question as the criminal offence under Article 292 § 2 of the Criminal Code ...”

34. The relevant part of ruling no. I Kž 657/10-3 of 27 October 2010 reads as follows:

“Even though the first-instance court correctly stated that a court is not bound by the prosecutor’s legal classification of the offence, the terms of the indictment were nevertheless exceeded because the first-instance court put the accused in a less favourable position by convicting him of two criminal offences instead of one ...”

III. RELEVANT INTERNATIONAL LAW MATERIALS

A. The Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties

35. The relevant part of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969 (“the Vienna Convention”) provides:

Section 3. Interpretation of treaties

Article 31

General rule of interpretation

“1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;

(b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.”

Article 32

Supplementary means of interpretation

“Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.”

Article 33

Interpretation of treaties authenticated in two or more languages

“1. When a treaty has been authenticated in two or more languages, the text is equally authoritative in each language, unless the treaty provides or the parties agree that, in case of divergence, a particular text shall prevail.

2. A version of the treaty in a language other than one of those in which the text was authenticated shall be considered an authentic text only if the treaty so provides or the parties so agree.

3. The terms of the treaty are presumed to have the same meaning in each authentic text.

4. Except where a particular text prevails in accordance with paragraph 1, when a comparison of the authentic texts discloses a difference of meaning which the application of articles 31 and 32 does not remove, the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty, shall be adopted.”

B. The Geneva Conventions of 1949 for the Protection of Victims of Armed Conflicts and their Additional Protocols

36. The relevant part of common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949 reads:

Article 3

“In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions:

(1) Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed ‘hors de combat’ by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria.

To this end, the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons

(a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;

(b) taking of hostages;

(c) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment;

(d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgement pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples.

...”

37. The relevant parts of the Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (Geneva, 12 August 1949 – hereinafter “the First Geneva Convention”) read:

Chapter IX. Repression of Abuses and Infractions

Article 49

“The High Contracting Parties undertake to enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions for persons committing, or ordering to be committed, any of the grave breaches of the present Convention defined in the following Article.

Each High Contracting Party shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts. It may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial to another High Contracting Party concerned, provided such High Contracting Party has made out a ‘prima facie’ case.

...”

Article 50

“Grave breaches to which the preceding Article relates shall be those involving any of the following acts, if committed against persons or property protected by the Convention: wilful killing, torture or inhuman treatment, including biological experiments, wilfully causing great suffering or serious injury to body or health, and extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly.”

38. Articles 50 and 51 of the Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (Geneva, 12 August 1949) contain the same text as Articles 49 and 50 of the First Geneva Convention.

39. Articles 129 and 130 of the Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War (Geneva, 12 August 1949) contain the same text as Articles 49 and 50 of the First Geneva Convention.

40. Articles 146 and 147 of the Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Geneva, 12 August 1949) contain the same text as Articles 49 and 50 of the First Geneva Convention.

41. The relevant part of the Additional Protocol (II) to the Geneva Conventions, relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Geneva, 8 June 1977) reads:

Article 4

“1. All persons who do not take a direct part or who have ceased to take part in hostilities, whether or not their liberty has been restricted, are entitled to respect for their person, honour and convictions and religious practices. They shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction. It is prohibited to order that there shall be no survivors.

2. Without prejudice to the generality of the foregoing, the following acts against the persons referred to in paragraph I are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever:

(a) violence to the life, health and physical or mental well-being of persons, in particular murder as well as cruel treatment such as torture, mutilation or any form of corporal punishment;

...”

Article 6

“ ...

5. At the end of hostilities, the authorities in power shall endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in the armed conflict, or

those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict, whether they are interned or detained.”

Article 13

“1. The civilian population and individual civilians shall enjoy general protection against the dangers arising from military operations. To give effect to this protection, the following rules shall be observed in all circumstances.

2. The civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited.

3. Civilians shall enjoy the protection afforded by this part, unless and for such time as they take a direct part in hostilities.”

C. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide²

42. The relevant parts of this Convention read as follows:

Article 1

“The Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to prevent and to punish.”

Article 4

“Persons committing genocide or any of the other acts enumerated in Article 3 shall be punished, whether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals.”

Article 5

“The Contracting Parties undertake to enact, in accordance with their respective Constitutions, the necessary legislation to give effect to the provisions of the present Convention and, in particular, to provide effective penalties for persons guilty of genocide or any of the other acts enumerated in Article 3.”

D. Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity³

43. The relevant part of this Convention reads as follows:

Article I

“No statutory limitation shall apply to the following crimes, irrespective of the date of their commission:

2. Adopted by Resolution 260 (III) A of the United Nations General Assembly on 9 December 1948.

3. Adopted on 26 November 1968; entry into force on 11 November 1970. It was ratified by Croatia on 12 October 1992.

(a) War crimes as they are defined in the Charter of the International Military Tribunal, Nürnberg, of 8 August 1945 and confirmed by resolutions 3 (I) of 13 February 1946 and 95 (I) of 11 December 1946 of the General Assembly of the United Nations, particularly the ‘grave breaches’ enumerated in the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the protection of war victims;

(b) Crimes against humanity whether committed in time of war or in time of peace as they are defined in the Charter of the International Military Tribunal, Nürnberg, of 8 August 1945 and confirmed by resolutions 3 (I) of 13 February 1946 and 95 (I) of 11 December 1946 of the General Assembly of the United Nations, eviction by armed attack or occupation and inhuman acts resulting from the policy of apartheid, and the crime of genocide as defined in the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, even if such acts do not constitute a violation of the domestic law of the country in which they were committed.”

Article II

“If any of the crimes mentioned in article I is committed, the provisions of this Convention shall apply to representatives of the State authority and private individuals who, as principals or accomplices, participate in or who directly incite others to the commission of any of those crimes, or who conspire to commit them, irrespective of the degree of completion, and to representatives of the State authority who tolerate their commission.”

Article III

“The States Parties to the present Convention undertake to adopt all necessary domestic measures, legislative or otherwise, with a view to making possible the extradition, in accordance with international law, of the persons referred to in article II of this Convention.”

Article IV

“The States Parties to the present Convention undertake to adopt, in accordance with their respective constitutional processes, any legislative or other measures necessary to ensure that statutory or other limitations shall not apply to the prosecution and punishment of the crimes referred to in articles I and II of this Convention and that, where they exist, such limitations shall be abolished.”

E. Rome Statute of the International Criminal Court

44. Article 20 of the Statute reads:

Ne bis in idem

“1. Except as provided in this Statute, no person shall be tried before the Court with respect to conduct which formed the basis of crimes for which the person has been convicted or acquitted by the Court.

2. No person shall be tried by another court for a crime referred to in article 5 for which that person has already been convicted or acquitted by the Court.

3. No person who has been tried by another court for conduct also proscribed under article 6, 7 or 8 shall be tried by the Court with respect to the same conduct unless the proceedings in the other court:

(a) Were for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court; or

(b) Otherwise were not conducted independently or impartially in accordance with the norms of due process recognized by international law and were conducted in a manner which, in the circumstances, was inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.”

F. Customary Rules of International Humanitarian Law

45. Mandated by the States convened at the 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, the International Committee of the Red Cross (ICRC) presented in 2005 a Study on Customary International Humanitarian Law⁴. This Study contains a list of customary rules of international humanitarian law. Rule 159, which refers to noninternational armed conflicts, reads:

“At the end of hostilities, the authorities in power must endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in a non-international armed conflict, or those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict, with the exception of persons suspected of, accused of or sentenced for war crimes.”

G. United Nations Security Council

Resolution on the situation in Croatia, 1120 (1997), 14 July 1997

46. The relevant part of the Resolution reads:

“The Security Council,

...

7. Urges the Government of the Republic of Croatia to eliminate ambiguities in implementation of the Amnesty Law, and to implement it fairly and objectively in accordance with international standards, in particular by concluding all investigations of crimes covered by the amnesty and undertaking an immediate and comprehensive review with United Nations and local Serb participation of all charges outstanding against individuals for serious violations of international humanitarian law which are not covered by the amnesty in order to end proceedings against all individuals against whom there is insufficient evidence;

4. J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, vols. I and II, Cambridge University Press and ICRC, 2005

...

H. The International Covenant on Civil and Political Rights

47. Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) 1966 provides:

“No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation.”

I. The United Nations Human Rights Committee

1. *General Comment No. 20, Article 7 (Forty-fourth session, 1992)*

48. The United Nations Human Rights Committee noted in 1992 in its General Comment No. 20 on Article 7 of the International Covenant that some States had granted amnesty in respect of acts of torture. It went on to state that “[a]mnesties are generally incompatible with the duty of States to investigate such acts; to guarantee freedom from such acts within their jurisdiction; and to ensure that they do not occur in the future. States may not deprive individuals of the right to an effective remedy, including compensation and such full rehabilitation as may be possible”.

2. *Concluding observations, Lebanon, 1 April 1997*

49. Paragraph 12 reads as follows:

“12. The Committee notes with concern the amnesty granted to civilian and military personnel for human rights violations they may have committed against civilians during the civil war. Such a sweeping amnesty may prevent the appropriate investigation and punishment of the perpetrators of past human rights violations, undermine efforts to establish respect for human rights, and constitute an impediment to efforts undertaken to consolidate democracy.”

3. *Concluding observations, Croatia, 30 April 2001*

50. Paragraph 11 reads as follows:

“The Committee is concerned with the implications of the Amnesty Law. While that law specifically states that the amnesty does not apply to war crimes, the term ‘war crimes’ is not defined and there is a danger that the law will be applied so as to grant impunity to persons accused of serious human rights violations. The Committee regrets that it was not provided with information on the cases in which the Amnesty Law has been interpreted and applied by the courts.

The State party should ensure that in practice the Amnesty Law is not applied or utilized for granting impunity to persons accused of serious human rights violations.”

4. *General Comment No. 31 [80], The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 29 March 2004*

“18. Where the investigations referred to in paragraph 15 reveal violations of certain Covenant rights, States Parties must ensure that those responsible are brought to justice. As with failure to investigate, failure to bring to justice perpetrators of such violations could in and of itself give rise to a separate breach of the Covenant. These obligations arise notably in respect of those violations recognized as criminal under either domestic or international law, such as torture and similar cruel, inhuman and degrading treatment (article 7), summary and arbitrary killing (article 6) and enforced disappearance (articles 7 and 9 and, frequently, 6). Indeed, the problem of impunity for these violations, a matter of sustained concern by the Committee, may well be an important contributing element in the recurrence of the violations. When committed as part of a widespread or systematic attack on a civilian population, these violations of the Covenant are crimes against humanity (see Rome Statute of the International Criminal Court, article 7).

Accordingly, where public officials or State agents have committed violations of the Covenant rights referred to in this paragraph, the States Parties concerned may not relieve perpetrators from personal responsibility, as has occurred with certain amnesties (see General Comment 20 (44)) and prior legal immunities and indemnities. Furthermore, no official status justifies persons who may be accused of responsibility for such violations being held immune from legal responsibility. ...”

J. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment⁵

51. The relevant parts of this Convention provide:

Article 4

“1. Each State Party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture.

2. Each State Party shall make these offences punishable by appropriate penalties which take into account their grave nature.”

Article 7

“1. The State Party in the territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed any offence referred to in article 4 is found shall in the cases contemplated in article 5, if it does not extradite him, submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution.

...”

5. Adopted and opened for signature, ratification and accession by United Nations General Assembly Resolution 39/46 of 10 December 1984; entry into force 26 June 1987.

Article 12

“Each State Party shall ensure that its competent authorities proceed to a prompt and impartial investigation, wherever there is reasonable ground to believe that an act of torture has been committed in any territory under its jurisdiction.”

Article 13

“Each State Party shall ensure that any individual who alleges he has been subjected to torture in any territory under its jurisdiction has the right to complain to, and to have his case promptly and impartially examined by, its competent authorities. Steps shall be taken to ensure that the complainant and witnesses are protected against all ill-treatment or intimidation as a consequence of his complaint or any evidence given.”

Article 14

“1. Each State Party shall ensure in its legal system that the victim of an act of torture obtains redress and has an enforceable right to fair and adequate compensation, including the means for as full rehabilitation as possible. In the event of the death of the victim as a result of an act of torture, his dependants shall be entitled to compensation.

2. Nothing in this article shall affect any right of the victim or other persons to compensation which may exist under national law.”

K. The United Nations Commission on Human Rights

52. The relevant parts of the resolutions on impunity read:

1. *Resolution 2002/79, 25 April 2002, and Resolution 2003/72, 25 April 2003*

“*The Commission on Human Rights,*

...

2. *Also emphasizes* the importance of taking all necessary and possible steps to hold accountable perpetrators, including their accomplices, of violations of international human rights and humanitarian law, recognizes that amnesties should not be granted to those who commit violations of international humanitarian and human rights law that constitute serious crimes and urges States to take action in accordance with their obligations under international law;

...”

2. *Resolution 2004/72, 21 April 2004*

“*The Commission on Human Rights,*

...

3. *Also recognizes* that amnesties should not be granted to those who commit violations of human rights and international humanitarian law that constitute crimes, urges States to take action in accordance with their obligations under international law and welcomes the lifting, waiving, or nullification of amnesties and other immunities; ...”

3. *Resolution 2005/81, 21 April 2005*

“*The Commission on Human Rights,*

...

3. *Also recognizes* that amnesties should not be granted to those who commit violations of human rights and international humanitarian law that constitute crimes, urges States to take action in accordance with their obligations under international law and welcomes the lifting, waiving, or nullification of amnesties and other immunities, and recognizes as well the Secretary-General’s conclusion that United Nations endorsed peace agreements can never promise amnesties for genocide, crimes against humanity, war crimes, or gross violations of human rights; ...”

L. The European Parliament

Resolution A3-0056/93, 12 March 1993

53. The relevant text of the Resolution on human rights in the world and Community human rights policy for the years 1991 to 1992 reads:

“The European Parliament,

...

7. Believes that the problem of impunity ... can take the form of amnesty, immunity, extraordinary jurisdiction and constrains democracy by effectively condoning human rights infringements and distressing victims;

8. Affirms that there should be no question of impunity for those responsible for war crimes in the former Yugoslavia ...”

M. The United Nations Special Rapporteur on Torture

Fifth report, UN Doc. E/CN.4/1998/38, 24 December 1997

54. In 1998, in the conclusions and recommendations of his fifth report on the question of the human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment, in particular, torture and other cruel,

inhuman or degrading treatment or punishment, the Special Rapporteur of the United Nations Commission on Human Rights stated with respect to the Draft Statute for an International Criminal Court:

“228. In this connection, the Special Rapporteur is aware of suggestions according to which nationally granted amnesties could be introduced as a bar to the proposed court[’s] jurisdiction. He considers any such move subversive not just of the project at hand, but of international legality in general. It would gravely undermine the purpose of the proposed court, by permitting States to legislate their nationals out of the jurisdiction of the court. It would undermine international legality, because it is axiomatic that States may not invoke their own law to avoid their obligations under international law. Since international law requires States to penalize the types of crime contemplated in the draft statute of the court in general, and torture in particular, and to bring perpetrators to justice, the amnesties in question are, ipso facto, violations of the concerned States’ obligations to bring violators to justice. ...”

N. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

55. The relevant part of the *Furundžija* case (judgment of 10 December 1998) reads:

“155. The fact that torture is prohibited by a peremptory norm of international law has other effects at the inter-state and individual levels. At the inter-state level, it serves to internationally de-legitimise any legislative, administrative or judicial act authorising torture. It would be senseless to argue, on the one hand, that on account of the *jus cogens* value of the prohibition against torture, treaties or customary rules providing for torture would be null and void *ab initio*, and then be unmindful of a State say, taking national measures authorising or condoning torture or absolving its perpetrators through an amnesty law. If such a situation were to arise, the national measures, violating the general principle and any relevant treaty provision, would produce the legal effects discussed above and in addition would not be accorded international legal recognition. Proceedings could be initiated by potential victims if they had *locus standi* before a competent international or national judicial body with a view to asking it to hold the national measure to be internationally unlawful; or the victim could bring a civil suit for damage in a foreign court, which would therefore be asked *inter alia* to disregard the legal value of the national authorising act. What is even more important is that perpetrators of torture acting upon or benefiting from those national measures may nevertheless be held criminally responsible for torture, whether in a foreign State, or in their own State under a subsequent regime. In short, in spite of possible national authorisation by legislative or judicial bodies to violate the principle banning torture, individuals remain bound to comply with that principle. As the International Military Tribunal at Nuremberg put it: ‘individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State.’”

O. American Convention on Human Rights⁶

56. The relevant part of this Convention reads as follows:

Article 1. Obligation to Respect Rights

“1. The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition.

2. For the purposes of this Convention, ‘person’ means every human being.”

P. Inter-American Commission on Human Rights

1. *Case 10.287 (El Salvador), Report No. 26/92 of 24 September 1992*

57. In 1992, in a report on a case with respect to the Las Hojas massacres in El Salvador in 1983 during which about seventy-four persons were allegedly killed by members of the Salvadoran armed forces with the participation of members of the Civil Defence, and which had led to a petition before the Inter-American Commission on Human Rights, the latter held that:

“ ...

The application of [El Salvador’s 1987 Law on Amnesty to Achieve National Reconciliation] constitutes a clear violation of the obligation of the Salvadoran Government to investigate and punish the violations of the rights of the Las Hojas victims, and to provide compensation for damages resulting from the violations

...

... The present amnesty law, as applied in these cases, by foreclosing the possibility of judicial relief in cases of murder, inhumane treatment and absence of judicial guarantees, denies the fundamental nature of the most basic human rights. It eliminates perhaps the single most effective means of enforcing such rights, the trial and punishment of offenders.”

2. *Report on the situation of human rights in El Salvador, OEA/Ser.L/V/III.85 Doc. 28 rev. (11 February 1994)*

58. In 1994, in a report on the situation of human rights in El Salvador, the Inter-American Commission on Human Rights stated, with regard to El Salvador’s General Amnesty Law for Consolidation of Peace, as follows:

6. Adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November 1969.

“... regardless of any necessity that the peace negotiations might pose and irrespective of purely political considerations, the very sweeping General Amnesty Law [for Consolidation of Peace] passed by El Salvador’s Legislative Assembly constitutes a violation of the international obligations it undertook when it ratified the American Convention on Human Rights, because it makes possible a ‘reciprocal amnesty’ without first acknowledging responsibility ...; because it applies to crimes against humanity, and because it eliminates any possibility of obtaining adequate pecuniary compensation, primarily for victims.”

3. *Case 10.480 (El Salvador), Report No. 1/99 of 27 January 1999*

59. In 1999, in a report on a case concerning El Salvador’s 1993 General Amnesty Law for Consolidation of Peace, the Inter-American Commission on Human Rights stated:

“113. The Commission should emphasize that [this law] was applied to serious human rights violations in El Salvador between January 1, 1980, and January 1, 1992, including those examined and established by the Truth Commission. In particular, its effect was extended, among other things, to crimes such as summary executions, torture, and the forced disappearance of persons. Some of these crimes are considered of such gravity as to have justified the adoption of special conventions on the subject and the inclusion of specific measures for preventing impunity in their regard, including universal jurisdiction and inapplicability of the statute of limitations. ...

...

115. The Commission also notes that Article 2 of [this law] was apparently applied to all violations of common Article 3 [of the 1949 Geneva Conventions] and of the [1977 Additional] Protocol II, committed by agents of the State during the armed conflict which took place in El Salvador. ...

...

123. ... in approving and enforcing the General Amnesty Law, the Salvadoran State violated the right to judicial guarantees enshrined in Article 8(1) of the [1969 American Convention on Human Rights], to the detriment of the surviving victims of torture and of the relatives of ..., who were prevented from obtaining redress in the civil courts; all of this in relation to Article 1(1) of the Convention.

...

129. ... in promulgating and enforcing the Amnesty Law, El Salvador has violated the right to judicial protection enshrined in Article 25 of the [1969 American Convention on Human Rights], to the detriment of the surviving victims ...”

In its conclusions, the Inter-American Commission on Human Rights stated that El Salvador “ha[d] also violated, with respect to the same persons, common Article 3 of the Four Geneva Conventions of 1949 and Article 4 of the [1977 Additional] Protocol II”. Moreover, in order to safeguard the

rights of the victims, it recommended that El Salvador should “if need be, ... annul that law *ex-tunc*”.

Q. Inter-American Court of Human Rights

60. In its judgment in *Barrios Altos v. Peru* ((merits), judgment of 14 March 2001, Series C No. 75) involving the question of the legality of Peruvian amnesty laws, the Inter-American Court of Human Rights stated:

“41. This Court considers that all amnesty provisions, provisions on prescription and the establishment of measures designed to eliminate responsibility are inadmissible, because they are intended to prevent the investigation and punishment of those responsible for serious human rights violations such as torture, extrajudicial, summary or arbitrary execution and forced disappearance, all of them prohibited because they violate non-derogable rights recognized by international human rights law.

42. The Court, in accordance with the arguments put forward by the Commission and not contested by the State, considers that the amnesty laws adopted by Peru prevented the victims’ next of kin and the surviving victims in this case from being heard by a judge ...; they violated the right to judicial protection ...; they prevented the investigation, capture, prosecution and conviction of those responsible for the events that occurred in Barrios Altos, thus failing to comply with Article 1(1) of the [1969 American Convention on Human Rights], and they obstructed clarification of the facts of this case. Finally, the adoption of self-amnesty laws that are incompatible with the [1969 American Convention on Human Rights] meant that Peru failed to comply with the obligation to adapt internal legislation that is embodied in Article 2 of the [1969 American Convention on Human Rights].

43. The Court considers that it should be emphasized that, in the light of the general obligations established in Articles 1(1) and 2 of the [1969 American Convention on Human Rights], the States Parties are obliged to take all measures to ensure that no one is deprived of judicial protection and the exercise of the right to a simple and effective recourse, in the terms of Articles 8 and 25 of the [1969 American Convention on Human Rights]. Consequently, States Parties to the [1969 American Convention on Human Rights] which adopt laws that have the opposite effect, such as self-amnesty laws, violate Articles 8 and 25, in relation to Articles 1(1) and 2 of the [1969 American Convention on Human Rights]. Self-amnesty laws lead to the defenselessness of victims and perpetuate impunity; therefore, they are manifestly incompatible with the aims and spirit of th[at] Convention. This type of law precludes the identification of the individuals who are responsible for human rights violations, because it obstructs the investigation and access to justice and prevents the victims and their next of kin from knowing the truth and receiving the corresponding reparation.

44. Owing to the manifest incompatibility of self-amnesty laws and the American Convention on Human Rights, the said laws lack legal effect and may not continue to obstruct the investigation of the grounds on which this case is based or the identification and punishment of those responsible, nor can they have the same or a similar impact

with regard to other cases that have occurred in Peru, where the rights established in the [1969 American Convention on Human Rights] have been violated.”

In his concurring opinion, Judge Antônio A. Cançado Trindade added:

“13. The international responsibility of the State for violations of internationally recognized human rights, – including violations which have taken place by means of the adoption and application of laws of self-amnesty, – and the individual penal responsibility of agents perpetrators of grave violations of human rights and of International Humanitarian Law, are two faces of the same coin, in the fight against atrocities, impunity, and injustice. It was necessary to wait many years to come to this conclusion, which, if it is possible today, is also due, – may I insist on a point which is very dear to me, – to the *awakening of the universal juridical conscience*, as the *material source par excellence* of International Law itself.”

61. In *Almonacid-Arellano et al. v. Chile* (preliminary objections, merits, reparations and costs), judgment of 26 September 2006, Series C No. 154, the Inter-American Court of Human Rights noted:

“154. With regard to the *ne bis in idem* principle, although it is acknowledged as a human right in Article 8(4) of the American Convention, it is not an absolute right, and therefore, is not applicable where: i) the intervention of the court that heard the case and decided to dismiss it or to acquit a person responsible for violating human rights or international law, was intended to shield the accused party from criminal responsibility; ii) the proceedings were not conducted independently or impartially in accordance with due procedural guarantees, or iii) there was no real intent to bring those responsible to justice. A judgment rendered in the foregoing circumstances produces an ‘apparent’ or ‘fraudulent’ *res judicata* case. On the other hand, the Court believes that if there appear new facts or evidence that make it possible to ascertain the identity of those responsible for human rights violations or for crimes against humanity, investigations can be reopened, even if the case ended in an acquittal with the authority of a final judgment, since the dictates of justice, the rights of the victims, and the spirit and the wording of the American Convention supersedes the protection of the *ne bis in idem* principle.

155. In the instant case, two of the foregoing conditions are met. Firstly, the case was heard by courts which did not uphold the guarantees of jurisdiction, independence and impartiality. Secondly, the application of Decree Law No. 2.191 did actually prevent those allegedly responsible from being brought before the courts and favored impunity for the crime committed against Mr. Almonacid-Arellano. The State cannot, therefore, rely on the *ne bis in idem* principle to avoid complying with the order of the Court ...”

62. The same approach was followed in *La Cantuta v. Peru* (merits, reparations and costs), judgment of 29 November 2006, Series C No. 162, the relevant part of which reads as follows:

“151. In this connection, the Commission and the representatives have asserted that the State has relied on the concept of double jeopardy to avoid punishing some of the alleged instigators of these crimes; however, double jeopardy does not apply inasmuch as they were prosecuted by a court who had no jurisdiction, was not independent or

impartial and failed to meet the requirements for competent jurisdiction. In addition, the State asserted that ‘involving other people who might be criminally liable is subject to any new conclusions reached by the *Ministerio Público* [General Attorney’s Office] and the Judiciary in investigating the events and meting out punishments’, and that ‘the military court’s decision to dismiss the case has no legal value for the General Attorney’s Office’s preliminary investigation. That is, the double jeopardy defense does not apply.’

152. This Court had stated earlier in the *Case of Barrios Altos* that

This Court considers that all amnesty provisions, provisions on prescription and the establishment of measures designed to eliminate responsibility are inadmissible, because they are intended to prevent the investigation and punishment of those responsible for serious human rights violations such as torture, extra-legal, summary or arbitrary execution and forced disappearance, all of them prohibited because they violate non-derogable rights recognized by international human rights law.

153. Specifically, in relation with the concept of double jeopardy, the Court has recently held that the *non bis in idem* principle is not applicable when the proceeding in which the case has been dismissed or the author of a violation of human rights has been acquitted, in violation of international law, has the effect of discharging the accused from criminal liability, or when the proceeding has not been conducted independently or impartially pursuant to the due process of law. A judgment issued in the circumstances described above only provides ‘fictitious’ or ‘fraudulent’ grounds for double jeopardy.

154. Therefore, in its complaint against the alleged instigators of the crimes ..., who were discharged by the military courts, the *Procuraduría Ad Hoc* (Ad Hoc Prosecutor’s Office) deemed it inadmissible to consider the order for dismissal of the case issued by the military judges in the course of a proceeding aimed at granting impunity as a legal obstacle for conducting prosecutions or as a final judgment, since the judges had no jurisdiction and were not impartial, and thus the order may not provide grounds for double jeopardy.”

63. In *Anzualdo Castro v. Peru* (preliminary objection, merits, reparations and costs), judgment of 22 September 2009, Series C No. 202, the Inter-American Court of Human Rights reiterated that:

“182. ... [T]he State must remove all obstacles, both factual and legal, that hinder the effective investigation into the facts and the development of the corresponding legal proceedings, and use all available means to expedite such investigations and proceedings, in order to ensure the non-repetition of facts such as these. Specially, this is a case of forced disappearance that occurred within a context of a systematic practice or pattern of disappearances perpetrated by state agents; therefore, the State shall not be able to argue or apply a law or domestic legal provision, present or future, to fail to comply with the decision of the Court to investigate and, if applicable, criminally punish th[ose] responsible for the facts. For this reason and as ordered by this Tribunal since the delivery of the Judgment in the case of *Barrios Altos v. Peru*, the State can no longer apply amnesty laws, which lack legal effects, present or future ...,

or rely on concepts such as the statute of limitations on criminal actions, *res judicata* principle and the double jeopardy safeguard or resort to any other measure designated to eliminate responsibility in order to escape from its duty to investigate and punish th[ose] responsible.”

64. In *Gelman v. Uruguay* ((merits and reparations), judgment of 24 February 2011, Series C No. 221), the Inter-American Court analysed at length the position under international law with regard to amnesties granted for grave breaches of fundamental human rights. In so far as relevant, the judgment reads as follows:

“184. The obligation to investigate human rights violations falls within the positive measures that States must adopt in order to ensure the rights recognized in the Convention and is an obligation of means rather than of results, which must be assumed by the State as [a] legal obligation and not as a mere formality preordained to be ineffective that depends upon the procedural initiative of the victims or their next of kin, or upon the production of evidence by private parties.

...

189. The mentioned international obligation to prosecute, and if criminal responsibility is determined, punish the perpetrators of the human rights violations, is encompassed in the obligation to respect rights enshrined in Article 1(1) of the American Convention and implies the right of the States Parties to organize all of the governmental apparatus, and in general, all of the structures through which the exercise of public power is expressed, in a way such that they are capable of legally guaranteeing the free and full exercise of human rights.

190. As part of this obligation, the States must prevent, investigate, and punish all violations of the rights recognized in the Convention, and seek, in addition, the reestablishment, if possible, of the violated right and, where necessary, repair the damage caused by the violation of human rights.

191. If the State’s apparatus functions in a way that assures the matter remains with impunity, and it does not restore, in as much as is possible, the victim’s rights, it can be ascertained that the State has not complied with the obligation to guarantee the free and full exercise of those persons within its jurisdiction.

...

195. Amnesties or similar forms have been one of the obstacles alleged by some States in the investigation, and where applicable, punishment of those responsible for serious human rights violations. This Court, the Inter-American Commission on Human Rights, the organs of the United Nations, and other universal and regional organs for the protection of human rights have ruled on the non-compatibility of amnesty laws related to serious human rights violations with international law and the international obligations of States.

196. As it has been decided prior, this Court has ruled on the non-compatibility of amnesties with the American Convention in cases of serious human rights violations

related to Peru (*Barrios Altos* and *La Cantuta*), Chile (*Almonacid Arellano et al.*), and Brazil (*Gomes Lund et al.*).

197. In the Inter-American System of Human Rights, of which Uruguay forms part by a sovereign decision, the rulings on the non-compatibility of amnesty laws with conventional obligations of States when dealing with serious human rights violations are many. In addition to the decisions noted by this Court, the Inter-American Commission has concluded, in the present case and in others related to Argentina, Chile, El Salvador, Haití, Perú and Uruguay its contradiction with international law. The Inter-American Commission recalled that it:

has ruled on numerous occasions in key cases wherein it has had the opportunity to express its point of view and crystallize its doctrine in regard to the application of amnesty laws, establishing that said laws violate various provisions of both the American Declaration as well as the Convention' and that '[t]hese decisions which coincide with the standards of other international bodies on human rights regarding amnesties, have declared in a uniform manner that both the amnesty laws as well as other comparable legislative measures that impede or finalize the investigation and judgment of agents of [a] State that could be responsible for serious violations of the American Declaration or Convention, violate multiple provisions of said instruments.

198. In the Universal forum, in its report to the Security Council, entitled *The rule of law and transitional justice in societies that suffer or have suffered conflicts*, the Secretary General of the United Nations noted that:

'[...] the peace agreements approved by the United Nations cannot promise amnesty for crimes of genocide, war, or crimes against humanity, or serious infractions of human rights [...].'

199. In the same sense, the United Nations High Commissioner for Human Rights concluded that amnesties and other analogous measures contribute to impunity and constitute an obstacle to the right to the truth in that they block an investigation of the facts on the merits and that they are, therefore, incompatible with the obligations incumbent on States given various sources of international law. More so, in regards to the false dilemma between peace and reconciliation, on the one hand, and justice on the other, it stated that:

'[t]he amnesties that exempt from criminal sanction those responsible for atrocious crimes in the hope of securing peace have often failed to achieve their aim and have instead emboldened their beneficiaries to commit further crimes. Conversely, peace agreements have been reached without amnesty provisions in some situations where amnesty had been said to be a necessary condition of peace and where many had feared that indictments would prolong the conflict.'

200. In line with the aforementioned, the Special Rapporteur of the United Nations on the issue of impunity, stated that:

'[t]he perpetrators of the violations cannot benefit from the amnesty while the victims are unable to obtain justice by means of an effective remedy. This would

lack legal effect in regard to the actions of the victims relating to the right to reparation.’

201. The General Assembly of the United Nations established in Article 18 of the Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance that ‘persons who have or are alleged to have committed [enforced disappearance] shall not benefit from any special amnesty law or similar measures that might have the effect of exempting them from any criminal proceedings or sanction.’

202. The World Conference on Human Rights which took place in Vienna in 1993, in its Declaration and Program of Action, emphasized that States ‘should derogate legislation that favors the impunity of those responsible for serious human rights violations, [...] punish the violations,’ highlighting that in those cases States are obligated first to prevent them, and once they have occurred, to prosecute the perpetrators of the facts.

203. The Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances of the United Nations has handled, on various occasions, the matter of amnesties in cases of enforced disappearances. In its General Comments regarding Article 18 of the Declaration on the Protection of All Persons Against Enforced Disappearance, it noted that it considers amnesty laws to be contrary to the provisions of the Declaration, even when it has been approved in referendum or by another similar type of consultation process, if directly or indirectly, due to its application or implementation, it terminates the State’s obligation to investigate, prosecute, and punish those responsible for the disappearances, if it hides the names of those who perpetrated said acts, or if it exonerates them.

204. In addition, the same Working Group stated its concern that in situations of post-conflict, amnesty laws are promulgated or other measures adopted that have impunity as a consequence, and it reminded States that:

in combating disappearances, effective preventive measures are crucial. Among them, it highlights [...] bringing to justice all persons accused of having committed acts of enforced disappearance, ensuring that they are tried only by competent civilian courts, and that they do not benefit from any special amnesty law or other similar measures likely to provide exemption from criminal proceedings or sanctions, and providing redress and adequate compensation to victims and their families.

205. Also in the universal forum, the bodies of human rights protection established by treaties have maintained the same standards concerning the prohibition of amnesties that prevent the investigation and punishment of those who commit serious human rights crimes. The Human Rights Committee, in its General Comment 31, stated that States should assure that those guilty of infractions recognized as crimes in international law or in national legislation, among others—torture and other acts of cruel, inhumane, or degrading treatment, **summary deprivations of life**, and arbitrary detention, and enforced disappearances—appear before the justice system and not attempt to exempt the perpetrators of their legal responsibility, as has occurred with certain amnesty laws.

206. The Human Rights Committee ruled on the matter in the proceedings of individual petitions and in its country reports, noting in the case of *Hugo Rodríguez v. Uruguay*, that it cannot accept the posture of a State of not being obligated to investigate human rights violations committed during a prior regime given an amnesty law, and it reaffirmed that amnesty laws in regard to serious human rights violations are incompatible with the aforementioned International Covenant of Civil and Political Rights, reiterating that they contribute to the creation of an atmosphere of impunity that can undermine upon the democratic order and bring about other serious human rights violations.

...

209. Also in the universal forum, in another branch of international law – that is international criminal law, amnesties or similar norms have been considered inadmissible. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, in a case related to torture, considered that it would not make sense to sustain on the one hand the statute of limitations on the serious human rights violations, and on the other hand to authorize State measures that authorize or condone, or amnesty laws that absolve its perpetrators. Similarly, the Special Court for Sierra Leone considered that the amnesty laws of said country were not applicable to serious international crimes. This universal tendency has been consolidated through the incorporation of the mentioned standard in the development of the statutes of the special tribunals recently created within the United Nations. In this sense, both the United Nations Agreement with the Republic of Lebanon and the Kingdom of Cambodia, as well as the Statutes that create the Special Tribunal for Lebanon, the Special Court for Sierra Leone, and the Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia, have included in their texts, clauses that indicate that the amnesties that are conceded shall not constitute an impediment to the processing of those responsible for crimes that are within the scope of the jurisdiction of said tribunals.

210. Likewise, in an interpretation of Article 6-5 of the Protocol II Additional to the Geneva Convention on International Humanitarian Law, the ICRC stated that amnesties cannot protect perpetrators of war crimes:

[w]hen it adopted paragraph 5 of Article 6 of Additional Protocol II, the USSR declared, in the reasoning of its opinion, that it could not be interpreted in such a way that it allow war criminals or other persons guilty of crimes against humanity to escape severe punishment. The ICRC agrees with this interpretation. An amnesty would also be inconsistent with the rule requiring States to investigate and prosecute those suspected of committing war crimes in non-international armed conflicts (...).

211. This norm of International Humanitarian Law and interpretation of Article 6-5 of the Protocol has been adopted by the Inter-American Commission on Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations.

212. The illegality of the amnesties related to serious violations of human rights vis-à-vis international law have been affirmed by the courts and organs of all the regional systems for the protection of human rights.

213. In the European System, the European Court of Human Rights considered that it is of the highest importance, in what pertains to an effective remedy, that the criminal procedures which refer to crimes, such as torture, that imply serious violations of human rights, not be obstructed by statute of limitations or allow amnesties or pardons in this regard. In other cases, it highlighted that when an agent of the State is accused of crimes violating the rights of Article [2] in the European Convention (Right to life), the criminal proceedings and judgment should not be obstructed, and the granting of amnesty is not permitted.

214. The African Commission on Human and Peoples' Rights considered that amnesty laws cannot protect the State that adopts them from complying with their international obligations, and noted, in addition, that in prohibiting the prosecution of perpetrators of serious human rights violations via the granting of amnesty, the States not only promote impunity, but also close off the possibility that said abuses be investigated and that the victims of said crimes have an effective remedy in order to obtain reparation.

...

F. Amnesty laws and the Jurisprudence of this Court.

225. This Court has established that 'amnesty provisions, the statute of limitation provisions, and the establishment of exclusions of responsibility that are intended to prevent the investigation and punish those responsible for serious violations to human rights such as torture, summary, extrajudicial, or arbitrary executions, and enforced disappearance are not admissible, all of which are prohibited for contravening irrevocable rights recognized by International Law of Human Rights.'

226. In this sense, amnesty laws are, in cases of serious violations of human rights, expressly incompatible with the letter and spirit of the Pact of San José, given that they violate the provisions of Articles 1(1) and 2, that is, in that they impede the investigation and punishment of those responsible for serious human rights violations and, consequently, impede access to victims and their families to the truth of what happened and to the corresponding reparation, thereby hindering the full, timely, and effective rule of justice in the relevant cases. This, in turn, favors impunity and arbitrariness and also seriously affects the rule of law, reason for which, in light of International Law, they have been declared to have no legal effect.

227. In particular, amnesty laws affect the international obligation of the State in regard to the investigation and punishment of serious human rights violations because they prevent the next of kin from being heard before a judge, pursuant to that indicated in Article 8(1) of the American Convention, thereby violating the right to judicial protection enshrined in Article 25 of the Convention precisely for the failure to investigate, persecute, capture, prosecute, and punish those responsible for the facts, thereby failing to comply with Article 1(1) of the Convention.

228. Under the general obligations enshrined in Article 1(1) and 2 of the American Convention, the States Parties have the obligation to take measures of all kinds to assure that no one is taken from the judicial protection and the exercise of their right to a simple and effective remedy, in the terms of Articles 8 and 25 of the Convention,

and once the American Convention has been ratified, it corresponds to the State to adopt all the measures to revoke the legal provisions that may contradict said treaty as established in Article 2 thereof, such as those that prevent the investigation of serious human rights violations given that it leads to the defenselessness of victims and the perpetuation of impunity and prevents the next of kin from knowing the truth regarding the facts.

229. The incompatibility with the Convention includes amnesties of serious human rights violations and is not limited to those which are denominated, 'self-amnesties,' and the Court, more than the adoption process and the authority which issued the Amnesty Law, heads to its *ratio legis*: to leave unpunished serious violations committed in international law. The incompatibility of the amnesty laws with the American Convention in cases of serious violations of human rights does not stem from a formal question, such as its origin, but rather from the material aspect in what regards the rights enshrined in Articles 8 and 25, in relation to Articles 1(1) and 2 of the Convention.

G. The investigation of the facts and the Uruguayan Expiry Law.

...

240. ... in applying the provisions of the Expiry Law (which, [to] all inten[ts and] purposes constitutes an amnesty law) and thereby impeding the investigation of the facts and the identification, prosecution, and possible punishment of the possible perpetrators of continued and permanent injuries such as those caused by enforced disappearance, the State fails to comply with its obligation to adapt its domestic law enshrined in Article 2 of the Convention."

65. In *Gomes Lund et al. ("Guerrilha do Araguaia") v. Brazil* ((preliminary objections, merits, reparations and costs), judgment of 24 November 2010, Series C No. 219) the Inter-American Court again strongly opposed the granting of amnesties for grave breaches of fundamental human rights. After relying on the same international law standard as in the above-cited *Gelman* case, it held, in so far as relevant, as follows:

"170. As is evident from the content of the preceding paragraphs, all of the international organs for the protection of human rights and several high courts of the region that have had the opportunity to rule on the scope of amnesty laws regarding serious human rights violations and their compatibility with international obligations of States that issue them, have noted that these amnesty laws impact the international obligation of the State to investigate and punish said violations.

171. This Court has previously ruled on the matter and has not found legal basis to part from its constant jurisprudence that, moreover, coincides with that which is unanimously established in international law and the precedent of the organs of the universal and regional systems of protection of human rights. In this sense, regarding the present case, the Court reiterates that 'amnesty provisions, the statute of limitation provisions, and the establishment of exclusions of responsibility that are intended to prevent the investigation and punishment of those responsible for serious violations

to human rights such as torture, summary, extrajudicial, or arbitrary executions, and enforced disappearance are not admissible, all of which are prohibited for contravening irrevocable rights recognized by International Law of Human Rights.’

...

175. In regard to the parties[’ arguments] regarding whether the case deals with an amnesty, self-amnesty, or ‘political agreement,’ the Court notes, as is evident from the criteria stated in the present case (*supra* para. 171), that the non-compatibility with the Convention includes amnesties of serious human rights violations and is not limited to those which are denominated, ‘self-amnesties.’ Likewise, as has been stated prior, the Court, more than the adoption process and the authority which issued the Amnesty Law, heads to its *ratio legis*: to leave unpunished serious violations in international law committed by the military regime. The non-compatibility of the amnesty laws with the American Convention in cases of serious violations of human rights does not stem from a formal question, such as its origin, but rather from the material aspect as they breach the rights enshrined in Articles 8 and 25, in relation to Articles 1(1) and 2 of the Convention.

176. This Court has established in its jurisprudence that it is conscious that the domestic authorities are subject to the rule of law, and as such, are obligated to apply the provisions in force of the legal code. However, when a State is a Party to an international treaty such as the American Convention, all of its organs, including its judges, are also subject to it, wherein they are obligated to ensure that the effects of the provisions of the Convention are not reduced by the application of norms that are contrary to the purpose and end goal and that from the onset lack legal effect. The Judicial Power, in this sense, is internationally obligated to exercise ‘control of conventionality’ *ex officio* between the domestic norms and the American Convention, evidently in the framework of its respective jurisdiction and the appropriate procedural regulations. In this task, the Judicial Power must take into account not only the treaty, but also the interpretation that the Inter-American Court, as the final interpreter of the American Convention, has given it.”

66. More recently, in the case of *The Massacres of El Mozote and Nearby Places v. El Salvador* ((merits, reparations and costs), judgment of 25 October 2012, Series C No. 252) the Inter-American Court, in so far as relevant for the present case, held as follows (footnotes omitted):

“283. In the cases of *Gomes Lund v. Brazil* and *Gelman v. Uruguay*, decided by this Court within the sphere of its jurisdictional competence, the Court has already described and developed at length how this Court, the Inter-American Commission on Human Rights, the organs of the United Nations, other regional organizations for the protection of human rights, and other courts of international criminal law have ruled on the incompatibility of amnesty laws in relation to grave human rights violations with international law and the international obligations of States. This is because amnesties or similar mechanisms have been one of the obstacles cited by States in order not to comply with their obligation to investigate, prosecute and punish, as appropriate, those responsible for grave human rights violations. Also, several States Parties of the Organization of American States, through their highest courts of justice,

have incorporated the said standards, observing their international obligations in good faith. Consequently, for purposes of this case, the Court reiterates the inadmissibility of amnesty provisions, provisions on prescription, and the establishment of exclusions of responsibility that seek to prevent the investigation and punishment of those responsible for grave human rights violations such as torture, summary, extrajudicial or arbitrary execution, and forced disappearance, all of which are prohibited because they violate non-derogable rights recognized by international human rights law.’

284. However, contrary to the cases examined previously by this Court, the instant case deals with a general amnesty law that relates to acts committed in the context of an internal armed conflict. Therefore, the Court finds it pertinent, when analyzing the compatibility of the Law of General Amnesty for the Consolidation of Peace with the international obligations arising from the American Convention and its application to the case of the Massacres of El Mozote and Nearby Places, to do so also in light of the provisions of Protocol II Additional to the 1949 Geneva Conventions, as well as of the specific terms in which it was agreed to end hostilities, which put an end to the conflict in El Salvador and, in particular, of Chapter I (‘Armed Forces’), section 5 (‘End to impunity’), of the Peace Accord of January 16, 1992.

285. According to the international humanitarian law applicable to these situations, the enactment of amnesty laws on the conclusion of hostilities in non-international armed conflicts are sometimes justified to pave the way to a return to peace. In fact, article 6(5) of Protocol II Additional to the 1949 Geneva Conventions establishes that:

At the end of hostilities, the authorities in power shall endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in the armed conflict, or those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict, whether they are interned or detained.

286. However, this norm is not absolute, because, under international humanitarian law, States also have an obligation to investigate and prosecute war crimes. Consequently, ‘persons suspected or accused of having committed war crimes, or who have been convicted of this’ cannot be covered by an amnesty. Consequently, it may be understood that article 6(5) of Additional Protocol II refers to extensive amnesties in relation to those who have taken part in the non-international armed conflict or who are deprived of liberty for reasons related to the armed conflict, provided that this does not involve facts, such as those of the instant case, that can be categorized as war crimes, and even crimes against humanity.”

R. Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia

67. The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, in the Decision on Ieng Sary’s Appeal against the Closing Order (case no. 002/19 09-2007-ECCC/OCIJ (PTC75) of 11 April 2011), discussing the effects of the amnesty on prosecution, stated:

“199. The crimes charged in the Closing Order, namely genocide, crimes against humanity, grave breaches of the Geneva Conventions, and homicide, torture and religious persecution as national crimes, are not criminalised under the 1994 Law

and would therefore continue to be prosecuted under existing law, be it domestic or international criminal law, even if perpetrated by alleged members of the Democratic Kampuchea group.

...

201. The interpretation of the Decree proposed by the Co-Lawyers for Ieng Sary, which would grant Ieng Sary an amnesty for all crimes committed during the Khmer Rouge era, including all crimes charged in the Closing Order, not only departs from the text of the Decree, read in conjunction with the 1994 Law, but is also inconsistent with the international obligations of Cambodia. Insofar as genocide, torture and grave breaches of the Geneva Conventions are concerned, the grant of an amnesty, without any prosecution and punishment, would infringe upon Cambodia's treaty obligations to prosecute and punish the authors of such crimes, as set out in the Genocide Convention, the Convention Against Torture and the Geneva Conventions. Cambodia, which has ratified the ICCPR, also had and continues to have an obligation to ensure that victims of crimes against humanity which, by definition, cause serious violations of human rights, were and are afforded an effective remedy. This obligation would generally require the State to prosecute and punish the authors of violations. The grant of an amnesty, which implies abolition and forgetfulness of the offence for crimes against humanity, would not have conformed with Cambodia's obligation under the ICCPR to prosecute and punish authors of serious violations of human rights or otherwise provide an effective remedy to the victims. As there is no indication that the King (and others involved) intended not to respect the international obligations of Cambodia when adopting the Decree, the interpretation of this document proposed by the Co-Lawyers is found to be without merit."

S. Special Court for Sierra Leone

68. On 13 March 2004 the Appeals Chamber of the Special Court for Sierra Leone, in Cases Nos. SCSL-2004-15-AR72(E) and SCSL-2004-16-AR72(E), adopted its Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, in which it observed the following:

"82. The submission by the Prosecution that there is a 'crystallising international norm that a government cannot grant amnesty for serious violations of crimes under international law' is amply supported by materials placed before this Court. The opinion of both *amici curiae* that it has crystallised may not be entirely correct, but that is no reason why this court in forming its own opinion should ignore the strength of their argument and the weight of materials they place before the Court. It is accepted that such a norm is developing under international law. Counsel for Kallon submitted that there is, as yet, no universal acceptance that amnesties are unlawful under international law, but, as amply pointed out by Professor Orentlicher, there are several treaties requiring prosecution for such crimes. These include the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, and the four Geneva conventions. There are also quite a number of resolutions of the UN General Assembly and the Security Council reaffirming a state obligation to

prosecute or bring to justice. Redress has appended to its written submissions materials which include relevant conclusions of the Committee against torture, findings of the Human Rights Commission, and relevant judgments of the Inter-American Court.

...

84. Even if the opinion is held that Sierra Leone may not have breached customary law in granting an amnesty, this court is entitled in the exercise of its discretionary power, to attribute little or no weight to the grant of such amnesty which is contrary to the direction in which customary international law is developing and which is contrary to the obligations in certain treaties and conventions the purpose of which is to protect humanity.”

THE LAW

...

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 4 OF PROTOCOL No. 7 TO THE CONVENTION

92. The applicant complained that the criminal offences which had been the subject of the proceedings terminated in 1997 and those of which he had been found guilty in 2007 were the same. He relied on Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention, which reads as follows:

“1. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.

2. The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.

3. No derogation from this Article shall be made under Article 15 of the Convention.”

A. Compatibility *ratione temporis*

1. The Chamber's conclusions

93. In its judgment of 13 November 2012 the Chamber found that the complaint under Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention was compatible *ratione temporis* with the Convention. It held as follows:

“58. The Court notes that the first set of criminal proceedings against the applicant did indeed end prior to the entry into force of the Convention in respect of Croatia. However, the second set of criminal proceedings in which the applicant was found

guilty of war crimes against the civilian population was conducted and concluded after 5 November 1997, when Croatia ratified the Convention. The right not to be tried or punished twice cannot be excluded in respect of proceedings conducted before ratification where the person concerned was convicted of the same offence after ratification of the Convention. The mere fact that the first set of proceedings was concluded prior to that date cannot therefore preclude the Court from having temporal jurisdiction in the present case.”

2. *The parties' submissions to the Grand Chamber*

94. The Government submitted that the ruling granting the applicant amnesty had been adopted on 24 June 1997 and had been served on him on 2 July 1997, whereas the Convention had come into force in respect of Croatia on 5 November 1997. Therefore, the ruling in question lay outside the Court's temporal jurisdiction.

95. The applicant made no submissions in that regard.

3. *The Grand Chamber's assessment*

96. The ruling granting the applicant amnesty was adopted on 24 June 1997, whereas the Convention came into force in respect of Croatia on 5 November 1997 and Protocol No. 7 on 1 February 1998. Therefore, the issue of the Court's competence *ratione temporis* has to be addressed.

97. The Grand Chamber endorses the findings of the Chamber as to the compatibility *ratione temporis* with the Convention of the applicant's complaint under Article 4 of Protocol No. 7. It further points to the Commission's reasoning in the case of *Gradinger v. Austria* (19 May 1994, opinion of the Commission, §§ 67-69, Series A no. 328-C):

“67. The Commission recalls that, in accordance with the generally recognised rules of international law, the Convention and its Protocols are binding on the Contracting Parties only in respect of facts occurring after the entry into force of the Convention or the Protocol in respect of that party.

68. It is the nature of the right enunciated in Article 4 of Protocol No. 7 that two sets of proceedings must have taken place: a first set, in which the person concerned was ‘finally acquitted or convicted’, and thereafter a further set, in which a person was ‘liable to be tried or convicted again’ within the same jurisdiction.

69. The Commission further recalls that, in determining the fairness of proceedings, it is entitled to look at events prior to the entry into force of the Convention in respect of a State where the findings of those earlier events are incorporated in a judgment which is given after such entry into force (see *X v. Portugal*, no. 9453/81, Commission decision of 13 December 1982, DR 31, p. 204. at p. 209). The essential element in Article 4 of Protocol No. 7 is the liability to be tried or punished ‘again’. The first set of proceedings merely provides the background against which the second set is to be determined. In the present case, the Commission finds that, provided the final decision

in the second set of proceedings falls after the entry into force of Protocol No. 7, it may deal with the complaint *ratione temporis*. As Protocol No. 7 entered into force on 1 November 1988 and on 30 June 1989 Austria made a declaration under Article 7 § 2 of that Protocol which did not exclude retroactive effect (see *X v. France*, no. 9587/81, Commission decision of 13 December 1982, DR 29, p. 228, at p. 238), and the final decision of the Administrative Court is dated 29 March 1989, the Commission finds that it is not prevented *ratione temporis* from examining this aspect of the case.”

98. Accordingly, the Grand Chamber sees no reason to depart from the Chamber’s conclusion that the Government’s plea of inadmissibility on the ground of lack of jurisdiction *ratione temporis* must be dismissed.

B. Applicability of Article 4 of Protocol No. 7

1. The Chamber’s conclusions

99. The Chamber concluded, firstly, that the offences for which the applicant had been tried in the first and second set of proceedings had been the same. It left open the question whether the ruling granting the applicant amnesty could be seen as a final conviction or acquittal for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7 and proceeded to examine the complaint on the merits under the exceptions contained in paragraph 2 of Article 4 of Protocol No. 7. The Chamber agreed with the conclusions of the Supreme Court to the effect that the General Amnesty Act had been erroneously applied in the applicant’s case and found that the granting of amnesty in respect of acts that amounted to war crimes committed by the applicant represented a “fundamental defect” in those proceedings, which made it permissible for the applicant to be retried.

2. The parties’ submissions to the Grand Chamber

(a) The applicant

100. The applicant argued that the offences in the two sets of criminal proceedings against him had been factually the same and that the classification of the offences as war crimes in the second set of proceedings could not alter the fact that the charges were substantively identical.

101. He further contended that a ruling granting amnesty to the accused was a final decision which precluded a retrial.

(b) The Government

102. In their written observations the Government argued that in the first set of proceedings the Osijek County Court had applied the General Amnesty Act without establishing the facts of the case and without deciding on the applicant’s guilt. The ruling thus adopted had never given an answer

to the question whether the applicant had committed the crimes he had been charged with, nor had it examined the charges in the indictment. Therefore, that ruling did not have the quality of *res judicata* (see paragraph 33 of the Government's observations). However, they went on to state that it did fulfil all the requirements of *res judicata* and could be considered as a final acquittal or conviction within the meaning of Article 4 of Protocol No. 7. (see the Government's observations, paragraph 37).

103. The Government further contended, relying extensively on the Chamber's findings, that no amnesty could be granted in respect of war crimes and that the granting of an amnesty had amounted to a fundamental defect in the proceedings.

104. After the first set of proceedings had been discontinued new facts had emerged, namely that the victims had been arrested and tortured before being killed. These new elements had been sufficient for the acts in issue to be classified as war crimes against the civilian population and not as "ordinary" murders.

105. The General Amnesty Act had been enacted with the purpose of meeting Croatia's international commitments arising from the Agreement on the Normalization of Relations between the Federal Republic of Yugoslavia and the Republic of Croatia (23 August 1996), and its primary aim had been to promote reconciliation in Croatian society at a time of ongoing war. It explicitly excluded its application to war crimes.

106. In the applicant's case the General Amnesty Act had been applied contrary to its purpose as well as contrary to Croatia's international obligations, including those under Articles 2 and 3 of the Convention.

107. As to the procedures followed by the national authorities, the Government maintained that the proceedings against the applicant had been fair, without advancing any arguments as to whether the procedures were in accordance with the provisions of the Code of Criminal Procedure.

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

108. The group of academic experts maintained that no multilateral treaty expressly prohibited the granting of amnesties for international crimes. The interpretation of the International Committee of the Red Cross (ICRC) of Article 6 § 5 of the second Additional Protocol to the Geneva Conventions suggested that States might not grant amnesty to persons suspected of, accused of or sentenced for war crimes. However, an analysis of the *travaux préparatoires* of that Article showed that the only States which had referred to the question of perpetrators of international crimes, the former USSR and some of its satellite States, had linked that issue to that of foreign mercenaries. It was curious that the ICRC had interpreted

Article 6 § 5 as excluding only war criminals and not perpetrators of other international crimes from its ambit, since the statements of the former USSR on which the ICRC relied had specifically provided for the prosecution of perpetrators of crimes against humanity and crimes against peace. It was difficult to see what arguments would justify the exclusion of war criminals but not of perpetrators of genocide and crimes against humanity from the potential scope of application of an amnesty. Furthermore, the ICRC referred to instances of non-international conflicts such as those in South Africa, Afghanistan, Sudan and Tajikistan. However, the amnesties associated with those conflicts had all included at least one international crime.

109. The interveners pointed to the difficulties in negotiating treaty clauses dealing with amnesty (they referred to the 1998 Rome conference on the establishment of the International Criminal Court (ICC); the negotiations of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance; and the 2012 Declaration of the High-Level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels). The difficulties confirmed the lack of any consensus among States on that issue.

110. The interveners relied on a line of legal doctrine on amnesties⁷ which argued that since the Second World War States had increasingly relied on amnesty laws. Although the number of new amnesty laws excluding international crimes had increased, so too had the number of amnesties including such crimes. Amnesties were the most frequently used form of transitional justice. The use of amnesties within peace accords between 1980 and 2006 had remained relatively stable.

111. Even though several international and regional courts had adopted the view that amnesties granted for international crimes were prohibited by international law, their authority was weakened by inconsistencies in those judicial pronouncements as to the extent of the prohibition and the crimes it covered. For example, while the Inter-American Court of Human Rights had adopted the position in the above-cited *Barrios Altos* case that all amnesty provisions were inadmissible because they were intended to

7. The interveners relied on the following sources: Louise Mallinder, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide* (Hart Publishing, 2008); Louise Mallinder, "Amnesties' Challenge to the Global Accountability Norm? Interpreting Regional and International Trends in Amnesty Enactment", in Francesca Lessa and Leigh A. Payne, *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability: Comparative and International Perspectives* (Cambridge University Press, 2012); Tricia D. Olsen, Leigh A. Payne and Andrew G. Reiter, *Transitional Justice in Balance, Comparing Processes, Weighing Efficacy* (United States Institute of Peace Press, 2010); Leslie Vinjamuri and Aaron P. Boesnecker, *Accountability and Peace Agreements, Mapping trends from 1980 to 2006* (Geneva: Center for Humanitarian Dialogue, 2007).

prevent the investigation and punishment of those responsible for human rights violations, the President of that court and four other judges, in *The Massacres of El Mozote and Nearby Places* (cited above), had nuanced that position by accepting that even where gross violations of human rights were in issue, the requirement to prosecute was not absolute and had to be balanced against the requirements of peace and reconciliation in post-war situations.

112. Furthermore, a number of national Supreme Courts had upheld their countries' amnesty laws because such laws contributed to the achievement of peace, democracy and reconciliation. The interveners cited the following examples: the finding of the Spanish Supreme Court in the trial of Judge Garzón in February 2012; the ruling of the Ugandan Constitutional Court upholding the constitutionality of the 2000 Amnesty Act; the Brazilian Supreme Court's ruling of April 2010 refusing to revoke the 1979 Amnesty Law; and the ruling of the South African Constitutional Court in the AZAPO case upholding the constitutionality of the Promotion of National Unity and Reconciliation Act of 1995 which provided for a broad application of amnesty.

113. The interveners accepted that the granting of amnesties might in certain instances lead to impunity for those responsible for the violation of fundamental human rights and thus undermine attempts to safeguard such rights. However, strong policy reasons supported acknowledging the possibility of the granting of amnesties where they represented the only way out of violent dictatorships and interminable conflicts. The interveners pleaded against a total ban on amnesties and for a more nuanced approach in addressing the issue of granting amnesties.

3. *The Grand Chamber's assessment*

(a) **Whether the offences for which the applicant was prosecuted were the same**

114. In *Sergey Zolotukhin v. Russia*, the Court took the view that Article 4 of Protocol No. 7 had to be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second "offence" in so far as it arose from identical facts or facts which were substantially the same ([GC], no. 14939/03, § 82, ECHR 2009).

115. In the present case the applicant was accused in both sets of proceedings of the following:

- (a) killing S.B. and V.B. and seriously wounding Sl.B. on 20 November 1991;
- (b) killing N.V. and Ne.V. on 10 December 1991.

116. Therefore, in so far as both sets of proceedings concerned the above charges, the applicant was prosecuted twice for the same offences.

(b) The nature of the decisions adopted in the first set of proceedings

117. There are two distinct situations as regards the charges brought against the applicant in the first set of proceedings which were also preferred against him in the second set of proceedings.

118. Firstly, on 25 January 1996 the prosecutor withdrew the charges concerning the alleged killing of N.V. and Ne.V. on 10 December 1991 (see paragraphs 120-21 below).

119. Secondly, the proceedings in respect of the alleged killing of S.B. and V.B. and the serious wounding of Sl.B. on 20 November 1991 were terminated by a ruling adopted by the Osijek County Court on 24 June 1997 on the basis of the General Amnesty Act (see paragraphs 122 et seq. below).

(i) The withdrawal of charges by the prosecutor

120. The Court has already held that the discontinuance of criminal proceedings by a public prosecutor does not amount to either a conviction or an acquittal, and that therefore Article 4 of Protocol No. 7 finds no application in that situation (see *Smirnova and Smirnova v. Russia* (dec.), nos. 46133/99 and 48183/99, 3 October 2002, and *Harutyunyan v. Armenia* (dec.), no. 34334/04, 7 December 2006).

121. Thus, the discontinuance of the proceedings by the prosecutor concerning the killing of N.V. and Ne.V. does not fall under Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention. It follows that this part of the complaint is incompatible *ratione materiae*.

(ii) The discontinuance of the proceedings under the General Amnesty Act

122. As regards the remaining charges (the killing of V.B. and S.B. and the serious wounding of Sl.B.), the first set of criminal proceedings against the applicant was terminated on the basis of the General Amnesty Act.

123. The Court shall start its assessment as regards the ruling of 24 June 1997 by establishing whether Article 4 of Protocol No. 7 applies at all in the specific circumstances of the present case, where the applicant was granted unconditional amnesty in respect of acts which amounted to grave breaches of fundamental human rights.

(α) The position under the Convention

124. The Court notes that the allegations in the criminal proceedings against the applicant included the killing and serious wounding of civilians

and thus involved their right to life protected under Article 2 of the Convention and, arguably, their rights under Article 3 of the Convention. In this connection the Court reiterates that Articles 2 and 3 rank as the most fundamental provisions in the Convention. They enshrine some of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe (see, among many other authorities, *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 9 October 1997, § 171, *Reports* 1997-VI, and *Solomou and Others v. Turkey*, no. 36832/97, § 63, 24 June 2008).

125. The obligations to protect the right to life under Article 2 of the Convention and to ensure protection against ill-treatment under Article 3 of the Convention, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention to "secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention", also require by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force (see, *mutatis mutandis*, *McCann and Others v. the United Kingdom*, 27 September 1995, § 161, Series A no. 324, and *Kaya v. Turkey*, 19 February 1998, § 86, *Reports* 1998-I) or ill-treated (see, for example, *ElMasri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], no. 39630/09, § 182, ECHR 2012). The essential purpose of such investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life and to ensure the accountability of the perpetrators.

126. The Court has already held that, where a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the utmost importance that criminal proceedings and sentencing are not time-barred and that the granting of an amnesty or pardon should not be permissible (see *Abdülsamet Yaman v. Turkey*, no. 32446/96, § 55, 2 November 2004; *Okkılı v. Turkey*, no. 52067/99, § 76, ECHR 2006-XII; and *Yeşil and Sevim v. Turkey*, no. 34738/04, § 38, 5 June 2007). It has considered in particular that the national authorities should not give the impression that they are willing to allow such treatment to go unpunished (see *Egmez v. Cyprus*, no. 30873/96, § 71, ECHR 2000-XII, and *Turan Cakir v. Belgium*, no. 44256/06, § 69, 10 March 2009). In its decision in the case of *Ould Dah v. France* ((dec.), no. 13113/03, ECHR 2009) the Court held, referring also to the United Nations Human Rights Committee and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, that an amnesty was generally incompatible with the duty incumbent on States to investigate acts such as torture and that the obligation to prosecute criminals should not therefore be undermined by granting impunity to the perpetrator in the form of an amnesty law that might be considered contrary to international law.

127. The obligation of States to prosecute acts such as torture and intentional killings is thus well established in the Court's case-law. The Court's case-law affirms that granting amnesty in respect of the killing and ill-treatment of civilians would run contrary to the State's obligations under Articles 2 and 3 of the Convention since it would hamper the investigation of such acts and necessarily lead to impunity for those responsible. Such a result would diminish the purpose of the protection guaranteed under Articles 2 and 3 of the Convention and render illusory the guarantees in respect of an individual's right to life and the right not to be ill-treated. The object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective (see *McCann and Others*, cited above, § 146).

128. While the present case does not concern alleged violations of Articles 2 and 3 of the Convention, but of Article 4 of Protocol No. 7, the Court reiterates that the Convention and its Protocols must be read as a whole, and interpreted in such a way as to promote internal consistency and harmony between their various provisions (see *Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 48, ECHR 2005-X, and *Austin and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 39692/09, 40713/09 and 41008/09, § 54, ECHR 2012). Therefore, the guarantees under Article 4 of Protocol No. 7 and States' obligations under Articles 2 and 3 of the Convention should be regarded as parts of a whole.

(β) The position under international law

129. The Court should take into account developments in international law in this area. The Convention and its Protocols cannot be interpreted in a vacuum but must be interpreted in harmony with the general principles of international law of which they form part. 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 *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, § 67, ECHR 2008; *Saadi v. the United Kingdom* [GC], no. 13229/03, § 62, ECHR 2008; *Rantsev v. Cyprus and Russia*, no. 25965/04, §§ 273-74, ECHR 2010; and *Nada v. Switzerland* [GC], no. 10593/08, § 169, ECHR 2012).

130. The Court notes the Chamber's observations to the effect that "[g]ranting amnesty in respect of 'international crimes' – which include

crimes against humanity, war crimes and genocide – is increasingly considered to be prohibited by international law” and that “[t]his understanding is drawn from customary rules of international humanitarian law, human rights treaties, as well as the decisions of international and regional courts and developing State practice, as there has been a growing tendency for international, regional and national courts to overturn general amnesties enacted by Governments”.

131. It should be observed that so far no international treaty explicitly prohibits the granting of amnesty in respect of grave breaches of fundamental human rights. While Article 6 § 5 of the second Additional Protocol to the Geneva Conventions, relating to the protection of victims of non-international conflicts, provides that “[a]t the end of hostilities, the authorities in power shall endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in the armed conflict, or those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict ...”, the interpretation of the Inter-American Court of Human Rights of that provision excludes its application in respect of the perpetrators of war crimes and crimes against humanity (see paragraph 66 above, judgment in *The Massacres of El Mozote and Nearby Places*, § 286). The basis for such a conclusion, according to the Inter-American Court of Human Rights, is found in the obligations of the States under international law to investigate and prosecute war crimes. The Inter-American Court found that therefore “persons suspected or accused of having committed war crimes cannot be covered by an amnesty”. The same obligation to investigate and prosecute exists as regards grave breaches of fundamental human rights and therefore the amnesties envisaged under Article 6 § 5 of the second Additional Protocol to the Geneva Conventions are likewise not applicable to such acts.

132. The possibility for a State to grant an amnesty in respect of grave breaches of human rights may be circumscribed by treaties to which the State is a party. There are several international conventions that provide for a duty to prosecute crimes defined therein (see the Geneva Conventions of 1949 for the Protection of Victims of Armed Conflicts and their Additional Protocols, in particular common Article 3 of the Geneva Conventions; Articles 49 and 50 of the Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field; Articles 50 and 51 of the Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea; Articles 129 and 130 of the Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War; and Articles 146 and 147 of the Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. See also Articles 4 and 13 of the Additional Protocol (II) to the Geneva Conventions

(1977), relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts; Article 5 of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide; and the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment).

133. The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity proscribes statutory limitations in respect of crimes against humanity and war crimes.

134. Various international bodies have issued resolutions, recommendations and comments concerning impunity and the granting of amnesty in respect of grave breaches of human rights, generally agreeing that amnesties should not be granted to those who have committed such violations of human rights and international humanitarian law (see paragraphs 45, 47-49, 51-53 and 56-58 above).

135. In their judgments, several international courts have held that amnesties are inadmissible when they are intended to prevent the investigation and punishment of those responsible for grave human rights violations or acts constituting crimes under international law (see paragraphs 54 and 59-68 above).

136. Although the wording of Article 4 of Protocol No. 7 restricts its application to the national level, it should be noted that the scope of some international instruments extends to retrial in a second State or before an international tribunal. For instance, Article 20 of the Rome Statute of the International Criminal Court contains an explicit exception to the *ne bis in idem* principle as it allows for prosecution where a person has already been acquitted in respect of the crime of genocide, crimes against humanity or war crimes if the purpose of the proceedings before the other court was to shield the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the International Criminal Court.

137. The Court notes the interveners' argument that there is no agreement among States at the international level when it comes to a ban on granting amnesties without exception for grave breaches of fundamental human rights, including those covered by Articles 2 and 3 of the Convention. The view was expressed that the granting of amnesties as a tool in ending prolonged conflicts may lead to positive outcomes (see the interveners' submissions summarised in paragraphs 108-13 above).

138. The Court also notes the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, notably the above-cited cases of *Barrios Altos*, *Gomes Lund et al.*, *Gelman* and *The Massacres of El Mozote and Nearby Places*, where that court took a firmer stance and, relying on its previous findings, as well as those of the Inter-American Commission on Human Rights, the organs of the United Nations and other universal and regional organs for

the protection of human rights, found that no amnesties were acceptable in connection with grave breaches of fundamental human rights since any such amnesty would seriously undermine the States' duty to investigate and punish the perpetrators of such acts (see *Gelman*, § 195, and *Gomes Lund et al.*, § 171, both cited above). It emphasised that such amnesties contravene irrevocable rights recognised by international human rights law (see *Gomes Lund et al.*, § 171).

(γ) The Court's conclusion

139. In the present case the applicant was granted amnesty for acts which amounted to grave breaches of fundamental human rights such as the intentional killing of civilians and inflicting grave bodily injury on a child, and the County Court's reasoning referred to the applicant's merits as a military officer. A growing tendency in international law is to see such amnesties as unacceptable because they are incompatible with the unanimously recognised obligation of States to prosecute and punish grave breaches of fundamental human rights. Even if it were to be accepted that amnesties are possible where there are some particular circumstances, such as a reconciliation process and/or a form of compensation to the victims, the amnesty granted to the applicant in the instant case would still not be acceptable since there is nothing to indicate that there were any such circumstances.

140. The Court considers that by bringing a fresh indictment against the applicant and convicting him of war crimes against the civilian population, the Croatian authorities acted in compliance with the requirements of Articles 2 and 3 of the Convention and in a manner consistent with the requirements and recommendations of the above-mentioned international mechanisms and instruments.

141. Against the above background, the Court concludes that Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention is not applicable in the circumstances of the present case.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Declares* inadmissible, unanimously, the complaint under Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention regarding the applicant's right not to be tried or punished twice in respect of the charges concerning the killing of N.V. and Ne.V. which were discontinued by the prosecutor on 25 January 1996;

2. *Holds*, unanimously, that there has been no violation of Article 6 of the Convention;
3. *Holds*, by sixteen votes to one, that Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention is not applicable in respect of the charges relating to the killing of S.B. and V.B. and the serious wounding of Sl.B.

Done in English and French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 27 May 2014.

Lawrence Early
Jurisconsult

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 Spielmann, Power-Forde and Nußberger;
- (b) joint concurring opinion of Judges Ziemele, Berro-Lefèvre and Karakaş;
- (c) joint concurring opinion of Judges Šikuta, Wojtyczek and Vehabović;
- (d) concurring opinion of Judge Vučinić;
- (e) partly dissenting opinion of Judge Dedov.

D.S.
T.L.E.

JOINT CONCURRING OPINION OF JUDGES SPIELMANN, POWER-FORDE AND NUSSBERGER

(Translation)

1. Like the majority, we consider that Article 4 of Protocol No. 7 is not applicable in the present case. However, contrary to the view expressed by the majority, we are convinced that this outcome can be inferred directly from the text of Article 4 of Protocol No. 7. As we see it, that provision is not applicable because, quite simply, there was no final acquittal.

2. In so far as the text (which is clear) requires any interpretation, the Grand Chamber could have taken the opportunity to construe the meaning of the expression “*finally acquitted or convicted*”. In our view, the ruling granting the applicant an unconditional amnesty cannot be regarded as a final acquittal within the meaning of Article 4 of Protocol No. 7. We will set out below the reasoning which leads us to this conclusion.

3. We propose to begin by reiterating, in so far as necessary, firstly, the criteria to be satisfied in order for Article 4 of Protocol No. 7 to apply (I), and, secondly, the specific characteristics of amnesties (II). We will then proceed to apply the results of this methodological approach to the present case (III).

I. Criteria for application of Article 4 of Protocol No. 7

4. The criteria that must be satisfied in order for Article 4 of Protocol No. 7 to be applicable are (a) the existence of criminal proceedings concluded by a final decision; (b) the existence of a second set of proceedings; and (c) the existence of a final acquittal or conviction.

(a) Proceedings concluded by a final decision

5. The aim of Article 4 of Protocol No. 7 is to prohibit the repetition of criminal proceedings that have been concluded by a final decision (see *Franz Fischer v. Austria*, no. 37950/97, § 22, 29 May 2001, and *Gradinger v. Austria*, 23 October 1995, § 53, Series A no. 328C). According to the Explanatory Report on Protocol No. 7, which itself refers back to the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments, “a decision is final ‘if, according to the traditional expression, it has acquired the force of *res judicata*. This is the case when it is irrevocable, that is to say when no further ordinary remedies are available or when the parties have exhausted such remedies or have permitted the time-limit to expire without availing themselves of them’”. This approach is well established in

the Court’s case-law (see *Sergey Zolotukhin v. Russia* [GC], no. 14939/03, § 107, ECHR 2009).

(b) Second set of proceedings

6. The *ne bis in idem* principle relates to the second set of proceedings, those which are instituted after a defendant has been finally convicted or acquitted. This position finds support in the Explanatory Report on Protocol No. 7, which, as regards Article 4, states that “[t]he principle established in this provision applies only after the person has been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of the State concerned”.

(c) Final acquittal or conviction

7. It is this last criterion which, in our view, is problematic. For Article 4 of Protocol No. 7 to apply, the defendant must first have been acquitted or convicted by a final ruling. For a ruling to be regarded as *res judicata* for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7, it is not sufficient for it to be a final ruling which is not subject to appeal: it must constitute a final conviction or acquittal.

8. In accordance with the rule of international law stated in Article 31 of the Vienna Convention, a treaty must be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. The protection afforded by Article 4 of Protocol No. 7 is thus limited to the extent that this provision prohibits a second prosecution or punishment only in the case of persons who have already been “finally acquitted or convicted” (in French: “*acquitté ou condamné par un jugement définitif*”). The deliberate choice of words implies that an assessment has been made of the circumstances of the case and that the guilt or innocence of the defendant has been established. An amnesty does not correspond to either of these situations.

II. Specific characteristics of amnesties

9. An amnesty consists in erasing from legal memory some aspect of criminal conduct by an offender. It may be granted by various means, not always taking the form of a judicial decision. Hence, such a measure does not necessarily presuppose the holding of a trial in the course of which evidence is produced for and against the accused and an assessment of his or her guilt is made. Defining the legal characteristics of amnesty, H. Donnadiou de Vabres wrote as follows:

“[T]he term amnesty implies the notion of something being *forgotten* (*ἀμνηστία*, from *α* meaning ‘without’, and *μνάομαι*, meaning ‘I remember’). Amnesty is an act of sovereign authority whose purpose and outcome is to allow certain offences to be forgotten: it puts an end to past and future proceedings and to the convictions handed down in connection with those offences.

An amnesty can be applied in two sets of circumstances: either immediately after commission of the offence, in which case it terminates the proceedings, or following the person’s conviction, which is thereby erased” (*Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Third edition, Paris, Sirey, 1947, p. 550, no. 977).

10. The exact scope of amnesty, thus defined, allows a distinction to be made between those cases where the protection of Article 4 of Protocol No. 7 can be invoked and those that do not fall within the scope of that protection. Naturally, account must also be taken of the additional limits to this protection that are defined by paragraph 2 of Article 4 of Protocol No. 7. The thinking behind the Convention is in fact based on the protection of the rights of persons who have already been finally acquitted or convicted, and thus is without prejudice to the protection of rights guaranteed under the procedural aspect of Articles 2 and 3; legal certainty must also continue to be ensured. Of course it is important to stress that the Court’s consistent case-law requires, by implication, that there should be an effective official investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible when individuals have been killed or seriously ill-treated in breach of the law as a result of the use of force (see *Assenov and Others v. Bulgaria*, 28 October 1998, § 102, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII). If this were not the case, the general legal prohibition of torture and inhuman and degrading treatment and punishment, despite its fundamental importance, would be ineffective in practice. But any reference to Articles 2 and 3 of the Convention appears to us to be unnecessary in the present case, given that it is clear from the text of Article 4 of Protocol No. 7 itself that the latter provision is not applicable. Moreover, the applicability of the procedural obligation stemming from Articles 2 and 3 of the Convention seems far from obvious to us in this case, in the light of the principles established in *Janowiec and Others v. Russia* ([GC], nos. 55508/07 and 29520/09, ECHR 2013).

III. Application of the principles in the present case

11. In the present case, the ruling of 24 June 1997 terminated the criminal proceedings against the applicant on the basis of the General Amnesty Act. As to whether that ruling was final or not, it should be borne in mind that the applicant did not appeal and that the prosecutor did not have any right of appeal. The ruling, therefore, became final. This finding is

in no way altered by the fact that the prosecution lodged a request for the protection of legality as this constituted an extraordinary remedy.

12. As regards the issue whether the ruling granting the applicant amnesty constituted a conviction, it is clear to us that this was not the case, given the absence of any decision by a domestic court finding the applicant guilty of the acts of which he stood accused.

13. As to whether it constituted an acquittal, reference should be made to the nature of the amnesty ruling, which did not presuppose any investigation into the accusations against the applicant and was not based on any factual findings of relevance to the determination of his guilt or innocence. The ruling contained no assessment as to whether the applicant should be held responsible for any crime, which would normally be a prerequisite for an acquittal.

14. In view of the foregoing, we conclude that the ruling granting amnesty to the applicant was neither a conviction nor an acquittal for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention.

It is for that reason, and that reason alone, that we believe this provision to be inapplicable in the present case.

JOINT CONCURRING OPINION OF JUDGES ZIEMELE, BERRO-LEFÈVRE AND KARAKAŞ

1. We voted with the majority in this case since as a matter of principle we agree that the *ne bis in idem* rule should not be invoked to justify impunity for gross human rights violations. There are indeed several important international law developments (see the “Relevant International Law Materials” part, and in particular section K) which point in the direction that gross human rights violations and serious violations of international humanitarian law should not end in amnesty, pardon or prescription. It is in this context that, on the basis of the general approach adopted by the majority, we joined them in finding that Article 4 of Protocol No. 7 is not applicable.

2. However, we would like to clarify that we would have preferred to declare that the Article in question is in principle applicable and to find on the merits of the present case that there was no violation. We have several reasons for this preference. We consider that the Court does not examine the facts of the case in the requisite detail and confines its reasoning to a very general level. In terms of the reasoning we find it disconcerting that the case is turned instead into an Articles 2 and 3 case (see paragraphs 124 et seq. of the judgment). While the principle stated by the Court is indeed fundamental and it is for that reason that we joined the majority, we wonder whether the Court should not have examined the case in its usual manner.

3. For example, it is not disputed that both sets of criminal proceedings conducted against the applicant at the national level concerned the killing of V.B. and S.B. and the serious wounding of Sl.B (see paragraph 99 and contrast with paragraph 122). It is in that connection that a preliminary question of double jeopardy may arise, and the Court should have addressed the question of the applicability of paragraph 1 of Article 4 of Protocol No. 7 in detail. Furthermore, it is noteworthy that, while the Supreme Court found that the granting of amnesty to the applicant breached the General Amnesty Act, it tested itself the first and second sets of proceedings against the requirements of the *ne bis in idem* rule. In the first set of proceedings the applicant was *de facto* granted amnesty for war crimes against the civilian population, and in granting him amnesty the national courts relied on his merits as a military commander. The Supreme Court held that such application of the General Amnesty Act was wrong and contrary to its purpose. Moreover, under that Act it was not lawful to grant amnesty in respect of war crimes. However, neither the prosecuting authorities nor the County Court in the first set of proceedings made any assessment as

to whether the factual background to the charges against the applicant amounted to a war crime and thus fell within the scope of this exception.

4. These facts of the case invite an examination of what exactly happened, the nature of the amnesty granted and its compliance with domestic law, interpreted in the light of the relevant international obligations. In this respect we would point out that the words “finally convicted or acquitted” may be understood in their technical sense. In the sphere of criminal law these terms concern final acquittal or final conviction after assessment of the facts of a given case and establishment of the accused’s guilt or innocence. In this sense a conviction is to be understood as a verdict of guilty and an acquittal as a verdict of not guilty. But it cannot be excluded that the words “finally acquitted or convicted” could be interpreted in a broader sense. After all, there are many jurisdictions and State practices. It is worthwhile referring to the Pinochet case heard in Spain. The Spanish courts, for example, interpreted the Chilean amnesty as the equivalent of a “standard acquittal for reasons of political convenience” and declared that the domestic amnesty laws (the 1978 amnesty law passed by the Pinochet regime) could not bind them.

There are decisions which might be seen as having the same legal effect as final acquittals even though they do not presuppose an assessment of the accused’s guilt or innocence. Amnesty is an act of erasing from legal memory some aspect of criminal conduct by an offender, often before prosecution has occurred and sometimes at later stages. One feature which is common to acquittal in the ordinary sense and amnesty is that they both amount to absolution from criminal responsibility. Compared with the discontinuance of criminal proceedings by a prosecutor (which is not in conflict with the *ne bis in idem* principle), amnesty may nevertheless appear to demonstrate a higher degree of presumption of guilt. We would point out in this regard that during the drafting of the Rome Statute of the International Criminal Court, the proposal was made to state clearly that acts of amnesty and pardon exclude the application of the *ne bis in idem* rule (see the Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, vol. 1, p. 40, para. 174 (Proceedings of the Preparatory Committee during March-April and August 1996) UN GAOR, 51st Sess. Supp. No. 22, UN Doc. A/51/22; compare the Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Draft Statute and Draft Final Act, Article 19, UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1 (1998) (unadopted draft Article providing that *ne bis in idem* would not apply in cases of pardons and other measures suspending legal enforcement). While the Statute did not adopt this broad approach, it nevertheless confirms our position that the legal character of amnesty depends to a large extent on the

context and the circumstances in which it is applied and that the domestic or international authorities might be confronted with questions relevant to the *ne bis in idem* defence. The Court decided not to engage with this issue in the present case.

5. The practice of the InterAmerican Court in the cases of *Almonacid Arellano et al. v. Chile* and *La Cantuta v. Peru* is also instructive. In these cases it was found that the *ne bis in idem* principle was not applicable where the dismissal of a case was designed to shield the accused from criminal responsibility or the proceedings were not conducted independently or impartially, or where there was no real intent to bring those responsible to justice. A domestic judgment rendered in such circumstances produced an “apparent” or “fraudulent” *res judicata* case, according to the Inter-American Court. The Rome Statute of the International Criminal Court contains an explicit exception to the *ne bis in idem* principle as it allows for prosecution where a person has already been acquitted in respect of the crime of genocide, crimes against humanity or war crimes if the purpose of the proceedings before the other court was to shield the person concerned from criminal responsibility for crimes falling within the jurisdiction of the International Criminal Court (ICC, Article 20). One could sum up by saying that today, under international law, amnesty may still be considered legitimate and therefore used so long as it is not designed to shield the individual concerned from accountability for gross human rights violations or serious violations of international humanitarian law. The next step might be an absolute prohibition of amnesty in relation to such violations. The Court’s decision in the case at hand may be read as already taking the approach proposed during the drafting of the ICC Statute, to the effect that where proceedings concerning gross human rights violations result in an amnesty and are followed by a second set of proceedings culminating in a conviction, the *ne bis in idem* issue as such does not arise.

6. Coming back to the facts of the case, the Supreme Court concluded that in the applicant’s case the General Amnesty Act had been applied wrongly and contrary to its purpose. On the facts of the instant case and in view of the relevant international discourse (see points 4 and 5 above) we would have preferred to say that, even assuming that the ruling granting amnesty to the applicant might in any sense be seen as a final conviction or acquittal for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7, it was not “in accordance with the law” of the State concerned, which is the second criterion under Article 4, paragraph 1. In fact there are grounds to believe that the amnesty which was applied in the first set of proceedings indeed shielded the applicant from responsibility. Against this background and given the importance of combating any perception of impunity for grave breaches of

human rights or for war crimes, we would have preferred to say that the *ne bis in idem* principle contained in Article 4 of Protocol No. 7 should not operate as a barrier to bringing individuals to justice where those individuals have been granted amnesty shielding them from responsibility, rather than closing the door by finding the provision inapplicable altogether. In our view, the Court could have contributed to a better understanding of the scope of Article 4 of Protocol No. 7 by stressing that the relevant domestic law should set out the circumstances which may preclude the application of the principle of *ne bis in idem* and that the notion of “in accordance with the law and penal procedure” of the State concerned under Article 4 of Protocol No. 7 should be interpreted in a manner consistent with the provisions of international law (see, *mutatis mutandis*, *Storck v. Germany*, no. 61603/00, §§ 93, 99 and 148, ECHR 2005V).

JOINT CONCURRING OPINION OF JUDGES ŠIKUTA, WOJTYCZEK AND VEHABOVIĆ

(Translation)

1. We are in full agreement with the majority in finding that Article 4 of Protocol No. 7 is not applicable in the circumstances of the present case and that, accordingly, it could not have been breached. However, we cannot accept the reasoning adopted by the majority to justify the judgment given.

2. It should be noted at the outset that the remit of the European Court of Human Rights is defined by Article 19 of the Convention. The object is to ensure the observance of the engagements stemming from the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the Protocols thereto. In fulfilling this remit, the European Court of Human Rights determines whether or not the actions and omissions attributable to the States Parties and criticised by the applicants are compatible with the Convention and its Protocols. The aim is therefore to assess, from the standpoint of the Convention and its Protocols, facts which occurred in the past, either at a particular juncture or over a specific period. It is clear that those facts must be assessed in the light of the law in force at the time of their occurrence. A State cannot be held responsible for breaches of international rules that were not in force in respect of that State at the time of the facts imputed to it.

It should be stressed that the remit of the European Court of Human Rights differs from that of a number of other international courts which may be called upon to determine not just inter-State cases concerning facts occurring in the past, but also disputes arising out of factual situations that are ongoing while the case is being examined. In the latter situation, if there are no specific rules limiting its jurisdiction *ratione temporis* or *ratione materiae*, it may fall to the international court in question to assess the continuing situation from the viewpoint of the international law applicable at the time the judgment is delivered and to give a ruling on the basis of all the relevant international rules in force at that time.

3. Articles 31 to 33 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties codify the customary rules for the interpretation of treaties. The first rule of interpretation of international treaties is codified in Article 31 § 1 of the Vienna Convention, which reads as follows: “A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.” According to these rules, the starting-point for interpretation in each case is an analysis of the text of the provision being interpreted. The

interpretation process must begin with an attempt to establish the ordinary meaning of the terms used. The person interpreting the treaty must also take into account all the authentic versions thereof.

The text of the treaty, in all its authentic versions, must be read with reference to the “internal” context and in the light of the object and purpose of the treaty. The “internal” context encompasses not only the full text, including the preamble and the annexes, but also any agreements entered into by all the parties relating to the treaty and any instruments drawn up by one or more of the parties, and accepted by the other parties, at the time of its conclusion.

The interpreter must also take account of the “external” context, which encompasses subsequent agreements regarding the interpretation or application of the treaty, subsequent practice and any relevant rule of international law applicable in relations between the parties. Lastly, as a subsidiary point, recourse may be had to supplementary means of interpretation such as the preparatory materials and the circumstances in which the treaty was concluded.

While the Vienna Convention on the Law of Treaties gives no indication as to the point in time that should be identified for the purposes of establishing the “external” rules of international law to be taken into consideration, it is clear that, in examining past events from the standpoint of the version of the treaty in force at the time of their occurrence, the external context comprises the relevant rules of international law in force at the time of the events. Hence, in addressing the question whether past actions or omissions imputable to a State are compatible with the Convention, the latter must be considered in the context of the relevant rules of international law applicable at the time when the actions or omissions occurred.

4. Nowadays, the interpretation of a treaty in the context of the relevant rules of international law throws up major issues stemming from the dynamic nature of international law. Not only is international law evolving very rapidly; in many spheres, that evolution is also constantly gathering pace. Actions and omissions of the State authorities which would have fully complied with international law in the past may now be in breach of that law. This ontological characteristic of international law gives rise to a fundamental epistemological difficulty: establishing the rules of international law applicable in the past at a particular juncture or over a specific period may create problems which even the most eminent specialists in international law struggle to overcome.

In such a situation, the interpretation and application of the Convention in the context of the relevant rules of international law represent a formidable challenge for the European Court of Human Rights. Given the

increasing pace at which international law, which forms the external context for the Convention, is evolving, the interpretation of this international instrument, and especially the way in which the Convention is applied, may also be subject to rapid change. Hence, the actions carried out by a State at a particular juncture in the past may have been compatible with the Convention interpreted in the light of the international law in force at that time, whereas similar actions carried out a number of years later may be deemed contrary to the Convention, interpreted in the light of the rules of international law at that later point in time.

5. It should be noted that in the present case the Court was called upon to assess facts that had occurred a number of years previously. An amnesty law was enacted in Croatia in 1996 and applied to the applicant on 24 June 1997. A new set of proceedings was instituted in 2006 and the applicant was given a final conviction in 2007.

The applicant challenged the compatibility with the Convention and its Protocols of the Croatian authorities' actions between 2006 and 2007. The Convention violation alleged by the applicant took place in 2006 and 2007 with the resumption of the criminal proceedings and the applicant's conviction. In view of the specific nature of the complaint, it must be assessed in the light of the ruling of the Osijek County Court of 24 June 1997 applying the Amnesty Act enacted in 1996. Hence, the Court had to examine a series of events taking place over a period of more than ten years. It should also be borne in mind that the Convention came into force in respect of Croatia on 5 November 1997 and that Protocol No. 7 came into force in respect of that State on 1 February 1998. The Amnesty Act was enacted and came into force prior to both those dates, and the alleged breach of the Convention occurred subsequently.

6. We note that, in the present case, the majority did not endeavour to analyse the meaning of the text of Article 4 of Protocol No. 7 or to define its scope as determined by the choice of terms used by the High Contracting Parties. On the other hand, it directly highlighted the internal context by analysing the content of the obligations arising out of Articles 2 and 3 of the Convention, and the external context consisting of a substantial package of international treaties concerning human rights and humanitarian law and of the decisions of the bodies responsible for applying those treaties.

The majority's analysis of this external context prompted it to assert that there was a growing tendency in international law to regard amnesties for acts amounting to grave breaches of human rights as unacceptable. It concluded that Article 4 of Protocol No. 7 did not act as a bar to proceedings brought on the basis of the obligations under Articles 2 and 3 of the Convention and the requirements of other international instruments. The line of argument

followed suggests that the judicial ruling applying the 1996 Amnesty Act fell within the scope of Article 4 of Protocol No. 7, but that the obligation to prosecute deriving from other provisions of the Convention rendered that Article inapplicable in the present case. According to this logic the Convention, interpreted in the light of the relevant international law, required Croatia to prosecute the applicant for war crimes notwithstanding the court ruling given in his case on 24 June 1997, and Article 4 of Protocol No. 7 did not stand in the way of his prosecution. The majority's reasoning implies that, in the case under consideration, there was a conflict between the obligation to prosecute and the obligations arising out of Article 4 of Protocol No. 7, and that the former took precedence over the latter.

7. The approach taken by the majority raises two fundamental methodological objections. Firstly, it omits any attempt to establish the meaning of the terms used. This method of interpretation disregards the applicable rules set out below.

Secondly, the majority examined the state of international law in 2014 and assessed events which occurred in 1996 and 1997 and in 2006 and 2007 in the light of the law applicable at the time of delivery of the judgment, without examining how the law had evolved over that period. However, in undertaking an examination of the relevant rules of international law concerning amnesty it is necessary to consider the evolution of those rules over the relevant period (1996-2007) and the principles governing the temporal scope of those rules.

While the question whether international law in 2014 prohibits amnesties in cases of grave breaches of human rights is an important one as regards the protection of those rights, it remains irrelevant to the present case. However, if, as suggested by the majority, the crux of the issue lies in the external context of the treaty, two questions need to be answered in establishing that context:

(i) Was the 1996 Amnesty Act contrary to international law as it applied to Croatia in 1996?

(ii) Did any rule of international law applicable to Croatia exist in 2006 and 2007 requiring that State to annul retroactively the effects of the 1996 Amnesty Act?

In seeking to answer these questions, it should be borne in mind that most of the decisions by international courts or other international bodies cited in the judgment were issued after 1997 and, in many cases, after 2007. Only three of the documents relied on pre-date 1997: the report of the InterAmerican Commission on Human Rights of 24 September 1992 in Case 10.287 (*El Salvador*), the report of the same Commission dated 11 February 1994 on the situation of human rights in El Salvador

(Doc. OEA/Ser.L/V/II.85) and General Comment No. 20 of the United Nations Human Rights Committee on Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

It should also be noted that the first two of these documents were prepared in the context of the inter-American human rights protection system, which has a number of distinctive features. The solutions adopted under that system are not necessarily transposable to other regional human rights protection systems. The Human Rights Committee, for its part, declined in 1992 to adopt a categorical position, simply stating the view that amnesties were *generally incompatible* with the duty of States to investigate acts of torture. Furthermore, none of the international materials cited clearly articulates a rule of international law requiring States unconditionally to annul retroactively the effects of amnesty laws enacted and applied in the past.

At the time the Amnesty Act was enacted in 1996, Croatia was not bound by the Convention. The question whether the Amnesty Act was compatible with the Convention is therefore devoid of purpose. Furthermore, while various conventions to which Croatia is party require certain types of grave breaches of human rights to be prosecuted, it has not been demonstrated that they completely preclude amnesty. As the majority itself recognised, no treaty explicitly prohibits the granting of amnesty in respect of grave breaches of fundamental human rights.

Furthermore, while international law does not exclude retroactive convention-based or customary rules, these are the exception. Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties states that, unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party. Likewise, a customary rule may have retroactive effect if its content is clear on that point. No element of relevance for the interpretation of the Convention suggests that Articles 2 and 3 require the retroactive setting-aside of final judicial decisions which applied amnesty laws and were handed down prior to ratification of this treaty by the State Party concerned. Nor has it been demonstrated that in 2006 and 2007 any other rule of international law applicable to Croatia required that State to annul retroactively the effects of final judicial rulings applying the 1996 Amnesty Act.

In sum, the Croatian 1996 Amnesty Act could not have been in breach of the Convention, which Croatia ratified subsequently. The Convention, interpreted in the light of the relevant rules of international law, did not require the retroactive annulment of the effects of final judicial rulings

applying the 1996 Amnesty Act. Against this background, if – as argued by the majority – the answer to the question whether Article 4 of Protocol No. 7 is applicable depends on the external and internal context of that provision, the logical conclusion is that the provision in question is indeed applicable in the present case and that the other rules stemming from the Convention or other international instruments do not provide grounds for setting aside the ruling issued by the Osijek County Court on 24 June 1997 in the applicant's case. If we follow the approach taken by the majority, we should conclude that there has been a violation of Article 4 of Protocol No. 7.

8. We should point out at this juncture that the state of international law in 1997 was summarised in a letter from the Head of the Legal Division of the International Committee of the Red Cross as follows:

“The ‘travaux préparatoires’ of Article 6(5) [of the 1977 Additional Protocol II] indicate that this provision aims at encouraging amnesty, i.e., a sort of release at the end of hostilities. It does not aim at an amnesty for those having violated international humanitarian law ... Anyway States did not accept any rule in Protocol II obliging them to criminalize its violations ... Conversely, one cannot either affirm that international humanitarian law absolutely excludes any amnesty including persons having committed violations of international humanitarian law, as long as the principle that those having committed grave breaches have to be either prosecuted or extradited is not voided of its substance.” (ICRC, Letter from the Head of the ICRC Legal Division to the Department of Law at the University of California and the Prosecutor of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 15 April 1997, http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule159).

It should further be noted that international-law commentators are divided on the issue of amnesties. While many authors adopt a stance in favour of recognising a blanket ban on amnesties for grave breaches of human rights, a significant number of reputable authors defend the opposite point of view.

There is no doubt that international law is evolving rapidly and imposes ever tighter regulations on States' freedom with regard to amnesties. States have considerably less freedom of manoeuvre nowadays (in 2014) than in 2006 and, *a fortiori*, 1996. At the same time, stating that international law in 2014 completely prohibits amnesties in cases of grave breaches of human rights does not reflect the current state of international law. A study of the international instruments, decisions and documents referred to by the majority demonstrates that the view expressed by the Head of the ICRC Legal Division in the letter cited above has retained its relevance in 2014.

9. We share fully the majority's concern to ensure the highest possible standard of human rights protection, and agree that violations of human rights must not go unpunished. We are equally aware of the potentially

perverse effects of amnesty laws that are passed in order to guarantee impunity to the perpetrators of such violations. Nevertheless, we also note that world history teaches us the need to observe the utmost caution and humility in this sphere. Different countries have devised widely varying approaches enabling them to put grave human rights violations behind them and restore democracy and the rule of law.

The adoption of international rules imposing a blanket ban on amnesties in cases of grave violations of human rights is liable, in some circumstances, to reduce the effectiveness of human rights protection. The third-party intervener submitted solid arguments against recognising the existence of a rule of international law prohibiting amnesties completely in cases of human rights violations. We must acknowledge that in certain circumstances there may be practical arguments in favour of an amnesty that encompasses some grave human rights violations. We cannot rule out the possibility that such an amnesty might in some instances serve as a tool enabling an armed conflict or a political regime that violates human rights to be brought to an end more swiftly, thereby preventing further violations in the future. In any event, as we see it, the concern to ensure effective protection of human rights points in favour of allowing the States concerned a certain margin of manoeuvre in this sphere, in order to allow the different parties to conflicts engendering grave human rights violations to find the most appropriate solutions.

10. As stated above, the starting-point for any interpretation is an analysis of the meaning of the terms used. It should be stressed in this regard that the scope of Article 4 of Protocol No. 7 is defined in the following terms: “*acquitté ou condamné par un jugement définitif*” in the French version and “finally acquitted or convicted” in English. This provision is applicable only in the case of a conviction or acquittal. The scope of the provision being interpreted is quite narrow, as it excludes all other judicial decisions which terminate the criminal proceedings by one means or another.

In establishing the ordinary meaning to be given to the terms used, their meaning in everyday language needs to be examined, even if it is not always easy to delineate them precisely for the purposes of applying the Convention. There are no grounds for finding that the various terms used in the Convention and its Protocols in relation to States’ domestic legal arrangements are to be understood in the technical sense attributed to them in the legal systems of the French and English-speaking countries. On the contrary, such an interpretation would not only lend undue importance to certain legal systems but could also create insoluble problems.

According to the Petit Robert dictionary, the French word “*acquitter*”, used in the context of criminal proceedings, means “*déclarer par arrêt (un*

accusé) non coupable” (Petit Robert, Paris 2012, p. 27). The New Oxford Dictionary of English explains the meaning of the English word “acquittal” as follows: “a judgment or verdict that a person is not guilty of the crime of which they have been charged” (New Oxford Dictionary of English, London 1998, p. 16). In both languages, therefore, the concept of acquittal refers to a decision on the merits determining the issue of the accused’s guilt. All final judicial decisions which terminate the proceedings without finding the accused guilty or not guilty therefore remain outside the scope of the provision being interpreted.

Amnesty laws in the various legal systems may differ very widely in terms of their content and the arrangements for implementation. It is not unthinkable for an amnesty law to be enacted whose application is predicated on a prior finding of guilt in respect of the persons granted amnesty. That was not the thrust of the 1996 Act in Croatia. It is clear that the ruling given by the Osijek County Court on 24 June 1997 in the applicant’s case did not find him innocent. That ruling does not correspond to any of the categories of judicial decisions covered by the provision under consideration. It is beyond doubt that Article 4 of Protocol No. 7 is not applicable in the present case.

The meaning of the provision in question is clear and can be established unequivocally on the basis of the rule laid down in Article 31 § 1 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, without any need to refer to the external context.

11. Although judicial decisions terminating criminal proceedings without ruling on the person’s guilt do not come within the scope of Article 4 of Protocol No. 7, the decision to overrule or set aside a decision applying an amnesty law may nevertheless raise significant issues in terms of human rights protection.

A State based on the rule of law must comply with a certain number of substantive standards. These include the right to a court and legal certainty. The right to a court encompasses the right to a final judicial decision given within a reasonable time and also presupposes the stability of the various decisions terminating criminal proceedings even if they do not fall within the scope of Article 4 of Protocol No. 7. Article 6 of the Convention secures to any person facing criminal charges the right to obtain a final judicial decision on his or her case within a reasonable time, and protects the stability of final decisions while allowing some exceptions in this sphere. In any event, a person who has obtained a final judicial decision terminating criminal proceedings can legitimately expect the stability of that decision to be respected unless there are compelling reasons for it to be set aside or for the proceedings to be reopened.

In the present case the applicant had obtained a final judicial ruling applying the Amnesty Act. He therefore had a legitimate expectation that this ruling would remain in force and be complied with. Moreover, the resumption of the proceedings came about in 2006, that is to say, almost nine years after the date of the ruling applying the Amnesty Act. Hence, the entire proceedings were drawn out to the point of raising doubts from the perspective of the right to a final judgment within a reasonable time.

However, it should be noted that the applicant's legitimate expectation was not unconditional. An individual who has obtained a judicial ruling that is contrary to the law in force must be prepared for it to be rectified by means of an extraordinary remedy. In such a situation, the standards of the rule of law require that the various competing values be weighed against each other, in particular legal certainty on the one hand and respect for lawfulness and justice on the other. Furthermore, the need to uphold the law and justice may require proceedings to be resumed or reopened even where a relatively long period of time has elapsed since the first final ruling. In the specific circumstances of the case under consideration, and particularly in view of the nature and seriousness of the crimes committed, there is no doubt that all the criteria for reactivating the proceedings against the applicant were met and that the Croatian authorities did not breach the requirements laid down by the Convention and the additional Protocols.

12. The present case raises a particularly important issue in terms of human rights protection. The significance of the issue called for an unfailingly rigorous methodological approach. We regret that the majority did not see fit to proceed in this manner.

CONCURRING OPINION OF JUDGE VUČINIĆ

I voted with the majority in finding that Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention is not applicable in the particular circumstances of the case. The applicant was granted amnesty for acts which amounted to grave breaches of fundamental human rights. The grant of amnesty was contrary to the increasing tendency in contemporary international law in this area as well as to Contracting States' obligations under Articles 2 and 3 of the Convention. The grant of amnesty to the applicant also amounted to a fundamental defect in the first set of proceedings within the meaning of paragraph 2 of Article 4 of Protocol No. 7.

I am not however fully satisfied with the reasoning of the judgment. This case is more complicated and more important from the legal point of view than might appear at first sight. In my opinion, there were several consecutive fundamental defects in the first set of proceedings which should be seen as interconnected and interdependent. In the final analysis, these defects, for me, inevitably lead to the conclusion that Article 4 of Protocol No. 7 cannot be considered applicable.

The first and most fundamental defect in this case, one which was at the origin of all other defects, was the decision of the Osijek Military Prosecutor to regard obvious war crimes committed by a member of the Croatian Army against the civilian population during the armed conflict in Croatia in 1991, as "ordinary killings". Such a legal qualification of the offences in question was regrettably accepted by the Osijek County Court in 1993. This qualification and its acceptance were wrong in law. At the material time there was a general and widely accepted political belief in Croatia that considerations related to the legitimate self-defence of the State in the face of foreign aggression could not justify the commission by members of its armed forces of war crimes or crimes against humanity. This political attitude was then transformed into a judicial practice whereby obvious war crimes committed by members of the Croatian armed forces were wrongly qualified in law as "ordinary killings".

The General Amnesty Act was subsequently applied in respect of such "legal qualifications" of obvious war crimes against the civilian population notwithstanding the very clear provision in the Act that it was not to be applied to any acts which amounted to grave breaches of humanitarian law or to war crimes.

Finally, as a consequence of the two previous defects the first set of criminal proceedings against the applicant (no. K-4/97) was terminated in the form of a "discontinuance of criminal proceedings", and not in the form

of a “final acquittal or conviction” within the meaning of paragraph 2 of Article 4 of Protocol No. 7. It is quite clear that the Croatian authorities were responsible for several fundamental defects in the previous proceedings, contrary to national, international and Convention law. In my view, this resulted in the absolute inapplicability of Article 4 of Protocol No. 7 in this case.

Against that background, the retrial and final conviction of the applicant have to be understood as a legal and legitimate effort on the part of the Croatian authorities to correct the previously mentioned defects in the domestic proceedings. This, I believe, is fully in accordance with the letter and spirit of Article 4 of Protocol No.7. That provision cannot in any case be interpreted or applied to thwart or to act as a bar to the punishment of war crimes and crimes against humanity or to a Contracting State’s obligations under Articles 2 and 3 of the Convention.

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE DEDOV

1. In the present case the Court has rigorously applied the principles of international humanitarian law to an amnesty granted for acts which amounted to war crimes, and has found “such amnesties [to be] unacceptable because they are incompatible with the unanimously recognised obligation of States to prosecute and punish grave breaches of fundamental human rights” (see paragraph 139 of the judgment). Accordingly, such an amnesty cannot serve as a barrier to the above-mentioned obligation. I completely agree with the above position of the majority of judges, as this assessment is based on the Convention (see paragraphs 12428) and on international law (see paragraphs 129-38).

However, I regret that I cannot share the conclusion reached by the majority in paragraph 141 of the judgment, according to which “Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention ... is not applicable in the circumstances of the present case”. This conclusion is not self-evident, as the Court did not assess whether Article 4 of Protocol No. 7 was applicable to the circumstances of the present case. From the standpoint of legal certainty and the quality of judgments, however, the assessment of the circumstances is a precondition for any conclusion regarding the applicability of Article 4 of Protocol No. 7.

The Court cannot ignore the following circumstances of the present case. The Osijek County Court established all the facts (see paragraph 17 of the judgment) and applied the national amnesty law, and its ruling became final; the applicant’s case was subsequently reopened, he was tried twice for the same offences (see paragraph 116) and was punished. Paragraph 1 of Article 4 of Protocol No. 7 provides that “[n]o one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State”. Its wording demonstrates beyond doubt that Article 4 of Protocol No. 7 should apply in the above-mentioned circumstances. I would make my position even stronger: the Court should have applied Article 4 of Protocol No. 7 even if there were some doubts as to its applicability. I shall explain why.

It should be noted that in paragraph 128 of the judgment the Court concludes that “the guarantees under Article 4 of Protocol No. 7 and States’ obligations under Articles 2 and 3 of the Convention should be regarded as parts of a whole” and “interpreted in such a way as to promote internal consistency and harmony between their various provisions”. If these Articles are integral components of the Convention protection system,

none of them may be withdrawn from the system as a whole. The Court's principal findings refer to the "obligation of States to prosecute and punish grave breaches of fundamental human rights", which ranks equally with the obligations under Articles 2 and 3 referred to in paragraphs 124 to 140.

Whereas Articles 2 and 3 establish what kind of substantive rights should be protected under the Convention, Article 4 of Protocol No. 7 contains procedural guarantees (*ne bis in idem*) against arbitrariness, including those provided for by Article 6 of the Convention. Article 4 of Protocol No. 7 has its own dimension which is independent from Articles 2 and 3 and is governed by the rule of law and legal certainty. That is why the applicant sought protection under Article 4 of Protocol No. 7.

As regards any doubts there may be, they are not decisive. Firstly, if this Article provides safeguards against being tried and punished a second time, then its scope cannot be formally limited to acquittal or conviction, thereby excluding amnesty granted by a court whose judgment is final. This is because both acquittal and amnesty amount to absolution from criminal responsibility. Secondly, when determining a request for the protection of legality under Article 422 of the Code of Criminal Procedure, the Supreme Court can merely establish that there has been a violation of the law (see paragraph 27 of the judgment). However, the absence of a national criminal procedure allowing the case to be reopened cannot itself serve as a barrier to rectifying the fundamental defect in accordance with paragraph 2 of Article 4 of Protocol No. 7.

Therefore, Article 4 of Protocol No. 7 is applicable in the present case.

2. Was there a violation of Article 4 of Protocol No. 7 by the respondent State? Although there are strong safeguards against being tried and convicted a second time, an exception to the enjoyment of such guarantees (where there has been a fundamental defect) is provided for by paragraph 2 of this Article. In my view, the Chamber's approach was rightly influenced by this exception (see paragraph 76 of the Chamber judgment), although it left the general principle applicable under Article 4 of Protocol No. 7 unclarified.

The application of the *ne bis in idem* guarantee was assessed by the "old" Court from the standpoint of an alleged violation of the right to a fair trial under Article 6 § 1 of the Convention (see *X. v. the Netherlands*, no. 9433/81, Commission decision of 11 December 1981, Decisions and Reports (DR) 27, p. 233, and *S. v. Germany*, no. 8945/80, Commission decision of 13 December 1983, DR 39, p. 43). Furthermore, according to the "new" Court's well-established case-law in terms of Article 6 § 1, only exceptional circumstances (that is, a "fundamental defect") warrant the quashing of a final judicial decision by way of supervisory review (see, among many other authorities, *Ryabykh v. Russia*, no. 52854/99, ECHR 2003-IX;

Brumărescu v. Romania [GC], no. 28342/95, ECHR 1999VII; and *Kot v. Russia*, no. 20887/03, 18 January 2007).

Considering that the “fundamental defect” concept is applicable under the head of Article 6 § 1 for the same purpose (reopening of the case), it is easy to come to the conclusion that Article 4 of Protocol No. 7 regulates a specific aspect of the following fundamental principle enshrined in Article 6 § 1 and stated, for instance, in *Kot*, cited above, §§ 23 and 24:

“The Court reiterates that the right to a fair hearing before a tribunal as guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention must be interpreted in the light of the Preamble to the Convention, which declares, in its relevant part, the rule of law to be part of the common heritage of the Contracting States. One of the fundamental aspects of the rule of law is the principle of legal certainty, which requires, among other things, that where the courts have finally determined an issue, their ruling should not be called into question (see *Brumărescu v. Romania*, 28 October 1999, § 61, *Reports of Judgments and Decisions* 1999-VII).

This principle insists that no party is entitled to seek reopening of the proceedings merely for the purpose of a rehearing and a fresh decision of the case. Higher courts’ power to quash or alter binding and enforceable judicial decisions should be exercised for correction of fundamental defects. The mere possibility of two views on the subject is not a ground for re-examination. Departures from that principle are justified only when made necessary by circumstances of a substantial and compelling character (see, *mutatis mutandis*, *Ryabykh v. Russia*, no. 52854/99, § 52, ECHR 2003-IX; and *Pravednaya v. Russia*, no. 69529/01, § 25, 18 November 2004).”

The proceedings in the present case were reopened on account of the application of the General Amnesty Act in contradiction with the principles of international law and with the respondent State’s obligations under the Convention. Obviously, these are “circumstances of a substantial and compelling character” and, therefore, the reopening of the proceedings was justified to rectify a fundamental defect.

Against the above background, I believe that Article 4 of Protocol No. 7 is applicable and that there was no violation of that Article in the circumstances of the present case.

MARGUŠ c. CROATIE
(Requête n° 4455/10)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 27 MAI 2014¹

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

SOMMAIRE¹**Condamnation pour crimes de guerre d'un militaire qui avait auparavant bénéficié d'une amnistie**

Le droit international tend de plus en plus à considérer les amnisties pour des actes – tels que des assassinats de civils – qui s'analysent en des violations graves des droits fondamentaux de l'homme comme inacceptables car incompatibles avec l'obligation universellement reconnue pour les États de poursuivre et de punir les auteurs de pareils actes. Dès lors, l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention, qui consacre le droit à ne pas être jugé ou puni deux fois, ne trouve pas à s'appliquer lorsqu'un défendeur ayant bénéficié d'une amnistie pour des infractions de droit pénal commun est par la suite reconnu coupable de crimes de guerre relativement aux mêmes faits (paragraphe 129-138 de l'arrêt).

Article 4 du Protocole n° 7

Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois – Condamnation pour crimes de guerre d'un militaire qui avait auparavant bénéficié d'une amnistie – Tendence grandissante du droit international à considérer comme inacceptable l'octroi d'amnisties pour des violations graves des droits de l'homme

*

* *

En fait

Le requérant, membre de l'armée croate, fut inculpé de meurtre et d'autres infractions graves commises en 1991 pendant la guerre en Croatie. Certaines des accusations furent par la suite abandonnées. En 1997, le tribunal chargé de l'affaire mit fin à la procédure quant au reste des charges en vertu de la loi d'amnistie générale, qui prévoyait l'amnistie pour toutes les infractions pénales commises en relation avec la guerre en Croatie entre 1990 et 1996, excepté pour les actes constitutifs de violations très graves du droit humanitaire ou de crimes de guerre. En 2007, la Cour suprême, statuant sur un pourvoi dans l'intérêt de la loi introduit par le procureur général, conclut que la décision de mettre fin à la procédure était contraire à la loi d'amnistie générale. La haute juridiction estima notamment que le requérant avait commis les infractions alléguées en qualité de réserviste, après la fin de son temps de service, de sorte qu'il n'existait pas de lien significatif, tel que requis par la loi, entre les infractions alléguées et la guerre. En parallèle, le requérant fut

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

condamné pour crimes de guerre dans le cadre d'une seconde procédure pénale à une peine de quatorze ans d'emprisonnement. En appel, la Cour suprême confirma le verdict pour trois motifs, estimant notamment qu'il n'y avait pas autorité de la chose jugée: en effet, le contexte factuel des infractions était d'une portée beaucoup plus large dans la seconde procédure que dans la première, étant donné que le requérant était accusé d'avoir violé des dispositions du droit international, en particulier la Convention de Genève de 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre. Le requérant contesta cette décision devant la Cour constitutionnelle, qui le débouta.

En droit

Article 4 du Protocole n° 7: le requérant se plaint d'une violation de son droit à ne pas être jugé deux fois. La Cour constate que le requérant a bien été poursuivi pour les mêmes infractions dans le cadre des deux procédures. Cependant, on se trouve en présence de deux situations distinctes concernant les accusations portées contre le requérant dans le cadre de la première procédure: le procureur a retiré les charges concernant les meurtres allégués de deux personnes tandis qu'un tribunal de comté a décidé, en application de la loi d'amnistie générale, de mettre fin à la procédure concernant les meurtres allégués de deux personnes et les blessures graves infligées à une autre personne.

a) *Charges abandonnées* – Quant aux accusations qui ont été retirées par le procureur au cours de la première procédure, la Cour rappelle que l'abandon de poursuites pénales par un procureur n'équivaut ni à une condamnation ni à un acquittement et qu'en conséquence l'article 4 du Protocole n° 7 ne trouve pas application dans cette situation.

Conclusion: irrecevable (unanimité).

b) *Fin de la procédure en application de la loi d'amnistie générale* – Quant à la fin de la première procédure en application de la loi d'amnistie générale, la Cour relève que le requérant s'est vu accorder, à tort, une amnistie pour des actes qui s'analysent en des violations graves des droits fondamentaux de l'homme protégés par les articles 2 et 3 de la Convention. Or les États ont l'obligation de poursuivre des actes tels que la torture et les assassinats. De plus, le droit international tend de plus en plus à considérer comme inacceptable l'octroi d'amnisties pour des violations graves des droits de l'homme. À l'appui de cette observation, la Cour se fonde sur plusieurs organisations, juridictions et conventions internationales, notamment le Comité des droits de l'homme des Nations unies, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. En outre, à supposer que les amnisties soient possibles lorsqu'elles s'accompagnent de circonstances particulières telles qu'un processus de réconciliation et/ou une forme de réparation pour les victimes, l'amnistie octroyée au requérant en l'espèce n'en resterait pas moins inacceptable puisque rien n'indique la présence de telles circonstances en l'espèce. Le nouvel acte d'accusation dressé contre le requérant pour crimes de guerre

dans le cadre de la seconde procédure respecte donc les exigences des articles 2 et 3 de la Convention, de sorte que l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce.

Conclusion: inapplicabilité de l'article 4 du Protocole n° 7 (seize voix contre une).

Jurisprudence citée par la Cour

- Abdülsamet Yaman c. Turquie*, n° 32446/96, 2 novembre 2004
Al-Adsani c. Royaume-Uni [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI
Andronicou et Constantinou c. Chypre, 9 octobre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI
Austin et autres c. Royaume-Uni [GC], nos 39692/09, 40713/09 et 41008/09, CEDH 2012
Demir et Baykara c. Turquie [GC], n° 34503/97, CEDH 2008
Egmez c. Chypre, n° 30873/96, CEDH 2000-XII
El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine [GC], n° 39630/09, CEDH 2012
Gradinger c. Autriche, 19 mai 1994, avis de la Commission, série A n° 328-C
Harutyunyan c. Arménie (déc.), n° 34334/04, 7 décembre 2006
Kaya c. Turquie, 19 février 1998, *Recueil* 1998-I
McCann et autres c. Royaume-Uni, 27 septembre 1995, série A n° 324
Nada c. Suisse [GC], n° 10593/08, CEDH 2012
Okkalkı c. Turquie, n° 52067/99, CEDH 2006-XII
Ould Dah c. France (déc.), n° 13113/03, CEDH 2009
Rantsev c. Chypre et Russie, n° 25965/04, CEDH 2010
Saadi c. Royaume-Uni [GC], n° 13229/03, CEDH 2008
Sergueï Zolotoukhine c. Russie [GC], n° 14939/03, CEDH 2009
Smirnova et Smirnova c. Russie (déc.), nos 46133/99 et 48183/99, 3 octobre 2002
Solomou et autres c. Turquie, n° 36832/97, 24 juin 2008
Stec et autres c. Royaume-Uni (déc.) [GC], nos 65731/01 et 65900/01, CEDH 2005-X
Turan Cakir c. Belgique, n° 44256/06, 10 mars 2009
Yeşil et Sevim c. Turquie, n° 34738/04, 5 juin 2007

En l'affaire Marguš c. Croatie,

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

Dean Spielmann, *président*,

Josep Casadevall,

Guido Raimondi,

Ineta Ziemele, *juge ad hoc*,

Mark Villiger,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Corneliu Bîrsan,

Ján Šikuta,

Ann Power-Forde,

Işıl Karakaş,

Nebojša Vučinić,

Kristina Pardalos,

Angelika Nußberger,

Helena Jäderblom,

Krzysztof Wojtyczek,

Faris Vehabović,

Dmitry Dedov, *juges*,

et de Lawrence Early, *jurisconsulte*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 26 juin et 23 octobre 2013 ainsi que le 19 mars 2014,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 4455/10) dirigée contre la République de Croatie et dont un ressortissant de cet État, M. Fred Marguš (« le requérant »), a saisi la Cour le 31 décembre 2009 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le requérant, qui a été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, a été représenté par M^e P. Sabolić, avocat à Osijek. Le gouvernement croate (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M^{me} Š. Stažnik.

3. Dans sa requête, M. Marguš, qui avait été jugé deux fois au pénal, se plaignait que son procès eût les deux fois été présidé par le même magistrat et que ce dernier eût décidé de l'expulser du prétoire lors de l'audience de clôture. Il y voyait une violation de son droit à un procès équitable. Il se

disait par ailleurs victime d'une violation de son droit à ne pas être jugé deux fois pour les mêmes faits.

4. La requête a été attribuée à la première section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour – «le règlement»). Le 5 septembre 2011, le vice-président de la section a décidé de communiquer la requête au Gouvernement.

5. Le 13 novembre 2012, une chambre de ladite section composée de Anatoly Kovler, président, Nina Vajić, Peer Lorenzen, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Linos-Alexandre Sicilianos, Erik Møse, juges, ainsi que de Søren Nielsen, greffier de section, a prononcé un arrêt concluant, à l'unanimité, à la recevabilité des griefs tirés de l'article 6 de la Convention concernant le manque allégué d'impartialité du juge M.K. et l'expulsion du requérant de la salle d'audience ainsi que du grief tiré de l'article 4 du Protocole n° 7 et à la non-violation de ces deux dispositions.

6. Le 27 décembre 2012, le requérant a sollicité le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre au titre de l'article 43 de la Convention. Le collège de la Grande Chambre a fait droit à cette demande le 18 mars 2013.

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

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

9. Des observations ont par ailleurs été reçues d'un groupe d'experts universitaires rattaché à l'université londonienne du Middlesex, 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).

10. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 26 juin 2013 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M^{mes} Š. Stažnik,

J. Dolmagić,

N. Katić,

agent,

conseillers ;

– *pour le requérant*

M. P. Sabolić,

conseil.

La Cour a entendu M. Sabolić et M^{me} Stažnik en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses aux questions posées par les juges Kalaydjieva, Vučinić et Turković.

11. À l'issue de l'audience, il a été décidé que Ksenija Turković, juge élue au titre de la Croatie, ne pouvait participer à l'examen de l'affaire (article 28 du règlement). Le Gouvernement a alors désigné pour siéger à sa place Ineta Ziemele, juge élue au titre de la Lettonie (articles 26 § 4 de la Convention et 29 § 1 du règlement). En conséquence, Ann Power-Forde, première suppléante, est devenue membre titulaire de la Grande Chambre. Zdravka Kalaydjieva s'est déportée et a été remplacée par Ján Šikuta, deuxième suppléant. André Potocki s'est également déporté et a été remplacé par Angelika Nußberger, troisième suppléante (article 28 du règlement).

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

12. Le requérant est né en 1961 ; il purge actuellement une peine d'emprisonnement à la prison d'État de Lepoglava.

A. La première procédure pénale dirigée contre le requérant (n° K-4/97)

13. Le 19 décembre 1991, les services de police d'Osijek saisirent le tribunal de comté d'Osijek d'une plainte pénale dirigée contre le requérant et cinq autres personnes ; ils alléguaient que le requérant, membre de l'armée croate, avait tué plusieurs civils.

14. Le 20 avril 1993, le procureur militaire d'Osijek inculpa le requérant devant le tribunal de comté d'Osijek de plusieurs chefs de meurtre, de coups et blessures graves, de mise en danger de la vie et des biens d'autrui, et de vol. Les passages pertinents de l'acte d'accusation se lisent ainsi :

« Le premier accusé, Fred Marguš,

1. Le 20 novembre 1991 vers 7 heures, à Čepin, (...) a tiré à quatre reprises avec une arme automatique sur S.B. (...), causant ainsi la mort de celui-ci ;

(...)

2. Au même moment et au même endroit que ceux indiqués au point 1 ci-dessus (...) a tiré à plusieurs reprises avec une arme automatique sur V.B. (...), causant ainsi la mort de celui-ci ;

(...)

3. Le 10 décembre 1991, a emmené N.V. dans la forêt de « Vrbik » entre Čepin et Ivanovac (...) et a tiré à deux reprises avec une arme automatique sur N.V. (...), causant ainsi la mort de celui-ci ;

(...)

4. Au même endroit et au même moment que ceux indiqués au point 3 ci-dessus, a tiré avec une arme automatique sur Ne. V. (...), causant ainsi la mort de celle-ci;

(...)

6. Le 28 août 1991 vers 3 heures, a lancé un engin explosif dans des locaux commerciaux à Čepinski Martinovec (...), causant ainsi des dégâts matériels;

(...)

7. Le 18 novembre 1991 à 0 h 35, à Čepin, a placé un engin explosif à l'intérieur d'une maison (...) causant ainsi des dégâts matériels (...);

(...)

8. Le 1^{er} août 1991 à 15 h 30, à Čepin, (...) a tiré sur R.C., le blessant légèrement, puis (...) a frappé V.Ž. à coups de pied (...), le blessant grièvement (...) et a infligé le même traitement à R.C. (...), lui causant d'autres blessures légères (...);

(...)

9. Entre le 26 septembre et le 5 octobre 1991, à Čepin, (...) a volé des armes et des balles (...);

(...)

Le requérant fut également inculpé du vol de plusieurs tracteurs et d'autres machines appartenant à autrui.

15. Le 25 janvier 1996, le procureur militaire adjoint d'Osijek abandonna les charges énumérées aux points 3, 4, 6, 7 et 9 de l'acte d'accusation, ainsi que les accusations de vol de biens d'autrui. Il inculpa le requérant d'un nouveau chef de coups et blessures graves pour avoir tiré sur un enfant, Sl.B., le 20 novembre 1991 vers 7 heures à Čepin. L'ancien point 8 de l'acte d'accusation en devint donc le point 4.

16. Le 24 septembre 1996 fut promulguée la loi d'amnistie générale, qui disposait qu'une amnistie générale devait s'appliquer à toutes les infractions pénales commises en rapport avec la guerre en Croatie entre le 17 août 1990 et le 23 août 1996, sauf pour les actes constitutifs de violations très graves du droit humanitaire ou de crimes de guerre, notamment du crime de génocide (paragraphe 27 ci-dessous).

17. Le 24 juin 1997, un collègue du tribunal de comté d'Osijek présidé par le juge M.K. décida de mettre fin à la procédure contre le requérant en application de la loi d'amnistie générale. Les passages pertinents de cette décision se lisent ainsi:

«Le tribunal de comté d'Osijek (...) décide ce jour, 24 juin 1997, qu'il convient de mettre fin, en application de l'article 1 §§ 1 et 3 et de l'article 2 § 2 de la loi d'amnistie générale, à la procédure pénale engagée le 10 février 1997 (...) par l'acte d'accusation du parquet près le tribunal de comté d'Osijek contre l'accusé Fred Marguš pour deux

chefs de meurtre (...), pour coups et blessures graves (...) et pour mise en danger de la vie et des biens d'autrui (...)

(...)

Exposé des motifs

Dans son acte d'accusation n° Kt-1/93 du 20 avril 1993, le parquet militaire d'Osijek a inculpé Fred Marguš de trois chefs de meurtre aggravé en vertu de l'article 35 § 1 du code pénal, d'un chef de meurtre aggravé en vertu de l'article 35 § 2, alinéa 2, du code pénal, de deux chefs de mise en danger de la vie et des biens d'autrui (...) en vertu de l'article 153 § 1 du code pénal, d'un chef de coups et blessures graves en vertu de l'article 41 § 1 du code pénal, d'un chef de vol d'armes et d'autres équipements de combat en vertu de l'article 223 §§ 1 et 2 du code pénal, et d'un chef de vol aggravé en vertu de l'article 131 § 2 du code pénal (...)

L'acte d'accusation ci-dessus a été modifié de façon substantielle à l'audience tenue devant le tribunal militaire d'Osijek le 25 janvier 1996, au cours de laquelle le procureur militaire adjoint a retiré certains chefs d'accusation et a modifié la description factuelle et juridique ainsi que la qualification juridique de certaines infractions.

Ainsi, l'accusé Fred Marguš s'est trouvé inculpé de deux chefs de meurtre en vertu de l'article 34 § 1 du code pénal, d'un chef de coups et blessures graves en vertu de l'article 41 § 1 du code pénal et d'un chef de mise en danger de la vie et des biens d'autrui (...) en vertu de l'article 146 § 1 du code pénal (...)

Après l'abolition des tribunaux militaires, le dossier de l'affaire a été transmis au parquet près le tribunal de comté d'Osijek, qui a repris les poursuites pour les mêmes charges et a demandé que l'instance continue devant le tribunal de comté d'Osijek. Celui-ci a transmis le dossier à un collège de trois juges dans le cadre de l'application de la loi d'amnistie générale.

Après examen du dossier, le collège conclut que les conditions prévues à l'article 1 §§ 1 et 3 et à l'article 2 § 2 de la loi d'amnistie générale sont remplies, et que l'accusé n'est pas exclu du bénéfice de l'amnistie.

La loi susmentionnée prévoit une amnistie générale pour les infractions pénales commises pendant l'agression, la rébellion armée ou les conflits armés (...) en République de Croatie. Cette amnistie générale concerne les infractions pénales commises entre le 17 août 1990 et le 23 août 1996.

Seuls sont exclus du bénéfice de l'amnistie générale les auteurs des violations les plus graves du droit humanitaire constitutives de crimes de guerre et les auteurs de certaines infractions pénales énumérées à l'article 3 de la loi d'amnistie générale. Sont aussi exclus les auteurs d'autres infractions pénales visées par le code pénal (...) qui n'ont pas été commises pendant l'agression, la rébellion armée ou les conflits armés en Croatie et qui ne présentent pas de lien avec ces événements.

L'accusé, Fred Marguš, est inculpé de trois infractions pénales commises à Čepin le 20 novembre 1991 et d'une infraction pénale commise à Čepin le 1^{er} août 1991.

Les trois premières infractions concernent la période la plus difficile, celle des attaques les plus dures contre Osijek et l'est de la Croatie, immédiatement après la chute de Vukovar, et des combats les plus rudes pour la prise de Laslovo. Au cours de ces combats, l'accusé s'est distingué par son courage exceptionnel, et il a été recommandé pour une promotion au grade de lieutenant par son supérieur de l'époque, le commandant du troisième bataillon de la 106^e brigade de l'armée croate.

Au cours de la période critique concernant les trois premières infractions, l'accusé agissait en tant que membre de l'armée croate; dans cette période particulièrement difficile, il a tenté, en sa qualité de commandant d'une unité, d'empêcher qu'un village directement menacé ne tombe aux mains de l'ennemi. La quatrième infraction a été commise le 1^{er} août 1991, alors que l'accusé, réserviste en service à Čepin, portait une tenue militaire de camouflage et était équipé d'armes de guerre.

(...)

Eu égard au moment et au lieu où sont survenus les événements en cause, les actes de l'accusé présentaient un lien étroit avec l'agression, la rébellion armée et les conflits armés en Croatie, et ils ont été commis pendant la période visée par la loi d'amnistie générale.

(...)

Dans ces conditions, le tribunal estime que toutes les conditions légales pour l'application de la loi d'amnistie générale sont remplies (...)»

18. À une date non précisée, le procureur général saisit la Cour suprême d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi (*zahtjev za zaštitu zakonitosti*), la priant d'établir qu'il y avait eu violation de l'article 3 § 2 de la loi d'amnistie générale.

19. La haute juridiction statua sur le pourvoi le 19 septembre 2007. Elle conclut que la décision prise par le tribunal de comté d'Osijek le 24 juin 1997 emportait violation de l'article 3 § 2 de la loi d'amnistie générale. Les passages pertinents de l'arrêt se lisent ainsi :

«(...)

L'article 1 § 1 de la loi d'amnistie générale prévoit que les auteurs d'infractions pénales qui présentent un lien avec l'agression, la rébellion armée ou les conflits armés (...) en Croatie bénéficient d'une amnistie générale quant aux poursuites pénales et aux procédures pénales dirigées contre eux. Aux termes du troisième paragraphe du même article, l'amnistie concerne les infractions pénales commises entre le 17 août 1990 et le 23 août 1996. (...)

Si on les interprète correctement, ces dispositions exigent, outre la condition générale selon laquelle l'infraction pénale en question doit avoir été commise dans la période comprise entre le 17 août 1990 et le 23 août 1996 (qui est remplie en l'espèce), un lien direct et significatif entre l'infraction, d'une part, et l'agression, la rébellion armée ou les conflits armés, d'autre part. Cette interprétation est conforme au principe général selon lequel quiconque commet une infraction pénale doit répondre de ses actes. Dès

lors, les dispositions ci-dessus doivent être interprétées de manière raisonnable et avec la prudence nécessaire, de sorte que l'amnistie n'en vienne pas à se contredire elle-même et à remettre en question le but même pour lequel la loi en cause a été édictée. Dès lors, il convient d'interpréter l'expression « qui présentent un lien avec l'agression, la rébellion armée ou les conflits armés » figurant dans la loi d'amnistie générale, laquelle ne définit pas spécifiquement la nature de ce lien, comme voulant dire que ce lien doit être direct et significatif.

(...)

Une partie de la description factuelle des infractions pénales reprochées à l'accusé Fred Marguš (...), qui semble indiquer un certain lien avec l'agression contre la République de Croatie ou la rébellion armée et les conflits armés en Croatie, a trait à l'arrivée des victimes de ces infractions (S.B., V.B. et le mineur Sl.B.) à Čepin, en compagnie de leurs voisins, après leur fuite du village d'Ivanovac à la suite de l'attaque par « l'A[rmée du] P[euple] y[ougoslave] ». Il convient de souligner que l'appartenance de l'accusé Fred Marguš à l'armée croate n'est pas contestée. Toutefois, ces circonstances ne sont pas de nature à constituer le lien direct avec l'agression, la rébellion armée ou les conflits armés en Croatie requis pour l'application de la loi d'amnistie générale.

D'après la description factuelle des infractions pénales exposée au point 4 de l'acte d'accusation, l'accusé a commis ces actes en tant que membre des forces de réserve basées à Čepin, après la fin de son service. Cette circonstance n'établit pas à elle seule un lien significatif entre les infractions et la guerre car, si tel était le cas, l'amnistie s'étendrait à toutes les infractions pénales commises entre le 27 août 1990 et le 23 août 1996 par des membres de l'armée croate ou par des unités ennemies (à l'exception des infractions spécifiquement énumérées à l'article 3 § 1 de la loi d'amnistie générale) ; or telle n'était certainement pas l'intention du législateur.

Enfin, les faits de guerre de l'accusé, décrits en détail dans la décision litigieuse, ne sauraient constituer un critère d'application de la loi d'amnistie générale (...)

Il ne ressort pas de la description factuelle des infractions pénales énumérées dans l'acte d'accusation (...) que les actes en question ont été commis pendant l'agression, la rébellion armée ou les conflits armés en Croatie, ou qu'ils présentent un lien avec ces événements.

(...)»

B. La seconde procédure pénale dirigée contre le requérant (n° K-33/06)

20. Le 26 avril 2006, le parquet près le tribunal de comté d'Osijek inculpa le requérant de plusieurs chefs de crimes de guerre contre la population civile. La procédure fut menée par un collège de trois juges du tribunal de comté d'Osijek, qui comprenait le juge M.K. Le requérant fut représenté par un avocat pendant toute la procédure.

21. Une audience de clôture se tint le 19 mars 2007 en présence, notamment, du requérant et de son avocat. Le requérant fut expulsé de

la salle d'audience pendant les conclusions finales des parties. Son avocat resta dans la salle d'audience et présenta ses conclusions finales. Le passage pertinent du procès-verbal de l'audience se lit ainsi :

« Le président du collège note que l'accusé Fred Marguš a interrompu le procureur adjoint près le tribunal de comté d'Osijek (« le procureur adjoint ») alors que celui-ci présentait ses conclusions finales et qu'il a été sommé par le collège de se calmer ; lorsqu'il a interrompu le procureur adjoint pour la deuxième fois, l'intéressé a reçu un avertissement oral.

Après que le président du collège l'eut averti oralement, l'accusé Fred Marguš a continué à commenter les conclusions finales du procureur adjoint. En conséquence, sur décision du collège et sur ordre du président, l'accusé Fred Marguš a été expulsé de la salle d'audience jusqu'au prononcé du jugement.

(...)»

22. Après l'expulsion du requérant de la salle d'audience, le procureur adjoint, les avocats des victimes, les avocats de la défense et l'un des accusés présentèrent leurs conclusions finales.

23. Le prononcé du jugement fut fixé au 21 mars 2007, après quoi l'audience fut levée. Le requérant était présent au prononcé du jugement. Il fut déclaré coupable des faits qui lui étaient reprochés et condamné à une peine de quatorze ans d'emprisonnement. La partie pertinente du jugement se lit ainsi :

« (...)

L'accusé Fred Marguš (...)

et

l'accusé T.D. (...)

sont coupables [en ce que]

dans la période comprise entre le 20 et le 25 novembre 1991, à Čepin et aux alentours, en violation de l'article 3 § 1 de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre ainsi que des articles 4 §§ 1 et 2 a) et 13 du Protocole additionnel du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), alors qu'ils défendaient ce territoire contre les attaques armées des rebelles serbes locaux et de « l'Armée du Peuple yougoslave » dans le cadre de l'agression menée conjointement par ceux-ci contre l'ordre juridique constitutionnel et l'intégrité territoriale de la République de Croatie, Fred Marguš, en sa qualité de commandant de l'unité 2 du 3^e corps de la 130^e brigade de l'armée croate, et l'accusé T.D., membre de l'unité commandée par Fred Marguš [commirent les actes suivants] dans l'intention de tuer des civils serbes ;

l'accusé Fred Marguš

a) le 20 novembre 1991 vers 8 heures, à Čepin, reconnu V.B. et S.B. qui se tenaient (...) devant la caserne des pompiers d'Ivanovac, après avoir fui leur village en raison des attaques de l'Armée du Peuple yougoslave, (...) tira sur eux avec une arme automatique (...) et toucha S.B. à la tête (...) et au cou, tuant celui-ci sur le coup, tandis que V.B., blessé, tombait à terre. L'accusé partit alors en voiture mais revint peu de temps après. Voyant que V.B. était toujours en vie, avec à ses côtés son fils de neuf ans, Sl.B. (...) et sa femme M.B., tira de nouveau sur eux à l'arme automatique, atteignant V.B. par deux fois à la tête (...) et par deux fois au bras (...), entraînant ainsi la mort de celui-ci peu de temps après, tandis que Sl.B. était touché d'une balle à la jambe (...), l'infraction de coups et blessures graves étant ainsi constituée;

b) dans la période allant du 22 au 24 novembre 1991, à Čepin, arrêta N.V. et Ne.V. et, sous la menace d'armes à feu, s'appropriâ leur véhicule de type Golf (...) les emmena dans le sous-sol d'une maison (...) où il les ligota avec des cordes sur des chaises et les laissa enfermés sans eau ni nourriture puis, avec les membres de son unité (...) les battit et les insulta, les interrogea sur leurs activités prétendument hostiles et sur la possession d'un poste de radio, tout en empêchant les autres membres de l'unité de les aider (...) après quoi il les emmena hors de Čepin dans une forêt (...) où il tira plusieurs balles sur eux (...), causant ainsi la mort de N.V. et (...) de Ne.V.;

c) le 23 novembre 1991 vers 13 h 30, à la station d'autobus de Čepin, arrêta S.G. et D.G. ainsi que leur parent Lj. G., et les conduisit en voiture jusqu'à une maison (...) leur attacha les mains dans le dos et, avec T.B. (mort depuis), les interrogea sur leurs activités prétendument hostiles et, le soir venu, alors qu'ils étaient toujours entravés, les conduisit en voiture hors de Čepin (...) où il tira des coups de feu sur eux (...), causant ainsi leur mort;

les accusés Fred Marguš et T.D., [agissant] de [concert]

d) le 25 novembre 1991 vers 13 heures, à Čepin, voyant S.P. au volant de sa Golf (...) l'arrêtèrent à la demande de Fred Marguš (...), le conduisirent en voiture dans un champ (...) où (...) Fred Marguš ordonna à T.D. d'abattre S.P., [ordre] auquel T.D. obéit en tirant une fois sur S.P. (...), après quoi Fred Marguš tira sur celui-ci à plusieurs reprises avec une arme automatique (...), causant ainsi le décès de S.P. (...) dont il s'appropriâ ensuite le véhicule.

(...)»

24. Le 19 septembre 2007, la Cour suprême confirma la condamnation du requérant et alourdit sa peine, la portant à quinze ans d'emprisonnement. Les passages pertinents de l'arrêt de la haute juridiction sont ainsi libellés :

«En vertu de l'article 36 § 1, alinéa 5, du code de procédure pénale (CPP) un juge se déporte si, dans le cadre de la même affaire, il a participé à l'adoption d'une décision d'une juridiction inférieure ou s'il a participé à l'adoption de la décision attaquée.

Certes, le juge M.K. a pris part à la procédure dans le cadre de laquelle le jugement litigieux a été adopté. Il présidait le collège du tribunal de comté d'Osiijek qui a adopté

la décision (...) du 24 juin 1997 mettant fin à la procédure contre l'accusé Fred Marguš en vertu de l'article 1 §§ 1 et 3 et de l'article 2 § 2 de la loi d'amnistie générale (...)

Même si les deux procédures ont été engagées contre le même accusé, il ne s'agissait pas de la même affaire. Le juge en question a participé à deux affaires différentes dont le tribunal de comté d'Osijek a été saisi contre le même accusé. Dans l'affaire qui a donné lieu au présent appel, le juge M.K. n'a pas participé à l'adoption d'une décision d'une juridiction inférieure ou d'une décision faisant l'objet d'un appel ou d'un recours extraordinaire.

(...)

C'est à tort que l'accusé soutient que, en tenant l'audience de clôture en son absence et en l'absence de son avocat après l'avoir expulsé de la salle d'audience pendant les conclusions finales des parties, le tribunal de première instance a méconnu l'article 346 § 4 et l'article 347 §§ 1 et 4 du CPP. L'accusé dit avoir été ainsi empêché de formuler ses conclusions finales. Il ajoute qu'il n'a pas été renseigné sur la conduite de l'audience en son absence et que la décision de le renvoyer de la salle d'audience n'a pas été adoptée par le collège chargé de l'affaire.

Contrairement aux allégations de l'accusé, il ressort du procès-verbal de l'audience tenue le 19 mars 2007 que l'accusé Fred Marguš a interrompu le procureur adjoint près le tribunal de comté [d'Osijek] alors que celui-ci présentait ses conclusions finales, et il a été averti à deux reprises par le président du collège. L'accusé ayant persisté dans son comportement, le collège a décidé de le renvoyer de la salle d'audience (...)

Pareille mesure du tribunal de première instance est conforme à l'article 300 § 2 du CPP. L'accusé Fred Marguš a commencé à perturber le déroulement de l'audience alors que le procureur [adjoint près le tribunal de comté d'Osijek] présentait ses conclusions finales et a persisté dans son comportement, à la suite de quoi il a été expulsé de la salle d'audience par une décision du collège. Il était présent dans la salle d'audience lorsque le jugement a été prononcé le 21 mars 2007.

Étant donné que le tribunal de première instance s'est pleinement conformé à l'article 300 § 2 du CPP, l'appel de l'accusé est dénué de fondement. En l'espèce, il n'y a pas eu violation des droits de la défense et l'expulsion de l'accusé de la salle d'audience pendant les conclusions finales des parties n'a eu aucune incidence sur le jugement.

(...)

L'accusé Fred Marguš soutient en outre (...) que le jugement attaqué a violé le principe « *non bis in idem* » (...) dans la mesure où il aurait déjà été mis un terme à la procédure quant à certaines des accusations ayant donné lieu à ce jugement (...)

(...)

Une procédure pénale a certes été menée devant le tribunal de comté d'Osijek, sous le numéro K-4/97, contre l'accusé Fred Marguš concernant, notamment, quatre chefs (...) de meurtre (...) sur les personnes de S.B., V.B., N.V. et Ne.V., ainsi que l'infraction (...) de mise en danger de la vie et des biens d'autrui (...) Le tribunal de comté d'Osijek

a mis fin à cette procédure par la décision définitive n° Kv-99/97 (K-4/97) du 24 juin 1997 sur la base de la loi d'amnistie générale (...)

Bien que les conséquences des infractions qui faisaient l'objet de la procédure menée devant le tribunal de comté d'Osijek sous le numéro K-4/97, à savoir les homicides sur les personnes de S.B., V.B., N.V. et Ne.V., ainsi que les coups et blessures graves infligés à Sl.B., fassent également partie du contexte factuel [des infractions examinées] dans le cadre de la procédure à l'issue de laquelle le jugement contesté a été adopté, les infractions [examinées dans les deux procédures pénales en cause] ne sont pas les mêmes.

La comparaison entre les contextes factuels [des infractions pénales examinées] dans le cadre des deux procédures montre que ces infractions ne sont pas identiques. Le contexte factuel [des infractions en question] dans le jugement attaqué comporte un élément criminel supplémentaire et est d'une portée beaucoup plus large que celui qui est à l'origine de la procédure menée devant le tribunal de comté d'Osijek sous le numéro K-4/97. [Dans la présente affaire], il est reproché à l'accusé Fred Marguš d'avoir violé les règles de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre et du Protocole additionnel du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), en ce que, dans la période comprise entre le 20 et le 25 novembre 1991, alors qu'il défendait un territoire contre les attaques armées des rebelles serbes locaux et de « l'Armée du Peuple yougoslave » dans le cadre de l'agression menée conjointement par ceux-ci contre l'ordre juridique constitutionnel et l'intégrité territoriale de la République de Croatie, il a, en violation des règles du droit international, tué et torturé des civils, les a traités de manière inhumaine, les a arrêtés illégalement, a ordonné le meurtre d'un civil et a volé des biens appartenant à des civils. Les actes décrits ci-dessus sont constitutifs d'infractions contraires aux valeurs protégées par le droit international, et plus précisément de crimes de guerre contre la population civile au sens de l'article 120 § 1 du code pénal.

Étant donné que le contexte factuel et la qualification juridique des infractions en cause diffèrent de ceux des infractions qui faisaient l'objet de la procédure antérieure, de sorte que la portée des charges pesant sur l'accusé Fred Marguš est différente et notablement plus large que dans l'affaire précédente (dossier n° K-4/97), l'autorité de la chose jugée ne peut pas être invoquée (...)

25. Le requérant présenta ultérieurement un recours constitutionnel, que la Cour constitutionnelle rejeta le 30 septembre 2009 en souscrivant au raisonnement de la Cour suprême.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Le droit pertinent

26. La disposition pertinente de la Constitution croate (*Ustav Republike Hrvatske*, Journal officiel n°s 41/2001 et 55/2001) est ainsi libellée :

Article 31

« (...)

2. Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi.

Les circonstances et les motifs pouvant justifier la réouverture d'une procédure au titre du paragraphe 2 du présent article ne peuvent être définis que par la loi, conformément à la Constitution ou à un accord international.

(...)

27. Les dispositions pertinentes du code de procédure pénale (*Zakon o kaznenom postupku*, Journal officiel n^{os} 110/1997, 27/1998, 58/1999, 112/1999, 58/2002, 62/2003, 178/2004 et 115/2006) sont les suivantes :

Article 300

« 1. Lorsque l'accusé (...) perturbe le bon déroulement d'une audience ou ne se conforme pas aux ordres du président du tribunal, celui-ci avertit l'accusé (...). Le collège peut ordonner que l'accusé soit expulsé de la salle d'audience (...)

2. Le collège peut ordonner que l'accusé soit expulsé de la salle d'audience pour un temps limité. Si l'accusé perturbe derechef le déroulement des débats, [il peut être expulsé de la salle d'audience] jusqu'à la fin de la présentation des moyens de preuve. Le président convoque alors l'accusé avant la clôture de cette présentation et le renseigne sur la conduite de l'instance. Si l'accusé continue de perturber le déroulement de l'audience et se rend coupable d'outrage au tribunal, le collège peut de nouveau ordonner son expulsion de la salle d'audience. Dans ce cas, le procès se conclut en l'absence de l'accusé, et le président ou un autre membre du collège lui donne, en présence d'une dactylographe, des informations sur la teneur du jugement adopté.

(...)

Article 350 (ancien article 336)

« 1. Le jugement ne peut se rapporter qu'à l'accusé et à l'infraction visés dans l'acte d'accusation tel qu'initialement soumis à l'audience ou tel que modifié lors de celle-ci.

2. Le tribunal n'est pas tenu par la qualification juridique donnée aux faits par le procureur¹. »

Types de jugements

Article 352

« 1. Un jugement conclut au rejet des chefs d'accusation, à l'acquittement de l'accusé ou à la culpabilité de celui-ci.

(...)

1. La pratique de la Cour suprême concernant cette disposition est décrite aux paragraphes 32 à 34 ci-dessous.

Article 354

« Un jugement d'acquittement est adopté dans les cas suivants :

1. lorsque les faits reprochés à l'accusé ne sont pas érigés en infraction pénale par la loi;
2. lorsque certaines circonstances excluent la culpabilité de l'accusé;
3. lorsqu'il n'est pas démontré que l'accusé a commis l'infraction pénale qui lui est reprochée. »

Article 355

« 1. Un jugement concluant à la culpabilité de l'accusé doit mentionner les éléments suivants :

1. l'infraction dont l'accusé est reconnu coupable, ainsi que les faits et les circonstances qui forment les éléments constitutifs de cette infraction et ceux qui fondent l'application d'une disposition particulière du code pénal;
 2. la dénomination et la description légales de l'infraction pénale, ainsi que les dispositions du code pénal qui ont été appliquées;
 3. la peine à infliger, ou les dispositions du code pénal en vertu desquelles l'application d'une peine est exclue ou en vertu desquelles la peine d'emprisonnement doit être commuée en travaux d'intérêt général;
 4. la décision éventuelle d'assortir la peine d'un sursis;
 5. la décision éventuelle d'adopter des mesures de sûreté ou de confisquer des gains matériels;
 6. la décision relative aux frais et dépens ainsi qu'à toute action civile éventuelle, ainsi que la décision éventuelle de publier le jugement définitif dans les médias;
- (...)»

Article 367

« 1. Un vice grave de la procédure pénale est constaté lorsque

(...)

3. une audience s'est tenue en l'absence d'une personne dont la présence est obligatoire en vertu de la loi (...)

(...)»

Réouverture de la procédure**Article 401**

« Une procédure pénale qui s'est terminée par une décision définitive ou un jugement définitif ne peut être rouverte à la demande d'une personne habilitée que dans les circonstances et selon les conditions définies dans le présent code. »

Article 406

« 1. Une procédure pénale qui s'est terminée par un jugement définitif rejetant les chefs d'accusation peut exceptionnellement être rouverte au détriment de l'accusé :

(...)

5. lorsqu'il est établi que l'amnistie, la grâce, la prescription ou d'autres circonstances excluant les poursuites pénales ne s'appliquent pas à l'infraction pénale visée dans le jugement rejetant les chefs d'accusation.

(...)»

Article 408

« 1. Le tribunal compétent pour statuer sur une demande de réouverture d'une procédure est celui qui a connu de l'affaire en première instance (...)

2. La demande de réouverture doit indiquer la base légale et les éléments de preuve sur lesquels elle s'appuie (...)

(...)»

Pourvoi dans l'intérêt de la loi**Article 418**

« 1. Le procureur général peut présenter un pourvoi dans l'intérêt de la loi contre une décision judiciaire définitive et la procédure judiciaire à l'issue de laquelle pareille décision a été prise lorsque celles-ci ont emporté violation d'une loi.

2. Le procureur général doit présenter un pourvoi dans l'intérêt de la loi contre toute décision judiciaire adoptée à l'issue d'une procédure qui a emporté violation de certains des droits et libertés fondamentaux de l'homme garantis par la Constitution, la loi ou le droit international.

(...)»

Article 419

« 1. La Cour suprême de la République de Croatie est la juridiction compétente pour statuer sur les pourvois dans l'intérêt de la loi.

(...)»

Article 420

« 1. Lorsqu'elle se prononce sur un pourvoi dans l'intérêt de la loi, la Cour [suprême] examine seulement les violations de la loi dénoncées par le procureur général.

(...)»

Article 422

« 2. Lorsqu'un pourvoi dans l'intérêt de la loi est présenté au détriment de l'accusé et que la Cour [suprême] le juge bien fondé, elle se borne à établir l'existence d'une violation de la loi sans modifier la décision définitive. »

28. En application du code pénal (*Kazeni zakon*, Journal officiel n^{os} 53/1991, 39/1992 et 91/1992), la culpabilité d'une personne est exclue dans les circonstances suivantes: irresponsabilité (*neubrojivost*), erreur de droit ou erreur de fait.

29. Les passages pertinents de la loi d'amnistie générale du 24 septembre 1996 (*Zakon o općem oprost*, Journal officiel n^o 80/1996) se lisent ainsi:

Article 1

«Au titre de la présente loi, les auteurs d'infractions pénales qui ont été commises pendant l'agression, la rébellion armée ou les conflits armés en République de Croatie ou qui présentent un lien avec ces événements bénéficient d'une amnistie générale qui s'étend à toutes poursuites ou procédures pénales dirigées contre eux.

Aucune amnistie n'est accordée au stade de l'exécution de jugements définitifs concernant les auteurs d'infractions pénales visées au premier paragraphe du présent article.

L'amnistie s'étend à toutes poursuites et procédures pénales relatives aux infractions commises entre le 17 août 1990 et le 23 août 1996.»

Article 2

«Aucune poursuite ou procédure pénale n'est instituée contre les auteurs des infractions pénales visées à l'article 1 de la présente loi.

Les poursuites pénales déjà ouvertes sont abandonnées et toute procédure pénale déjà engagée est clôturée d'office par décision d'un tribunal.

Tout détenu amnistié au titre du premier paragraphe du présent article est libéré.»

Article 3

«Aucune amnistie n'est accordée au titre de l'article 1 de la présente loi aux auteurs des violations les plus graves du droit humanitaire qui constituent des crimes de guerre, à savoir: le crime de génocide au sens de l'article 119 du code pénal fondamental de la République de Croatie (Journal officiel n^o 31/1993, texte consolidé, n^{os} 35/1993, 108/1995, 16/1996 et 28/1996); les crimes de guerre contre la population civile au sens de l'article 120 du même code; les crimes de guerre contre des blessés ou des malades au sens de l'article 121; les crimes de guerre contre des prisonniers de guerre au sens de l'article 122; l'organisation de groupements [aux fins de commettre] ou d'aider à commettre un génocide ou des crimes de guerre au sens de l'article 123; l'infliction illicite de la mort ou de blessures à l'ennemi au sens de l'article 124; l'appropriation illicite de biens appartenant à des morts ou blessés sur le champ de bataille au sens de l'article 125; l'utilisation d'équipements de combat illicites au sens de l'article 126; les infractions commises contre des négociateurs au sens de l'article 127; le traitement cruel de blessés, de malades ou de prisonniers de guerre au sens de l'article 128; les retards injustifiés dans le rapatriement de prisonniers de guerre au sens de l'article 129; la destruction du patrimoine culturel et historique au sens de l'article 130; l'incitation à la guerre d'agression au sens de l'article 131; l'utilisation

indue de symboles internationaux au sens de l'article 132 ; la discrimination raciale ou autre au sens de l'article 133 ; la réduction en esclavage et le transport d'esclaves au sens de l'article 134 ; le terrorisme international au sens de l'article 135 ; la mise en danger de personnes sous protection internationale au sens de l'article 136 ; la prise d'otages au sens de l'article 137 ; et l'infraction pénale de terrorisme au sens des dispositions du droit international.

Aucune amnistie n'est accordée aux auteurs d'autres infractions pénales prévues par le code pénal fondamental (Journal officiel n° 31/1993, texte consolidé, n° 35/1993, 108/1995, 16/1996 et 28/1996) et par le code pénal (Journal officiel n° 32/1993, texte consolidé, n° 38/1993, 28/1996 et 30/1996) de la République de Croatie qui n'ont pas été commises pendant l'agression, la rébellion armée ou les conflits armés en République de Croatie et ne présentent pas de lien avec ces événements.

(...)»

Article 4

«Lorsqu'un tribunal a, sur le fondement de l'article 2 de la présente loi, accordé une amnistie à l'auteur d'une infraction pénale couverte par la présente loi sur la base de la qualification juridique retenue par le procureur général, celui-ci ne peut interjeter appel de la décision.»

B. La pratique pertinente

1. La pratique de la Cour constitutionnelle

30. Dans sa décision n° U-III/543/1999 du 26 novembre 2008, la Cour constitutionnelle s'exprima notamment comme suit :

«6. La Cour constitutionnelle doit déterminer s'il y a eu une seconde instance portant sur un fait constitutif de l'infraction pour laquelle la loi d'amnistie générale a été appliquée, et donc si l'on est en présence de la «même infraction», cas dans lequel l'article 31 § 2 de la Constitution interdit l'engagement d'une nouvelle procédure distincte et indépendante. Pareille procédure enfreindrait [le principe de] sécurité juridique et permettrait l'infliction de sanctions multiples pour un seul et même comportement ne pouvant être puni pénalement qu'une fois. Pour trancher cette question, la Cour constitutionnelle doit examiner a) si les descriptions des faits constitutifs des infractions reprochées à l'appelant dans le cadre de la première et de la seconde procédures sont similaires, afin de vérifier si la décision d'application de l'amnistie et la condamnation définitive dans la seconde procédure ont trait au même objet, c'est-à-dire à la même «quantité pénale», indépendamment de la question de savoir si elles concernent ou non les mêmes faits historiques ; et ensuite (...) b) si l'affaire en cause concerne une situation dans laquelle il n'était pas possible de porter de nouvelles accusations relativement aux faits ayant déjà été l'objet de la première décision des tribunaux (celle qui a accordé l'amnistie) mais dans laquelle, en vertu de l'article 31 § 3 de la Constitution, il était possible de demander la réouverture de la procédure conformément au droit pertinent. L'article 406 § 1, alinéa 5, du code de procédure pénale permet la réouverture de toute procédure terminée par un

jugement définitif de rejet des charges lorsqu'il est « établi que l'amnistie, la grâce, la prescription ou d'autres circonstances excluant les poursuites pénales ne s'appliquent pas à l'infraction pénale visée dans le jugement rejetant les chefs d'accusation ».

6.1. La Cour constitutionnelle ne peut examiner le caractère similaire ou non des descriptions des faits constitutifs des infractions qu'au regard des règles normatives. Ce faisant, elle est liée, tout comme les juridictions inférieures, par les éléments constitutifs des infractions, quelle que soit la qualification juridique retenue. Il ressort clairement des descriptions des faits à l'origine des accusations figurant dans le jugement du tribunal militaire de Bjelovar (n° K-85/95-24) et dans l'arrêt de la Cour suprême (n° I Kž-257/96), ainsi que dans les décisions attaquées du tribunal de comté de Sisak (n° K-108/97) et de la Cour suprême (n° I Kž-211/1998-3), que les faits sont les mêmes mais qu'ils ont simplement été qualifiés différemment. Tous les faits pertinents ont été établis par le tribunal militaire de Bjelovar (qui a clos la procédure) et aucun fait nouveau n'a été établi dans la procédure ultérieure devant le tribunal de comté de Sisak. La seule divergence entre les descriptions des chefs d'accusation a trait au moment de la commission des infractions, ce qui dénote non pas une différence factuelle mais l'impossibilité pour les tribunaux d'établir quand exactement ces infractions ont été commises. Il convient également de relever que la Cour suprême, dans l'arrêt attaqué, a souligné que les faits étaient les mêmes : leur identité n'est donc pas douteuse.

6.2. Dans son arrêt, la Cour suprême a conclu que le comportement en question était constitutif non seulement de l'infraction de rébellion armée prévue par l'article 235 § 1 du code pénal de la République de Croatie et visée dans le jugement rejetant les accusations, mais également de l'infraction de crime de guerre contre la population civile au sens de l'article 120 §§ 1 et 2 du code pénal fondamental de la République de Croatie, dont [l'appelant] a ultérieurement été reconnu coupable. Il découle du raisonnement de la Cour suprême que la même conduite forme la base de deux infractions et que l'on est en présence d'une situation où un acte unique est constitutif de plusieurs infractions.

6.3. Pour la Cour constitutionnelle, c'est à tort que, dans l'arrêt litigieux, la Cour suprême a conclu que la même personne, après l'adoption d'un jugement définitif portant sur un acte unique constitutif d'une certaine infraction, pouvait être à nouveau jugée dans le cadre d'une nouvelle procédure pour le même acte qualifié différemment. En vertu de l'article 336 § 2 du code de procédure pénale, le tribunal n'est pas tenu par la qualification donnée aux faits par le procureur. Par conséquent, si le tribunal militaire de Bjelovar considérait que les faits à l'origine des charges étaient constitutifs de crimes de guerre contre la population civile au sens de l'article 120 § 1 du code pénal fondamental de la République de Croatie, il aurait dû se déclarer incompétent pour décider de l'affaire (puisque'il n'avait pas compétence pour connaître de crimes de guerre), et transmettre l'affaire au tribunal compétent, qui aurait pu condamner [l'appelant] pour crimes de guerre contre la population civile, infraction pour laquelle aucune amnistie ne peut être accordée. Dès lors que le tribunal militaire n'a pas agi ainsi et que son jugement possédait un caractère définitif, la décision rejetant les accusations est revêtue de l'autorité de la chose jugée. Partant, la condamnation ultérieure de l'accusé en l'espèce a

emporté violation de la règle *non bis in idem* indépendamment du fait que le dispositif du premier jugement ne portait pas sur « le fond » – parfois simplement compris comme la résolution de la question de savoir si l'accusé a commis ou non l'infraction. La distinction formelle entre un acquittement et un jugement rejetant les chefs d'accusation ne saurait être le seul critère à utiliser pour répondre à la question de savoir si une nouvelle procédure pénale distincte peut être engagée pour la même « quantité pénale » : tout en figurant dans le jugement rejetant les chefs d'accusation, la décision d'octroi d'une amnistie, au sens juridique, crée les mêmes conséquences juridiques qu'un acquittement, et dans les deux cas une question factuelle demeure non établie.

6.4. Partant, la Cour constitutionnelle ne peut souscrire au raisonnement adopté par la Cour suprême dans son arrêt n° I Kž-211/1998-3 du 1^{er} avril 1999, selon lequel le jugement ou la décision prononçant l'abandon de la procédure pour l'infraction de rébellion armée concernant la même conduite n'interdisait pas de poursuivre et de condamner ultérieurement l'accusé pour crimes de guerre contre la population civile au motif que cette dernière infraction représentait une menace non seulement pour les valeurs de la République de Croatie mais également pour l'humanité en général et pour le droit international. Du reste, la Cour suprême s'est ensuite écartée de cette position dans sa décision du 18 septembre 2002 relative à l'affaire Kž-8/00-3, dans laquelle elle a estimé que le jugement rejetant les accusations « concernait sans aucun doute le même fait à tous égards (moment, lieu et mode opératoire), mais que ce fait était simplement qualifié différemment dans le jugement attaqué et dans la décision du tribunal militaire de Zagreb ». La Cour suprême a ajouté: « *Dès lors que, dans l'affaire en cause, la procédure pénale a été abandonnée relativement à l'infraction prévue par l'article 244 § 2 du code pénal de la République de Croatie, et que les actes (...) sont identiques à ceux dont [l'accusé] a été reconnu coupable dans le jugement attaqué (...), en vertu du principe non bis in idem prévu par l'article 32 § 2 de la Constitution, une nouvelle procédure pénale ne peut pas être engagée, l'affaire ayant déjà été jugée.* »

(...)»

31. La décision n° U-III-791/1997 rendue par la Cour constitutionnelle le 14 mars 2001 portait sur une situation dans laquelle il avait été mis un terme, en vertu de la loi d'amnistie générale, à la procédure pénale diligentée contre l'accusé. Les passages pertinents de cette décision se lisent ainsi :

« 16. La disposition constitutionnelle qui exclut la possibilité qu'un accusé soit jugé une deuxième fois à raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été « acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi » renvoie exclusivement à une situation dans laquelle un jugement a été adopté à l'issue d'une procédure pénale dans le cadre de laquelle l'accusé a été acquitté ou reconnu coupable des chefs d'accusation énoncés dans l'acte d'accusation.

(...)

19. (...) une décision qui n'acquitte pas définitivement l'accusé mais qui met un terme à la procédure pénale ne peut fonder juridiquement l'application des dispositions constitutionnelles sur l'interdiction de poursuivre ou de punir une personne deux fois (...)

2. La pratique de la Cour suprême

32. Le passage pertinent de l'arrêt n° I Kž-533/00-3 du 11 décembre 2001 est ainsi libellé :

« En vertu de l'article 336 § 2 du code de procédure pénale, un tribunal n'est pas tenu par la qualification juridique donnée aux faits par le procureur, et il peut donc statuer sur une infraction pénale différente dès lors que celle-ci est plus favorable [à l'accusé] (...) »

33. Le passage pertinent de l'arrêt n° I Kž-257/02-5 du 12 octobre 2005 se lit ainsi :

« Étant donné qu'en vertu de l'article 336 § 2 du code de procédure pénale un tribunal n'est pas tenu par la qualification juridique donnée aux faits par le procureur, et que l'infraction pénale d'incitation à l'abus de pouvoir en matière financière prévue par l'article 292 § 2 est passible d'une peine plus légère que celle prévue pour l'infraction pénale visée à l'article 337 § 4 du code pénal, le tribunal de première instance avait le pouvoir de dire que les actes en question étaient constitutifs de l'infraction pénale prévue par l'article 292 § 2 du code pénal (...) »

34. Le passage pertinent de l'arrêt n° I Kž-657/10-3 du 27 octobre 2010 est ainsi libellé :

« Même si c'est à juste titre que le tribunal de première instance a déclaré qu'un tribunal n'est pas tenu par la qualification juridique donnée aux faits par le procureur, il est néanmoins allé au-delà des termes de l'acte d'accusation puisqu'il a mis l'accusé dans une situation moins favorable en le condamnant pour deux infractions pénales au lieu d'une seule (...) »

III. INSTRUMENTS DE DROIT INTERNATIONAL PERTINENTS

A. La Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969

35. Le passage pertinent de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (« la Convention de Vienne ») se lit ainsi :

Section 3. Interprétation des traités

Article 31

Règle générale d'interprétation

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :

a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ;

b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :
 - a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;
 - b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;
 - c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.
4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties. »

Article 32

Moyens complémentaires d'interprétation

« Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

- a) laisse le sens ambigu ou obscur ; ou
- b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. »

Article 33

Interprétation de traités authentifiés en deux ou plusieurs langues

« 1. Lorsqu'un traité a été authentifié en deux ou plusieurs langues, son texte fait foi dans chacune de ces langues, à moins que le traité ne dispose ou que les parties ne conviennent qu'en cas de divergence un texte déterminé l'emportera.

2. Une version du traité dans une langue autre que l'une de celles dans lesquelles le texte a été authentifié ne sera considérée comme texte authentique que si le traité le prévoit ou si les parties en sont convenues.

3. Les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques.

4. Sauf le cas où un texte déterminé l'emporte conformément au paragraphe 1, lorsque la comparaison des textes authentiques fait apparaître une différence de sens que l'application des articles 31 et 32 ne permet pas d'éliminer, on adoptera le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes. »

B. Les Conventions de Genève du 12 août 1949 relatives à la protection des victimes des conflits armés et leurs Protocoles additionnels

36. Le passage pertinent de l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 est libellé comme suit :

Article 3

« En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes :

1) Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue.

À cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus :

- a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices ;
- b) les prises d'otages ;
- c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants ;
- d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés.

(...)»

37. Les parties pertinentes de la Convention (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (Genève, 12 août 1949) se lisent ainsi :

Chapitre IX – De la répression des abus et des infractions

Article 49

« Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies à l'article suivant.

Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes.

(...)»

Article 50

« Les infractions graves visées à l'article précédent sont celles qui comportent l'un ou l'autre des actes suivants, s'ils sont commis contre des personnes ou des biens protégés par la Convention : l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire. »

38. Les articles 50 et 51 de la Convention (II) pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (Genève, 12 août 1949) ont le même libellé que les articles 49 et 50 de la première Convention de Genève.

39. Les articles 129 et 130 de la Convention (III) relative au traitement des prisonniers de guerre (Genève, 12 août 1949) reprennent également le libellé des articles 49 et 50 de la première Convention de Genève.

40. Le libellé des articles 49 et 50 de la première Convention de Genève se retrouve aussi aux articles 146 et 147 de la Convention (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Genève, 12 août 1949).

41. Le passage pertinent du Protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) (Genève, 8 juin 1977) est ainsi libellé :

Article 4

« 1. Toutes les personnes qui ne participent pas directement ou ne participent plus aux hostilités, qu'elles soient ou non privées de liberté, ont droit au respect de leur personne, de leur honneur, de leurs convictions et de leurs pratiques religieuses. Elles seront en toutes circonstances traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable. Il est interdit d'ordonner qu'il n'y ait pas de survivants.

2. Sans préjudice du caractère général des dispositions qui précèdent, sont et demeurent prohibés en tout temps et en tout lieu à l'égard des personnes visées au paragraphe 1 :

a) les atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes, en particulier le meurtre, de même que les traitements cruels tels que la torture, les mutilations ou toutes formes de peines corporelles ;

(...) »

Article 6

« (...) »

5. À la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir s'efforceront d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues. »

Article 13

« 1. La population civile et les personnes civiles jouissent d'une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires. En vue de rendre cette protection effective, les règles suivantes seront observées en toutes circonstances.

2. Ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne devront être l'objet d'attaques. Sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile.

3. Les personnes civiles jouissent de la protection accordée par le présent Titre, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation. »

C. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide²

42. Les passages pertinents de cet instrument se lisent ainsi :

Article premier

« Les Parties contractantes confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens, qu'elles s'engagent à prévenir et à punir. »

Article IV

« Les personnes ayant commis le génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers. »

Article V

« Les Parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III. »

D. La Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité³

43. Les passages pertinents de cet instrument sont ainsi libellés :

Article premier

« Les crimes suivants sont imprescriptibles, quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis :

2. Adoptée le 9 décembre 1948 par la Résolution 260 A (III) de l'Assemblée générale des Nations unies.

3. Adoptée le 26 novembre 1968 et entrée en vigueur le 11 novembre 1970. Cette convention a été ratifiée par la Croatie le 12 octobre 1992.

a) Les crimes de guerre, tels qu'ils sont définis dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945 et confirmés par les résolutions 3 (I) et 95 (I) de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies, en date des 13 février 1946 et 11 décembre 1946, notamment les « infractions graves » énumérées dans les Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre;

b) Les crimes contre l'humanité, qu'ils soient commis en temps de guerre ou en temps de paix, tels qu'ils sont définis dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945 et confirmés par les résolutions 3 (I) et 95 (I) de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies, en date des 13 février 1946 et 11 décembre 1946, l'éviction par une attaque armée ou l'occupation et les actes inhumains découlant de la politique d'apartheid, ainsi que le crime de génocide, tel qu'il est défini dans la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, même si ces actes ne constituent pas une violation du droit interne du pays où ils ont été commis.»

Article II

«Si l'un quelconque des crimes mentionnés à l'article premier est commis, les dispositions de la présente Convention s'appliqueront aux représentants de l'autorité de l'État et aux particuliers qui y participeraient en tant qu'auteurs ou en tant que complices, ou qui se rendraient coupables d'incitation directe à la perpétration de l'un quelconque de ces crimes, ou qui participeraient à une entente en vue de le commettre, quel que soit son degré d'exécution, ainsi qu'aux représentants de l'autorité de l'État qui toléreraient sa perpétration.»

Article III

«Les États parties à la présente Convention s'engagent à adopter toutes les mesures internes, d'ordre législatif ou autre, qui seraient nécessaires en vue de permettre l'extradition, conformément au droit international, des personnes visées par l'article 2 de la présente Convention.»

Article IV

«Les États parties à la présente Convention s'engagent à prendre, conformément à leurs procédures constitutionnelles, toutes mesures législatives ou autres qui seraient nécessaires pour assurer l'imprescriptibilité des crimes visés aux articles premier et 2 de la présente Convention, tant en ce qui concerne les poursuites qu'en ce qui concerne la peine; là où une prescription existerait en la matière, en vertu de la loi ou autrement, elle sera abolie.»

E. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale

44. L'article 20 du Statut se lit ainsi :

Ne bis in idem

« 1. Sauf disposition contraire du présent Statut, nul ne peut être jugé par la Cour pour des actes constitutifs de crimes pour lesquels il a déjà été condamné ou acquitté par elle.

2. Nul ne peut être jugé par une autre juridiction pour un crime visé à l'article 5 pour lequel il a déjà été condamné ou acquitté par la Cour.

3. Quiconque a été jugé par une autre juridiction pour un comportement tombant aussi sous le coup des articles 6, 7 ou 8 ne peut être jugé par la Cour que si la procédure devant l'autre juridiction :

a) avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour des crimes relevant de la compétence de la Cour ; ou

b) n'a pas été au demeurant menée de manière indépendante ou impartiale, dans le respect des garanties d'un procès équitable prévues par le droit international, mais d'une manière qui, dans les circonstances, était incompatible avec l'intention de traduire l'intéressé en justice. »

F. Les règles coutumières du droit international humanitaire

45. Mandaté par les États réunis à la 26^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) présenta en 2005 une étude en deux volumes sur le droit international humanitaire coutumier⁴. Cette étude expose une liste de règles coutumières du droit international humanitaire. La règle 159, qui a trait aux conflits armés non internationaux, est ainsi libellée :

« À la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir doivent s'efforcer d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part à un conflit armé non international ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, à l'exception des personnes soupçonnées ou accusées de crimes de guerre ou condamnées pour crimes de guerre. »

G. Le Conseil de sécurité des Nations unies

Résolution sur la situation en Croatie, 1120 (1997), 14 juillet 1997

46. Les passages pertinents de cette résolution se lisent ainsi :

« Le Conseil de sécurité

(...)

7. Demande instamment au Gouvernement de la République de Croatie de lever les ambiguïtés concernant la mise en œuvre de la loi d'amnistie et de l'appliquer de manière juste et objective conformément aux normes internationales, en particulier en menant

4. *Droit international humanitaire coutumier*, sous la direction de J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, Cambridge University Press et CICR, 2005.

à bien toutes les enquêtes sur les crimes faisant l'objet de l'amnistie et en entreprenant immédiatement, avec la participation de l'Organisation des Nations unies et de la population serbe locale, un examen complet de tous les chefs d'accusation contre des personnes ayant commis des violations graves du droit international humanitaire qui ne font pas l'objet de l'amnistie, afin de mettre un terme aux procédures engagées contre toutes les personnes pour lesquelles les éléments de preuve sont insuffisants ;

(...)»

H. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966

47. L'article 7 de cet instrument est ainsi libellé :

«Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique.»

I. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies

1. Observation générale n° 20, article 7 (quarante-quatrième session, 1992)

48. En 1992, le Comité des droits de l'homme des Nations unies nota dans son Observation générale n° 20 concernant l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques que certains États avaient octroyé l'amnistie pour des actes de torture, ajoutant que « [l]'amnistie est généralement incompatible avec le devoir qu'ont les États d'enquêter sur de tels actes, de garantir la protection contre de tels actes dans leur juridiction et de veiller à ce qu'ils ne se reproduisent pas à l'avenir. Les États ne peuvent priver les particuliers du droit à un recours utile, y compris du droit à une indemnisation et à la réadaptation la plus complète possible. »

2. Observations finales, Liban, 1^{er} avril 1997

49. Le paragraphe 12 de ces observations se lit ainsi :

«Le Comité note avec inquiétude l'amnistie accordée aux personnels civils et militaires qui peuvent avoir commis des violations des droits fondamentaux à l'encontre de civils pendant la guerre civile. Une amnistie aussi générale peut empêcher d'enquêter et de punir comme il convient les responsables de violations des droits de l'homme passées, faire échec à l'effort engagé en vue d'instaurer le respect des droits de l'homme et constituer un obstacle à l'action entreprise pour consolider la démocratie. »

3. Observations finales, Croatie, 30 avril 2001

50. Le paragraphe 11 de ces observations est ainsi libellé :

«Le Comité s'inquiète des conséquences de la loi d'amnistie. S'il est vrai que la loi précise que l'amnistie ne s'applique pas aux crimes de guerre, le terme « crimes de guerre » n'est pas défini, d'où le risque que la loi soit appliquée de façon à assurer

l'impunité aux personnes accusées de violations graves des droits de l'homme. Le Comité déplore que des informations ne lui aient pas été fournies sur les affaires dans lesquelles la loi d'amnistie a été interprétée et appliquée par les tribunaux.

L'État partie devrait veiller à ce qu'en pratique la loi d'amnistie ne soit pas appliquée ou utilisée pour accorder l'impunité à des personnes accusées de violations graves des droits de l'homme.»

4. Observation générale n° 31 [80] – La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, 29 mars 2004

« 18. Lorsque les enquêtes mentionnées au paragraphe 15 révèlent la violation de certains droits reconnus dans le Pacte, les États parties doivent veiller à ce que les responsables soient traduits en justice. Comme dans le cas où un État partie s'abstient de mener une enquête, le fait de ne pas traduire en justice les auteurs de telles violations pourrait en soi donner lieu à une violation distincte du Pacte. Ces obligations se rapportent notamment aux violations assimilées à des crimes au regard du droit national ou international, comme la torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants analogues (article 7), les exécutions sommaires et arbitraires (article 6) et les disparitions forcées (articles 7 et 9 et, souvent, article 6). D'ailleurs, le problème de l'impunité des auteurs de ces violations, question qui ne cesse de préoccuper le Comité, peut bien être un facteur important qui contribue à la répétition des violations. Lorsqu'elles sont commises dans le cadre d'une attaque à grande échelle ou systématique contre une population civile, ces violations du Pacte constituent des crimes contre l'humanité (voir le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, article 7).

Par conséquent, lorsqu'il apparaît que des fonctionnaires ou des agents de l'État ont violé les droits énoncés dans le Pacte qui sont mentionnés dans le présent paragraphe, les États parties concernés ne sauraient exonérer les auteurs de leur responsabilité personnelle, comme cela s'est produit dans le cas de certaines amnisties (voir l'Observation générale n° 20 (44)), et immunités préalables. En outre, aucun statut officiel ne justifie que des personnes accusées d'être responsables de telles violations soient exonérées de leur responsabilité juridique. (...)»

J. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁵

51. Les passages pertinents de cet instrument se lisent ainsi :

Article 4

« 1. Tout État partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. Il en est de même de la tentative de pratiquer la torture ou de tout acte commis par n'importe quelle personne qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture.

5. Adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par la résolution 39/46 de l'Assemblée générale des Nations unies du 10 décembre 1984 ; entrée en vigueur le 26 juin 1987.

2. Tout État partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité.»

Article 7

« 1. L'État partie sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé d'une infraction visée à l'article 4 est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, dans les cas visés à l'article 5, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale.

(...)»

Article 12

«Tout État partie veille à ce que les autorités compétentes procèdent immédiatement à une enquête impartiale chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'un acte de torture a été commis sur tout territoire sous sa juridiction.»

Article 13

«Tout État partie assure à toute personne qui prétend avoir été soumise à la torture sur tout territoire sous sa juridiction le droit de porter plainte devant les autorités compétentes dudit État qui procéderont immédiatement et impartialement à l'examen de sa cause. Des mesures seront prises pour assurer la protection du plaignant et des témoins contre tout mauvais traitement ou toute intimidation en raison de la plainte déposée ou de toute déposition faite.»

Article 14

« 1. Tout État partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'un acte de torture, le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible. En cas de mort de la victime résultant d'un acte de torture, les ayants cause de celle-ci ont droit à indemnisation.

2. Le présent article n'exclut aucun droit à indemnisation qu'aurait la victime ou toute autre personne en vertu des lois nationales.»

K. La Commission des droits de l'homme des Nations unies

52. Les passages pertinents des résolutions sur l'impunité adoptées par cet organe se lisent ainsi :

1. Résolution 2002/79, 25 avril 2002, et résolution 2003/72, 25 avril 2003

«La Commission des droits de l'homme

(...)»

2. *Souligne également* qu'il importe de prendre toutes les mesures nécessaires et possibles pour que les auteurs de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, ainsi que leurs complices, aient à

rendre compte de leurs actes, reconnaît qu'il ne devrait pas y avoir d'amnistie en faveur des auteurs de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire qui constituent de graves infractions et invite instamment les États à agir conformément à leurs obligations en vertu du droit international;

(...)»

2. Résolution 2004/72, 21 avril 2004

« La Commission des droits de l'homme

(...)

3. *Estime également* que les auteurs de violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire qui constituent des crimes ne devraient pas bénéficier d'une amnistie, invite instamment les États à agir conformément à leurs obligations en vertu du droit international, et accueille avec satisfaction la levée et l'annulation des amnisties et autres immunités ou la renonciation aux unes et aux autres;

(...)»

3. Résolution 2005/81, 21 avril 2005

« La Commission des droits de l'homme

(...)

3. *Estime également* que les auteurs de violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire qui constituent des crimes ne devraient pas bénéficier d'une amnistie, invite instamment les États à agir conformément à leurs obligations en vertu du droit international, et accueille avec satisfaction la levée et l'annulation des amnisties et autres immunités ou la renonciation aux unes et aux autres, et prend note en outre de la conclusion du Secrétaire général selon laquelle des accords de paix entérinés par l'Organisation des Nations unies ne peuvent en aucun cas promettre l'amnistie pour les actes de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, ou les atteintes graves aux droits de l'homme;

(...)»

L. Le Parlement européen

Résolution A3-0056/93, 12 mars 1993

53. Le passage pertinent de la Résolution sur les droits de l'homme dans le monde et la politique communautaire en la matière pendant la période 1991-1992 est ainsi libellé:

« Le Parlement européen

(...)

7. estime que le problème de l'impunité (...) peut revêtir la forme d'amnisties, d'immunités ainsi que de juridictions spéciales et entrave la démocratie en excusant, dans les faits, les atteintes aux droits de l'homme par les personnes responsables et en perturbant leurs victimes ;

8. déclare qu'il ne saurait être question d'impunité pour les personnes responsables de crimes de guerre dans l'ex-Yougoslavie (...)

M. Le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme des Nations unies sur la torture

Cinquième rapport, UN doc. E/CN.4/1998/38, 24 décembre 1997

54. En 1998, dans les conclusions et recommandations de son cinquième rapport sur la question des droits de l'homme de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, en particulier de torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme des Nations unies déclara à propos du projet de statut d'une cour pénale internationale :

« 228. À ce propos, le Rapporteur spécial sait qu'il a été insinué que le fait d'accorder l'amnistie au niveau national pourrait faire obstacle à l'exercice de la compétence de la cour envisagée. Il estime qu'une telle initiative ne bouleverserait pas simplement le projet considéré, mais qu'elle subvertirait la légalité de l'ordre juridique international en général. Cela compromettrait gravement le but même de la cour en permettant aux États, par le biais de leurs lois, de soustraire les ressortissants à sa compétence. Cela saperait la légalité de l'ordre juridique international car, c'est un principe absolu, les États ne peuvent pas invoquer leur droit interne pour échapper à leurs obligations en droit international. Comme le droit international impose aux États de punir les types de crimes envisagés dans le projet de statut de la cour en général, et la torture en particulier, et de traduire leurs auteurs en justice, l'amnistie de ces crimes constitue *ipso facto* une violation de l'obligation de l'État intéressé de traduire les auteurs en justice. (...) »

N. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

55. Le passage pertinent de l'affaire Furundžija (arrêt du 10 décembre 1998) se lit ainsi :

« 155. Le fait que la torture est prohibée par une norme impérative du droit international a d'autres effets aux échelons interétatique et individuel. À l'échelon interétatique, elle sert à priver internationalement de légitimité tout acte législatif, administratif ou judiciaire autorisant la torture. Il serait absurde d'affirmer d'une part que, vu la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture, les traités ou règles coutumières prévoyant la torture sont nuls et non avenus *ab initio* et de laisser faire, d'autre part, les États qui, par exemple, prennent des mesures nationales autorisant ou tolérant la pratique de la torture ou amnistiant les tortionnaires. Si pareille

situation devait se présenter, les mesures nationales violant le principe général et toute disposition conventionnelle pertinente auraient les effets juridiques évoqués ci-dessus et ne seraient, au surplus, pas reconnues par la communauté internationale. Les victimes potentielles pourraient, si elles en ont la capacité juridique, engager une action devant une instance judiciaire nationale ou internationale compétente afin d'obtenir que la mesure nationale soit déclarée contraire au droit international; elles pourraient encore engager une action en réparation auprès d'une juridiction étrangère, qui serait invitée de la sorte, notamment, à ne tenir aucun compte de la valeur juridique de l'acte national autorisant la torture. Plus important encore, les tortionnaires exécutants ou bénéficiaires de ces mesures nationales peuvent néanmoins être tenus pour pénalement responsables de la torture que ce soit dans un État étranger ou dans leur propre État sous un régime ultérieur. En résumé, les individus sont tenus de respecter le principe de l'interdiction de la torture, même si les instances législatives ou judiciaires nationales en autorisent la violation. Comme le faisait observer le Tribunal militaire international de Nuremberg, « les obligations internationales qui s'imposent aux individus priment leur devoir d'obéissance envers l'État dont ils sont ressortissants. »

O. La Convention américaine relative aux droits de l'homme⁶

56. Les passages pertinents de cet instrument se lisent ainsi :

Article 1 – Obligation de respecter les droits

« 1. Les États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale.

2. Aux effets de la présente Convention, tout être humain est une personne. »

P. La Commission interaméricaine des droits de l'homme⁷

1. Affaire 10.287 (Salvador), rapport n° 26/92 du 24 septembre 1992

57. Les massacres perpétrés en 1983 à Las Hojas, au Salvador, au cours desquels environ soixante-quatorze personnes auraient été tuées par des membres des forces armées salvadoriennes avec la participation de membres de la défense civile, donnèrent lieu à une pétition à la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Dans le rapport qu'elle rendit en 1992 sur l'affaire, celle-ci formula les considérations suivantes :

« (...)

L'application [de la loi d'amnistie en vue de la réconciliation nationale, adoptée en 1987 par le Salvador] constitue une violation flagrante de l'obligation du gouvernement

6. Adoptée le 22 novembre 1969 à San José, Costa Rica, à la Conférence spécialisée interaméricaine sur les droits de l'homme.

7. Traductions du greffe.

salvadorien d'enquêter sur les violations des droits des victimes de Las Hojas, de sanctionner les responsables et de réparer les dommages découlant de ces violations.

(...)

(...) L'application dans ces affaires de la loi d'amnistie, avec l'exclusion de toute possibilité de réparation judiciaire dans des cas de meurtre, de traitements inhumains et de non-respect des garanties judiciaires, est une négation de la nature fondamentale des droits de l'homme les plus élémentaires. Elle supprime les moyens qui sont peut-être les plus efficaces pour donner effet à ces droits, à savoir le procès et la punition des responsables.»

2. Rapport sur la situation des droits de l'homme au Salvador, OEA/Ser.L/V/II.85 doc. 28 rév. (11 février 1994)

58. En 1994, dans un rapport sur la situation des droits de l'homme au Salvador, la Commission interaméricaine des droits de l'homme s'exprima ainsi au sujet de la loi salvadorienne d'amnistie générale pour la consolidation de la paix :

« (...) indépendamment des impératifs découlant des négociations de paix et de considérations purement politiques, la très radicale loi d'amnistie générale [pour la consolidation de la paix] adoptée par l'Assemblée législative salvadorienne emporte violation des obligations internationales qui incombent au Salvador depuis sa ratification de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, étant donné que cette loi permet une « amnistie réciproque » sans aucune reconnaissance préalable des responsabilités (...), qu'elle s'applique à des crimes contre l'humanité et qu'elle exclut, au premier chef pour les victimes, toute possibilité d'obtenir une réparation financière adéquate. »

3. Affaire 10.480 (Salvador), rapport n° 1/99 du 27 janvier 1999

59. En 1999, dans un rapport sur une affaire concernant la loi d'amnistie générale pour la consolidation de la paix adoptée par le Salvador en 1993, la Commission interaméricaine des droits de l'homme tint le raisonnement suivant :

« 113. La Commission souligne que [la loi susmentionnée] a été appliquée à des violations graves des droits de l'homme commises au Salvador entre le 1^{er} janvier 1980 et le 1^{er} janvier 1992, notamment à des exactions examinées et établies par la Commission de la vérité. En particulier, les effets de cette loi ont été étendus, notamment, à des crimes tels que des exécutions sommaires, des actes de torture et des disparitions forcées. Certains de ces crimes sont considérés comme revêtant une gravité telle qu'ils ont justifié l'adoption de conventions spécifiques et l'introduction de mesures spéciales, notamment la compétence universelle et l'imprescriptibilité, pour empêcher toute impunité en la matière. (...) »

(...)

115. La Commission relève également qu'il apparaît que l'article 2 de [la loi susmentionnée] a été appliqué à toutes les violations de l'article 3 commun [aux Conventions de Genève de 1949] et du [Protocole additionnel II de 1977] commises par des agents de l'État pendant le conflit armé dont le Salvador a été le théâtre. (...)

(...)

123. (...) en approuvant et en mettant en œuvre la loi d'amnistie générale, l'État salvadorien a violé le droit à des garanties judiciaires consacré par l'article 8 § 1 de la [Convention américaine de 1969 relative aux droits de l'homme], au détriment des victimes de tortures ayant survécu et aux proches de (...), qui n'ont pas pu obtenir réparation devant les juridictions civiles, tout cela devant être examiné au regard de l'article 1 § 1 de la Convention.

(...)

129. (...) en promulguant et en mettant en œuvre la loi d'amnistie, le Salvador a violé le droit à la protection judiciaire consacré par l'article 25 de la [Convention américaine de 1969 relative aux droits de l'homme], au détriment des victimes qui ont survécu (...)

Dans ses conclusions, la Commission interaméricaine des droits de l'homme déclara que le Salvador avait « également violé, relativement aux mêmes personnes, l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 et l'article 4 du [Protocole additionnel II de 1977] ». De plus, afin de préserver les droits des victimes, elle recommanda que le Salvador, « le cas échéant, (...) annule cette loi avec effet rétroactif ».

Q. La Cour interaméricaine des droits de l'homme⁸

60. Dans *Barrios Altos c. Pérou* (fond), arrêt du 14 mars 2001, série C n° 75, qui portait entre autres sur la question de la légalité des lois d'amnistie péruviennes, la Cour interaméricaine des droits de l'homme formula les considérations suivantes :

« 41. Cette Cour considère inadmissibles les dispositions d'amnistie, les dispositions de prescription et l'établissement de dispositions visant l'exclusion de responsabilité ayant pour objet d'empêcher l'enquête et la sanction des responsables des violations graves des droits de l'homme telles que la torture, les exécutions sommaires, extrajudiciaires ou arbitraires ainsi que les disparitions forcées, qui sont toutes interdites car elles contreviennent à des droits indérogeables reconnus par le droit international des droits humains.

8. N.D.T. : les traductions en français des arrêts *Barrios Altos c. Pérou*, *Almonacid Arellano et autres c. Chili* et *Gomes Lund et autres c. Brésil* sont reprises du site de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Concernant l'arrêt *Gelman c. Uruguay*, la traduction est reprise de celle de l'arrêt *Gomes Lund et autres*. Les notes de bas de page ont été omises. La traduction des autres passages cités a été effectuée par le greffe.

42. Vu la plaidoirie de la Commission et l'absence de contestation de l'État, la Cour considère que les lois d'amnistie adoptées par le Pérou ont empêché que les familles des victimes et les victimes survivantes dans la présente affaire soient entendues par un juge (...); ces lois ont violé le droit à la protection judiciaire (...), empêché l'investigation, la poursuite, la capture, la mise en accusation et la sanction des responsables des faits survenus à Barrios Altos, contrevenant ainsi à l'article 1.1 de la Convention [américaine relative aux droits de l'homme de 1969], et ont empêché l'éclaircissement des faits en l'espèce. Enfin, l'adoption des lois d'auto-amnistie incompatibles avec la Convention [américaine relative aux droits de l'homme de 1969] constitue un manquement à l'obligation d'adopter des mesures de droit interne prévue à l'article 2 de cet instrument.

43. La Cour juge nécessaire de souligner que, à la lumière des obligations générales consacrées aux articles 1.1 et 2 de la Convention américaine, les États parties ont le devoir de prendre des mesures, de quelque nature que ce soit, pour que personne ne soit privé de protection judiciaire et de l'exercice du droit à une voie de recours simple et efficace, conformément aux termes des articles 8 et 25 de la Convention [américaine relative aux droits de l'homme de 1969]. C'est pour cette raison que les États parties à la Convention [américaine relative aux droits de l'homme de 1969] qui adoptent des lois porteuses de cet effet, comme les lois d'auto-amnistie, violent les articles 8 et 25 en relation avec les articles 1.1 et 2 de la Convention [américaine relative aux droits de l'homme de 1969]. Les lois d'auto-amnistie impliquent, pour les victimes, un déni de justice et la perpétuation de l'impunité; elles sont donc manifestement incompatibles avec l'esprit et la lettre de la Convention américaine. Ce type de lois empêche toute identification des individus responsables de violations des droits de l'homme, car elles entravent l'enquête, l'accès à la justice et elles empêchent les victimes et leurs familles de connaître la vérité et d'obtenir la réparation correspondante.

44. En raison de l'incompatibilité manifeste existant entre les lois d'auto-amnistie et la Convention américaine relative aux droits de l'homme, ces lois n'ont aucun effet juridique et ne sauraient demeurer un obstacle aux investigations des faits de cette affaire, à l'identification et à la sanction des responsables, pas plus qu'elles ne sauraient avoir des incidences égales ou similaires sur d'autres affaires de violations des droits consacrés dans la Convention américaine et qui auraient eu lieu au Pérou.»

Dans son opinion concordante, le juge Antônio A. Cançado Trindade ajoute :

«13. La responsabilité internationale de l'État pour des violations des droits de la personne consacrés sur le plan international, y compris les violations résultant de l'adoption et de l'application de lois d'auto-amnistie, et la responsabilité pénale individuelle des agents qui sont les auteurs de violations graves des droits de la personne et du droit international humanitaire constituent deux faces de la même médaille dans la lutte contre les atrocités, l'impunité et l'injustice. Il a fallu attendre de nombreuses années pour parvenir à cette constatation, laquelle, si elle est possible aujourd'hui, est aussi attribuable, et je me permets d'insister sur quelque chose qui m'est très cher, au *rêve de la conscience juridique universelle* en tant que *source matérielle par excellence* du droit international même.»

61. Dans l'affaire *Almonacid Arellano et autres c. Chili* (exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens), arrêt du 26 septembre 2006, série C n° 154, la Cour interaméricaine des droits de l'homme s'exprima ainsi :

« 154. En ce qui concerne le principe *non bis in idem*, même s'il s'agit d'un droit humain reconnu dans l'article 8.4 de la Convention américaine, ce n'est pas un droit absolu et, de ce fait, il n'est pas applicable lorsque : i) les délibérations du Tribunal qui a jugé l'affaire et a décidé de prononcer un non-lieu, ou d'absoudre le responsable d'une violation des droits de l'homme ou du droit international, ont obéi au désir de soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale ; ii) l'instruction de l'affaire n'a pas été menée de manière indépendante ou impartiale, conformément aux garanties procédurales, ou iii) il n'y a pas eu d'intention véritable de soumettre l'individu responsable à l'action de la justice. Un jugement rendu dans ces conditions rend la chose jugée « apparente » ou « frauduleuse ». Par ailleurs, cette Cour considère que si de nouveaux faits ou preuves apparaissent, qui peuvent permettre de trouver les responsables de violations des droits de l'homme, et plus encore, les individus responsables de crimes contre l'humanité, il peut y avoir une réouverture de l'enquête même s'il existe un jugement absoluire pour la chose jugée, car les exigences de la justice, les droits des victimes et l'esprit et la lettre de la Convention américaine modifient la protection du *non bis in idem*.

155. Dans le cas présent, deux des suppositions évoquées existent. En premier lieu, l'affaire a été instruite par des tribunaux sans garantie de compétence, d'indépendance et d'impartialité. En deuxième lieu, l'application du décret-loi n° 2.191 visait à soustraire les présumés responsables à la justice et à laisser impuni le crime commis à l'encontre de M. Almonacid Arellano. En conséquence, l'État ne peut s'appuyer sur le principe *non bis in idem*, pour ne pas exécuter l'ordre de la Cour (...)

62. La Cour interaméricaine a suivi la même approche dans l'affaire *La Cantuta c. Pérou* (fond, réparations, frais et dépens), arrêt du 29 novembre 2006, série C n° 162, dont le passage pertinent se lit ainsi :

« 151. À cet égard, la Commission et les représentants estiment que l'État a invoqué la notion de double incrimination pour éviter de sanctionner certains des auteurs allégués de ces crimes ; or la règle de la double incrimination ne s'applique pas dans la mesure où les intéressés ont été traduits devant un tribunal qui était incompétent, qui n'était ni indépendant ni impartial, et qui ne répondait pas aux conditions régissant la compétence. Par ailleurs, l'État soutient que « l'implication d'autres personnes dont la responsabilité pénale pourrait être retenue est subordonnée à toute nouvelle conclusion que le *Ministerio Público* [ministère public] et les tribunaux pourraient prendre dans le cadre de l'enquête et de la fixation de la peine », et que « la décision de rejet prise par le tribunal militaire n'a aucune valeur juridique pour l'enquête préliminaire du ministère public. En d'autres termes, la règle de la double incrimination ne s'applique pas ».

152. La Cour a précédemment formulé dans son arrêt *Barrios Altos* les considérations suivantes :

« Cette Cour considère inadmissibles les dispositions d'amnistie, les dispositions de prescription et l'établissement de dispositions visant l'exclusion de responsabilité

ayant pour objet d'empêcher l'enquête et la sanction des responsables des violations graves des droits de l'homme telles que la torture, les exécutions sommaires, extrajudiciaires ou arbitraires ainsi que les disparitions forcées, qui sont toutes interdites car elles contreviennent à des droits indérogeables reconnus par le droit international des droits humains.»

153. Concernant en particulier la notion de double incrimination, la Cour a récemment estimé que le principe *non bis in idem* n'est pas applicable lorsque la procédure dans le cadre de laquelle l'affaire a été rejetée ou l'auteur d'une violation des droits de l'homme a été acquitté au mépris du droit international a pour effet de soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale, ou lorsque, au mépris des règles applicables en la matière, la procédure n'a pas été menée de manière indépendante et impartiale. Un jugement rendu dans ces conditions n'offre que des motifs « fictifs » ou « frauduleux » d'invoquer la règle de la double incrimination.

154. C'est pourquoi, dans sa plainte contre les instigateurs allégués de ces crimes (...), qui ont été relaxés par les tribunaux militaires, le procureur *ad hoc* a jugé qu'il était inacceptable de considérer l'ordonnance de relaxe émise par les juges militaires dans le cadre d'une procédure visant à accorder l'impunité aux intéressés comme un obstacle juridique empêchant de mener des poursuites ou comme un jugement définitif, étant donné que ces juges n'étaient ni compétents ni impartiaux et que, dès lors, l'ordonnance ne pouvait justifier l'application de la règle de la double incrimination.»

63. Dans l'affaire *Anzualdo Castro c. Pérou* (exception préliminaire, fond, réparations, frais et dépens), arrêt du 22 septembre 2009, série C n° 202, la Cour interaméricaine réitéra les considérations suivantes :

« 182. (...) [L]'État est tenu de lever tous les obstacles, tant factuels que juridiques, entravant la conduite effective de l'enquête sur les faits et le déroulement de la procédure y afférente, et d'employer tous les moyens à sa disposition pour accélérer l'enquête et la procédure en question, afin de garantir que de tels faits ne se reproduisent pas. En particulier, dans une affaire comme celle-ci, qui concerne une disparition forcée survenue dans le contexte d'un schéma récurrent ou d'une pratique systématique de disparitions imputables à des agents de l'État, celui-ci ne doit pas avoir la possibilité d'invoquer ou d'appliquer une loi ou une disposition juridique interne, présente ou future, pour éviter de se conformer à la décision de la Cour lui enjoignant de mener une enquête et, le cas échéant, de sanctionner pénalement les responsables des faits incriminés. Pour cette raison, conformément à la doctrine de la Cour remontant à l'arrêt *Barrios Altos c. Pérou*, l'État ne peut plus appliquer les lois d'amnistie, qui sont dénuées de tout effet juridique présent ou futur (...), invoquer des principes tels que la prescription des actions pénales, l'autorité de la chose jugée ou la double incrimination, ni recourir à toute autre mesure d'exonération de responsabilité pour échapper à son obligation d'enquêter et de sanctionner les responsables.»

64. Dans l'affaire *Gelman c. Uruguay* (fond et réparations), arrêt du 24 février 2011, série C n° 221, la Cour interaméricaine des droits de l'homme se livra à une analyse approfondie du droit international pour autant qu'il

concerne les amnisties accordées aux auteurs de violations graves des droits fondamentaux de l'homme. L'arrêt, en ses passages pertinents, se lit ainsi :

« 184. L'obligation d'enquêter sur des violations des droits de la personne compte parmi les mesures positives devant être adoptées par les États afin de garantir les droits reconnus dans la Convention. Le devoir d'enquêter est une obligation de moyens et non de résultat qui doit être assumée par l'État comme un devoir juridique propre et non pas comme une simple formalité condamnée d'avance à être infructueuse, ou comme une simple démarche d'intérêts particuliers qui dépend de l'initiative procédurale des victimes, des membres de leurs familles, ou de l'apport privé d'éléments probatoires.

(...)

189. L'obligation conforme au droit international d'instruire un procès à l'encontre des auteurs de violations des droits de l'homme et, si leur responsabilité pénale est déterminée, d'adopter des mesures punitives à leur égard, découle de l'obligation de garantie consacrée à l'article 1.1 de la Convention [américaine]. Cette obligation implique le devoir des États parties d'organiser tout l'appareil gouvernemental et, en général, toutes les structures à travers lesquelles se manifeste l'exercice du pouvoir public, de telle façon qu'ils soient en mesure d'assurer juridiquement le libre et plein exercice des droits de la personne.

190. Comme conséquence de cette obligation, les États doivent prévenir, mener des enquêtes sur toutes les violations aux droits reconnus par la Convention [américaine], les sanctionner, essayer de rétablir, dans la mesure du possible, le droit violé, et selon le cas, obtenir des réparations pour les dommages causés par la violation des droits de l'homme.

191. Si l'appareil de l'État agit de façon que de telles violations restent impunies et que la victime n'a pas pu voir se rétablir, dans la mesure du possible, la plénitude de ses droits, il est possible d'affirmer qu'il n'a pas accompli son devoir de garantir le libre et plein exercice de ces droits envers les personnes relevant de [sa] juridiction.

(...)

195. Les amnisties ou figures juridiques analogues ont été l'un des obstacles allégués par certains États pour s'excuser de [ne pas] mener une enquête sur les responsables de violations graves des droits de la personne et, le cas échéant, de les punir. Ce Tribunal, la Commission interaméricaine des droits de l'homme, les organes des Nations unies ainsi que d'autres organismes universels et régionaux de protection des droits de l'homme se sont prononcés au sujet de l'incompatibilité des lois d'amnistie relatives à de graves violations des droits de l'homme avec le droit international et les obligations internationales des États.

196. Comme cela a déjà été mentionné ci-dessus, cette Cour s'est prononcée sur l'incompatibilité des amnisties avec la Convention américaine en cas de graves violations des droits de l'homme au Pérou (affaires Barrios Altos et La Cantuta), au Chili (affaire Almonacid Arellano et autres) et au Brésil (affaire Gomes Lund et autres).

197. Dans le Système interaméricain des droits de l'homme, mécanisme dont fait partie l'Uruguay par décision souveraine, les prononcés sur l'incompatibilité des lois

d'amnistie vis-à-vis des obligations conventionnelles des États lorsqu'il s'agit de graves violations des droits de l'homme ont été réitérés. Outre les décisions susmentionnées de ce Tribunal, la Commission interaméricaine a conclu, dans la présente affaire et dans d'autres relatives à l'Argentine, au Chili, au Salvador, à Haïti, au Pérou et à l'Uruguay que ces lois d'amnistie sont incompatibles avec le droit international. De même, la Commission a rappelé ce qui suit :

« La Commission interaméricaine s'est prononcée dans de nombreuses affaires clés au sujet desquelles elle a eu la possibilité d'exprimer son point de vue et de cristalliser sa doctrine en matière d'application des lois d'amnistie, en établissant que ces lois violent diverses dispositions tant de la Déclaration américaine que de la Convention. Ces décisions, qui concordent avec le critère d'autres organes internationaux des droits de l'homme en ce qui a trait aux amnisties, ont proclamé uniformément que tant les lois d'amnistie que les mesures législatives comparables qui empêchent ou concluent les investigations et les jugements des agents d'[un] État qui pourraient être tenus pour responsables de graves violations de la Convention ou de la Déclaration américaine violent de multiples dispositions de ces instruments. »

198. Sur le plan universel, dans son rapport au Conseil de sécurité sur *l'État de droit et l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, le Secrétaire général des Nations unies signalait que :

« (...) les accords de paix approuvés par les Nations unies ne peu[ven]t jamais promettre des amnisties pour des crimes de génocide, de guerre ou de lèse-humanité ou pour des infractions graves contre les droits de l'homme (...) »

199. Dans le même sens, le Haut Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme a conclu que les amnisties et autres mesures analogues contribuent à l'impunité et constituent un obstacle pour le droit à la vérité en s'opposant à une enquête exhaustive sur les faits et sont par conséquent incompatibles avec les obligations qui incombent aux États en vertu de diverses sources du droit international. De plus, au sujet du faux dilemme entre la paix ou la réconciliation, d'une part, et la justice, de l'autre, il a déclaré ce qui suit :

« [L]es amnisties qui exonèrent de sanctions pénales les auteurs de crimes odieux dans l'espoir d'obtenir la paix ont souvent manqué leur objectif et ont au contraire engagé leurs bénéficiaires à récidiver. En revanche, des accords de paix ont été signés sans être assortis de mesures d'amnistie dans des cas où l'amnistie était considérée comme une condition *sine qua non* de la paix et où nombreux étaient ceux qui craignaient que les mises en accusation ne prolongent le conflit. »

200. En consonance avec ce qui précède, le Rapporteur spécial des Nations unies sur la question de l'impunité a fait remarquer que :

« [L]es auteurs des violations ne pourront pas bénéficier de l'amnistie tant que les victimes n'auront pas obtenu justice au moyen d'un recours efficace. Juridiquement, elle ne produira pas ses effets à l'égard des actions des victimes liées au droit aux réparations. »

201. L'Assemblée générale des Nations unies a énoncé dans l'article 18 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées que « [l]es auteurs et les auteurs présumés [de disparitions forcées] ne peuvent bénéficier d'aucune loi d'amnistie spéciale ni d'autres mesures analogues qui auraient pour effet de les exonérer de toute poursuite ou sanction pénale ».

202. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme tenue à Vienne en 1993, dans sa Déclaration et Programme d'action, a souligné que les États « devraient abroger les lois qui assurent, en fait, l'impunité aux personnes responsables de violations graves des droits de l'homme [...], et ils devraient poursuivre les auteurs de ces violations », en soulignant que, en cas de disparitions forcées, les États ont pour obligation primordiale de les empêcher et, si elles se produisent, de traduire leurs auteurs en justice.

203. Le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires des Nations unies a traité le thème des amnisties dans les cas de disparitions forcées en différentes occasions. Dans son Observation générale concernant l'article 18 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, il a souligné qu'il est estimé qu'une loi d'amnistie est contraire aux dispositions de la déclaration, même lorsqu'elle a été approuvée par référendum ou au moyen d'une procédure de consultation similaire si, directement ou indirectement, à cause de son application ou de sa mise en œuvre, cesse l'obligation d'un État d'enquêter, de mettre en accusation et de punir les responsables des disparitions, s'ils cachent le nom de quiconque aurait commis ces actes ou s'il les exonère.

204. De surcroît, le même Groupe de travail exprima sa préoccupation concernant les situations de post-conflits dans lesquelles sont promulguées des lois d'amnistie ou dans lesquels sont adoptées d'autres mesures qui ont pour effet l'impunité, et rappela aux États que :

« pour lutter contre la disparition, l'application de mesures préventives efficaces est essentielle, [parmi lesquelles] il appelle spécialement l'attention sur les mesures suivantes : (...) la soumission à la justice de toutes les personnes accusées d'avoir commis des faits de disparition forcée, en veillant à ce qu'elles soient jugées uniquement par les tribunaux civils compétents et ne bénéficient pas d'une loi spéciale d'amnistie ou d'autres mesures similaires susceptibles de les exonérer des poursuites ou des sanctions pénales ; l'octroi de réparations et d'une indemnisation appropriées aux victimes et à leur famille. »

205. De même, le domaine universel, les organes de protection des droits de l'homme établis par voie de traités ont conservé le même critère s'agissant d'interdire les amnisties qui entravent les enquêtes et la sanction des auteurs de graves violations des droits de l'homme. Dans son Observation générale n° 31, le Comité des droits de l'homme a déclaré que les États doivent veiller à ce que les auteurs d'infractions assimilées à des délits au regard du droit international ou national, comme la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, les exécutions sommaires et arbitraires et les disparitions forcées, devaient comparaître devant la justice et qu'ils ne sauraient exonérer leurs auteurs de leur responsabilité juridique, comme cela s'est produit dans le cas de certaines amnisties.

206. Le Comité des droits de l'homme s'est prononcé à cet égard dans le traitement qu'il accorde aux pétitions individuelles et dans ses rapports sur les pays. Dans l'affaire *Hugo Rodríguez c. Uruguay*, il a déclaré ne pas pouvoir accepter la position d'un État qui ne se considérait pas obligé d'enquêter sur des violations de droits de l'homme survenues lors d'un régime antérieur en vertu d'une loi d'amnistie, et a affirmé à nouveau que les amnisties portant sur des violations graves des droits de l'homme sont incompatibles avec le Pacte international des droits civils et politiques, indiquant que ces dernières contribuent à engendrer une atmosphère d'impunité susceptible d'ébranler l'ordre démocratique et de donner lieu à des violations graves des droits de l'homme.

(...)

209. Toujours concernant le domaine universel, dans une autre branche du droit international, le droit pénal international, les amnisties ou réglementations analogues ont été également jugées inadmissibles. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, dans une affaire relative à la torture, a considéré que cela n'avait aucun sens, d'une part, d'appuyer la proscription de violations graves des droits de l'homme et, d'autre part, de permettre la prise de mesures étatiques qui les autorisent ou les pardonnent, ou des lois d'amnistie qui absolvent leurs auteurs. Dans cette même lignée, le Tribunal spécial de Sierra Leone a estimé que les lois d'amnistie de ce pays ne sont pas applicables à des crimes internationaux. Cette tendance universelle s'est vue confortée par l'introduction de la norme mentionnée dans l'élaboration des statuts des tribunaux spéciaux les plus récemment créés sous l'égide des Nations unies. C'est pourquoi, tant les accords passés entre les Nations unies avec la République du Liban et le Royaume du Cambodge que les statuts qui ont porté création du Tribunal spécial pour la Sierra Leone et des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont inclus dans leurs textes des clauses qui stipulent que les amnisties accordées ne constitueront pas une entrave à la poursuite des auteurs de ces délits qui relèvent de la juridiction de ces tribunaux.

210. De même, interprétant l'article 6 § 5 du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève sur le droit international humanitaire, le CICR a déclaré que les amnisties ne pouvaient pas protéger les auteurs de crimes de guerre :

« [L]orsqu'elle a adopté le paragraphe 5 de l'article 6 du Protocole additionnel II, l'URSS a déclaré dans le raisonnement de son opinion que cette disposition ne pouvait pas être interprétée de manière à permettre aux criminels de guerre ou à d'autres personnes coupables de crimes contre l'humanité d'échapper à de sévères sanctions. Le CICR souscrit à cette interprétation. Une amnistie ne serait pas non plus compatible avec la règle exigeant des États qu'ils ouvrent des enquêtes et engagent des poursuites contre les personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes de guerre dans le cadre de conflits armés non internationaux. (...) »

211. Cette norme du droit international humanitaire et cette interprétation de l'article 6 § 5 du Protocole ont été adoptées par la Commission interaméricaine des droits de l'homme et par le Comité des droits de l'homme des Nations unies.

212. Les tribunaux et organes de tous les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme ont également affirmé que les amnisties couvrant des violations graves des droits de l'homme allaient à l'encontre du droit international.

213. Dans le système européen, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'aux fins d'un recours effectif, il est impératif que les procédures pénales relatives à des crimes comme la torture, qui impliquent des violations graves des droits de l'homme, ne fassent l'objet d'aucune prescription et qu'aucune amnistie ou grâce ne soient tolérées à leur endroit. Dans d'autres affaires, elle a souligné que, lorsqu'un agent de l'État est accusé de crimes contraires à l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit à la vie), la procédure pénale et le jugement ne doivent pas être entravés et l'octroi d'une amnistie n'est pas autorisé.

214. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a estimé que les lois d'amnistie ne peuvent exonérer l'État qui les adopte de ses obligations internationales ; elle a déclaré, de surcroît, que l'interdiction de la poursuite des auteurs de violations graves des droits de l'homme par le biais d'amnisties amènerait les États à promouvoir non seulement l'impunité, mais ôterait toute possibilité d'enquêter sur ces abus et priverait les victimes de ces crimes d'un recours effectif aux fins d'obtention de réparations.

(...)

F. Les lois d'amnistie et la jurisprudence de la Cour interaméricaine

225. La Cour interaméricaine a jugé « inadmissibles les dispositions d'amnistie, les dispositions de prescription et l'établissement de dispositions visant l'exclusion de responsabilité ayant pour objet d'empêcher l'enquête et la sanction des responsables des violations graves des droits de l'homme telles que la torture, les exécutions sommaires, extrajudiciaires ou arbitraires ainsi que les disparitions forcées, qui sont toutes interdites car elles contreviennent aux droits indérogeables reconnus par le droit international des droits humains ».

226. En ce sens, en cas de violations graves des droits de l'homme, les lois d'amnistie sont expressément incompatibles avec la lettre et l'esprit du Pacte de San José, étant donné qu'elles violent les dispositions des articles 1.1 et 2, c'est-à-dire qu'elles interdisent toute investigation sur des violations graves des droits de l'homme et toute sanction de leurs auteurs et qu'elles entravent en conséquence le droit des victimes et de leurs familles à connaître la vérité sur ce qui s'est passé et à obtenir une réparation correspondante, empêchant ainsi la justice de faire pleinement, effectivement et en temps utile son travail dans les affaires pertinentes. Ces lois favorisent donc l'impunité et l'arbitraire et portent gravement atteinte à l'état de droit, raison pour laquelle, en droit international, elles sont réputées être dénuées de tout effet juridique.

227. En particulier, les lois d'amnistie portent atteinte au devoir international incombant à l'État d'enquêter et de sanctionner les violations graves des droits de l'homme car elles empêchent les proches des victimes d'être entendus par un magistrat, conformément à ce qui est stipulé à l'article 8.1 de la Convention américaine et violent ainsi le droit à la protection judiciaire consacré à l'article 25 de ce même instrument

précisément vu l'absence d'enquête, de poursuites, de capture, de jugement et de sanction des auteurs des faits, ne donnant pas exécution à l'article 1.1 de la Convention.

228. À la lumière des obligations générales consacrées aux articles 1.1 et 2 de la Convention américaine, les États parties sont tenus d'adopter des dispositions de toute nature afin que personne ne soit soustrait à la protection judiciaire ou empêché d'exercer son droit de recours simple et efficace, tels que le stipulent les articles 8 et 25 de la Convention. Dès lors que la Convention a été ratifiée, l'État est tenu, conformément à l'article 2 de celle-ci, d'adopter toutes les mesures pour que les dispositions légales susceptibles de lui être contraires soient dépourvues d'effet, comme tel est le cas des normes empêchant d'enquêter sur des graves violations des droits de l'homme vu qu'elles privent les victimes de leur droit à la défense et perpétuent l'impunité, tout en empêchant les victimes et leurs proches de connaître la vérité concernant les faits.

229. L'incompatibilité avec la Convention inclut les amnisties accordées pour des violations graves des droits de l'homme et ne se borne pas uniquement aux «auto-amnisties» comme elles sont appelées. Ainsi, la Cour s'attache davantage à son *ratio legis* qu'au processus d'adoption et qu'à l'autorité émettrice de la loi d'amnistie : laisser impunies de graves violations commises au regard du droit international. L'incompatibilité des lois d'amnistie avec la Convention américaine dans des cas graves de violations des droits de l'homme ne découle pas d'une question formelle, telle que son origine, mais de l'aspect matériel dès lors que sont violés les droits consacrés par les articles 8 et 25, en conjonction avec les articles 1.1 et 2 de la Convention.

G. L'enquête sur les faits et la loi uruguayenne d'expiration

(...)

240. (...) en appliquant des dispositions de la loi d'expiration (laquelle, à toutes fins utiles, constitue une loi d'amnistie) et donc en entravant l'enquête sur les faits ainsi que l'identification, la poursuite et l'éventuelle sanction des auteurs possibles de dommages continus et permanents tels que ceux causés par la disparition forcée, l'État ne s'est pas conformé à son obligation d'adapter son droit interne consacrée par l'article 2 de la Convention.»

65. Dans l'affaire *Gomes Lund et autres c. Brésil* (exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens), arrêt du 24 novembre 2010, série C n° 219, la Cour interaméricaine s'opposa de nouveau vigoureusement aux amnisties accordées aux auteurs de violations graves des droits fondamentaux de l'homme. Après avoir invoqué les mêmes normes de droit international que dans l'affaire *Gelman* précitée, la Cour interaméricaine s'exprima notamment ainsi :

«170. Comme il ressort du contenu des paragraphes précédents, tous les organes internationaux de protection des droits de l'homme et les différentes Hautes Cours nationales de la région qui ont eu l'occasion de statuer sur la portée des lois d'amnistie dans des cas de violations graves des droits de l'homme et de leur incompatibilité avec les obligations internationales des États qui les promulguent ont conclu que ces

dernières violaient l'obligation incombant à l'État d'enquêter et de sanctionner lesdites violations.

171. Cette Cour s'est déjà prononcée antérieurement sur cette question et ne trouve pas les bases juridiques pour s'écarter de sa jurisprudence constante, laquelle, qui plus est, concorde avec ce qui a été établi à l'unanimité par le droit international et par les précédents des organes des systèmes universels et régionaux de protection des droits de l'homme. De sorte que, aux fins de la présente affaire, la Cour réitère que « ne sont pas admissibles les dispositions de l'amnistie, les dispositions en matière de prescription et la mise en place de clauses excluant toute responsabilité et qui visent à empêcher d'enquêter et de sanctionner les auteurs de graves violations des droits de l'homme comme la torture, les exécutions sommaires, extralégales ou arbitraires ainsi que les disparitions forcées, toutes prohibées car elles contreviennent aux droits reconnus par le droit international relatif aux droits de l'homme et auxquels il ne peut être dérogé ».

(...)

175. S'agissant des allégations des parties, quant à savoir s'il s'agissait d'une amnistie, d'une auto-amnistie ou d'un « accord politique », la Cour observe, comme il ressort du critère réitéré dans la présente affaire (paragraphe 171 ci-dessus), que l'incompatibilité avec la Convention inclut les amnisties accordées pour des violations graves des droits de l'homme et ne se borne pas uniquement aux « auto-amnisties » comme elles sont appelées. Ainsi, comme cela a été noté précédemment, la Cour s'attache davantage à son *ratio legis* qu'au processus d'adoption et qu'à l'autorité émettrice de la loi d'amnistie : laisser impunies de graves violations du droit international commises par le régime militaire. L'incompatibilité des lois d'amnistie avec la Convention américaine dans des cas graves de violations des droits de l'homme ne découle pas d'une question formelle, telle que son origine, mais de l'aspect matériel dès lors où sont violés les droits consacrés par les articles 8 et 25, en conjonction avec les articles 1.1 et 2, de la Convention.

176. Cette Cour a établi, dans sa jurisprudence, avoir conscience de ce que les autorités internes sont assujetties à l'empire de la loi et, par conséquent, elles sont tenues d'appliquer les dispositions en vigueur dans l'ordre juridique. Cependant, lorsqu'un État est partie à un traité international telle la Convention américaine, tous ses organes, y compris les juges, y sont également assujettis, d'où l'obligation qui leur incombe de veiller à ce que les effets des dispositions de la Convention ne soient pas diminués par l'application de normes contraires à son objet et but et qui, dès le début, soient privées d'effets juridiques. C'est ainsi que le pouvoir judiciaire est tenu, au plan international, d'exercer un « contrôle de conventionalité » *ex officio* entre les normes internes et la Convention américaine, dans le cadre, bien entendu, de ses compétences et des réglementations procédurales y afférentes. Dans cette fonction, le Pouvoir judiciaire doit non seulement tenir compte du traité, mais aussi de l'interprétation qu'en a donné la Cour interaméricaine, interprète en dernier ressort de la Convention américaine.»

66. Plus récemment, dans *Massacres d'El Mozote et lieux voisins c. Salvador* (fond, réparations, frais et dépens), arrêt du 25 octobre 2012,

série C n° 252, la Cour interaméricaine des droits de l'homme s'exprima notamment ainsi :

283. Dans les affaires *Gomes Lund et autres c. Brésil* et *Gelman c. Uruguay*, sur lesquelles elle a statué dans son domaine de compétence juridictionnelle, la Cour a déjà décrit et développé en détail comment elle-même, la Commission interaméricaine des droits de l'homme, les organes des Nations unies ainsi que d'autres organismes universels et régionaux de protection des droits de l'homme se sont prononcés au sujet de l'incompatibilité des lois d'amnistie avec le droit international et les obligations internationales des États relativement à des violations graves des droits de l'homme. Les amnisties ou mécanismes juridiques analogues ont en effet été l'un des obstacles invoqués par certains États pour ne pas se conformer à leur obligation d'enquêter au sujet des violations graves des droits de l'homme, de poursuivre et sanctionner, le cas échéant, les responsables. Par ailleurs, différents États membres de l'Organisation des États américains, par le biais de leurs instances judiciaires les plus élevées, ont appliqué les normes en question en respectant de bonne foi leurs obligations internationales. Aussi la Cour rappelle-t-elle, aux fins de la présente affaire, le caractère inadmissible « des dispositions en matière d'amnistie, de prescription et d'exonération de responsabilité qui visent à empêcher, dans le cas de violations graves des droits de l'homme telles que la torture, les exécutions sommaires, extrajudiciaires ou arbitraires ou les disparitions forcées, qui sont toutes interdites au motif qu'elles contreviennent aux droits indérogeables reconnus par le droit international des droits de l'homme, qu'une enquête puisse être menée au sujet des faits et que les responsables puissent être sanctionnés ».

284. Toutefois, contrairement aux affaires déjà examinées par la Cour, l'espèce porte sur une loi d'amnistie générale relative à des actes commis dans le contexte d'un conflit armé interne. La Cour estime donc pertinent de procéder à l'analyse de la compatibilité de la loi d'amnistie générale pour la consolidation de la paix avec les obligations internationales découlant de la Convention américaine et de l'application de cette loi à l'affaire des Massacres d'El Mozote et lieux voisins à la lumière des dispositions du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève de 1949 ainsi que des termes de l'accord de cessation des hostilités qui a mis fin au conflit au Salvador, en particulier de l'article 5 (« Fin de l'impunité ») du Chapitre I (« Forces armées ») de l'Accord de paix du 16 janvier 1992.

285. Selon le droit international humanitaire applicable à ces situations, l'adoption de lois d'amnistie à la cessation des hostilités en cas de conflit armé non international peut quelquefois se justifier pour faciliter le retour à la paix. En effet, l'article 6 § 5 du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève de 1949 dispose que :

« À la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir s'efforceront d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues. »

286. Cette norme n'est toutefois pas absolue, les États ayant également, en vertu du droit international humanitaire, une obligation d'enquête et de poursuite relativement aux crimes de guerre. Partant, les « personnes soupçonnées ou accusées d'avoir commis

des crimes de guerre ou condamnées de ce chef» ne peuvent être couvertes par une amnistie. L'article 6 § 5 du Protocole II additionnel peut donc être compris comme visant des amnisties larges applicables aux personnes ayant pris part à un conflit armé non international ou privées de liberté pour des raisons liées à ce conflit armé, sous réserve que cela n'implique pas des faits, tels que ceux dont il est question en l'espèce, susceptibles d'être qualifiés de crimes de guerre, voire de crimes contre l'humanité.»

R. Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens

67. Dans leur décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture (affaire n° 002/19 09-2007-ECCC/OCIJ (PTC75)) du 11 avril 2011, les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens s'exprimèrent ainsi quant aux effets de l'amnistie sur les poursuites :

« 199. Les crimes retenus dans l'Ordonnance de clôture, à savoir le génocide, les crimes contre l'humanité, les violations graves des Conventions de Genève, ainsi que l'homicide, la torture et la persécution religieuse en tant que crimes relevant du droit cambodgien, n'étant pas des infractions prévues par la Loi de 1994, restent passibles de poursuites sous l'empire du droit pénal existant, qu'il soit interne ou international, et cela même s'ils sont attribués à des membres présumés du groupe du Kampuchéa démocratique.

(...)

201. L'interprétation du Décret royal mise en avant par les coavocats de Ieng Sary, qui reviendrait à dire qu'il a été gracié pour tous les crimes commis pendant l'ère des Khmers rouges, y compris tous les crimes retenus dans l'Ordonnance de clôture, est contraire à la fois au texte du Décret royal, considéré conjointement avec la Loi de 1994, et aux obligations internationales du Cambodge. Dans le cas du génocide, de la torture et des violations graves des Conventions de Genève, l'amnistie empêchant toutes poursuites et sanctions irait à rebours des traités qui obligent le Cambodge à poursuivre et à punir les auteurs de ces crimes, à savoir la Convention sur le génocide, la Convention contre la torture et les Conventions de Genève. Le Cambodge, qui a ratifié le Pacte international, avait et continue d'avoir aussi l'obligation de veiller à ce que les victimes des crimes contre l'humanité, lesquels emportent par définition des violations graves des droits de l'homme, disposent d'un recours utile. Cette obligation suppose généralement que l'État poursuive et punisse les auteurs des violations. Le fait d'accorder l'amnistie pour les crimes contre l'humanité, c'est-à-dire de décréter l'abolition et l'oubli des infractions commises, aurait été contraire à l'obligation faite au Cambodge par le Pacte international de poursuivre et punir les auteurs de violations graves des droits de l'homme ou de veiller à ce que les victimes disposent d'un recours utile. Comme rien ne permet de conclure que le Roi (et cela vaut pour les autres personnes impliquées) entendait, en rendant le Décret royal, ne pas respecter les obligations internationales du Cambodge, l'interprétation de ce document avancée par les coavocats est jugée sans fondement^[9]. »

9. N.D.T. : texte français original repris sur le site des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (notes de bas de page omises).

S. Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone

68. Le 13 mars 2004, la chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, dans les affaires n^{os} SCSL-2004-15-AR72(E) et SCSL-2004-16-AR72(E), adopta sa décision sur l'exception d'incompétence : amnistie prévue par l'Accord de Lomé, dans laquelle elle formula les observations suivantes :

« 82. L'argument de l'accusation qui veut que « prenne corps en droit international une norme selon laquelle un gouvernement ne peut amnistier les auteurs de violations graves constitutives de crimes internationaux » est amplement étayé par les éléments produits devant le Tribunal. L'avis des deux *amici curiae* selon lequel cette tendance s'est cristallisée peut ne pas être entièrement juste mais, s'agissant de se forger son propre avis, le Tribunal ne voit aucune raison d'ignorer la solidité de leur argumentation et le poids des éléments qu'ils ont produits devant lui. Il est admis qu'une telle norme est en train de se développer en droit international. L'avocat de M. Kallon a déclaré que, jusqu'à présent, l'idée que les amnisties sont illégales en droit international n'est pas universellement admise mais, ainsi que le souligne avec insistance le professeur Orentlicher, plusieurs traités exigent que de tels crimes soient poursuivis, notamment la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et les quatre Conventions de Genève. En outre, de nombreuses résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité des Nations unies réaffirment l'obligation pour les États de poursuivre et traduire en justice les auteurs de tels crimes. L'organisation REDRESS a notamment annexé à ses observations écrites les conclusions pertinentes du Comité contre la torture, des constatations de la Commission des droits de l'homme et les arrêts pertinents de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

(...)

84. Même si l'on admet que la Sierra Leone n'a pas violé le droit coutumier en accordant une amnistie, le Tribunal, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, est en droit de ne pas accorder un grand poids ou de ne pas accorder de poids du tout à l'octroi d'une amnistie qui va à rebours de l'évolution actuelle du droit international coutumier et qui méconnaît les obligations découlant de certains traités et conventions dont le but est la protection de l'humanité.»

EN DROIT

(...)

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 4 DU PROTOCOLE N° 7 À LA CONVENTION

92. Le requérant soutient que les infractions pénales en cause dans la procédure ayant pris fin en 1997 et celles dont il a été reconnu coupable

en 2007 étaient les mêmes. Il invoque l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention, ainsi libellé :

« 1. Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État.

2. Les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas la réouverture du procès, conformément à la loi et à la procédure pénale de l'État concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu.

3. Aucune dérogation n'est autorisée au présent article au titre de l'article 15 de la Convention. »

A. Compatibilité *ratione temporis*

1. Conclusions de la chambre

93. Dans son arrêt du 13 novembre 2012, la chambre a estimé que le grief tiré de l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention était compatible *ratione temporis* avec la Convention. Elle s'est exprimée comme suit :

« 58. La Cour relève que la première procédure pénale contre le requérant a effectivement pris fin avant l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Croatie. En revanche, la seconde procédure pénale, à l'issue de laquelle le requérant a été jugé coupable de crimes de guerre contre la population civile, s'est déroulée et conclue après le 5 novembre 1997, date à laquelle la Croatie a ratifié la Convention. Le droit à ne pas être jugé ou puni deux fois pour les mêmes faits ne saurait être exclu relativement à une procédure menée avant la ratification dès lors que la personne concernée a été condamnée pour la même infraction après la ratification de la Convention. Le simple fait que la première procédure s'est terminée avant cette date ne peut donc faire obstacle à la compétence *ratione temporis* de la Cour en l'espèce. »

2. Observations des parties devant la Grande Chambre

94. Le Gouvernement indique que la décision amnistiant le requérant a été adoptée le 24 juin 1997 et signifiée à l'intéressé le 2 juillet 1997, alors que la Convention est entrée en vigueur à l'égard de la Croatie le 5 novembre 1997. Il en conclut que la décision en question ne relève pas de la compétence temporelle de la Cour.

95. Le requérant n'a pas formulé d'observations sur ce point.

3. Appréciation de la Grande Chambre

96. La décision amnistiant le requérant a été adoptée le 24 juin 1997, alors que la Convention et le Protocole n° 7 sont entrés en vigueur à l'égard

de la Croatie le 5 novembre 1997 et le 1^{er} février 1998 respectivement. La Cour doit donc se pencher sur la question de sa compétence *ratione temporis*.

97. La Grande Chambre souscrit aux conclusions de la chambre quant à la compatibilité *ratione temporis* avec la Convention du grief tiré par le requérant de l'article 4 du Protocole n° 7. Elle renvoie par ailleurs à l'avis formulé par la Commission dans l'affaire *Gradinger c. Autriche* (19 mai 1994, avis de la Commission, §§ 67-69, série A n° 328-C) :

«67. La Commission rappelle que, conformément aux principes de droit international généralement reconnus, la Convention et ses Protocoles ne lient les Parties contractantes que relativement à des faits survenus après l'entrée en vigueur de la Convention ou du Protocole à l'égard de la partie en question.

68. La nature du droit énoncé à l'article 4 du Protocole n° 7 veut que deux procédures aient eu lieu: une première procédure, par laquelle l'intéressé aura été «acquitté ou condamné par un jugement définitif», et une procédure ultérieure, au cours de laquelle une personne aura pu «être [à nouveau] poursuivi[e] ou puni[e]» par les juridictions d'un même État.

69. La Commission ajoute que, lors de son examen de l'équité d'une procédure, elle est en droit de considérer des incidents antérieurs à l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard d'un État lorsque les constatations relatives à ces incidents antérieurs figurent dans un jugement rendu après ladite entrée en vigueur (*X c. Portugal*, n° 9453/81, décision de la Commission du 13 décembre 1982, DR 31, pp. 204-207). L'élément essentiel de l'article 4 du Protocole n° 7 est le risque d'être «à nouveau» poursuivi ou puni. La première procédure ne fournit qu'une toile de fond à l'examen de la deuxième. En l'espèce, la Commission estime que si la décision définitive dans la deuxième procédure a été rendue après l'entrée en vigueur du Protocole n° 7, elle est compétente *ratione temporis* pour connaître du grief. Dès lors que le Protocole n° 7 est entré en vigueur le 1^{er} novembre 1988, que l'Autriche a fait le 30 juin 1989 quant à l'article 7 § 2 dudit Protocole une déclaration n'excluant pas un effet rétroactif (*X. c. France*, n° 9587/81, décision de la Commission du 13 décembre 1982, DR 29, pp. 228-234) et que la décision définitive de la Cour administrative date du 29 mars 1989, la Commission estime qu'elle n'est pas incompétente *ratione temporis* pour examiner cet aspect de l'affaire¹⁰.»

98. Partant, la Grande Chambre ne voit aucune raison de s'écarter de la décision de la chambre de rejeter l'exception d'irrecevabilité pour défaut de compétence *ratione temporis* présentée par le Gouvernement.

B. Applicabilité de l'article 4 du Protocole n° 7

1. Conclusions de la chambre

99. La chambre a tout d'abord conclu que les infractions pour lesquelles le requérant avait été jugé dans le cadre de la première et de la seconde

10. N.D.T.: traduction revue par le greffe.

procédure étaient les mêmes. Elle a laissé ouverte la question de savoir si la décision d'amnistie dont avait bénéficié le requérant pouvait être considérée comme un jugement définitif d'acquiescement ou de condamnation aux fins de l'article 4 du Protocole n° 7, puis elle a examiné le grief au fond sous l'angle des exceptions prévues par le paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole n° 7. Elle a souscrit à la conclusion de la Cour suprême selon laquelle la loi d'amnistie générale avait été appliquée à tort dans l'affaire du requérant, et elle a constaté que l'octroi d'une amnistie au requérant pour des actes qui s'analysaient en des crimes de guerre avait constitué un « vice fondamental » de la procédure, ouvrant ainsi la possibilité de rejurer l'intéressé.

2. Observations des parties devant la Grande Chambre

a) Le requérant

100. Le requérant allègue que les infractions en cause dans les deux procédures pénales dirigées contre lui avaient la même base factuelle et que la qualification des infractions en crimes de guerre dans la seconde procédure ne change rien au fait que les charges étaient en substance identiques.

101. Il estime en outre qu'une décision amnistiant un accusé doit passer pour une décision définitive excluant tout nouveau procès.

b) Le Gouvernement

102. Dans ses observations écrites, le Gouvernement soutient que, dans la première procédure, le tribunal de comté d'Osijek a appliqué la loi d'amnistie sans établir les faits de la cause et sans statuer sur la culpabilité du requérant. Selon lui, la décision ainsi adoptée ne répondait pas à la question de savoir si le requérant avait commis les crimes dont il était accusé ni n'exposait une appréciation des charges énumérées dans l'acte d'accusation. Au paragraphe 33 de ses observations, le Gouvernement en déduit que cette décision n'est pas revêtue de l'autorité de la chose jugée. Il déclare toutefois ensuite (au paragraphe 37 des mêmes observations) qu'elle répond à tous les critères de l'autorité de la chose jugée et peut donc être considérée comme un jugement définitif d'acquiescement ou de condamnation au sens de l'article 4 du Protocole n° 7.

103. S'appuyant largement sur les conclusions de la chambre, le Gouvernement ajoute qu'aucune amnistie ne peut être accordée relativement à des crimes de guerre, et que l'octroi d'une amnistie en l'espèce a donc entaché la procédure d'un vice fondamental.

104. Le Gouvernement indique qu'il est apparu après l'abandon de la première procédure que les victimes, avant d'être tuées, avaient été arrêtées

et torturées. Ces éléments nouveaux suffiraient pour qualifier les actes en cause de crimes de guerre contre la population civile plutôt que de meurtres « ordinaires ».

105. Le Gouvernement explique que l'État croate a édicté la loi d'amnistie générale aux fins de respecter ses engagements internationaux découlant de l'Accord portant normalisation des relations entre la République de Croatie et la République fédérative de Yougoslavie (23 août 1996), et que cette loi visait essentiellement à promouvoir la réconciliation au sein de la société croate à un moment où la guerre se poursuivait encore. Selon le Gouvernement, cette loi excluait explicitement les crimes de guerre de son champ d'application.

106. En l'espèce, la loi d'amnistie générale aurait été appliquée d'une manière contraire à son but même et en violation des obligations internationales de la Croatie, notamment celles découlant des articles 2 et 3 de la Convention.

107. Quant aux procédures suivies par les autorités nationales, le Gouvernement soutient que le procès du requérant a été équitable, sans avancer aucun argument quant au point de savoir si les procédures ont été menées conformément aux règles du code de procédure pénale croate.

c) Le tiers intervenant

108. Le groupe d'experts universitaires indique qu'aucun traité multilatéral n'interdit expressément le recours aux amnisties pour les crimes internationaux. Il explique que le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) interprète l'article 6 § 5 du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève d'une manière qui laisse entendre que les États peuvent ne pas amnistier les personnes soupçonnées, accusées ou convaincues de crimes de guerre. Or une analyse des travaux préparatoires de cet article montrerait que les seuls États ayant évoqué la question des auteurs de crimes internationaux, à savoir l'ex-URSS et certains de ses États satellites, relierait ce sujet à celui des mercenaires étrangers. Le tiers intervenant trouve curieux que le CICR interprète l'article 6 § 5 comme excluant uniquement les criminels de guerre et non les auteurs d'autres crimes internationaux de son champ d'application, dans la mesure où les déclarations de l'ex-URSS sur lesquelles le CICR se fonde prévoient spécifiquement, selon lui, l'engagement de poursuites contre les auteurs de crimes contre l'humanité ou contre la paix. Le groupe d'experts universitaires voit mal quels arguments justifieraient d'exclure les criminels de guerre mais non les auteurs de génocide ou de crimes contre l'humanité du champ d'application potentiel des amnisties. En outre, le CICR renverrait à des exemples de conflits non internationaux tels que ceux qui se sont déroulés en Afrique du Sud, en Afghanistan, au

Soudan et au Tadjikistan, alors même que les amnisties associées à ces conflits comprendraient toutes au moins un crime international.

109. Le tiers intervenant évoque les difficultés dont s'accompagnerait la négociation des clauses d'amnistie dans les traités (il renvoie à la Conférence de Rome de 1998 qui a abouti à la création de la Cour pénale internationale (CPI), aux négociations de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, et à la Déclaration de 2012 de la Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international). Ces difficultés seraient révélatrices du défaut de consensus parmi les États sur cette question.

110. Le tiers intervenant s'appuie sur un courant de la doctrine concernant les amnisties¹¹ qui tend selon lui à montrer que, depuis la Seconde Guerre mondiale, les États ont de plus en plus recours aux lois d'amnistie. Tout en admettant que le nombre de nouvelles lois d'amnistie excluant les crimes internationaux est en augmentation, il assure que c'est également le cas du nombre d'amnisties accordées pour de tels crimes. Les amnisties constitueraient la forme de justice de transition la plus fréquemment utilisée. Le recours aux amnisties dans les accords de paix conclus entre 1980 et 2006 serait demeuré relativement stable.

111. Pour le tiers intervenant, même si plusieurs juridictions internationales et régionales ont exprimé l'avis que le droit international interdit les amnisties dans les cas de crimes internationaux, l'autorité de telles décisions judiciaires est affaiblie du fait de leur manque de cohérence quant à la portée de cette interdiction et quant aux crimes auxquels elles s'appliquent. Le groupe d'experts universitaires cite l'exemple de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui aurait déclaré dans l'affaire Barrios Altos, précitée, que toutes les clauses d'amnistie étaient inacceptables car visant à empêcher les investigations sur les violations des droits de l'homme et la punition de leurs auteurs, alors que dans l'affaire des Massacres d'El Mozote et lieux voisins, précitée, le président de cette juridiction et quatre autres juges auraient nuancé cette position en reconnaissant que, même dans les cas de violations flagrantes des droits de l'homme, l'obligation de poursuite n'était

11. Le tiers intervenant invoque les sources suivantes : Louise Mallinder, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide* (Hart Publishing, 2008) ; Louise Mallinder, « *Amnesties' Challenge to the Global Accountability Norm? Interpreting Regional and International Trends in Amnesty Enactment* », sous la direction de Francesca Lessa et Leigh A. Payne, *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability: Comparative and International perspectives* (Cambridge University Press, 2012) ; Tricia D. Olsen, Leigh A. Payne et Andrew G. Reiter, *Transitional Justice in Balance, Comparing Processes, Weighing Efficacy* (United States Institute of Peace Press, 2010) ; Leslie Vinjamuri et Aaron P. Boeseucker, *Accountability and Peace Agreements, Mapping Trends from 1980 to 2006* (Centre for Humanitarian Dialogue, Geneva, 2007).

pas absolue et devait être mise en balance avec les impératifs des processus de paix et de réconciliation dans les situations d'après-guerre.

112. De plus, un certain nombre de juridictions suprêmes nationales auraient entériné les lois d'amnistie de leur pays en considérant que de telles lois contribuent à l'établissement de la paix, de la démocratie et de la réconciliation. Le tiers intervenant cite les exemples suivants : les conclusions du Tribunal suprême espagnol dans le cadre du procès du juge Garzón en février 2012, la décision de la Cour constitutionnelle ougandaise déclarant la loi d'amnistie de 2000 conforme à la Constitution, le refus de la Cour suprême brésilienne en avril 2010 d'annuler la loi d'amnistie de 1979, et la confirmation par la Cour constitutionnelle sud-africaine, dans l'affaire AZAPO, de la constitutionnalité de la loi de 1995 relative à la promotion de l'unité nationale et de la réconciliation, qui prévoyait un large recours à l'amnistie.

113. Le tiers intervenant reconnaît que l'octroi d'une amnistie peut, dans certains cas, conduire à l'impunité pour les responsables de violations des droits fondamentaux de l'homme et ainsi contrecarrer les tentatives visant à garantir pareils droits. Toutefois, de solides raisons politiques militeraient en faveur du recours à l'amnistie lorsque celle-ci constitue le seul moyen de sortir de dictatures violentes et de conflits interminables. Le tiers intervenant se déclare opposé à une interdiction totale des amnisties et en faveur d'une approche plus nuancée dans la façon d'aborder la question de l'octroi d'amnisties.

3. *Appréciation de la Grande Chambre*

a) **Sur la question de l'identité des infractions pour lesquelles le requérant a été poursuivi**

114. Dans l'affaire *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, la Cour a conclu que l'article 4 du Protocole n° 7 devait être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde « infraction » pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes ([GC], n° 14939/03, § 82, CEDH 2009).

115. En l'espèce, la Cour relève que dans les deux procédures le requérant a été accusé :

- d'avoir tué S.B. et V.B. et causé de graves blessures à Sl.B. le 20 novembre 1991 ;
- d'avoir tué N.V. et Ne.V. le 10 décembre 1991.

116. Dès lors, pour autant que les deux procédures portent sur les charges susmentionnées, le requérant a bien été poursuivi deux fois pour les mêmes infractions.

b) Sur la nature des décisions adoptées dans la première procédure

117. On se trouve en présence de deux situations distinctes concernant les accusations portées contre le requérant à la fois dans la première et dans la seconde procédure.

118. Premièrement, le 25 janvier 1996, le procureur retira les charges concernant les meurtres allégués de N.V. et Ne.V. le 10 décembre 1991 (paragraphe 120-121 ci-dessous).

119. Deuxièmement, par une décision prise le 24 juin 1997 en application de la loi d'amnistie générale, le tribunal de comté d'Osijek mit fin à la procédure concernant les meurtres allégués de S.B. et de V.B. et les blessures graves infligées à Sl.B. le 20 novembre 1991 (paragraphe 122 et suivants ci-dessous).

i. Le retrait des accusations par le procureur

120. La Cour a déjà estimé que l'abandon de poursuites pénales par un procureur n'équivalait ni à une condamnation ni à un acquittement et qu'en conséquence l'article 4 du Protocole n° 7 ne trouvait pas application dans cette situation (*Smirnova et Smirnova c. Russie* (déc.), n°s 46133/99 et 48183/99, 3 octobre 2002, et *Harutyunyan c. Arménie* (déc.), n° 34334/04, 7 décembre 2006).

121. Par conséquent, l'abandon par le parquet des poursuites concernant les meurtres de N.V. et Ne.V. ne relève pas de l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention. Il s'ensuit que cette partie du grief est incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention.

ii. L'abandon de la procédure en application de la loi d'amnistie générale

122. Quant au reste des accusations (les meurtres de V.B. et de S.B. et les blessures graves infligées à Sl.B.), il fut mis fin à la première procédure pénale dirigée contre le requérant en application de la loi d'amnistie générale.

123. Dans le cadre de son examen relatif à la décision du 24 juin 1997, la Cour recherchera tout d'abord si l'article 4 du Protocole n° 7 trouve à s'appliquer aux circonstances particulières de l'espèce, eu égard au fait que le requérant s'est vu accorder une amnistie inconditionnelle pour des actes qui s'analysent en des violations graves des droits fondamentaux de l'homme.

α) La situation au regard de la Convention

124. La Cour relève que les procédures pénales menées contre le requérant avaient notamment trait à des accusations de meurtre et de coups et blessures graves infligés à des civils et mettaient donc en jeu le droit de ceux-ci à la vie garanti par l'article 2 de la Convention, voire aussi leurs droits au regard

de l'article 3. Sur ce point, elle rappelle que ces deux dispositions figurent parmi les articles primordiaux de la Convention et consacrent certaines des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe (voir, parmi beaucoup d'autres, *Andronicou et Constantinou c. Chypre*, 9 octobre 1997, § 171, *Recueil [des arrêts et décisions]1997-VI*, et *Solomou et autres c. Turquie*, n° 36832/97, § 63, 24 juin 2008).

125. Les obligations de protéger le droit à la vie et d'assurer la protection contre les mauvais traitements qu'imposent respectivement les articles 2 et 3 de la Convention, combinées avec le devoir général incombant à l'État en vertu de l'article 1 de la Convention de «reconn[â]tre à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la (...) Convention», requièrent également, par implication, qu'il y ait une forme d'enquête officielle effective lorsque le recours à la force a entraîné mort d'homme (voir, *mutatis mutandis*, *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, § 161, série A n° 324, et *Kaya c. Turquie*, 19 février 1998, § 86, *Recueil 1998-I*) ou des mauvais traitements (*El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 39630/09, § 182, CEDH 2012). Il s'agit essentiellement, au travers d'une telle enquête, d'assurer l'application effective des lois internes qui protègent le droit à la vie et de garantir que les responsables aient à répondre de leurs actes.

126. La Cour a déjà conclu que lorsqu'un agent public est accusé de crimes concernant des actes de torture ou des mauvais traitements, il est de la plus haute importance que la procédure et la condamnation ne se heurtent pas à la prescription et que l'application de mesures telles que l'amnistie ou la grâce ne soit pas autorisée (*Abdülsamet Yaman c. Turquie*, n° 32446/96, § 55, 2 novembre 2004, *Okkali c. Turquie*, n° 52067/99, § 76, CEDH 2006-XII, et *Yeşil et Sevim c. Turquie*, n° 34738/04, § 38, 5 juin 2007). Elle a estimé en particulier que les autorités nationales ne devaient en aucun cas donner l'impression d'être disposées à laisser de tels traitements impunis (*Egmez c. Chypre*, n° 30873/96, § 71, CEDH 2000-XII, et *Turan Cakir c. Belgique*, n° 44256/06, § 69, 10 mars 2009). Dans sa décision relative à l'affaire *Ould Dah c. France* ((déc.), n° 13113/03, CEDH 2009), la Cour, à l'instar du Comité des droits de l'homme des Nations unies et du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, a considéré que l'amnistie était généralement incompatible avec l'obligation pour les États d'enquêter sur les actes de torture et qu'on ne pouvait dès lors remettre en cause l'obligation de poursuivre les criminels en accordant l'impunité au travers d'une loi d'amnistie susceptible d'être qualifiée d'abusives au regard du droit international.

127. L'obligation qu'ont les États de poursuivre les auteurs d'actes de torture ou d'assassinats est donc bien établie dans la jurisprudence de

la Cour. Il ressort de celle-ci que l'octroi du bénéfice de l'amnistie aux auteurs de meurtres ou de mauvais traitements de civils serait contraire aux obligations découlant pour les États des articles 2 et 3 de la Convention, dès lors que cette mesure empêcherait les investigations sur de tels actes et conduirait nécessairement à accorder l'impunité à leurs auteurs. Pareil résultat compromettrait le but même de la protection assurée par les articles 2 et 3 de la Convention et rendrait illusoire les garanties attachées au droit à la vie et à celui de ne pas être maltraité. Or l'objet et le but de la Convention, instrument de protection des êtres humains, appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives (*McCann et autres*, précité, § 146).

128. Certes, la présente affaire concerne des allégations de violation de l'article 4 du Protocole n° 7, et non des articles 2 et 3 de la Convention. La Cour rappelle cependant que les dispositions de la Convention et de ses Protocoles doivent se lire comme un tout et s'interpréter de manière à promouvoir la cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions (*Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], nos 65731/01 et 65900/01, § 48, CEDH 2005-X, et *Austin et autres c. Royaume-Uni* [GC], nos 39692/09, 40713/09 et 41008/09, § 54, CEDH 2012). Par conséquent, les garanties consacrées par l'article 4 du Protocole n° 7 et les obligations incombant aux États en vertu des articles 2 et 3 de la Convention doivent être considérées comme des parties d'un tout.

β) La situation au regard du droit international

129. La Cour ne saurait ignorer l'évolution du droit international en la matière. La Convention et ses Protocoles doivent être interprétés non pas isolément mais de manière à se concilier avec les principes généraux du droit international, dont ils font partie intégrante. En vertu de l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, 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 (*Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 55, CEDH 2001-XI, *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, § 67, CEDH 2008, *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, § 62, CEDH 2008, *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, §§ 273-274, CEDH 2010, et *Nada c. Suisse* [GC], n° 10593/08, § 169, CEDH 2012).

130. La Cour prend note des observations de la chambre selon lesquelles « [i]l est de plus en plus admis que l'octroi d'une amnistie relativement à des « crimes internationaux » – qui comprennent les crimes contre l'humanité,

les crimes de guerre et les génocides – est interdit par le droit international » et « [c]ette conception ressort des règles coutumières du droit international humanitaire, des traités en matière de droits de l'homme ainsi que des décisions de tribunaux internationaux et régionaux et de la pratique émergente des États, sachant que l'on observe une tendance croissante des juridictions internationales, régionales et nationales à annuler les amnisties générales édictées par les gouvernements ».

131. Il convient d'observer qu'à l'heure actuelle aucun traité international n'interdit expressément le recours à l'amnistie relativement aux violations graves des droits fondamentaux de l'homme. Certes, l'article 6 § 5 du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux dispose qu'« [à] la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir s'efforceront d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé (...) » ; cependant, l'interprétation que donne la Cour interaméricaine des droits de l'homme de cet article exclut de son champ d'application les auteurs de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité (voir, au paragraphe 66 ci-dessus, l'arrêt *Massacres d'El Mozote et lieux voisins c. Salvador*, § 286). Selon la Cour interaméricaine, pareille conclusion découle des obligations que le droit international impose aux États de mener des investigations et d'ouvrir des poursuites relativement aux crimes de guerre. Ainsi, la Cour interaméricaine a jugé que « les personnes soupçonnées ou accusées de crimes de guerre ne peuvent bénéficier d'une amnistie ». La même obligation d'enquête et de poursuite vaut également pour les violations graves des droits fondamentaux de l'homme et les amnisties prévues par l'article 6 § 5 du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève ne sont donc pas davantage applicables à de tels actes.

132. Par ailleurs, la possibilité qu'a un État d'amnistier les auteurs de violations graves des droits de l'homme peut être circonscrite par les traités auxquels l'État est partie. Plusieurs conventions internationales prévoient l'obligation de poursuivre les auteurs de certains des crimes qui y sont définis (voir les Conventions de Genève de 1949 pour la protection des victimes de la guerre et leurs Protocoles additionnels, en particulier l'article 3 commun auxdites Conventions, les articles 49 et 50 de la Convention (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, les articles 50 et 51 de la Convention (II) pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer,

les articles 129 et 130 de la Convention (III) relative au traitement des prisonniers de guerre, et les articles 146 et 147 de la Convention (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre; voir également les articles 4 et 13 du Protocole additionnel (II) de 1977 aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, l'article V de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, ainsi que la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants).

133. La Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité interdit la prescription pour ces deux catégories de crimes.

134. Divers organes internationaux ont émis au sujet de l'impunité et de l'octroi d'amnisties relativement aux violations graves des droits de l'homme des résolutions, des recommandations ou des observations dans lesquelles il est généralement indiqué que les auteurs de telles violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire ne doivent pas bénéficier d'amnisties (paragraphe 45, 47-49, 51-53, et 56-58 ci-dessus).

135. Plusieurs juridictions internationales ont jugé que les mesures d'amnistie ne pouvaient être admises lorsqu'elles étaient destinées à faire obstacle aux investigations sur des violations graves des droits de l'homme ou sur des actes constitutifs de crimes au regard du droit international et à la punition des responsables de ce type d'exactions (paragraphe 54 et 59-68 ci-dessus).

136. Si le libellé de l'article 4 du Protocole n° 7 confine son application au niveau national, il convient d'observer que la portée de certains instruments internationaux s'étend à tout nouveau procès dans un autre État ou devant un tribunal international. Par exemple, l'article 20 du Statut de la CPI comporte une exception explicite au principe *non bis in idem* puisqu'il autorise la CPI à poursuivre une personne déjà acquittée par une autre juridiction du crime de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre si la procédure devant l'autre juridiction avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour des crimes relevant de la compétence de la CPI.

137. La Cour prend note de l'argument du tiers intervenant relatif à l'absence de consensus parmi les États au niveau international quant à une interdiction absolue du recours à l'amnistie pour des violations graves des droits fondamentaux de l'homme, notamment de ceux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention. Le tiers intervenant a également exprimé l'avis qu'utilisée comme moyen de mettre fin à des conflits prolongés, l'amnistie peut aboutir à des résultats positifs (voir les observations du tiers intervenant résumées aux paragraphes 108-113 ci-dessus).

138. La Cour prend également note de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, notamment des affaires *Barrios Altos*, *Gomes Lund et autres*, *Gelman et Massacres d'El Mozote* et lieux voisins, toutes précitées, dans lesquelles la haute juridiction, se fondant sur sa jurisprudence antérieure ainsi que sur les conclusions de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, des organes des Nations unies et d'autres organes universels et régionaux de protection des droits de l'homme, a pris fermement position sur cette question, déclarant qu'aucune amnistie ne pouvait être admise relativement à des violations graves des droits fondamentaux de l'homme. Elle a expliqué qu'en pareil cas, l'amnistie porterait gravement atteinte à l'obligation pour les États de mener des investigations sur de telles exactions et d'en punir les auteurs (*Gelman*, précité, § 195, et *Gomes Lund et autres*, précité, § 171). La Cour interaméricaine a souligné que pareilles mesures d'amnistie contrevenaient aux droits indérogeables reconnus par le droit international des droits de l'homme (*Gomes Lund et autres*, § 171).

γ) Conclusion de la Cour

139. En l'espèce, le tribunal de comté a octroyé au requérant une amnistie pour des actes, à savoir des assassinats de civils et des coups et blessures graves infligés à un enfant, qui s'analysent en des violations graves des droits fondamentaux de l'homme, soulignant dans son raisonnement les mérites de l'intéressé en tant que militaire. Or le droit international tend de plus en plus à considérer ces amnisties comme inacceptables car incompatibles avec l'obligation universellement reconnue pour les États de poursuivre et de punir les auteurs de violations graves des droits fondamentaux de l'homme. À supposer que les amnisties soient possibles lorsqu'elles s'accompagnent de circonstances particulières telles qu'un processus de réconciliation et/ou une forme de réparation pour les victimes, l'amnistie octroyée au requérant en l'espèce n'en resterait pas moins inacceptable puisque rien n'indique la présence de telles circonstances en l'espèce.

140. La Cour estime qu'en dressant un nouvel acte d'accusation contre le requérant et en le condamnant pour crimes de guerre contre la population civile, les autorités croates ont agi dans le respect tant des obligations découlant des articles 2 et 3 de la Convention que des exigences et recommandations figurant dans les mécanismes et instruments internationaux susmentionnés.

141. Eu égard à ce qui précède, la Cour conclut que l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention ne trouve donc pas à s'appliquer aux circonstances de l'espèce.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare* irrecevable, à l'unanimité, le grief tiré de l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention concernant le droit du requérant à ne pas être jugé ou puni deux fois relativement aux accusations de meurtre de N.V. et Ne.V., abandonnées par le procureur le 25 janvier 1996;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 de la Convention;
3. *Dit*, par seize voix contre une, que l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention n'est pas applicable relativement aux accusations de meurtre de S.B. et V.B. et aux blessures graves infligées à Sl.B.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 27 mai 2014.

Lawrence Early
Jurisconsulte

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 Spielmann, Power-Forde et Nußberger;
- opinion concordante commune aux juges Ziemele, Berro-Lefèvre et Karakaş;
- opinion concordante commune aux juges Šikuta, Wojtyczek et Vehabović;
- opinion concordante du juge Vučinić; et
- opinion en partie dissidente du juge Dedov.

D.S.
T.L.E.

OPINION CONCORDANTE COMMUNE AUX JUGES SPIELMANN, POWER-FORDE ET NUßBERGER

1. À l'instar de la majorité, nous estimons que l'article 4 du Protocole n° 7 n'est pas applicable en l'espèce. Mais, contrairement à l'avis exprimé par la majorité, nous sommes convaincus que ce résultat se déduit directement du texte de l'article 4 du Protocole n° 7. Pour nous, cette disposition n'est pas applicable parce que, tout simplement, il n'y a pas eu de jugement d'acquiescement définitif.

2. Dans la mesure où le texte (pourtant clair) nécessite quelque interprétation, la Grande Chambre aurait pu saisir l'occasion de donner un sens à l'expression «*acquitté ou condamné par un jugement définitif*». Nous sommes d'avis que la décision accordant au requérant une amnistie inconditionnelle ne saurait passer pour un jugement définitif d'acquiescement au sens de l'article 4 du Protocole n° 7. Dans les lignes qui suivent, nous entendons exposer le raisonnement qui nous conduit à cette conclusion.

3. Pour autant que de besoin, nous nous proposons de rappeler dans un premier temps les conditions à remplir pour que l'article 4 du Protocole n° 7 trouve à s'appliquer (I) et les spécificités des amnisties (II). Dans un deuxième temps, nous appliquons le résultat de cette démarche méthodologique au cas d'espèce (III).

I. Conditions pour l'application de l'article 4 du Protocole n° 7

4. Rappelons que les conditions devant être satisfaites pour que l'article 4 du Protocole n° 7 soit applicable sont a) l'existence d'une procédure pénale définitivement clôturée, b) l'existence d'une deuxième procédure et c) l'existence d'un acquiescement ou d'une condamnation par un jugement définitif.

a) Procédure définitivement clôturée

5. L'article 4 du Protocole n° 7 a pour but de prohiber la répétition de procédures pénales définitivement clôturées (*Franz Fischer c. Autriche*, n° 37950/97, § 22, 29 mai 2001, et *Gradinger c. Autriche*, 23 octobre 1995, § 53, série A n° 328-C). D'après le rapport explicatif sur le Protocole n° 7, rapport qui se réfère lui-même à la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, «une décision est définitive «si elle est, selon l'expression consacrée, passée en force de chose jugée. Tel est le cas lorsqu'elle est irrévocable, c'est-à-dire lorsqu'elle n'est pas susceptible de voies de recours ordinaires ou que les parties ont épuisé ces voies ou laissé passer les délais sans les exercer». Cette approche est bien établie dans la

jurisprudence de la Cour (*Sergueï Zolotoukhine c. Russie* [GC], n° 14939/03, § 107, CEDH 2009).

b) Deuxième procédure

6. Le principe *non bis in idem* renvoie à la deuxième procédure, celle ouverte après que le défendeur a été condamné ou acquitté par un jugement définitif. Ce point de vue trouve appui dans le rapport explicatif du Protocole n° 7, qui, concernant l'article 4, énonce que « [l]e principe établi dans cette disposition s'applique uniquement après l'acquiescement ou la condamnation de l'intéressé par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénales de l'État concerné ».

c) Acquiescement ou condamnation par un jugement définitif

7. C'est cette dernière condition qui, selon nous, pose problème. En effet, pour que l'article 4 du Protocole n° 7 trouve à s'appliquer, il faut que le défendeur ait été d'abord acquitté ou condamné par une décision définitive. Pour qu'une décision soit considérée comme revêtue de l'autorité de la chose jugée aux fins de l'article 4 du Protocole n° 7, il ne suffit pas qu'il s'agisse d'une décision définitive insusceptible de recours; il faut que ce soit une décision définitive de condamnation ou d'acquiescement.

8. En vertu de la règle de droit international énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne, un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. La protection offerte par l'article 4 du Protocole n° 7 est dès lors limitée dans la mesure où cette disposition n'interdit la répétition des poursuites ou sanctions que pour les personnes qui ont déjà été « acquitté[es] ou condamné[es] par un jugement définitif » (*finally acquitted or convicted*). Le choix délibéré des mots implique qu'il y ait eu une appréciation des circonstances de l'affaire et un établissement de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. Or l'amnistie ne rentre pas dans ces deux cas de figure.

II. Spécificités des amnisties

9. Une amnistie consiste en un effacement de la mémoire juridique de tel ou tel aspect d'une conduite criminelle. Les modalités d'octroi d'une amnistie sont diverses et ne prennent pas toujours la forme d'une décision judiciaire. Pareille mesure ne présuppose donc pas nécessairement la conduite d'un procès où l'on produit des preuves à charge et à décharge et où l'on apprécie la culpabilité de l'accusé. Définissant les caractéristiques juridiques de l'amnistie, H. Donnadiou de Vabres s'est exprimé comme suit :

« [L]e terme « amnistie » implique une idée d'oubli (*ἀμνηστία*, de *α* privatif, *μνάομαι*, je me souviens). L'amnistie est un acte de souveraineté qui a pour objet et pour résultat de faire tomber dans l'oubli certaines infractions : elle abolit les poursuites qui ont été faites ou qui sont à faire, ainsi que les condamnations qui ont été prononcées à l'occasion de ces infractions.

L'amnistie intervient dans deux séries d'hypothèses, soit aussitôt après la commission de l'acte délictueux, elle éteint alors les poursuites, soit postérieurement à la condamnation qu'elle efface. » (*Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^e édition, Paris, Sirey, 1947, p. 550, n^o 977)

10. La portée exacte de l'institution de l'amnistie ainsi délimitée permet de distinguer les cas où la protection de l'article 4 du Protocole n^o 7 peut intervenir de ceux qui échappent à l'empire de cette protection. Assurément, il faut aussi prendre en considération les limites supplémentaires de la protection définies par le paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole n^o 7. La philosophie de la Convention est effectivement basée sur une protection des droits de ceux qui ont déjà été acquittés ou condamnés par un jugement définitif, sans préjudice de la protection des droits garantis par le volet procédural des articles 2 et 3, la sécurité juridique devant aussi continuer à être garantie. Il est certes important de souligner que la jurisprudence constante de la Cour implique et exige de mener une forme d'enquête efficace qui doit pouvoir conduire à l'identification et à la punition des responsables lorsque le recours à la force a entraîné mort d'homme ou de graves sévices illicites (*Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, § 102, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII). S'il n'en allait pas ainsi, nonobstant son importance fondamentale, l'interdiction légale générale de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants serait inefficace en pratique. Mais toute référence aux articles 2 et 3 de la Convention nous paraît superfétatoire en l'espèce, vu l'inapplicabilité manifeste pouvant être tirée du texte même de l'article 4 du Protocole n^o 7. À ceci s'ajoute que l'applicabilité de l'obligation procédurale découlant des articles 2 et 3 de la Convention nous semble loin d'être évidente dans le cas d'espèce à la lumière des principes dégagés dans l'arrêt *Janowiec et autres c. Russie* ([GC], n^{os} 55508/07 et 29520/09, CEDH 2013).

III. Application des principes en l'espèce

11. En l'espèce, la décision du 24 juin 1997 a mis fin à la procédure pénale contre le requérant sur le fondement de la loi d'amnistie générale. Quant au caractère définitif ou non de cette décision, il échet de rappeler que le requérant n'a pas interjeté appel et que le procureur ne disposait d'aucun droit de recours. La décision est donc devenue définitive. Cette considération n'est en rien modifiée par la circonstance que le parquet a

présenté un pourvoi dans l'intérêt de la loi, pareil pourvoi constituant une voie de recours extraordinaire.

12. Sur le point de savoir si la décision d'amnistie était une condamnation, nous estimons que tel n'est manifestement pas le cas, eu égard à l'absence de toute décision d'une juridiction nationale déclarant le requérant coupable des faits qui lui étaient reprochés.

13. Quant à savoir s'il s'agissait d'un acquittement, il échet de renvoyer à la nature de la décision d'amnistie, qui ne présupposait aucune investigation sur les accusations portées contre le requérant et ne se fondait sur aucune constatation factuelle pertinente pour la détermination de la culpabilité ou de l'innocence de l'intéressé. Cette décision n'a comporté aucune appréciation de la question de savoir si le requérant devait se voir imputer la responsabilité d'un crime quelconque, ce qui, normalement, constitue un préalable à un acquittement.

14. Eu égard à ce qui précède, nous concluons que la décision amnistiant le requérant n'était ni une condamnation ni un acquittement aux fins de l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention.

C'est pour cette raison, et uniquement pour cette raison, qu'à notre avis cette disposition est inapplicable en l'espèce.

OPINION CONCORDANTE COMMUNE AUX JUGES ZIEMELE, BERRO-LEFÈVRE ET KARAKAŞ

(Traduction)

1. Nous avons voté avec la majorité en l'espèce puisque nous convenons en principe que la règle *non bis in idem* ne devrait pas être invoquée pour justifier l'impunité s'agissant de violations flagrantes des droits de l'homme. En effet, plusieurs évolutions importantes du droit international (voir la partie « Instruments de droit international pertinents », en particulier le chapitre K de l'arrêt) semblent indiquer que les auteurs de violations flagrantes des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire ne devraient bénéficier d'aucune amnistie, grâce ou prescription. C'est dans ce contexte que, sur la base de l'approche générale adoptée par la majorité, nous avons voté avec elle en faveur d'un constat d'inapplicabilité de l'article 4 du Protocole n° 7.

2. Nous souhaitons cependant préciser qu'à nos yeux il aurait été préférable de déclarer que l'article en question était en principe applicable puis constater sur le fond qu'il n'avait pas été violé en l'espèce. Notre préférence pour cette solution tient à plusieurs raisons. Nous estimons que la Cour n'a pas examiné les faits de la cause dans tous leurs détails et a limité son raisonnement à un niveau très général. En ce qui concerne le raisonnement, nous trouvons déconcertant que l'affaire se soit transformée en une affaire « articles 2 et 3 » (paragraphe 124 et suivants de l'arrêt). Si le principe dégagé par la Cour est en effet fondamental – et c'est pour cette raison que nous nous sommes jointes à la majorité –, nous nous demandons si la Cour n'aurait pas dû examiner l'affaire selon sa pratique habituelle.

3. Par exemple, il n'est pas en litige que les deux procédures pénales menées contre le requérant au niveau national avaient trait aux meurtres de V.B. et de S.B., ainsi qu'aux blessures graves infligées à Sl.B. (paragraphe 99 de l'arrêt, et paragraphe 122 de l'arrêt *a contrario*). C'est à cet égard qu'une question préliminaire de double incrimination pouvait se poser et la Cour aurait dû traiter en détail la question de l'applicabilité du paragraphe 1 de l'article 4 du Protocole n° 7. De plus, il convient de noter que, alors que la Cour suprême a estimé que l'octroi d'une amnistie au requérant contrevenait à la loi d'amnistie générale, elle a examiné les deux instances à la lumière des exigences de la règle *non bis in idem*. Dans la première procédure, le requérant a bénéficié *de facto* d'une amnistie pour des crimes de guerre commis contre la population civile et, dans leur raisonnement, les juridictions nationales ont évoqué ses mérites en tant que chef militaire. La Cour suprême a estimé que pareille application de la loi d'amnistie

générale était erronée et contraire au but même de celle-ci. De surcroît, la loi prévoyait qu'aucune amnistie ne pouvait être octroyée relativement à des crimes de guerre. Or, dans le cadre de la première procédure, ni les autorités de poursuite ni le tribunal de comté n'ont examiné si, eu égard à leur contexte factuel, les accusations dirigées contre le requérant ne devaient pas s'analyser en des crimes de guerre et si l'application de la loi d'amnistie générale n'était en conséquence pas exclue à leur égard.

4. Ces faits de la cause appellent un examen de ce qui s'est exactement passé, de la nature de l'amnistie octroyée et de sa compatibilité avec le droit interne, interprété à la lumière des obligations internationales pertinentes de l'État. À cet égard, nous soulignons que les termes « acquitté ou condamné par un jugement définitif » peuvent se comprendre dans leur sens technique. Dans le domaine du droit pénal, ces termes ont trait à un acquittement définitif ou à une condamnation définitive après appréciation des circonstances de l'affaire et établissement de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. En ce sens, une condamnation doit se comprendre en un verdict de culpabilité et un acquittement comme un verdict de non-culpabilité. Mais on ne peut exclure la possibilité de donner une interprétation plus large à cette expression. Après tout, il existe de nombreux ordres juridiques et de nombreuses pratiques au sein des États. Si l'on prend en exemple le procès de Pinochet qui s'est déroulé en Espagne, les juridictions espagnoles ont interprété l'amnistie chilienne comme équivalant à un « acquittement standard pour des raisons de commodité politique » et ont estimé qu'elles n'étaient pas liées par les dispositions du droit national en matière d'amnistie (la loi d'amnistie de 1978 adoptée par le régime de Pinochet).

Certaines décisions peuvent être considérées comme ayant le même effet juridique que des décisions définitives d'acquittement, même si elles ne présupposent pas une appréciation de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. L'amnistie consiste en un effacement de la mémoire juridique de tel ou tel aspect d'une conduite criminelle, souvent avant l'ouverture de poursuites et parfois à un stade ultérieur. Une caractéristique commune à l'acquittement, au sens courant de ce terme, et à l'amnistie est que tous deux impliquent une exonération de la responsabilité pénale. Par comparaison avec l'abandon des poursuites pénales par le parquet (qui n'entre pas en conflit avec le principe *non bis in idem*), l'amnistie peut sembler dénoter un degré plus élevé de présomption de culpabilité. Nous soulignons à cet égard que, pendant l'élaboration du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI), il fut proposé de dire expressément que l'application de la règle *non bis in idem* était exclue dans les cas d'amnistie et de grâce (rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, vol. 1, procédure du Comité préparatoire en mars-avril

et août 1996, Recueil officiel de l'Assemblée générale des Nations unies, 51^e session, UN doc. A/51/22; comparer avec le rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, projet de statut et projet d'acte final, article 19, UN doc. A/CONF.183/2/Add.1 (1998) (projet d'article non adopté prévoyant que le principe *non bis in idem* ne s'appliquerait pas dans les cas de grâce et d'autres mesures suspendant l'exécution d'une décision juridique). Certes, cette approche large n'a finalement pas été retenue dans le statut, mais elle vient néanmoins à l'appui de notre position selon laquelle le caractère juridique de l'amnistie dépend dans une large mesure du contexte et des circonstances dans lesquelles elle est appliquée, et les autorités internes ou internationales peuvent avoir à répondre à des questions en rapport avec une argumentation fondée sur le principe *non bis in idem*. La Cour a décidé de ne pas évoquer cette question en l'espèce.

5. La pratique adoptée par la Cour interaméricaine dans les affaires *Almonacid Arellano et autres c. Chili* et *La Cantuta c. Pérou* est également instructive. Dans ces affaires, la haute juridiction a conclu à l'inapplicabilité du principe *non bis in idem* lorsqu'une décision d'abandon des poursuites avait pour but d'exonérer l'accusé de sa responsabilité pénale, lorsque la procédure n'a pas été menée de manière indépendante ou impartiale, ou lorsqu'il n'y avait pas d'intention réelle de traduire les responsables en justice. Pour la Cour interaméricaine, un jugement rendu dans de telles circonstances est revêtu d'une autorité de la chose jugée « fictive » ou « frauduleuse ». L'article 20 du Statut de la CPI comporte une exception explicite au principe *non bis in idem* puisqu'il autorise la CPI à poursuivre une personne déjà acquittée par une autre juridiction du crime de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre si la procédure devant l'autre juridiction avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour des crimes relevant de la compétence de la CPI. On pourrait résumer la question en disant qu'aujourd'hui, l'amnistie peut toujours être considérée comme légitime au regard du droit international et qu'on peut donc l'utiliser dès lors qu'elle n'est pas conçue pour dispenser la personne concernée de répondre de violations flagrantes des droits de l'homme ou de violations graves du droit international humanitaire. La prochaine étape pourrait être l'interdiction absolue de l'amnistie relativement à de telles violations. On peut déjà voir dans la décision de la Cour en l'espèce une adhésion à l'approche proposée pendant la rédaction du Statut de la CPI, c'est-à-dire que la question du principe *non bis in idem* ne se pose pas en soi dans les cas où une procédure concernant des violations flagrantes des droits de l'homme se termine par une amnistie et est suivie par une deuxième instance aboutissant à une condamnation.

6. En l'espèce, la Cour suprême a conclu que dans l'affaire du requérant la loi d'amnistie générale avait été appliquée de manière erronée et à l'encontre de son but. Eu égard aux faits de la cause et aux discussions dans ce domaine au niveau international (points 4 et 5 ci-dessus), nous aurions préféré dire que, à supposer même que la décision amnistiant le requérant puisse être considérée comme une décision définitive de condamnation ou d'acquittement aux fins de l'article 4 du Protocole n° 7, elle n'a pas été prise « conformément à la loi » de l'État concerné, ce qui constitue le deuxième critère posé par le paragraphe 1 de l'article 4. En fait, il y a des raisons de croire que l'amnistie dont a bénéficié le requérant dans le cadre de la première procédure a bien exonéré l'intéressé de toute responsabilité. Eu égard à ces considérations et à l'importance de combattre toute perception que des violations graves des droits de l'homme ou des crimes de guerre puissent demeurer impunis, nous aurions préféré dire que le principe *non bis in idem* consacré par l'article 4 du Protocole n° 7 ne devrait pas faire obstacle à la traduction de personnes en justice lorsque ces personnes ont bénéficié d'amnisties les exonérant de toute responsabilité, plutôt que de fermer la porte complètement en concluant à l'inapplicabilité de la disposition. À notre avis, la Cour aurait pu contribuer à une meilleure compréhension de la portée de l'article 4 du Protocole n° 7 en soulignant que le droit interne pertinent devrait préciser les circonstances dans lesquelles l'application du principe *non bis in idem* était exclue, et que l'expression « conformément à la loi et à la procédure pénale » de l'État concerné figurant à l'article 4 du Protocole n° 7 devrait être interprétée de manière cohérente avec les dispositions du droit international (voir, *mutatis mutandis*, *Storck c. Allemagne*, n° 61603/00, §§ 93, 99 et 148, CEDH 2005-V).

OPINION CONCORDANTE COMMUNE AUX JUGES ŠIKUTA, WOJTYCZEK ET VEHABOVIĆ

1. Nous sommes en plein accord avec la majorité pour dire que l'article 4 du Protocole n° 7 n'est pas applicable dans les circonstances de l'espèce et que par conséquent il ne pouvait pas être violé. En revanche, nous ne pouvons pas accepter le raisonnement adopté par la majorité pour justifier l'arrêt rendu.

2. Il faut noter, en premier lieu, que le mandat de la Cour européenne des droits de l'homme est défini à l'article 19 de la Convention. Il s'agit d'assurer le respect des engagements résultant de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de ses Protocoles. Dans l'exercice de ce mandat, la Cour européenne des droits de l'homme détermine si les actions ou omissions imputables aux États parties, contestées par les requérants, ont été conformes ou non à la Convention et ses Protocoles. Il s'agit donc d'apprécier, du point de vue de la Convention et des Protocoles, des faits qui ont eu lieu dans le passé, soit à un moment donné, soit dans un laps de temps précis. Il est évident que les faits doivent être appréciés au regard du droit en vigueur au moment où ils se sont déroulés. Un État ne peut pas être tenu pour responsable des violations des règles internationales qui n'étaient pas en vigueur à son égard au moment des faits qui lui sont imputés.

Il faut souligner ici que le mandat de la Cour européenne des droits de l'homme diffère de celui d'un certain nombre d'autres juridictions internationales qui peuvent être amenées à trancher non seulement des litiges interétatiques concernant des faits qui se sont produits dans le passé, mais aussi des différends liés à des situations factuelles qui se poursuivent au moment où l'affaire est examinée. Dans ce dernier cas, si des règles particulières ne limitent pas la compétence *ratione temporis* ou *ratione materiae*, la juridiction internationale concernée peut être amenée à apprécier la situation continue du point de vue du droit international applicable au moment où l'arrêt est rendu et à statuer sur le fondement de l'ensemble des normes internationales pertinentes en vigueur à ce moment-là.

3. La Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 a codifié les règles coutumières d'interprétation des traités dans ses articles 31 à 33. La première règle de l'interprétation des traités internationaux a été codifiée à l'article 31 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ainsi libellé: «Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.» Selon les règles codifiées, le point de départ de

l'interprétation est toujours l'analyse du texte de la disposition interprétée. L'interprétation doit commencer par une tentative d'établir le sens ordinaire des termes utilisés. Il faut rappeler, par ailleurs, que l'interprète doit prendre en compte toutes les versions authentiques du traité.

Le texte du traité, considéré dans toutes ses versions authentiques, doit être lu en tenant compte du contexte « interne » ainsi qu'à la lumière de l'objet et du but du traité. Le contexte « interne » inclut non seulement l'ensemble du texte, y compris le préambule et les annexes, mais aussi les accords conclus entre toutes les parties ayant rapport au traité ainsi que les instruments établis par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et acceptés par les autres parties.

L'interprète doit aussi tenir compte du contexte « externe », qui inclut les accords ultérieurs au sujet de l'interprétation ou de l'application du traité, la pratique ultérieure ainsi que toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les Parties. Enfin, à titre subsidiaire, l'interprète peut faire appel à des moyens complémentaires comme les travaux préparatoires et les circonstances de la conclusion du traité.

Si la Convention de Vienne sur le droit des traités est muette sur la question de savoir pour quel point dans le temps il faut établir les règles « externes » de droit international à prendre en compte, il est évident que si l'on examine des faits passés du point de vue d'un traité dans sa version en vigueur aux moments des faits, le contexte externe est constitué par les règles pertinentes de droit international en vigueur au moment où ces faits se sont déroulés. Ainsi, pour répondre à la question de savoir si des actions ou omissions passées, imputables à un État, sont conformes ou non à la Convention, il faut prendre en considération la Convention dans le contexte des règles pertinentes de droit international applicables au moment où ces actions ou omissions ont eu lieu.

4. L'interprétation d'un traité dans le contexte des règles pertinentes de droit international se heurte aujourd'hui à des problèmes majeurs résultant du caractère dynamique du droit international. Non seulement le droit international évolue très rapidement mais, de plus, dans beaucoup de domaines cette évolution est de plus en plus rapide. Des actions ou des omissions des autorités étatiques qui étaient en pleine conformité avec le droit international dans le passé peuvent devenir contraires au droit international aujourd'hui. Cette caractéristique ontologique du droit international entraîne une difficulté épistémologique fondamentale : l'établissement des règles de droit international applicables, dans le passé, à un moment donné ou dans un laps de temps précis, peut poser des problèmes difficilement surmontables, même pour les spécialistes les plus qualifiés en la matière.

Dans cette situation, l'interprétation et l'application de la Convention dans le contexte des règles pertinentes de droit international est un défi redoutable pour la Cour européenne des droits de l'homme. Étant donné l'évolution de plus en plus rapide du droit international, qui constitue le contexte externe de la Convention, l'interprétation de cet instrument international, mais aussi et surtout la façon dont la Convention est appliquée, peuvent aussi subir des évolutions rapides. Ainsi, une action d'un État qui a eu lieu à un moment donné dans le passé pouvait être conforme à la Convention interprétée à la lumière du droit international en vigueur à cette époque alors qu'une action similaire entreprise un certain nombre d'années plus tard peut être jugée contraire à la Convention interprétée à la lumière des règles de droit international en vigueur en ce deuxième instant.

5. Il faut noter que dans la présente affaire la Cour doit apprécier des faits qui ont eu lieu un certain nombre d'années auparavant. Une loi d'amnistie a été adoptée en Croatie en 1996. Cette loi a été appliquée au requérant le 24 juin 1997. De nouvelles poursuites ont été engagées en 2006. Le requérant a été condamné définitivement en 2007.

Le requérant conteste la conformité à la Convention et ses Protocoles des actions des autorités croates entreprises en 2006 et 2007. La violation de la Convention alléguée par le requérant a eu lieu en 2006-2007 avec la reprise des poursuites pénales et la condamnation du requérant. Étant donné le caractère spécifique du grief invoqué, celui-ci doit être apprécié à la lumière de la décision de justice rendue par le tribunal de comté d'Osijek le 24 juin 1997, qui appliquait la loi d'amnistie adoptée en 1996. Ainsi, la Cour est confrontée à une série de faits qui se sont déroulés sur plus d'une dizaine d'années. Il faut rappeler par ailleurs que la Convention est entrée en vigueur à l'égard de la Croatie le 5 novembre 1997 et le Protocole n° 7 est entré en vigueur à l'égard de cet État le 1^{er} février 1998. La loi d'amnistie a été adoptée et est entrée en vigueur avant ces deux dates, la violation alléguée de la Convention a eu lieu plus tard.

6. Nous constatons que, dans la présente affaire, la majorité n'a pas essayé d'analyser le sens du texte de la disposition de l'article 4 du Protocole n° 7 ni de délimiter son champ d'application, déterminé par le choix des termes utilisés par les Hautes Parties contractantes. En revanche, elle met directement en exergue le contexte interne, en analysant le contenu des obligations découlant des articles 2 et 3 de la Convention, et le contexte externe, constitué par un ensemble important de traités internationaux relatifs aux droits de l'homme et au droit humanitaire ainsi que par les décisions des organismes chargés d'appliquer ces traités.

L'analyse qu'elle fait de ce contexte externe l'amène à affirmer que le droit international tend de plus en plus à considérer comme inacceptables

les amnisties pour des actes constituant des violations graves des droits de l'homme. Elle conclut que l'article 4 du Protocole n° 7 ne fait pas obstacle à des poursuites engagées en vertu des obligations découlant des articles 2 et 3 de la Convention et des exigences découlant d'autres instruments internationaux. L'argumentation développée suggère que la décision de justice d'appliquer la loi d'amnistie de 1996 entrerait dans le champ d'application de l'article 4 du Protocole n° 7 mais que les obligations de poursuite découlant d'autres dispositions de la Convention rendraient cet article inapplicable en l'espèce. Selon cette logique, la Convention, interprétée à la lumière du droit international pertinent, imposait à la Croatie l'obligation de poursuivre le requérant pour les crimes de guerre malgré la décision de justice rendue à son égard le 24 juin 1997 tandis que l'article 4 du Protocole n° 7 ne faisait pas obstacle à de telles poursuites. Le raisonnement de la majorité sous-entend que, dans l'affaire examinée, il y a conflit entre les obligations de poursuite et les obligations découlant de l'article 4 du Protocole n° 7, et que les premières priment sur les secondes.

7. L'approche choisie par la majorité soulève deux objections méthodologiques fondamentales. En premier lieu, elle omet complètement la recherche du sens des termes utilisés. Une telle méthodologie d'interprétation s'écarte des règles applicables, présentées ci-dessous.

En second lieu, la majorité examine l'état du droit international en 2014 et apprécie les faits qui ont eu lieu en 1996-1997 puis en 2006-2007 à la lumière du droit applicable au moment où l'arrêt a été rendu, sans examiner l'évolution de ce droit au cours de cette période. Or, si l'on veut s'engager dans la voie de l'examen des règles pertinentes du droit international concernant l'amnistie, il faudrait justement, d'une part, tenir compte de l'évolution de ces règles au cours de la période pertinente (1996-2007) et, d'autre part, prendre en considération les principes régissant le champ temporel d'application de ces règles.

Si la réponse à la question de savoir si le droit international en 2014 interdit les amnisties dans les cas de violations graves des droits de l'homme est une question importante pour la protection de ces droits, elle reste sans pertinence pour la présente affaire. En revanche, si, comme le laisse entendre la majorité, la clef du problème se trouve dans le contexte externe du traité, en établissant ce contexte il faudrait répondre à deux questions :

1) La loi d'amnistie votée en 1996 a-t-elle été contraire au droit international applicable à la Croatie en 1996?

2) Existait-il en 2006 et 2007 une règle de droit international applicable à la Croatie qui imposait à cet État d'annuler rétroactivement les effets de la loi d'amnistie de 1996?

En recherchant la réponse à ces questions, il faut noter que la plupart des décisions citées dans l'arrêt et rendues par des juridictions internationales ou d'autres institutions internationales sont postérieures à 1997 et souvent postérieures à 2007. Seuls trois documents invoqués sont antérieurs à 1997 : le rapport de la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire du massacre de Las Hojas (affaire 10.287, 24 septembre 1992, Salvador), le rapport de la même Commission du 11 février 1994 sur la situation des droits de l'homme au Salvador (doc. OEA/Ser.L/V/II.85) et l'Observation générale n° 20 du Comité des droits de l'homme des Nations unies concernant l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Il faut noter aussi que les deux premiers documents ont été élaborés dans le contexte du système interaméricain de protection des droits de l'homme qui se distingue par un nombre important de spécificités. Les solutions retenues dans ce système ne sont pas toujours transposables à d'autres systèmes régionaux de protection des droits de l'homme. Le Comité des droits de l'homme a, quant à lui, refusé en 1992 de prendre une position catégorique, en se bornant à formuler l'opinion selon laquelle l'amnistie est *généralement incompatible* avec le devoir qu'ont les États d'enquêter sur les actes de torture. Par ailleurs, aucun document international cité n'énonce clairement une règle de droit international imposant inconditionnellement aux États l'obligation de priver d'effet rétroactivement les lois d'amnistie adoptées et appliquées dans le passé.

Au moment de l'adoption de la loi d'amnistie en 1996, la Croatie n'était pas liée par la Convention. La question de savoir si la loi d'amnistie est compatible avec la Convention est donc sans objet. De plus, si différentes conventions auxquelles la Croatie est partie exigent la poursuite de certains types de violations graves des droits de l'homme, il n'a pas été démontré qu'elles excluent totalement l'amnistie. Comme le reconnaît la majorité elle-même, aucun traité n'interdit expressément le recours à l'amnistie relativement à des violations graves des droits fondamentaux de l'homme.

Par ailleurs, si le droit international n'exclut pas les règles rétroactives conventionnelles ou coutumières, celles-ci sont une exception. L'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose qu'à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date. De même, une règle coutumière peut avoir un effet rétroactif si son contenu est clair sur ce point. Aucun élément pertinent pour l'interprétation de la Convention ne laisse à penser que ses articles 2 et 3 imposent une obligation

d'annuler de façon rétroactive les décisions de justice définitives appliquant des lois d'amnistie, rendues avant la ratification de ce traité par l'État partie concerné. De plus, il n'a pas été démontré qu'en 2006-2007 d'autres règles de droit international applicables à la Croatie imposaient à cet État l'obligation d'écarter rétroactivement les effets des décisions de justice définitives appliquant la loi d'amnistie de 1996.

En conclusion, la loi d'amnistie croate de 1996 ne pouvait violer la Convention, que la Croatie a ratifiée plus tard. La Convention interprétée à la lumière des règles pertinentes de droit international n'imposait pas l'obligation d'écarter rétroactivement les effets des décisions de justice définitives appliquant la loi d'amnistie de 1996. Dans ce contexte, si, comme le veut la majorité, la réponse à la question de l'applicabilité de l'article 4 du Protocole n° 7 dépend du contexte externe et interne de cette disposition, on aboutit logiquement à la conclusion que cette disposition s'applique bien en l'espèce et que les autres règles découlant de la Convention ou d'autres instruments internationaux ne justifient pas une annulation de la décision de justice rendue par le tribunal d'Osijek à l'égard du requérant le 24 juin 1997. Si l'on suivait la voie adoptée par la majorité, il faudrait conclure à une violation de l'article 4 du Protocole n° 7.

8. Il convient de rappeler ici que l'état du droit international en vigueur en 1997 a été résumé dans une lettre du directeur de la division juridique du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) de la façon suivante :

« Les travaux préparatoires concernant l'article 6 § 5 [du Protocole additionnel II de 1977] indiquent que cette disposition vise à encourager l'amnistie en tant que « porte de sortie » à la fin des hostilités. Elle ne vise pas à amnistier ceux qui ont violé le droit international humanitaire (...) Quoi qu'il en soit, les États n'ont accepté aucune règle dans le Protocole II qui les aurait contraints à ériger les violations de ce Protocole en infractions (...) À l'inverse, on ne saurait affirmer que le droit international humanitaire interdit de manière absolue les amnisties, y compris lorsqu'elles visent des personnes ayant commis des violations du droit international humanitaire, dès lors que le principe selon lequel les personnes coupables de graves infractions doivent être soit poursuivies soit extradées n'est pas vidé de sa substance » (lettre du directeur de la division juridique du CICR à la faculté de droit de l'université de Californie et au procureur du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie datée du 15 avril 1997, www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule159)

Il faut noter aussi que la doctrine dans le domaine du droit international est divisée sur la question des amnisties. Si un nombre important d'auteurs prennent position en faveur de la reconnaissance d'une interdiction absolue des amnisties pour des violations graves des droits de l'homme, une part importante d'auteurs reconnus défendent le point de vue contraire.

Il ne fait aucun doute que le droit international évolue rapidement et encadre de plus en plus fortement la liberté des États en matière d'amnistie.

L'étendue de la liberté laissée aujourd'hui (en 2014) aux États dans ce domaine est bien moindre qu'en 2006 et *a fortiori* qu'en 1996. En même temps, l'affirmation que le droit international interdirait complètement en 2014 les amnisties en cas de violations graves des droits de l'homme ne reflète pas l'état actuel de ce droit. L'analyse des instruments internationaux, décisions et documents invoqués par la majorité prouve que l'opinion énoncée par le directeur de la division juridique du CICR dans sa lettre précitée n'a pas perdu son actualité en 2014.

9. Nous partageons pleinement le souci de la majorité d'assurer la meilleure protection possible des droits de l'homme et partageons l'avis que les violations des droits de l'homme ne doivent pas rester impunies. Nous sommes tout aussi conscients des effets pervers que peuvent avoir les lois d'amnistie édictées pour assurer l'impunité aux auteurs de telles violations. Toutefois, nous notons en même temps que l'histoire universelle enseigne la plus grande prudence et humilité dans ce domaine. Différentes nations ont trouvé des solutions très diverses pour permettre de sortir des violations graves des droits de l'homme et restaurer l'État de droit et la démocratie.

L'adoption de règles internationales interdisant sans exception les amnisties en cas de violations graves des droits de l'homme peut, dans certaines circonstances, rendre la protection des droits de l'homme moins effective. Le tiers intervenant a présenté des arguments importants contre la reconnaissance de l'existence d'une règle de droit international interdisant complètement les lois d'amnisties en cas de violations des droits de l'homme. Il faut admettre ici que des arguments pratiques peuvent, dans des certaines circonstances, plaider en faveur d'une amnistie incluant certaines violations graves des droits de l'homme. On ne peut exclure en effet qu'une telle amnistie puisse être un instrument permettant parfois de mettre un terme plus rapidement à un conflit armé ou à un régime politique violant les droits de l'homme et d'éviter ainsi de nouvelles violations à l'avenir. Le souci d'une protection effective des droits de l'homme plaide en tout cas, à notre avis, en faveur d'une certaine marge de manœuvre à laisser aux États intéressés dans le domaine en question, pour permettre ainsi aux différentes parties aux conflits provoquant des violations graves des droits de l'homme de rechercher les solutions les plus appropriées.

10. Comme cela a été dit plus haut, le point de départ de toute interprétation est l'analyse du sens des termes utilisés. Il faut souligner ici que le champ d'application de l'article 4 du Protocole n° 7 est défini par les formules suivantes : « acquitté ou condamné par un jugement définitif » dans sa version française, « *finally acquitted or convicted* » dans sa version anglaise. La disposition examinée n'est applicable qu'en cas de décision de condamnation ou d'acquittement. Le champ d'application de la disposition

interprétée est assez étroit, car toutes les autres décisions de justice qui clôturent, d'une façon ou d'une autre, la procédure pénale restent en dehors de celui-ci.

S'agissant d'établir le sens ordinaire à attribuer aux termes utilisés, il faut examiner leur sens dans le langage courant même si leurs contours précis ne sont pas toujours faciles à délimiter pour les besoins d'application de la Convention. Rien ne permet d'établir que les différents termes utilisés dans la Convention et ses Protocoles pour parler du droit national des États devraient être compris dans le sens technique qui leur est attribué dans les systèmes juridiques des États francophones et anglophones. Au contraire, une telle interprétation non seulement accorderait une place privilégiée à certains systèmes juridiques mais aussi pourrait conduire à des problèmes insolubles.

Il faut noter que, selon le dictionnaire Petit Robert, le mot français «acquitter», utilisé dans le contexte des procédures pénales, signifie «déclarer par arrêt (un accusé) non coupable» (Petit Robert, Paris 2012, p. 27). Le New Oxford Dictionary of English explique la signification du mot anglais «*acquittal*» dans les termes suivants: «*a judgment or verdict that a person is not guilty of the crime of which they have been charged*» (New Oxford Dictionary of English, London 1998, p. 16). Dans les deux langues, la notion d'acquiescement signifie donc une décision de fond statuant sur la question de la culpabilité de l'accusé. Toutes les décisions de justice définitives qui clôturent la procédure sans déclarer l'accusé coupable ou non coupable restent donc en dehors du champ d'application de la disposition interprétée.

Les lois d'amnistie dans les différents systèmes juridiques peuvent avoir des contenus et des modalités d'application très différents. On ne peut pas exclure l'adoption d'une loi d'amnistie dont l'application présuppose l'établissement préalable de la culpabilité des personnes qui sont amnistiées. Tel n'est pas le sens de la loi croate de 1996. Il est clair que la décision de justice rendue à l'égard du requérant par le tribunal de comté d'Osijek le 24 juin 1997 ne l'a pas déclaré non coupable. La décision rendue ne correspond à aucune catégorie des décisions de justice visées par la disposition examinée. Il ne fait aucun doute que l'article 4 du Protocole n° 7 n'est pas applicable en l'espèce.

Le sens de la disposition interprétée est clair et peut être établi sans équivoque sur le fondement de la règle posée à l'article 31 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités sans qu'il y ait besoin de recourir au contexte externe.

11. Si les décisions de justice qui clôturent une procédure pénale sans statuer sur la culpabilité d'une personne n'entrent pas dans le champ

d'application de l'article 4 du Protocole n° 7, la décision d'écartier ou d'annuler une décision qui applique une loi d'amnistie peut néanmoins poser des problèmes importants en matière de protection des droits de l'homme.

Un État de droit doit respecter un certain nombre de standards substantiels. Parmi ces standards, il faut citer le droit au juge et la sécurité juridique. Le droit au juge englobe le droit à une décision de justice définitive rendue dans un délai raisonnable et présuppose aussi la stabilité des différentes décisions qui clôturent les procédures pénales, même si elles n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 4 du Protocole n° 7. L'article 6 de la Convention garantit à toute personne poursuivie le droit d'obtenir dans un délai raisonnable une décision de justice définitive statuant sur son sort et protège la stabilité des décisions définitives tout en admettant des exceptions dans ce domaine. En tout cas, une personne qui a obtenu une décision de justice clôturant de façon définitive une procédure pénale peut légitimement s'attendre à ce que la stabilité de cette décision soit respectée sauf si des raisons impérieuses justifient son annulation ou la réouverture de la procédure.

Dans la présente affaire, le requérant a obtenu une décision de justice définitive appliquant la loi d'amnistie. Il pouvait donc espérer légitimement que cette décision resterait en vigueur et serait respectée. De plus, la reprise des poursuites est intervenue en 2006, soit près de neuf ans après la date de la décision d'appliquer la loi d'amnistie. Toute la procédure a ainsi été prolongée au point de susciter des doutes du point de vue du droit à un jugement définitif rendu dans un délai raisonnable.

Il faut noter toutefois que l'attente légitime du requérant n'était pas inconditionnelle. Une personne ayant obtenu une décision de justice contraire au droit en vigueur doit s'attendre à ce que cette décision puisse être corrigée par des voies de recours extraordinaires. Dans une telle situation, les standards de l'État de droit exigent de mettre en balance les différentes valeurs en conflit et notamment la sécurité juridique d'une part et le respect de la légalité et de la justice d'autre part. De plus, les impératifs du respect du droit et de la justice peuvent exiger la reprise ou la réouverture des poursuites, même si une période relativement longue s'est écoulée après une première décision définitive. Dans les circonstances particulières de l'affaire examinée, et eu égard notamment à la gravité et à la nature des crimes commis, il ne fait aucun doute que toutes les conditions pour réactiver les poursuites contre le requérant étaient réunies et que les autorités croates n'ont pas enfreint les exigences posées par la Convention et ses Protocoles additionnels.

12. La présente affaire soulève une question particulièrement importante pour la protection des droits de l'homme. Le poids de la question exigeait une rigueur méthodologique sans faille. Nous regrettons que la majorité n'ait pas voulu s'engager dans cette voie.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE VUČINIĆ

(Traduction)

À l'instar de la majorité, j'estime que l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention n'est pas applicable aux circonstances particulières de l'affaire. Le requérant a bénéficié d'une amnistie pour des actes s'analysant en des violations graves des droits fondamentaux de l'homme. L'octroi d'une amnistie au requérant allait à l'encontre de la tendance grandissante en droit international contemporain dans ce domaine ainsi qu'aux obligations des États contractants au titre des articles 2 et 3 de la Convention, et s'analysait également en un vice fondamental de la première procédure au sens du paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole n° 7.

Cependant, le raisonnement suivi dans l'arrêt ne me satisfait pas entièrement. Cette affaire est plus compliquée et plus importante sur le plan juridique qu'il n'y paraît à première vue. À mon avis, la première procédure était entachée de plusieurs vices fondamentaux consécutifs qui devraient être considérés comme interconnectés et interdépendants. Finalement, ces vices, pour moi, mènent inévitablement à la conclusion que l'article 4 du Protocole n° 7 ne peut passer pour applicable.

Le premier et le plus fondamental des vices dans cette affaire, celui à l'origine de tous les autres, était la décision du procureur militaire d'Osijek de considérer les crimes de guerre manifestes commis par un membre de l'armée croate contre la population civile pendant le conflit armé en Croatie en 1991 comme des « homicides ordinaires ». Pareille qualification juridique des infractions en question a été admise, et c'est bien regrettable, par le tribunal du comté d'Osijek en 1993. Cette qualification et son acceptation étaient erronées en droit. À l'époque des faits, il existait une croyance politique générale et communément admise en Croatie selon laquelle des considérations relatives à l'autodéfense légitime de l'État face à une agression étrangère ne pouvaient justifier la commission par les membres des forces armées de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité. Cette attitude politique a alors été concrétisée par une pratique judiciaire par laquelle des crimes de guerre manifestes commis par des membres des forces armées croates ont été qualifiés à tort en droit d'« homicides ordinaires ».

La loi générale sur l'amnistie a été par la suite appliquée relativement à de telles « qualifications légales » de crimes de guerre manifestes contre la population civile malgré la disposition très claire qu'elle contenait selon laquelle elle ne devait être appliquée à aucun acte s'analysant en une violation grave du droit humanitaire ou en un crime de guerre.

Enfin, en conséquence des deux précédents vices, la première procédure pénale contre le requérant (n° K-4/97) s'est terminée par un « abandon de la procédure pénale », et non pas par un jugement définitif d'acquiescement ou de condamnation au sens du paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole n° 7. Les autorités croates étaient très clairement responsables de plusieurs vices fondamentaux dans la procédure précédente, en violation du droit national, du droit international et du droit issu de la Convention, ce qui, à mon sens, a entraîné l'inapplicabilité absolue de l'article 4 du Protocole n° 7 en l'espèce.

Eu égard à ce qui précède, la réouverture de la procédure et la condamnation définitive du requérant doivent être comprises comme un effort juridique et légitime de la part des autorités croates visant à corriger les vices susmentionnés de la procédure interne. À mon sens, cela est pleinement conforme à la lettre et à l'esprit de l'article 4 du Protocole n° 7. Cette disposition ne peut en aucun cas être interprétée et appliquée en vue de faire barrage ou obstacle à la punition de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, ainsi qu'aux obligations incombant à un État contractant au titre des articles 2 et 3 de la Convention.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DU JUGE DEDOV

(Traduction)

1. En l'espèce, la Cour a méticuleusement appliqué les principes du droit international humanitaire à une amnistie accordée pour des actes qui s'analysent en des crimes de guerre, et a considéré « ces amnisties comme inacceptables car incompatibles avec l'obligation universellement reconnue pour les États de poursuivre et de punir les auteurs de violations graves des droits fondamentaux de l'homme » (paragraphe 139 de l'arrêt). Partant, pareille amnistie ne saurait être invoquée pour échapper à l'obligation susmentionnée. J'adhère totalement à la position ci-dessus adoptée par la majorité des juges, cette appréciation étant fondée sur la Convention (paragraphe 124-128 de l'arrêt) et sur le droit international (paragraphe 129-138 de l'arrêt).

Cependant, je ne peux souscrire à la conclusion à laquelle parvient la majorité au paragraphe 141 de l'arrêt, selon laquelle « l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention ne trouve (...) pas à s'appliquer aux circonstances de l'espèce ». Cette conclusion ne va pas de soi, la Cour n'ayant pas examiné si l'article 4 du Protocole n° 7 s'appliquait aux circonstances de l'espèce. Or, du point de vue de la sécurité juridique et de la qualité des arrêts, l'appréciation des circonstances de la cause est une condition préalable à toute conclusion sur l'applicabilité de l'article 4 du Protocole n° 7.

La Cour ne saurait ignorer les circonstances suivantes de l'espèce. Le tribunal de comté d'Osijek a établi tous les faits (paragraphe 17 de l'arrêt) avant d'appliquer la loi nationale sur l'amnistie, et son jugement est devenu définitif; l'affaire du requérant a par la suite donné lieu à une réouverture de la procédure, l'intéressé a été jugé deux fois pour les mêmes infractions (paragraphe 116 de l'arrêt) et puni. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 4 du Protocole n° 7, « [n]ul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État ». Le libellé de cette disposition démontre sans aucun doute que l'article 4 du Protocole n° 7 devrait s'appliquer dans les circonstances décrites ci-dessus. Je dirais même plus: la Cour aurait dû appliquer l'article 4 du Protocole n° 7 même s'il y a quelques doutes quant à son applicabilité. Je m'expliquerai sur ce point.

Il convient de relever qu'au paragraphe 128 de l'arrêt, la Cour conclut que « les garanties consacrées par l'article 4 du Protocole n° 7 et les obligations incombant aux États en vertu des articles 2 et 3 de la Convention doivent être considérées comme des parties d'un tout » et « s'interpréter de

manière à promouvoir la cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions ». Si ces articles font partie intégrante du système de protection mis en place par la Convention, aucun d'entre eux ne peut être retiré de l'ensemble du système. Dans sa conclusion principale, la Cour évoque « l'obligation (...) pour les États de poursuivre et de punir les auteurs de violations graves des droits fondamentaux de l'homme » (paragraphe 139 de l'arrêt), qui fait partie également des obligations au titre des articles 2 et 3 mentionnées aux paragraphes 124 à 140 de l'arrêt.

Alors que les articles 2 et 3 établissent quels types de droits substantiels devraient être protégés en vertu de la Convention, l'article 4 du Protocole n° 7 contient des garanties procédurales (*non bis in idem*) contre l'arbitraire, y compris les garanties prévues par l'article 6 de la Convention, et possède donc sa propre dimension, qui est indépendante des articles 2 et 3 et qui est régie par l'État de droit et la sécurité juridique. C'est pour cela que le requérant a recherché la protection de l'article 4 du Protocole n° 7.

Quant aux doutes éventuels, ils ne sont pas décisifs. Premièrement, si cette disposition prévoit des garanties contre le fait d'être jugé et puni une seconde fois, sa portée ne saurait se limiter à un jugement d'acquiescement ou de condamnation, donc exclure les amnisties accordées par un tribunal dont la décision est définitive. C'est pourquoi l'acquiescement et l'amnistie équivalent tous deux à une exonération de la responsabilité pénale. Deuxièmement, lorsqu'il s'agit de statuer sur un pourvoi dans l'intérêt de la loi en vertu de l'article 422 du code de procédure pénale, la Cour suprême de Croatie peut simplement établir qu'il y a eu violation d'une loi (paragraphe 27 de l'arrêt). Toutefois, l'absence de procédure pénale nationale qui permettrait le réexamen de l'affaire fait obstacle à tout redressement du vice fondamental conformément au paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole n° 7.

Dès lors, l'article 4 du Protocole n° 7 est applicable en l'espèce.

2. Y a-t-il eu violation de l'article 4 du Protocole n° 7 par l'État défendeur ? Malgré l'existence de garanties solides contre le fait d'être jugé et condamné une deuxième fois, une exception au bénéfice de ces garanties (en cas de vice fondamental) est prévue par le paragraphe 2 de cette disposition. À mon sens, la chambre a été influencée à juste titre par cette exception (paragraphe 76 de l'arrêt de chambre), bien qu'elle n'ait pas clarifié le principe général applicable en vertu de l'article 4 du Protocole n° 7.

L'application du principe *non bis in idem* était appréciée par l'« ancienne » Cour du point de vue d'une violation alléguée du droit à un procès équitable sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention (*X. c. Pays-Bas*, n° 9433/81, décision de la Commission du 11 décembre 1981, Décisions et rapports (DR) 27, p. 238, et *S. c. Allemagne*, n° 8945/80, décision de la Commission du 13 décembre 1983, DR 39, p. 43). De plus, selon la

jurisprudence établie de la « nouvelle » Cour en vertu de l'article 6 § 1, seules des circonstances exceptionnelles (à savoir un « vice fondamental ») peuvent entraîner l'annulation d'une décision judiciaire définitive au moyen du contrôle juridictionnel (voir, parmi beaucoup d'autres, *Riabykh c. Russie*, n° 52854/99, CEDH 2003-IX, *Brumărescu c. Roumanie* [GC], n° 28342/95, CEDH 1999-VII, et *Kot c. Russie*, n° 20887/03, 18 janvier 2007).

Étant donné que la notion de « vice fondamental » s'applique sous l'angle de l'article 6 § 1 aux mêmes fins (la réouverture de l'affaire), on peut aisément en conclure que l'article 4 du Protocole n° 7 régit un aspect spécifique du principe fondamental suivant consacré par l'article 6 § 1, ainsi précisé, par exemple, dans l'arrêt *Kot*, précité, §§ 23 et 24 :

« En ce qui concerne le fond du grief, la Cour rappelle que le droit d'être entendu équitablement par un tribunal, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, doit s'interpréter à la lumière du préambule de la Convention, qui cite notamment la prééminence du droit comme élément du patrimoine commun des États contractants. L'un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit est le principe de la sécurité des rapports juridiques, qui veut, entre autres, que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause (*Brumărescu c. Roumanie*, 28 octobre 1999, § 61, *Recueil des arrêts et décisions* 1999-VII).

En vertu de ce principe, aucune partie n'est habilitée à solliciter la réouverture de la procédure à la seule fin d'obtenir un réexamen de l'affaire et une nouvelle décision à son sujet. Les juridictions supérieures ne doivent utiliser leur pouvoir de supervision que pour corriger les erreurs de fait ou de droit et les erreurs judiciaires et non pour procéder à un nouvel examen. Le simple fait qu'il puisse exister deux points de vue sur le sujet n'est pas un motif suffisant pour rejurer une affaire. Il ne peut être dérogé à ce principe que lorsque des motifs substantiels et impérieux l'exigent (voir, *mutatis mutandis*, *Riabykh*, précité, § 52, et *Pravednaya c. Russie*, n° 69529/01, § 25, 18 novembre 2004). »

La procédure en l'espèce a été rouverte du fait de l'application de la loi d'amnistie générale, en violation des principes du droit international et des obligations incombant à l'État défendeur au titre de la Convention. Manifestement, il s'agit là de « motifs substantiels et impérieux », et la réouverture de la procédure était donc justifiée pour redresser un vice fondamental.

Eu égard aux considérations qui précèdent, j'estime que l'article 4 du Protocole n° 7 était applicable et qu'il n'y a pas eu violation de cette disposition dans les circonstances de l'espèce.

VELYO VELEV v. BULGARIA
(Application no. 16032/07)

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 27 MAY 2014¹

1. English original. Extracts.

SUMMARY¹**Refusal to enrol remand prisoner in prison school**

The right of access to pre-existing educational institutions falls within the scope of Article 2 of Protocol No. 1 and any limitation thereto has to be foreseeable, to pursue a legitimate aim and to be proportionate to that aim. Although Article 2 of Protocol No. 1 does not impose a positive obligation to provide education in prison in all circumstances, where such a possibility is available it should not be subject to arbitrary and unreasonable restrictions (see paragraph 34 of the judgment).

Article 2 of Protocol No. 1

Right to education – Refusal to enrol remand prisoner in prison school – Effective access to existing educational establishments – Foreseeability – Legitimate aim – Proportionality

*

* *

Facts

In 2005 the applicant, a remand prisoner, requested to be enrolled in the prison school. His request was refused, first by the prison authorities and ultimately by the Supreme Administrative Court. The prison governor reasoned that, if convicted, the applicant, who had a previous conviction, would be a recidivist and should thus be kept separately from the non-recidivist prisoners. The Supreme Administrative Court rejected his request on different grounds, holding that the right to education applied only to convicted prisoners, not remand prisoners.

Law

Article 2 of Protocol No. 1: The Court observed that lawfully detained prisoners continued to enjoy all fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention, save for the right to liberty. Consequently, the applicant still had the right to education under Article 2 of Protocol No. 1. The right to education imposed a duty on Bulgaria to afford effective access to existing educational establishments, including prison schools. Consequently, the Government had the burden of showing that its exclusion of the applicant was foreseeable, pursued a legitimate aim and was proportionate to that aim. The Court found it open to doubt whether the exclusion was sufficiently foreseeable, as the relevant legislative framework provided that convicted prisoners had the right to be included in educational programmes and that provisions regarding convicted prisoners were equally applicable to remand

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

prisoners. The lack of clarity in the statutory framework was reflected in the fact that the reasons given by the national authorities for his exclusion were different: the prison governor and the Ministry of Justice emphasised the applicant's potential recidivism, while the Supreme Administrative Court focused on the applicant's remand status. The Government had relied on three different grounds to justify the applicant's exclusion from the school. As to their first argument that it was inappropriate for the applicant to attend school with convicted prisoners, the Court observed that the applicant did not have any objections to doing so and there was no evidence to show that remand prisoners would be harmed by attending school with convicted prisoners. Secondly, the Court did not consider the uncertainty of the length of the pre-trial detention to be a valid justification for exclusion from educational facilities. Finally, as regards the Government's third argument that the applicant risked being sentenced as a recidivist, so it would not be in the interests of the non-recidivist prisoners to attend school with him, the Court noted that the applicant was entitled to the presumption of innocence and thus could not be classified as a recidivist. In the light of these considerations, and recognising the applicant's undoubted interest in completing his secondary education, the Court found that the refusal to enrol him in prison school had not been sufficiently foreseeable, had not pursued a legitimate aim and was not proportionate to that aim.

Conclusion: violation (unanimously).

Case-law cited by the Court

Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), 23 July 1968, Series A no. 6

Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia [GC], nos. 43370/04, 8252/05 and 18454/06, ECHR 2012

Epistatu v. Romania, no. 29343/10, 24 September 2013

Hirst v. the United Kingdom (no. 2) [GC], no. 74025/01, ECHR 2005-IX

Laduna v. Slovakia, no. 31827/02, ECHR 2011

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

Natoli v. Italy, no. 26161/95, Commission decision of 18 May 1998, unreported

Ponomaryovi v. Bulgaria, no. 5335/05, ECHR 2011

Stummer v. Austria [GC], no. 37452/02, ECHR 2011

In the case of Velyo Velev v. Bulgaria,

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

Ineta Ziemele, *President*,
Päivi Hirvelä,
Ledi Bianku,
Nona Tsotsoria,
Zdravka Kalaydjieva,
Paul Mahoney,
Faris Vehabović, *judges*,

and Françoise Elens-Passos, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 6 May 2014,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 16032/07) against the Republic of Bulgaria lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Bulgarian national, Mr Velyo Nikolaev Velev (“the applicant”), on 5 March 2007.

2. The applicant was represented by Ms E. Syarova, a lawyer practising in Stara Zagora. The Bulgarian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms M. Kotseva, of the Ministry of Justice.

3. The applicant alleged that he was not allowed to pursue his education while in Stara Zagora Prison, in breach of Article 2 of Protocol No. 1, and that he was treated as a “recidivist” prior to a final conviction in his case, in breach of Article 6 § 2 of the Convention.

4. On 14 December 2010 the application was communicated to the Government.

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

5. The applicant was born in 1977 and lives in Stara Zagora. In 2003 he was convicted of a fraud offence and served a sentence of imprisonment in Stara Zagora Prison from 11 February 2003 to 9 August 2004. On 1 October 2004 he was arrested on suspicion of unlawful possession of firearms. Between 29 November 2004 and 20 April 2007 he was detained

on remand in Stara Zagora Prison, where he claimed to have been detained with “recidivist” prisoners (see paragraph 20 below).

6. As he had never finished his secondary education, the applicant requested to be enrolled in the school operating inside Stara Zagora Prison. In August 2005 he submitted a written request to the governor of the Stara Zagora Prison, asking to be enrolled for the 2005/06 school year. He received no reply before the school year began on 15 September 2005, so he wrote again to the governor on 29 September 2005 and also to the Ministry of Education and the Prosecutor’s Office (in Bulgaria, the Prosecutor is the authority competent to oversee the lawful execution of pre-trial and post-conviction detention). The applicant received a letter from the Prosecutor, dated 6 October 2005, which said that the prison administration had taken due account of the possibility for the applicant to study, in view of his previous sentence. The Prosecutor further stated that the applicant’s assertion regarding refused access to education had not been confirmed. The applicant also received a reply, dated 24 October 2005, from the Ministry of Education. The letter stated that individuals deprived of their liberty (*лишени от свобода*) were entitled to continue their education in prison and made no reference specifically to remand prisoners.

7. In the meantime, on 19 October 2005 the applicant sent another request to the prison governor, the Ministry of Education and the Appellate Prosecutor. On 26 October 2005 the applicant filed a new request with the prison governor, again asking to be enrolled in the prison school for the 2005/06 school year. Referring to the letter of 24 October 2005, the applicant argued that the Ministry of Education had recognised his right to access to education in prison. On 7 December 2005 he received a reply signed by the Head of the Execution of Punishments Directorate of the Ministry of Justice, rejecting his request. The letter stated, *inter alia*:

“It was established that [the applicant] has not yet been convicted. Once convicted, he is to be transferred to a prison for recidivists.

The inclusion of recidivists in the educational and work programmes in a prison for non-recidivists would lead to a breach of the requirement that different categories of inmates are to be kept apart and are to participate separately in correctional programmes ...”

8. On 21 December 2005 the applicant appealed against the refusal to enrol him in the school, claiming that in the absence of a second sentence of imprisonment he could not be treated as a “recidivist”. In his written pleadings he relied explicitly on the right to education as guaranteed by Article 53 of the Constitution and by Article 2 of Protocol No. 1 to the Convention, as well as on Rule 77 of the United Nations Standard

Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, which provided, *inter alia*, that “[p]rovision shall be made for the further education of all prisoners capable of profiting thereby”. In the applicant’s opinion the Execution of Punishments Act 1969 (see paragraphs 15-18 below) imposed the same obligation on the authorities to provide access to education to prisoners detained on remand as the obligation to provide such access to sentenced prisoners. The refusal pursued no legitimate aim and was contrary to the National Education Act 1991 and the United Nations Convention against Discrimination in Education (published in the Gazette in 1963). During the hearing he indicated that other persons in his situation were allowed to study and that the prison authorities had not shown any legal ground for their refusal. The prison governor admitted that there had previously been a practice of providing access to the school, but that this had been discontinued because of concerns about the influence of “recidivists” on “non-recidivists”. The applicant had been refused access as he was to be treated as a “recidivist” within the meaning of the Execution of Punishments Act 1969 (see paragraph 20 below) and could not attend the school because this would bring him into contact with non-recidivists.

9. In a judgment of 24 March 2006, the Stara Zagora Regional Court allowed the applicant’s appeal and ordered the governor to include him in the prison’s educational programme. It found, in particular, that the refusal of the prison governor was based on the assumption that the applicant was a “recidivist” and that since the Stara Zagora Prison was a prison for “non-recidivists”, it was the duty of the prison administration to exclude him from programmes involving other inmates, most of whom were “non-recidivists”. The court held that the applicant could not be considered a “recidivist”, as defined by section 158 of the Execution of Punishments Act because, although he had previously received a sentence of imprisonment, the current set of proceedings against him were still pending and he had not yet been convicted and sentenced a second time. The rule requiring that “recidivists” be kept separately from “non-recidivists” in prison was, therefore, inapplicable.

10. The prison governor appealed against that judgment. He argued that, in accordance with the principle for differentiated treatment of the various categories of prisoner, the applicant was accommodated in the group of those remand prisoners who, in case of a conviction, would fall within the category of “recidivists”. Moreover, the Stara Zagora Prison was a prison for “non-recidivists” and the accommodation of “recidivists”, including remand prisoners treated as such, was exceptional.

11. Before the examination of the appeal, on 9 August 2006 the applicant requested the governor to enrol him in the prison school for the

new school year, starting 15 September 2006. As he received no reply to his request, on 21 September 2006 he filed a similar request with the Execution of Punishments Directorate of the Ministry of Justice.

12. On 26 September 2006 the Supreme Administrative Court gave a final judgment in respect of the applicant's complaint about exclusion from the school. Before the Supreme Administrative Court, the Prosecutor (who intervenes in all Supreme Court proceedings) was of the view that the decision of the Stara Zagora Regional Court was correct and that the prison governor's appeal should be dismissed. The Prosecutor further expressed the view that the grounds for the cassation appeal were unclear and based on an incorrect interpretation of the applicable law, contrary to the correct interpretation given by the first-instance court in the decision appealed against. In its decision the Supreme Court noted that before the 2002 amendments, the Execution of Punishments Act imposed an obligation for the mandatory education of all prisoners under 40 years of age. The current provision envisaged mandatory education only for persons under the age of 16; for those aged 16 and over there was an obligation on the State to make education available for prisoners who wished to take part. However, convicted prisoners had a right under domestic law to access education only where they had been sentenced to one year or more of imprisonment, to ensure that they would have the possibility of completing a school year (see paragraphs 15-19 below). The Supreme Court concluded:

“[T]he right to education (whether mandatory or voluntary) is envisaged and regulated in the legislation of the Republic of Bulgaria solely in regard of persons deprived of liberty as a result of a final conviction [*лишаване от свобода*] and not in regard of those deprived of liberty pursuant to a measure of remand [*задържане под стража*].”

It followed that the question whether the prison authorities unlawfully considered the applicant to be a “recidivist” was irrelevant.

13. Referring to that judgment, on 6 November 2006 the Execution of Punishments Directorate replied to the applicant's requests of 9 August and 21 September 2006, informing him that he would not be enrolled in the prison school for the year 2006/07.

14. Subsequently, the applicant was convicted and sentenced to imprisonment in respect of the firearms offence. He was removed from Stara Zagora Prison on 20 April 2007 and transferred to Pazardjik Prison to serve his sentence. The Government informed the Court that the applicant did not file any requests to take part in educational activities while at that prison. However, in his observations to the Court, the applicant stated that he did not file a request because there was no school at Pazardjik Prison. In addition, he sent the Court documents which indicated that at least

one prisoner considered a “recidivist” had participated successfully in the education programme at Stara Zagora Prison. The applicant was released from Pazardjik Prison on 27 July 2008.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

A. Prisoners’ access to education

15. During the period in question, access by prisoners to education was governed by the Execution of Punishments Act 1969 (in force until June 2009 – “the 1969 Act”); the implementing regulations to the 1969 Act; Ordinance no. 2 of 19 April 1999 on the status of remand prisoners (in force until 2007 – “the Ordinance”); the National Education Act 1991 (“the 1991 Act”); and the implementing regulations to the 1991 Act. It should be noted that before 2002 the status of remand prisoners was regulated by ordinances issued by the Minister of Justice. In 2002 such rules were incorporated into the 1969 Act. It appears that the Ordinance continued to be operative until 2006 when the implementing regulations to the 1969 Act were supplemented with provisions regulating in more detail the status of remand prisoners.

16. Before 2002 education in prison was mandatory for prisoners under 40 years of age (section 39(1) of the 1969 Act) but only where they had been sentenced to one year or more of imprisonment (section 47(1) of the implementing regulations to the 1969 Act). Section 39(1) of the 1969 Act was repealed in 2002 but the provision in the implementing regulations remained operative.

17. The relevant provisions provided for three different regimes of access to education. Prisoners aged between 14 and 18 years old, accommodated in “correctional houses” rather than prisons, were entitled to attend classes. Education was mandatory for prisoners aged 16 or under (see section 39(3) of the 1969 Act and section 7(1) of the 1991 Act). Older convicted prisoners were entitled to request inclusion in the educational programmes and the prison administration was duty-bound to provide such (section 39(4) of the 1969 Act and section 75(1) of the implementing regulations to the 1969 Act). At the time of admittance to the prison institution the prison authorities were required to make an assessment as to the individual needs of the prisoner as regards education (section 66a(1)(3) of the 1969 Act). Prisoners who were engaged in educational activities and did not work were entitled to have the time spent in school deducted from their overall sentence based on the same rules as working days (section 103(4) of the 1969 Act).

18. Section 128 of the 1969 Act stipulated that in the absence of other provisions, the provisions of the 1969 Act concerning convicted prisoners were applicable to prisoners detained on remand. A similar provision was contained in the implementing regulations to the 1969 Act (section 168).

19. The newly enacted Execution of Punishments and Pre-Trial Detention Act 2009 (“the 2009 Act”) contained similar provisions. It stipulated that the inclusion in educational programmes of convicted prisoners below 16 years of age was mandatory (section 162(1) of the 2009 Act). The administration could provide educational programmes for prisoners above that age (section 162(2)). The inclusion of remand prisoners in educational programmes was “encouraged” (section 257(2)). Finally, the time spent in school was to be deducted from the overall sentence based on the same rules as those for working days (section 178(4)).

B. Recidivists

20. At the relevant time, section 158(1) of the 1969 Act provided that, for its purposes, “recidivists” would mean:

“(a) persons who have been sentenced two or more times to imprisonment for intentional offences, which did not require one cumulative punishment ..., if they have actually served a sentence of imprisonment;

(b) persons who have been convicted of an offence qualifying as dangerous recidivism.”

Section 12 of the 1969 Act required that “recidivists” serve their sentences in separate institutions. Section 8a(3) provided that “correctional activities in respect of different categories of prisoners [would] be carried out separately”. “Recidivists” within the meaning of that law could be transferred to other prisons only in exceptional cases if they had reformed and there was no danger of negatively influencing other prisoners (section 12(2) of the 1969 Act). Remand prisoners who had previously been sentenced to a term of imprisonment and were not rehabilitated were accommodated separately from other remand prisoners (section 1306(1)(5) of the 1969 Act). The 2009 Act contains similar provisions.

III. RELEVANT COUNCIL OF EUROPE DOCUMENTS

The European Prison Rules

21. The European Prison Rules are recommendations of the Committee of Ministers to member States of the Council of Europe as to the minimum standards to be applied in prisons. States are encouraged to be guided by the Rules in their legislation and policies, and to ensure wide dissemination of the Rules to their judicial authorities and to prison staff and inmates.

1. *The 1987 European Prison Rules (Recommendation No. R (87) 3)*

22. The 1987 European Prison Rules were adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 12 February 1987. They contained the following provisions, *inter alia*, in relation to untried prisoners:

“11.1. In allocating prisoners to different institutions or regimes, due account shall be taken of their judicial and legal situation (untried or convicted prisoner, first offender or habitual offender, short sentence or long sentence), of the special requirements of their treatment, of their medical needs, their sex and age.

...

3. In principle, untried prisoners shall be detained separately from convicted prisoners unless they consent to being accommodated or involved together in organised activities beneficial to them.

...

91. Without prejudice to legal rules for the protection of individual liberty or prescribing the procedure to be observed in respect of untried prisoners, these prisoners, who are presumed to be innocent until they are found guilty, shall be ... treated without restrictions other than those necessary for the penal procedure and the security of the institution.

...

96. Untried prisoners shall, whenever possible, be offered the opportunity to work but shall not be required to work. Those who choose to work shall be paid as other prisoners. If educational or trade training is available untried prisoners shall be encouraged to avail themselves of these opportunities.”

2. *Recommendation No. (89) 12 on education in prison*

23. On 13 October 1989 the Committee of Ministers adopted its Recommendation on education in prison. The Preamble stated:

“Considering that the right to education is fundamental;

Considering the importance of education in the development of the individual and the community;

Realising in particular that a high proportion of prisoners have had very little successful educational experience, and therefore now have many educational needs;

Considering that education in prison helps to humanise prisons and to improve the conditions of detention;

Considering that education in prison is an important way of facilitating the return of the prisoner to the community;

Recognising that in the practical application of certain rights or measures, in accordance with the following recommendations, distinctions may be justified between convicted prisoners and prisoners remanded in custody;

Having regard to Recommendation No. R (87) 3 on the European Prison Rules and Recommendation No. R (81) 17 on adult education policy,

...”

The Recommendation continued as follows, *inter alia*:

“1. All prisoners shall have access to education, which is envisaged as consisting of classroom subjects, vocational education, creative and cultural activities, physical education and sports, social education and library facilities;

...

4. All those involved in the administration of the prison system and the management of prisons should facilitate and support education as much as possible;

...

6. Every effort should be made to encourage the prisoner to participate actively in all aspects of education;

...

17. The funds, equipment and teaching staff needed to enable prisoners to receive appropriate education should be made available.”

3. Recommendation Rec(2006)2 on the European Prison Rules

24. On 11 January 2006 the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted a new version of the European Prison Rules, noting that the 1987 Rules “need[ed] to be substantively revised and updated in order to reflect the developments which ha[d] occurred in penal policy, sentencing practice and the overall management of prisons in Europe”. The 2006 Rules contain the following basic principles:

“Basic principles

1. All persons deprived of their liberty shall be treated with respect for their human rights.

2. Persons deprived of their liberty retain all rights that are not lawfully taken away by the decision sentencing them or remanding them in custody.

3. Restrictions placed on persons deprived of their liberty shall be the minimum necessary and proportionate to the legitimate objective for which they are imposed.

4. Prison conditions that infringe prisoners’ human rights are not justified by lack of resources.

5. Life in prison shall approximate as closely as possible the positive aspects of life in the community.

6. All detention shall be managed so as to facilitate the reintegration into free society of persons who have been deprived of their liberty.

...

Scope and application

...

10.2 In principle, persons who have been remanded in custody by a judicial authority and persons who are deprived of their liberty following conviction should only be detained in prisons, that is, in institutions reserved for detainees of these two categories.

...

Allocation and accommodation

...

18.8 In deciding to accommodate prisoners in particular prisons or in particular sections of a prison due account shall be taken of the need to detain:

- a. untried prisoners separately from sentenced prisoners;
- b. male prisoners separately from females; and
- c. young adult prisoners separately from older prisoners.

18.9 Exceptions can be made to the requirements for separate detention in terms of paragraph 8 in order to allow prisoners to participate jointly in organised activities, but these groups shall always be separated at night unless they consent to be detained together and the prison authorities judge that it would be in the best interest of all the prisoners concerned.

...

Education

28.1 Every prison shall seek to provide all prisoners with access to educational programmes which are as comprehensive as possible and which meet their individual needs while taking into account their aspirations.

28.2 Priority shall be given to prisoners with literacy and numeracy needs and those who lack basic or vocational education.

28.3 Particular attention shall be paid to the education of young prisoners and those with special needs.

28.4 Education shall have no less a status than work within the prison regime and prisoners shall not be disadvantaged financially or otherwise by taking part in education.

28.5 Every institution shall have a library for the use of all prisoners, adequately stocked with a wide range of both recreational and educational resources, books and other media.

28.6 Wherever possible, the prison library should be organised in co-operation with community library services.

28.7 As far as practicable, the education of prisoners shall:

a. be integrated with the educational and vocational training system of the country so that after their release they may continue their education and vocational training without difficulty; and

b. take place under the auspices of external educational institutions.

...

Untried prisoners

...

Approach regarding untried prisoners

95.1 The regime for untried prisoners may not be influenced by the possibility that they may be convicted of a criminal offence in the future.

95.2 The rules in this part provide additional safeguards for untried prisoners.

95.3 In dealing with untried prisoners prison authorities shall be guided by the rules that apply to all prisoners and allow untried prisoners to participate in various activities for which these rules provide.

...

Access to the regime for sentenced prisoners

101. If an untried prisoner requests to be allowed to follow the regime for sentenced prisoners, the prison authorities shall as far as possible accede to this request.”

THE LAW

...

II. THE MERITS

A. Alleged violation of Article 2 of Protocol No. 1

26. The applicant complained that he was denied access to the school in Stara Zagora Prison, in breach of Article 13 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1. The Court considers that this complaint falls to be examined under Article 2 of Protocol No. 1, which reads as follows:

“No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.”

1. The parties' submissions

27. The applicant argued that the domestic legislation did not explicitly prohibit prisoners detained on remand from taking part in the prison's educational programme and that therefore he should have been treated in the same manner as convicted prisoners and allowed access to education. In particular, in his view, the provisions regarding access to educational facilities by convicted prisoners should have been applied to all detainees. In his submission, the domestic authorities construed the relevant provisions wrongly and as a result treated him in a discriminatory manner, restricted his rights more than was necessary for the purposes of his detention, and automatically and arbitrarily deprived him of his right to education.

28. The applicant also objected to the ground relied on by the prison authorities and by the Government in their observations, namely that as a person likely to be sentenced as a “recidivist”, it was justifiable to exclude him from the school in the interests of the “non-recidivists” who attended it. He pointed out that during the period he was detained at Stara Zagora there were convicted prisoners classified as “recidivists” who attended the prison school. In his submission, this demonstrated that the principle of separating “recidivists” from other prisoners had not been respected. Furthermore, the applicant reasoned that it was illogical to exclude him from the school on the ground that, as an unconvicted prisoner, there was a chance that he would be acquitted and have to leave before the completion of the school year. In the event, he spent almost two full school years in pre-trial detention at Stara Zagora prison. Had the prison authorities had any doubt concerning the duration of his detention on remand, they could have made inquiries of the Prosecutor's Office. The applicant contended that, until convicted, he was entitled to the presumption of innocence and should not have been denied his right to education during this period. Once he was convicted, and moved to Pazardjik Prison, he was unable to pursue his education because there was no school at that prison.

29. The Government contended that, in accordance with the Court's case-law, it was for the domestic authorities to regulate and plan educational facilities in their country. The decision by the prison authorities to exclude the applicant from the prison school was reasonable, given the need to apply different standards and conditions in relation to different categories of prisoner. The applicant's detention at Stara Zagora Prison, an open prison

designed primarily for “non-recidivist” convicted prisoners, was exceptional and, at the time, it was unclear how long he would continue to be detained there. Firstly, the Government argued that as a remand prisoner it was not appropriate that the applicant should attend school with convicted prisoners. Moreover, under the provisions of the Execution of Punishments Act as applicable at the time, remand prisoners were not allowed to enrol in prison school unless it was certain that they would remain at the prison for at least one school year. Secondly, as a remand prisoner who risked being sentenced as a “recidivist” following conviction, it was appropriate that the rules on “recidivist” prisoners should be applied to him (see paragraph 20 above). If this were not so, the prison authorities would not be able fully to protect “non-recidivist” prisoners from contact with “recidivists”. In addition, a relaxation of the rules applying to “recidivists” would weaken the deterrent effect of imprisonment. Had the applicant subsequently been acquitted, he would immediately have been released and his exclusion from the prison school would have ceased to affect him. Finally, the Government emphasised that, following his transfer to the prison in the town of Pazardzhik, the applicant did not submit a request to take part in the educational activities there.

2. *The Court’s assessment*

(a) **General principles**

30. The Court would begin by underlining that prisoners in general continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention, save for the right to liberty, where lawfully imposed detention expressly falls within the scope of Article 5 of the Convention. For example, prisoners may not be ill-treated, subjected to inhuman or degrading punishment or conditions contrary to Article 3 of the Convention; they continue to enjoy the right to respect for family life, the right to freedom of expression, the right to practise their religion, the right of effective access to a lawyer or to a court for the purposes of Article 6, the right to respect for correspondence and the right to marry. Any restrictions on these other rights require to be justified, although such justification may well be found in the considerations of security, in particular the prevention of crime and disorder, which inevitably flow from the circumstances of imprisonment (see *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, § 69, ECHR 2005-IX, and the cases cited therein; see also *Stummer v. Austria* [GC], no. 37452/02, § 99, ECHR 2011). In *Hirst* (cited above, § 70) the Court continued that “[t]here is no question ... that a prisoner

forfeits his Convention rights merely because of his status as a person detained following conviction”. This principle applies *a fortiori* in respect of a person, such as the applicant during the period in question, who has not been convicted and who must, therefore, be presumed innocent (see, for example, *Laduna v. Slovakia*, no. 31827/02, §§ 64 and 67, ECHR 2011).

31. As regards the right to education, while Article 2 of Protocol No. 1 cannot be interpreted as imposing a duty on the Contracting State to set up or subsidise particular educational establishments, any State doing so will be under an obligation to afford effective access to them. Put differently, access to educational institutions existing at a given time is an inherent part of the right set out in the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1 (see *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium”* (merits), 23 July 1968, pp. 7-8, §§ 3-4, Series A no. 6; *Ponomaryovi v. Bulgaria*, no. 5335/05, § 49, ECHR 2011; and *Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia* [GC], nos. 43370/04, 8252/05 and 18454/06, § 137, ECHR 2012). This provision applies to primary, secondary and higher levels of education (see *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, §§ 134 and 136, ECHR 2005-XI).

32. The Court however recognises that, in spite of its importance, the right to education is not absolute, but may be subject to limitations. Provided that there is no injury to the substance of the right, these limitations are permitted by implication since the right of access “by its very nature calls for regulation by the State”. In order to ensure that the restrictions that are imposed do not curtail the right in question to such an extent as to impair its very essence and deprive it of its effectiveness, the Court must satisfy itself that they are foreseeable for those concerned and pursue a legitimate aim. However, unlike the position with respect to Articles 8 to 11 of the Convention, it is not bound by an exhaustive list of “legitimate aims” under Article 2 of Protocol No. 1. Furthermore, a limitation will be compatible with Article 2 of Protocol No. 1 only if there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved. Although the final decision as to the observance of the Convention’s requirements rests with the Court, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in this sphere (see *Catan and Others*, cited above, § 140, and the cases cited therein).

33. It is true that education is an activity that is complex to organise and expensive to run, whereas the resources that the authorities can devote to it are necessarily finite. It is also true that in deciding how to regulate access to education, a State must strike a balance between, on the one hand, the educational needs of those under its jurisdiction and, on the other,

its limited capacity to accommodate them. However, the Court cannot overlook the fact that, unlike some other public services, education is a right that enjoys direct protection under the Convention. It is also a very particular type of public service, which not only directly benefits those using it but also serves broader societal functions. Indeed, the Court has already had occasion to point out that “[i]n a democratic society, the right to education ... is indispensable to the furtherance of human rights [and] plays ... a fundamental role ...” (see, *mutatis mutandis*, *Ponomaryovi*, cited above, § 55).

(b) Application of these principles to the facts of the present case

34. While the Court is aware of the recommendations of the Committee of Ministers to the effect that educational facilities should be made available to all prisoners (see paragraphs 21-24 above), it reiterates that Article 2 of Protocol No. 1 does not place an obligation on Contracting States to organise educational facilities for prisoners where such facilities are not already in place (see *Natoli v. Italy*, no. 26161/95, Commission decision of 18 May 1998, unreported, and *Epistatu v. Romania*, no. 29343/10, § 63, 24 September 2013). However, the present applicant’s complaint concerns the refusal to him of access to a pre-existing educational institution, namely the Stara Zagora Prison school. As noted above, the right of access to pre-existing educational institutions falls within the scope of Article 2 of Protocol No. 1. Any limitation on this right has, therefore, to be foreseeable, to pursue a legitimate aim and to be proportionate to that aim (see paragraph 32 above). Although Article 2 of Protocol No. 1 does not impose a positive obligation to provide education in prison in all circumstances, where such a possibility is available it should not be subject to arbitrary and unreasonable restrictions.

35. The Court finds it open to doubt whether the restriction on the applicant was sufficiently foreseeable for the purposes of Article 2 of Protocol No. 1. The relevant legislative framework provided that convicted prisoners aged 16 or older had a right, on request, to be included in educational programmes and that, in the absence of clear rules to the contrary, the provisions regarding convicted prisoners were to apply equally to remand prisoners. The only express provision relating to the rights of remand prisoners to education was to the effect that the prison authorities should “encourage” the participation of remand prisoners in prison educational programmes (see paragraphs 15-19 above).

36. The lack of clarity in the statutory framework was reflected in the fact that during the domestic proceedings and the proceedings before this Court, varied reasons were given by the national authorities for refusing

the applicant's request to enrol in the school. His request was refused by the Execution of Punishments Directorate of the Ministry of Justice on the ground that "once convicted", he would be transferred to a prison for "recidivists", and that in the meantime it would breach the statutory requirement to keep "recidivist" and "non-recidivist" prisoners apart if he were allowed to mix with "non-recidivists" in the prison school (see paragraph 7 above). Subsequently, the prison governor also refused his request on similar grounds (see paragraph 8 above). When the applicant appealed against the decision of the prison authorities to exclude him from the school, the Stara Zagora Regional Court found that he could not be classified as a "recidivist" and ordered the prison governor to admit him to the school. On the further appeal of the prison governor, the Supreme Administrative Court quashed the Regional Court's judgment on the ground that the applicant was not entitled to take part in the prison's educational programme because the right to education was envisaged by the relevant legislation as applying solely in regard of persons deprived of liberty as a result of a final conviction and not in regard of those detained on remand (see paragraph 12 above).

37. In addition, during the proceedings before this Court, the Government relied on three different grounds to justify the applicant's exclusion from the school. Firstly, they contended that, as a remand prisoner, it was not appropriate that he should attend school with convicted prisoners. Secondly, they argued that, as a remand prisoner serving an indeterminate period of pre-trial detention, it was inappropriate for him to attend the school which was intended for convicted prisoners serving terms of imprisonment of twelve months or more. Thirdly, they reasoned that since the applicant risked being sentenced as a "recidivist", it would not have been in the interests of the convicted, "non-recidivist" prisoners attending the school for the applicant to have been allowed to attend.

38. For the Court, it is noteworthy that the Government have not supported their arguments with any evidence relating to the conditions applicable in Stara Zagora Prison. The need to protect the applicant by keeping him apart from convicted prisoners, because of his status as a remand prisoner, was not a ground relied on by the prison authorities in rejecting the applicant's requests. Moreover, it was clear from the applicant's many requests to be allowed to attend the school that he had no objection to participating in this activity together with convicted prisoners. In the material before the Court, there is no evidence to show that remand prisoners would have come to any harm within the controlled and supervised environment of the classroom or that remand prisoners were detained separately from convicted

or “recidivist” prisoners within Stara Zagora Prison and, if so, whether this segregation applied to all aspects of the regime within the prison.

39. The second ground relied on by the Government was the indeterminate nature of detention on remand and the requirement in national law for prisoners to be serving sentences of one year or more before being able to enrol in prison schools. However, the Government have not explained why this was a necessary condition for admission to a prison school. With regard, specifically, to remand prisoners such as the applicant, the Court does not consider that the fact that the ultimate length of their pre-trial detention is uncertain at the start should be used as a justification for depriving them of access to educational facilities, save perhaps in cases where it is clear for some reason that the detention will be of short duration. Moreover, the Government have not provided the Court with any statistical information as regards the availability of resources at the school such as to justify, for example, a policy of concentrating limited resources on those prisoners serving the longest sentences.

40. Finally, with regard to the last ground relied on by the Government, namely the need to keep the applicant apart from other prisoners because of the risk that he would be sentenced as a “recidivist”, the Court does not consider this was a legitimate reason, since during the time in question he was an unconvicted prisoner and entitled to the presumption of innocence.

41. The Court does not, therefore, consider any of the grounds relied on by the Government to be persuasive, particularly as they are unsupported by any evidence relating to the precise modalities of providing access to education at the Stara Zagora Prison school. On the other side of the balance must be set the applicant’s undoubted interest in completing his secondary education. The value of providing education in prison, both in respect of the individual prisoner and the prison environment and society as a whole, has been recognised by the Committee of Ministers of the Council of Europe in its Recommendations on education in prison and on the European Prison Rules (see paragraphs 21-24 above).

42. In the instant case the Government provided neither practical reasons, for example based on lack of resources at the school, nor a clear explanation as to the legal grounds for the restriction placed on the applicant. In these circumstances, on the evidence before it, the Court does not find that the refusal to enrol the applicant in the Stara Zagora Prison school was sufficiently foreseeable, nor that it pursued a legitimate aim and was proportionate to that aim. It follows that there has been a violation of Article 2 of Protocol No. 1 in this case.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

1. *Declares* the application admissible;
 2. *Holds* that there has been a violation of Article 2 of Protocol No. 1;
- ...

Done in English, and notified in writing on 27 May 2014, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Françoise Elens-Passos
Registrar

Ineta Ziemele
President

VELYO VELEV c. BULGARIE
(Requête n° 16032/07)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 27 MAI 2014¹

1. Traduction; original anglais. Extraits.

SOMMAIRE¹**Refus d'inscrire une personne en détention provisoire au centre d'enseignement de la prison**

Le droit d'accès à des établissements d'enseignement préexistants relève de l'article 2 du Protocole n° 1. Toute restriction à ce droit doit donc être prévisible et poursuivre un but légitime auquel elle serait proportionnée. Si l'article 2 du Protocole n° 1 n'impose pas une obligation positive de prévoir un enseignement en prison en toutes circonstances, lorsqu'une telle possibilité existe, elle ne doit pas être soumise à des restrictions arbitraires et déraisonnables (paragraphe 34 de l'arrêt).

Article 2 du Protocole n° 1

Droit à l'éducation – Refus d'inscrire une personne en détention provisoire au centre d'enseignement de la prison – Accès effectif à des établissements d'enseignement existants – Prévisibilité – But légitime – Proportionnalité

*

* *

En 2005, le requérant, qui se trouvait alors en détention provisoire, demanda à être inscrit au centre d'enseignement de la prison, mais il se heurta à un refus, tout d'abord de la part des autorités de la prison puis de la Cour administrative suprême. Le directeur de la prison considéra que s'il était reconnu coupable, le requérant, qui avait déjà été condamné, serait récidiviste et ne devait donc pas être détenu avec les non-récidivistes. La Cour administrative suprême rejeta la demande de l'intéressé pour divers motifs, déclarant que le droit à l'instruction s'appliquait aux seules personnes privées de leur liberté à la suite d'une condamnation définitive, et non à celles en détention provisoire.

Article 2 du Protocole n° 1: la Cour rappelle que les personnes régulièrement détenues continuent de jouir de tous les droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention, à l'exception du droit à la liberté. Le requérant avait donc le droit à l'instruction garanti par l'article 2 du Protocole n° 1. Ce droit imposait à la Bulgarie l'obligation d'offrir un accès effectif aux établissements d'enseignement existants, y compris en milieu carcéral. Dès lors, il incombait au Gouvernement de démontrer que l'exclusion du requérant était prévisible et qu'elle poursuivait un but légitime auquel elle aurait été proportionnée. La Cour juge douteux que l'exclusion fût suffisamment prévisible. En effet, le cadre législatif pertinent prévoyait que les

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

détenus condamnés avaient le droit de participer aux programmes d'enseignement et que les dispositions relatives aux détenus condamnés étaient également applicables aux personnes en détention provisoire. Le manque de clarté du cadre légal ressort de la diversité des motifs fournis pour justifier l'exclusion : le directeur de la prison et le ministère de la Justice ont mis l'accent sur la récidive potentielle du requérant, alors que la Cour administrative suprême a insisté sur le statut du requérant, à savoir celui de personne en détention provisoire. Le Gouvernement a avancé trois motifs différents pour justifier l'exclusion du requérant du centre d'enseignement de la prison. En ce qui concerne le premier argument selon lequel il n'était pas approprié que le requérant suivît des cours avec des détenus condamnés, la Cour observe que l'intéressé n'a émis aucune objection à cet égard et que rien n'indique que les personnes en détention provisoire subiraient un préjudice si elles suivaient des cours en même temps que des détenus condamnés. Deuxièmement, la Cour estime que l'incertitude de la durée de la détention provisoire d'un prévenu ne constitue pas une justification valable pour exclure ces personnes d'un accès à des possibilités d'instruction. Enfin, quant au troisième argument du Gouvernement selon lequel le requérant risquait d'être condamné comme récidiviste, si bien qu'il n'était pas dans l'intérêt de non-récidivistes de fréquenter le centre d'enseignement avec lui, la Cour rappelle que le requérant avait droit à la présomption d'innocence et ne pouvait donc pas être qualifié de récidiviste. À la lumière de ces considérations et reconnaissant l'intérêt incontesté du requérant à terminer ses études secondaires, la Cour conclut que le refus d'admettre celui-ci au centre d'enseignement de la prison n'était pas suffisamment prévisible et qu'il n'a pas poursuivi un but légitime auquel il aurait été proportionné.

Conclusion : violation (unanimité).

Jurisprudence citée par la Cour

Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » (fond), 23 juillet 1968, série A n° 6

Catan et autres c. République de Moldova et Russie [GC], n°s 43370/04, 8252/05 et 18454/06, CEDH 2012

Epistatu c. Roumanie, n° 29343/10, 24 septembre 2013

Hirst c. Royaume-Uni (n° 2) [GC], n° 74025/01, CEDH 2005-IX

Laduna c. Slovaquie, n° 31827/02, CEDH 2011

Leyla Şahin c. Turquie [GC], n° 44774/98, CEDH 2005-XI

Natoli c. Italie, n° 26161/95, décision de la Commission du 18 mai 1998, non publiée

Ponomaryovi c. Bulgarie, n° 5335/05, CEDH 2011

Stummer c. Autriche [GC], n° 37452/02, CEDH 2011

En l'affaire Velyo Velev c. Bulgarie,

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

Ineta Ziemele, *présidente*,

Päivi Hirvelä,

Ledi Bianku,

Nona Tsotsoria,

Zdravka Kalaydjieva,

Paul Mahoney,

Faris Vehabović, *juges*,

et de Françoise Elens-Passos, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 6 mai 2014,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 16032/07) dirigée contre la République de Bulgarie et dont un ressortissant de cet État, M. Velyo Nikolaev Velev (« le requérant »), a saisi la Cour le 5 mars 2007 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le requérant a été représenté par M^e E. Syarova, avocate à Stara Zagora. Le gouvernement bulgare (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M^{me} M. Kotseva, du ministère de la Justice.

3. Invoquant l'article 2 du Protocole n° 1, le requérant se plaignait de n'avoir pas pu poursuivre ses études à la prison de Stara Zagora et, sous l'angle de l'article 6 § 2 de la Convention, il soutenait avoir été traité comme « récidiviste » avant sa condamnation définitive.

4. Le 14 décembre 2010, la requête a été communiquée au Gouvernement.

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

5. Le requérant est né en 1977 et réside à Stara Zagora. Condamné pour une infraction d'escroquerie en 2003, il purgea une peine d'emprisonnement à Stara Zagora du 11 février 2003 au 9 août 2004. Le 1^{er} octobre 2004, soupçonné de détention illégale d'armes à feu, il fut arrêté et placé en détention provisoire du 29 novembre 2004 au 20 avril 2007 à la prison de

Stara Zagora, où il aurait été détenu avec des « récidivistes » (paragraphe 20 ci-dessous).

6. N'ayant jamais achevé ses études secondaires, le requérant demanda à être inscrit au centre d'enseignement de la prison de Stara Zagora. En août 2005, il adressa au directeur de cette prison une demande écrite d'inscription au centre d'enseignement pour l'année scolaire 2005/2006. N'ayant obtenu aucune réponse le 15 septembre 2005, début de l'année scolaire, il écrivit de nouveau au directeur le 29 septembre 2005, ainsi qu'au ministère de l'Éducation et au procureur (en Bulgarie, le procureur est l'autorité compétente pour contrôler la légalité de l'exécution d'une détention provisoire et d'une détention après condamnation). Le requérant reçut une lettre du procureur datée du 6 octobre 2005 selon laquelle l'administration pénitentiaire avait dûment pris en compte la possibilité pour le requérant d'étudier en prison, eu égard à sa condamnation antérieure. Le procureur déclarait en outre que le refus d'accès à l'instruction allégué par le requérant n'avait pas été confirmé. Celui-ci reçut également le 24 octobre 2005 une réponse du ministère de l'Éducation qui indiquait que les personnes privées de leur liberté (*лишени от свобода*) étaient autorisées à poursuivre leurs études en prison et ne renfermait aucune référence spécifique aux personnes en détention provisoire.

7. Dans l'intervalle, le 19 octobre 2005, le requérant avait adressé une autre demande au directeur de la prison, au ministère de l'Éducation et au procureur près la cour d'appel. Le 26 octobre 2005, il saisit le directeur de la prison d'une nouvelle demande d'inscription au centre d'enseignement de la prison pour l'année scolaire 2005/2006. Se référant à la lettre du 24 octobre 2005, il soutenait que le ministère de l'Éducation avait reconnu son droit à l'instruction en prison. Le 7 décembre 2005, il reçut une réponse signée du chef de la direction de l'exécution des peines du ministère de la Justice, qui rejetait sa demande. Cette lettre énonçait notamment :

« Il est établi que [le requérant] n'a pas encore été condamné. Dès sa condamnation, il sera transféré dans un établissement pénitentiaire pour récidivistes.

L'intégration de récidivistes aux programmes de formation et de travail existant dans les établissements pénitentiaires pour non-récidivistes conduirait à méconnaître l'exigence de séparation des différentes catégories de détenus pendant leur détention et pendant leur participation aux programmes d'amendement (...)

8. Le 21 décembre 2005, le requérant forma un recours contre le refus de l'inscrire au centre d'enseignement, soutenant qu'il ne pouvait pas être tenu pour « récidiviste » en l'absence d'une seconde peine d'emprisonnement. Dans ses observations écrites, il invoqua explicitement le droit à l'instruction garanti par l'article 53 de la Constitution et par

l'article 2 du Protocole n° 1, ainsi que par l'article 77 de l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus des Nations unies, selon lequel « [d]es dispositions doivent être prises pour développer l'instruction de tous les détenus capables d'en profiter ». Il affirmait que la loi de 1969 sur l'exécution des peines (paragraphe 15-19 ci-dessous) imposait aux autorités en ce qui concerne l'accès à l'éducation la même obligation pour les personnes en détention provisoire que pour les détenus condamnés. D'après lui, le refus ne poursuivait aucun but légitime et il était contraire à la loi sur l'éducation et à la Convention des Nations unies concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement (publiée au Journal officiel en 1963). Durant l'audience, le requérant indiqua que d'autres personnes dans sa situation étaient autorisées à étudier et que les autorités pénitentiaires n'avaient fourni aucun motif juridique à l'appui de leur refus. Le directeur de la prison admit que des personnes dans la même situation que le requérant avaient auparavant eu accès au centre d'enseignement, mais que cette pratique avait été abandonnée en raison de préoccupations au sujet de l'influence des « récidivistes » sur les « non-récidivistes ». Le requérant s'était vu refuser l'accès à l'instruction au motif qu'il devait être traité comme un « récidiviste » au sens de la loi de 1969 sur l'exécution des peines (paragraphe 20 ci-dessous) et qu'il ne pouvait pas fréquenter le centre d'enseignement car il y aurait été en contact avec des non-récidivistes.

9. Par un jugement du 24 mars 2006, le tribunal régional de Stara Zagora fit droit au recours du requérant et ordonna au directeur de la prison d'intégrer l'intéressé au programme d'enseignement de la prison. Il estima en particulier que le refus du directeur procédait de l'hypothèse que le requérant était « récidiviste » et que, la prison de Stara Zagora étant un établissement pour « non-récidivistes », l'administration pénitentiaire avait l'obligation d'exclure l'intéressé des programmes impliquant d'autres détenus, qui étaient pour la plupart des « non-récidivistes ». Le tribunal estima que le requérant ne pouvait pas être tenu pour un « récidiviste », tel que défini par l'article 158 de la loi de 1969 sur l'exécution des peines car, bien qu'il eût déjà été condamné à une peine d'emprisonnement, la procédure dirigée contre lui était toujours pendante et il n'avait pas encore été reconnu coupable et condamné une seconde fois. Il jugea donc inapplicable la règle exigeant que les « récidivistes » fussent détenus à l'écart des « non-récidivistes » en prison.

10. Le directeur de la prison fit appel de ce jugement. Il soutint que, conformément au principe de l'application d'un traitement différencié aux diverses catégories de détenus, le requérant avait été intégré au groupe des personnes en détention provisoire qui, en cas de condamnation, relèveraient de la catégorie des « récidivistes ». De plus, la prison de Stara Zagora était

un établissement pour « non-récidivistes » et l'accueil de « récidivistes », y compris de personnes en détention provisoire traitées comme tels, était exceptionnel.

11. Avant l'examen de l'appel, le 9 août 2006, le requérant demanda au directeur de la prison de l'inscrire au centre d'enseignement pour l'année scolaire qui débutait le 15 septembre 2006. N'ayant pas reçu de réponse à cette demande, il saisit la direction de l'exécution des peines du ministère de la Justice d'une demande similaire le 21 septembre 2006.

12. Le 26 septembre 2006, la Cour administrative suprême rendit un jugement définitif concernant la plainte du requérant relative à son exclusion du centre d'enseignement. Devant cette juridiction, le procureur (qui intervient dans toutes les procédures devant la Cour suprême) émit l'avis que la décision du tribunal régional de Stara Zagora était correcte et qu'il y avait lieu de rejeter l'appel du directeur de la prison. Il estima en outre que les moyens de cassation n'étaient pas clairs et qu'ils étaient fondés sur une mauvaise interprétation de la loi applicable, contraire à la bonne interprétation donnée par le tribunal de première instance dans la décision attaquée. Dans sa décision, la Cour suprême nota que la loi de 1969 sur l'exécution des peines, avant d'être modifiée en 2002, imposait l'instruction obligatoire pour tous les détenus âgés de moins de quarante ans. La disposition alors en vigueur n'envisageait l'instruction obligatoire que pour les personnes âgées de moins de seize ans ; pour celles âgées de seize ans et plus l'État avait l'obligation de donner accès à l'instruction aux détenus qui souhaitaient en bénéficier. Toutefois, en vertu du droit interne, les détenus condamnés avaient droit à l'instruction seulement en cas de condamnation à une peine de un an ou plus d'emprisonnement, de façon à ce qu'ils aient la possibilité de terminer leur année scolaire (paragraphes 15-19 ci-dessous). La Cour suprême conclut ainsi :

« [L]e droit à l'éducation (obligatoire ou volontaire) est prévu et régi par la législation de la République de Bulgarie seulement pour les personnes privées de leur liberté à la suite d'une condamnation définitive *[лишаване от свобода]* et non pour les personnes privées de leur liberté en vertu d'une mesure de détention provisoire *[задържане под стража]*. »

Il s'ensuivait pour la Cour suprême que la question de savoir si les autorités pénitentiaires avaient considéré à tort le requérant comme un « récidiviste » était dépourvue de pertinence.

13. Renvoyant à ce jugement, le 6 novembre 2006, la direction de l'exécution des peines répondit aux demandes formulées par le requérant le 9 août et le 21 septembre 2006, l'informant qu'il ne serait pas inscrit au centre d'enseignement de la prison pour l'année 2006/2007.

14. Par la suite, le requérant fut reconnu coupable et condamné à une peine d'emprisonnement pour l'infraction de détention d'armes à feu. Le 20 avril 2007, il fut transféré de la prison de Stara Zagora à celle de Pazardjik pour y purger sa peine. Le Gouvernement a informé la Cour que le requérant n'a pas demandé à participer aux activités d'enseignement pendant son séjour dans cette prison. Toutefois, dans les observations soumises par lui à la Cour, le requérant a déclaré qu'il n'avait pas présenté de demande au motif qu'il n'y avait pas de centre d'enseignement à la prison de Pazardjik. En outre, il a adressé à la Cour des documents indiquant qu'au moins un détenu considéré comme «récidiviste» avait participé au programme d'enseignement à la prison de Stara Zagora. Le requérant fut libéré de la prison de Pazardjik le 27 juillet 2008.

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

A. L'accès des détenus à l'éducation

15. Durant la période en question, l'accès des détenus à l'éducation était régi par la loi de 1969 sur l'exécution des peines (en vigueur jusqu'en juin 2009, «la loi de 1969»), les décrets d'application de la loi de 1969, l'ordonnance n° 2 du 19 avril 1999 sur le statut des personnes en détention provisoire (en vigueur jusqu'en 2007, «l'ordonnance»), la loi de 1991 sur l'éducation nationale («la loi de 1991»), et les décrets d'application de la loi de 1991. Il y a lieu de noter qu'avant 2002 le statut des personnes en détention provisoire était régi par des ordonnances du ministre de la Justice. En 2002, ces dispositions furent insérées dans la loi de 1969. Il apparaît que l'ordonnance a continué à déployer ses effets jusqu'en 2006, les décrets d'application de la loi de 1969 ayant alors été complétés par des dispositions régissant plus en détail le statut des personnes en détention provisoire.

16. Avant 2002, l'éducation en prison était obligatoire pour les détenus âgés de moins de quarante ans (article 39 § 1 de la loi de 1969), mais uniquement s'ils avaient été condamnés à une peine de un an ou plus d'emprisonnement (article 47 § 1 du décret d'application de la loi de 1969). L'article 39 § 1 de la loi de 1969 a été abrogé en 2002 mais la disposition du décret d'application est demeurée valide.

17. Les dispositions pertinentes prévoyaient trois régimes concernant l'accès à l'éducation. Premièrement, les détenus ayant entre quatorze et dix-huit ans, placés dans des «institutions de rééducation» et non dans des prisons, étaient autorisés à suivre des cours. L'éducation était obligatoire pour les détenus âgés de seize ans ou moins (article 39 § 3 de la loi de 1969 et article 7 § 1 de la loi de 1991). Les détenus condamnés plus âgés pouvaient demander à participer aux programmes d'enseignement et

l'administration pénitentiaire était tenue de prévoir de tels programmes (article 39 § 4 de la loi de 1969 et article 75 § 1 du décret d'application de la loi de 1969). Au moment de l'admission d'un détenu dans une institution pénitentiaire, les autorités de la prison étaient tenues d'évaluer les besoins individuels de l'intéressé en matière d'éducation (article 66 a) §§ 1 et 3 de la loi de 1969). Les détenus qui participaient à des activités éducatives et ne travaillaient pas pouvaient voir déduite de leur peine globale la période passée en cours sur la base des mêmes règles que celles applicables aux jours de travail (article 103 § 4 de la loi de 1969).

18. L'article 128 de la loi de 1969 énonçait qu'en l'absence de dispositions spécifiques, les dispositions de la loi de 1969 concernant les détenus condamnés s'appliquaient aux personnes en détention provisoire. Une disposition similaire figurait dans le décret d'application de la loi de 1969 (article 168).

19. La nouvelle loi de 2009 sur l'exécution des peines et la détention provisoire (« la loi de 2009 ») renferme des dispositions similaires. Elle énonce que l'intégration des détenus condamnés âgés de moins de seize ans aux programmes d'éducation est obligatoire (article 162 § 1 de la loi de 2009). L'administration peut prévoir des programmes éducatifs pour les détenus plus âgés (article 162 § 2 de la loi de 2009). L'intégration des personnes en détention provisoire aux programmes éducatifs est « encouragée » (article 257 § 2 de la loi de 2009). Enfin, la période passée en cours doit être déduite de la peine globale sur la base des règles applicables aux jours de travail (article 178 § 4 de la loi de 2009).

B. Les récidivistes

20. À l'époque des faits, l'article 158 § 1 de la loi de 1969 énonçait qu'aux fins de la loi il fallait entendre par « récidivistes » :

« a) des personnes ayant été condamnées deux fois ou plus à une peine d'emprisonnement pour des infractions intentionnelles qui n'exigeaient pas une peine cumulée (...), si elles avaient effectivement purgé une peine d'emprisonnement ;

b) des personnes ayant été condamnées pour une infraction qualifiée de récidive dangereuse. »

L'article 12 de la loi de 1969 exigeait que les « récidivistes » purgent leur peine dans des institutions distinctes. D'après l'article 8 a) § 3, « les activités d'amendement prévues pour les différentes catégories de détenus [étaient] mises en œuvre séparément ». Les « récidivistes » au sens de la loi ne pouvaient être transférés dans d'autres prisons que dans des circonstances exceptionnelles, s'ils s'étaient amendés et s'il n'existait aucun danger qu'ils exercent une influence négative sur les autres détenus (article 12 § 2 de la

loi de 1969). Les personnes en détention provisoire qui avaient déjà été condamnées à une peine d'emprisonnement et qui ne s'étaient pas amendées étaient séparées des autres personnes en détention provisoire (article 1306 §§ 1 et 5 de la loi de 1969). La loi de 2009 contient des dispositions similaires.

III. LES DOCUMENTS PERTINENTS DU CONSEIL DE L'EUROPE

Les Règles pénitentiaires européennes

21. Les Règles pénitentiaires européennes sont des recommandations du Comité des Ministres aux États membres du Conseil de l'Europe quant aux normes minimales à appliquer dans les prisons. Les États sont encouragés à s'inspirer de ces Règles dans l'élaboration de leur législation et de leur politique et à en assurer une large diffusion auprès de leurs autorités judiciaires ainsi qu'auprès du personnel pénitentiaire et des détenus.

1. Les Règles pénitentiaires européennes de 1987 (Recommandation n° R (87) 3

22. Les Règles pénitentiaires européennes de 1987 furent adoptées par le Comité des Ministres le 12 février 1987. Elles renferment notamment les dispositions suivantes en ce qui concerne les personnes en détention provisoire :

« 11.1. Pour la répartition des détenus dans les établissements ou le choix d'un régime applicable, il est tenu compte notamment de leur situation judiciaire ou légale (prévenu ou condamné, condamné primaire ou récidiviste, courte peine ou longue peine), des exigences particulières de leur traitement, de leurs besoins médicaux, de leur sexe et âge.

(...)

3. En principe, les prévenus et les condamnés doivent être détenus séparément, sauf s'ils acceptent de cohabiter ou de participer ensemble à des activités profitables à tous.

(...)

91. Sans préjudice des dispositions légales relatives à la protection de la liberté individuelle et suivant la procédure applicable aux prévenus, ces derniers, qui jouissent d'une présomption d'innocence jusqu'à ce que leur culpabilité soit établie, doivent (...) être traités sans autres restrictions que celles imposées par la procédure pénale et la sécurité de l'établissement.

(...)

96. Tout prévenu doit, dans la mesure du possible, avoir la possibilité de travailler, mais sans y être obligé. S'il travaille, il doit être rémunéré comme les autres détenus. S'il

existe des programmes d'études et de formation professionnelle, il doit être encouragé à en bénéficier.»

2. Recommandation n° R (89) 12 sur l'éducation en prison

23. Le 13 octobre 1989, le Comité des Ministres adopta une recommandation sur l'éducation en prison. Son préambule se lit ainsi :

« Considérant que le droit à l'éducation est fondamental ;

Considérant l'importance de l'éducation pour le développement individuel et communautaire ;

Conscient notamment du fait qu'une proportion élevée de détenus n'ont connu que très peu d'expériences éducatives fructueuses et qu'ils ont pour cette raison de nombreux besoins en matière d'éducation ;

Considérant que l'éducation en prison contribue à rendre les prisons plus humaines et à améliorer les conditions de détention ;

Considérant que l'éducation en prison est un moyen important de faciliter le retour du détenu dans la société ;

Reconnaissant que dans l'application pratique de certains droits ou mesures, en accord avec les recommandations suivantes, des distinctions peuvent se justifier entre les détenus condamnés et les détenus en détention préventive ;

Tenant compte de la Recommandation n° R (87) 3 sur les Règles pénitentiaires européennes et de la Recommandation n° R (81) 17 sur les politiques de l'éducation des adultes (...) »

La recommandation se poursuit notamment ainsi :

« 1. Tous les détenus doivent avoir accès à l'éducation, qui devrait englober l'instruction de base, la formation professionnelle, les activités créatrices et culturelles, l'éducation physique et les sports, l'éducation sociale et la possibilité de fréquenter une bibliothèque ;

(...)

4. Tous ceux qui sont appelés à participer à l'administration du système pénitentiaire et à la gestion des établissements de détention devraient faciliter et encourager l'éducation dans toute la mesure du possible ;

(...)

6. Tous les efforts devraient être entrepris pour encourager le détenu à participer activement à tous les aspects de l'éducation ;

(...)

17. Il faudrait mettre à la disposition des prisons les crédits, l'équipement et le personnel enseignant nécessaires pour permettre aux détenus de recevoir une éducation appropriée. »

3. *Recommandation Rec(2006)2 sur les Règles pénitentiaires européennes*

24. Le 11 janvier 2006, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe adopta une nouvelle version des Règles pénitentiaires européennes, considérant que la Recommandation n° R (87) 3 sur les Règles pénitentiaires européennes devait « être révisée et mise à jour de façon approfondie pour pouvoir refléter les développements qui [étaient] survenus dans le domaine de la politique pénale, les pratiques de condamnation ainsi que de gestion des prisons en général en Europe ». Les Règles de 2006 renferment les principes fondamentaux suivants :

« Principes fondamentaux »

1. Les personnes privées de liberté doivent être traitées dans le respect des droits de l'homme.

2. Les personnes privées de liberté conservent tous les droits qui ne leur ont pas été retirés selon la loi par la décision les condamnant à une peine d'emprisonnement ou les plaçant en détention provisoire.

3. Les restrictions imposées aux personnes privées de liberté doivent être réduites au strict nécessaire et doivent être proportionnelles aux objectifs légitimes pour lesquelles elles ont été imposées.

4. Le manque de ressources ne saurait justifier des conditions de détention violant les droits de l'homme.

5. La vie en prison est alignée aussi étroitement que possible sur les aspects positifs de la vie à l'extérieur de la prison.

6. Chaque détention est gérée de manière à faciliter la réintégration dans la société libre des personnes privées de liberté.

(...)

Champ d'application

(...)

10.2 En principe, les personnes placées en détention provisoire par une autorité judiciaire et privées de liberté à la suite d'une condamnation ne peuvent être détenues que dans des prisons, à savoir des établissements réservés aux détenus relevant de ces deux catégories.

(...)

Répartition et locaux de détention

(...)

18.8 La décision de placer un détenu dans une prison ou une partie de prison particulière doit tenir compte de la nécessité de séparer :

a. les prévenus des détenus condamnés ;

- b. les détenus de sexe masculin des détenus de sexe féminin ; et
- c. les jeunes détenus adultes des détenus plus âgés.

18.9 Il peut être dérogé aux dispositions du paragraphe 8 en matière de séparation des détenus afin de permettre à ces derniers de participer ensemble à des activités organisées. Cependant les groupes visés doivent toujours être séparés la nuit, à moins que les intéressés ne consentent à cohabiter et que les autorités pénitentiaires estiment que cette mesure s'inscrit dans l'intérêt de tous les détenus concernés.

(...)

Éducation

28.1 Toute prison doit s'efforcer de donner accès à tous les détenus à des programmes d'enseignement qui soient aussi complets que possible et qui répondent à leurs besoins individuels tout en tenant compte de leurs aspirations.

28.2 Priorité doit être donnée aux détenus qui ne savent pas lire ou compter et à ceux qui n'ont pas d'instruction élémentaire ou de formation professionnelle.

28.3 Une attention particulière doit être portée à l'éducation des jeunes détenus et de ceux ayant des besoins particuliers.

28.4 L'instruction doit, du point de vue des régimes carcéraux, être considérée au même titre que le travail et les détenus ne doivent pas être pénalisés, que ce soit financièrement ou d'une autre manière, par leur participation à des activités éducatives.

28.5 Chaque établissement doit disposer d'une bibliothèque destinée à tous les détenus, disposant d'un fonds satisfaisant de ressources variées, à la fois récréatives et éducatives, de livres et d'autres supports.

28.6 Partout où cela est possible, la bibliothèque de la prison devrait être organisée avec le concours des bibliothèques publiques.

28.7 Dans la mesure du possible, l'instruction des détenus :

- a. doit être intégrée au système d'éducation et de formation professionnelle publique, afin que les intéressés puissent poursuivre aisément leur éducation et formation professionnelle après leur sortie de prison ; et

- b. doit être dispensée sous l'égide d'établissements d'enseignement externes.

(...)

Prévenus

(...)

Approche applicable aux prévenus

95.1 Le régime carcéral des prévenus ne doit pas être influencé par la possibilité que les intéressés soient un jour reconnus coupables d'une infraction pénale.

95.2 Les règles répertoriées dans cette partie énoncent des garanties supplémentaires au profit des prévenus.

95.3 Dans leurs rapports avec les prévenus, les autorités doivent être guidées par les règles applicables à l'ensemble des détenus et permettre aux prévenus de participer aux activités prévues par lesdites règles.

(...)

Accès au régime des détenus condamnés

101. Si un prévenu demande à suivre le régime des détenus condamnés, les autorités pénitentiaires doivent satisfaire sa demande, dans la mesure du possible.»

EN DROIT

(...)

II. SUR LE FOND

A. Sur la violation alléguée de l'article 2 du Protocole n° 1

26. Invoquant l'article 13 de la Convention et l'article 2 du Protocole n° 1, le requérant se plaignait de n'avoir pas eu accès au centre d'enseignement de la prison de Stara Zagora. La Cour estime que ce grief appelle un examen sous l'angle de l'article 2 du Protocole n° 1, qui se lit ainsi :

«Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques.»

1. Les thèses des parties

27. Le requérant soutient que la législation interne n'interdisait pas expressément aux personnes en détention provisoire de participer aux programmes éducatifs de la prison, de sorte que, d'après lui, il aurait dû être traité de la même manière que les détenus condamnés et aurait dû avoir accès à l'éducation. Il estime en particulier que les dispositions relatives à l'accès des détenus condamnés aux possibilités d'enseignement auraient dû être appliquées à tous les détenus. Il considère que les autorités internes ont procédé à une interprétation erronée des dispositions pertinentes et l'ont donc traité de façon discriminatoire, ont restreint ses droits plus qu'il n'était nécessaire aux fins de sa détention et l'ont privé automatiquement et arbitrairement de son droit à l'instruction.

28. Le requérant conteste en outre le motif invoqué par les autorités pénitentiaires et par le Gouvernement dans ses observations, à savoir qu'en

tant que personne susceptible d'être condamnée comme « récidiviste » il se justifiait de l'exclure du centre d'enseignement dans l'intérêt des « non-récidivistes » qui y suivaient les cours. Il déclare que durant sa détention à Stara Zagora des détenus condamnés considérés comme « récidivistes » ont participé aux cours du centre d'enseignement. À son sens, cela démontre que le principe consistant à séparer les « récidivistes » des autres détenus n'a pas été respecté. En outre, le requérant soutient que son exclusion du centre d'enseignement au motif que, en tant que détenu non condamné, il avait une chance d'être acquitté et qu'il aurait dû dans ce cas arrêter ses cours avant la fin de l'année scolaire était illogique. Il indique qu'il a finalement passé près de deux années scolaires complètes en détention provisoire à la prison de Stara Zagora. Il ajoute que si les autorités pénitentiaires avaient eu des doutes concernant la durée de sa détention provisoire, elles auraient pu interroger le parquet. Il arguë que jusqu'à sa condamnation il avait droit à la présomption d'innocence et qu'il n'aurait pas dû être privé de son droit à l'instruction durant cette période. Enfin, il déclare qu'une fois condamné et transféré à la prison de Pazardjik, il n'a pas pu poursuivre son instruction, faute de centre d'enseignement dans cette prison.

29. Le Gouvernement soutient que d'après la jurisprudence de la Cour c'est aux autorités internes qu'il appartient de réglementer et de prévoir les possibilités d'enseignement dans leur pays. Selon lui, la décision des autorités pénitentiaires d'exclure le requérant du centre d'enseignement de la prison était raisonnable, eu égard à la nécessité d'appliquer des normes et conditions différentes aux diverses catégories de détenus. Le requérant aurait été détenu à titre exceptionnel à la prison de Stara Zagora, une prison en milieu ouvert prévue principalement pour des détenus condamnés « non récidivistes » et, à l'époque, on n'aurait pas su exactement combien de temps il y serait détenu. Premièrement, le Gouvernement arguë qu'il n'était pas approprié que le requérant, qui se trouvait en détention provisoire, suivît des cours avec des détenus condamnés. Il ajoute qu'en vertu des dispositions de la loi sur l'exécution des peines, telle qu'applicable à l'époque des faits, les personnes en détention provisoire n'étaient pas autorisées à s'inscrire au centre d'enseignement de la prison, à moins qu'il fût certain qu'elles demeureraient détenues pendant une année scolaire au moins. Deuxièmement, il juge normal que les dispositions sur les détenus « récidivistes » fussent appliquées au requérant, qui se trouvait en détention provisoire et risquait d'être condamné comme « récidiviste » à la suite de sa condamnation (paragraphe 20 ci-dessus). Le Gouvernement explique que si on ne procédait pas ainsi les autorités pénitentiaires ne seraient pas en mesure de protéger pleinement les détenus « non récidivistes » de contacts avec des « récidivistes ». En outre, d'après lui, un assouplissement des règles applicables aux « récidivistes »

affaiblirait l'effet dissuasif de l'emprisonnement. Selon le Gouvernement, si le requérant avait été ultérieurement acquitté, il aurait été immédiatement libéré et son exclusion du centre d'enseignement de la prison n'aurait plus eu aucun effet sur lui. Enfin, le Gouvernement indique qu'à la suite de son transfert à la prison de Pazardjik, le requérant n'a pas demandé à participer aux activités éducatives organisées dans cet établissement.

2. L'appréciation de la Cour

a) Principes généraux

30. La Cour souligne tout d'abord que, d'une manière générale, les détenus continuent de jouir de tous les droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention, à l'exception du droit à la liberté, lorsqu'une détention régulière entre expressément dans le champ d'application de l'article 5 de la Convention. Par exemple, les détenus ne peuvent être soumis à des mauvais traitements ou à des peines ou conditions inhumaines ou dégradantes, interdits par l'article 3; ils continuent de jouir du droit au respect de la vie familiale, du droit à la liberté d'expression, du droit de pratiquer leur religion, du droit d'avoir un accès effectif à un avocat ou à un tribunal aux fins de l'article 6, du droit au respect de la correspondance et du droit de se marier. Toute restriction à ces autres droits doit être justifiée, même si pareille justification peut tout à fait reposer sur les considérations de sécurité, notamment la prévention du crime et la défense de l'ordre, qui découlent inévitablement des circonstances de l'emprisonnement (*Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2) [GC], n° 74025/01, § 69, CEDH 2005-IX, et les arrêts qui y sont cités; voir également *Stummer c. Autriche* [GC], n° 37452/02, § 99, CEDH 2011). Dans l'arrêt *Hirst* (précité, § 70), la Cour a poursuivi ainsi: « Il n'est (...) nullement question qu'un détenu soit déchu de ses droits garantis par la Convention du simple fait qu'il se trouve incarcéré à la suite d'une condamnation. » Ce principe s'applique *a fortiori* à une personne qui, comme le requérant durant la période en question, n'a pas été condamnée et doit donc être présumée innocente (voir, par exemple, *Laduna c. Slovaquie*, n° 31827/02, §§ 64 et 67, CEDH 2011).

31. En ce qui concerne le droit à l'éducation, si l'article 2 du Protocole n° 1 ne peut s'interpréter en ce sens qu'il obligerait les États contractants à créer ou subventionner des établissements d'enseignement particuliers, un État qui a créé de tels établissements a l'obligation d'offrir un accès effectif à ces établissements. En d'autres termes, l'accès à des institutions d'enseignement existant à un moment donné fait partie intégrante du droit consacré par la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 (*Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »* (fond), 23 juillet

1968, pp. 7-8, §§ 3-4, série A n° 6, *Ponomaryovi c. Bulgarie*, n° 5335/05, § 49, CEDH 2011, et *Catan et autres c. République de Moldova et Russie* [GC], n°s 43370/04, 8252/05 et 18454/06, § 137, CEDH 2012). Cette disposition vaut pour les niveaux primaire, secondaire et supérieur de l'enseignement (*Leyla Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98, §§ 134 et 136, CEDH 2005-XI).

32. La Cour reconnaît toutefois que, pour important qu'il soit, le droit à l'éducation n'est pas absolu mais peut donner lieu à des limitations. Celles-ci sont implicitement admises tant qu'il n'y a pas d'atteinte à la substance du droit ; en effet, le droit d'accès « appelle de par sa nature même une réglementation par l'État ». Afin de s'assurer que les limitations mises en œuvre ne réduisent pas le droit dont il s'agit au point de l'atteindre dans sa substance même et de le priver de son effectivité, la Cour doit se convaincre que celles-ci sont prévisibles pour le justiciable et tendent à un but légitime. Toutefois, à la différence des articles 8 à 11 de la Convention, l'article 2 du Protocole n° 1 ne lie pas la Cour par une énumération exhaustive des « buts légitimes ». En outre, une limitation ne se concilie avec ladite clause que s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. S'il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation dans le domaine de l'instruction (*Catan et autres*, précité, § 140, et les arrêts qui y sont cités).

33. Il est vrai que l'enseignement est un « service complexe » à organiser et onéreux à gérer tandis que les ressources que les autorités peuvent y consacrer sont nécessairement limitées. Il est vrai également que lorsqu'il décide de la manière de réglementer l'accès à l'instruction, l'État doit ménager un équilibre entre, d'une part, les besoins éducatifs des personnes relevant de sa juridiction et, d'autre part, sa capacité limitée à y répondre. Cependant, la Cour ne peut faire abstraction du fait que, à la différence de certaines autres prestations assurées par les services publics, l'instruction est un droit directement protégé par la Convention. De plus, l'enseignement est un type très particulier de service public, qui ne profite pas seulement à ses usagers directs mais qui sert aussi d'autres buts sociétaux. En fait, la Cour a déjà eu l'occasion de souligner que « [d]ans une société démocratique, le droit à l'instruction [est] indispensable à la réalisation des droits de l'homme [et] occupe une place (...) fondamentale (...) » (voir, *mutatis mutandis*, *Ponomaryovi*, précité, § 55).

b) Application des principes susmentionnés aux faits de l'espèce

34. Bien que la Cour soit consciente des recommandations du Comité des Ministres selon lesquelles des possibilités d'éducation doivent être

offertes à tous les détenus (paragraphe 21-24 ci-dessus), elle rappelle que l'article 2 du Protocole n° 1 n'impose pas aux États contractants l'obligation de prévoir de telles possibilités pour les détenus lorsqu'elles n'existent pas encore (*Natoli c. Italie*, n° 26161/95, décision de la Commission du 18 mai 1998, non publiée, et *Epistatu c. Roumanie*, n° 29343/10, § 63, 24 septembre 2013). Toutefois, le grief du requérant en l'espèce porte sur le refus de l'autoriser à accéder à une institution d'enseignement préexistante, à savoir le centre d'enseignement de la prison de Stara Zagora. Ainsi qu'il a été noté ci-dessus, le droit d'accès à des établissements d'enseignement préexistants relève de l'article 2 du Protocole n° 1. Toute restriction à ce droit doit donc être prévisible et poursuivre un but légitime auquel elle serait proportionnée (paragraphe 32 ci-dessus). Si l'article 2 du Protocole n° 1 n'impose pas une obligation positive de prévoir un enseignement en prison en toutes circonstances, lorsqu'une telle possibilité existe, elle ne doit pas être soumise à des restrictions arbitraires et déraisonnables.

35. La Cour juge douteux que la restriction imposée au droit du requérant fût suffisamment prévisible aux fins de l'article 2 du Protocole n° 1. Le cadre législatif pertinent prévoyait que les détenus condamnés âgés de seize ans ou plus avaient le droit, à leur demande, d'être intégrés aux programmes d'enseignement et que, en l'absence de règles claires s'y opposant, les dispositions concernant les détenus condamnés devaient s'appliquer également aux personnes en détention provisoire. La seule disposition expresse relative au droit à l'instruction des personnes en détention provisoire prévoit que les autorités pénitentiaires doivent «encourager» la participation de cette catégorie de détenus aux programmes d'enseignement proposés en prison (paragraphe 15-19 ci-dessus).

36. Le manque de clarté du cadre réglementaire ressort du fait que, durant la procédure interne et devant la Cour, les autorités nationales ont invoqué diverses raisons pour refuser la demande du requérant tendant à son inscription au centre d'enseignement. Cette demande a été rejetée par la direction de l'exécution des peines du ministère de la Justice aux motifs que, «une fois condamné», le requérant serait transféré dans une prison pour «récidivistes» et que dans l'intervalle il serait contraire à l'exigence légale de séparation des «récidivistes» et des «non-récidivistes» que l'intéressé fût autorisé à participer aux cours du centre d'enseignement avec des «non-récidivistes» (paragraphe 7 ci-dessus). Par la suite, le directeur de la prison a également refusé la demande de l'intéressé pour des motifs analogues (paragraphe 8 ci-dessus). Lorsque le requérant a fait appel de la décision des autorités pénitentiaires de l'exclure du centre d'enseignement, le tribunal régional de Stara Zagora a conclu qu'il ne pouvait pas être qualifié de «récidiviste» et a ordonné au directeur de la prison de l'admettre au centre

d'enseignement. Sur appel du directeur de la prison, la Cour administrative suprême a cassé le jugement du tribunal régional au motif que le requérant n'était pas autorisé à participer au programme d'enseignement de la prison puisque, d'après la législation pertinente, le droit à l'instruction n'était applicable qu'aux personnes privées de leur liberté à la suite d'une condamnation définitive et non aux personnes se trouvant en détention provisoire (paragraphe 12 ci-dessus).

37. En outre, durant la procédure devant la Cour, le Gouvernement a avancé trois motifs pour justifier le refus opposé au requérant. Premièrement, il a soutenu qu'il n'aurait pas été approprié que le requérant, en tant que personne en détention provisoire, suivît avec des détenus condamnés des cours au centre d'enseignement. Deuxièmement, d'après lui, il aurait été inopportun que le requérant, en tant que personne en détention provisoire détenue pour une période indéterminée, intégrât le centre d'enseignement dont les cours étaient destinés aux détenus condamnés purgeant des peines d'emprisonnement de douze mois ou plus. Troisièmement, le requérant étant passible d'une condamnation en tant que « récidiviste », selon le Gouvernement, il n'aurait pas été dans l'intérêt de détenus condamnés « non récidivistes » inscrits au centre d'enseignement qu'il fût autorisé à y suivre des cours.

38. Pour la Cour, il y a lieu de noter que le Gouvernement n'a fourni à l'appui de ses arguments aucun élément indiquant les conditions applicables à la prison de Stara Zagora. La nécessité de protéger le requérant en le tenant à l'écart des détenus condamnés en raison de son statut de personne en détention provisoire n'a pas été invoquée par les autorités pénitentiaires lorsqu'elles ont rejeté les demandes en question. En outre, il ressort clairement des nombreuses demandes du requérant tendant à son inscription au centre d'enseignement qu'il n'était nullement opposé à une participation au programme d'enseignement avec des détenus condamnés. Rien dans les éléments présentés à la Cour n'indique que les personnes en détention provisoire se seraient exposées à un quelconque risque dans l'environnement contrôlé et supervisé d'une salle de cours ou que, au sein de la prison de Stara Zagora, les personnes en détention provisoire étaient séparées des détenus condamnés ou « récidivistes » et que, le cas échéant, cette séparation s'appliquait à tous les aspects du régime de la prison.

39. Deuxièmement, le Gouvernement a invoqué la durée indéterminée de la détention provisoire et l'exigence du droit national selon laquelle les détenus doivent purger des peines de un an ou plus pour être autorisés à s'inscrire dans les centres d'enseignement des prisons. Cependant, le Gouvernement n'a pas expliqué pourquoi il s'agissait là d'une condition nécessaire à l'admission dans un centre d'enseignement en prison. En ce

qui concerne plus particulièrement les personnes en détention provisoire, comme le requérant, la Cour estime que l'incertitude initiale de la durée de la détention provisoire ne devrait pas être utilisée comme justification pour priver ces personnes d'accès à des possibilités d'instruction, hormis peut-être dans les cas où il est clair pour une raison ou une autre que la détention sera de courte durée. En outre, la Cour note que le Gouvernement ne lui a pas fourni d'information sur les ressources disponibles au centre d'enseignement qui soit de nature à justifier, par exemple, une politique consistant à consacrer essentiellement aux prisonniers purgeant les peines les plus longues des ressources qui seraient restreintes.

40. Enfin, en ce qui concerne le troisième motif invoqué par le Gouvernement, à savoir la nécessité de tenir le requérant à l'écart des autres détenus au motif qu'il risquait d'être condamné comme « récidiviste », la Cour estime qu'il ne s'agit pas d'un motif légitime, puisque durant la période en question le requérant n'avait pas encore été condamné et avait droit à la présomption d'innocence.

41. Par conséquent, la Cour estime que les motifs avancés par le Gouvernement ne sont pas convaincants, notamment parce qu'ils ne sont étayés par aucun élément relatif aux modalités exactes d'accès à l'instruction au centre d'enseignement de la prison de Stara Zagora. Par ailleurs, il y a lieu de tenir compte de l'intérêt incontesté du requérant à terminer ses études secondaires. L'importance de l'instruction en prison, que ce soit pour le détenu ou l'environnement pénitentiaire et la société dans son ensemble, a été reconnue par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dans ses recommandations sur l'éducation en prison et dans les Règles pénitentiaires européennes (paragraphe 21-24 ci-dessus).

42. En l'espèce, la Cour considère que le Gouvernement n'a ni avancé de justification concrète tenant par exemple au manque de ressources du centre d'enseignement ni fourni d'explication claire quant aux motifs juridiques du refus d'inscrire le requérant au centre d'enseignement de la prison. Partant, sur la base des éléments dont elle dispose, elle conclut que le refus d'admettre le requérant au centre d'enseignement de la prison de Stara Zagora n'était pas suffisamment prévisible et qu'il n'a pas poursuivi un but légitime auquel il aurait été proportionné. Dès lors, elle dit qu'il y a eu violation de l'article 2 du Protocole n° 1 dans la présente affaire.

(...)

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

1. *Déclare* la requête recevable;
 2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 2 du Protocole n° 1;
- (...)

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 27 mai 2014, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Françoise Elens-Passos
Greffière

Ineta Ziemele
Présidente

MENNESSON c. FRANCE
(Requête n° 65192/11)

CINQUIÈME SECTION

ARRÊT DU 26 JUIN 2014¹

1. Texte français original. Extraits.

SOMMAIRE¹**Refus de reconnaître en droit français une filiation légalement établie aux États-Unis entre des enfants nés d'une gestation pour autrui (GPA) et le couple ayant eu recours à cette méthode**

Le défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre des enfants nés d'une gestation pour autrui (GPA) et le couple ayant eu recours à cette méthode n'emporte pas d'effets concrets insurmontables sur leur vie familiale (paragraphe 92-94 de l'arrêt).

Cependant, au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun, on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Cette grave restriction emporte une méconnaissance de l'identité et du droit au respect de la vie privée des enfants requérants, en violation de l'article 8 de la Convention (paragraphe 99-101 de l'arrêt).

Article 8

Vie privée – Vie familiale – Refus de reconnaître en droit français une filiation légalement établie aux États-Unis entre des enfants nés d'une gestation pour autrui (GPA) et le couple ayant eu recours à cette méthode – Buts légitimes – Protection de la santé – Protection des droits et libertés d'autrui – Décourager les ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation prohibée sur le territoire – Absence de consensus européen – Marge d'appréciation – Conséquences pratiques surmontables sur la vie familiale – Juste équilibre – Absence de reconnaissance de la nationalité – Atteinte à l'identité des enfants au sein de la société française – Intérêt supérieur des enfants – Non-reconnaissance et non-établissement de la filiation biologique – Méconnaissance du respect de la vie privée

*

* *

En fait

Les requérants sont M. et M^{me} Mennesson, mari et femme, ressortissants français, ainsi que M^{les} Mennesson, ressortissantes américaines, jumelles nées en 2000 (ci-après « les enfants requérants »).

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

En raison de l'infertilité de M^{me} Mennesson, les requérants eurent recours à la gestation pour autrui aux États-Unis avec l'implantation d'embryons dans l'utérus d'une autre femme, issus des gamètes de M. Mennesson. Ainsi naquirent les jumelles Mennesson. Un jugement prononcé en Californie indique que les époux Mennesson sont les parents des jumelles.

Suspectant des cas de gestation pour autrui, les autorités françaises refusèrent de retranscrire les actes de naissance sur les registres de l'état civil français. La retranscription fut cependant effectuée sur instruction du parquet, lequel assigna ensuite les époux aux fins d'annulation.

Les requérants furent définitivement déboutés par la Cour de cassation le 6 avril 2011 au motif que de telles transcriptions ou inscription donneraient effet à une convention de gestation pour autrui, nulle d'une nullité d'ordre public selon le code civil français. Elle estima qu'il n'y avait pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale puisqu'une telle annulation ne privait pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle reconnue par le droit de la Californie ni ne les empêchait de vivre en France avec les époux Mennesson.

En droit

Article 8 : il y a eu ingérence dans l'exercice du droit garanti par l'article 8 dans les volets « vie familiale » et « vie privée ». Les mesures incriminées avaient une base en droit interne et la loi en cause était accessible au justiciable et prévisible.

Le refus de la France de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but de préserver les enfants et la mère porteuse. En conséquence l'ingérence litigieuse visait deux des buts légitimes à savoir la « protection de la santé » et « la protection des droits et libertés d'autrui ».

Il n'y a consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger. Cette absence de consensus reflète le fait que le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique. Les États doivent dès lors se voir accorder une ample marge d'appréciation dans leurs choix liés à la gestation pour autrui. Cette marge d'appréciation doit néanmoins être réduite dès lors qu'il est question de la filiation, car cela met en jeu un aspect essentiel de l'identité des individus. Par ailleurs, il incombe à la Cour de rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus directement touchés, eu égard notamment au principe essentiel selon lequel chaque fois que la situation d'un enfant est en cause l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer.

a) *Concernant le droit des requérants au respect de leur vie familiale* – Le défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les requérants affecte leur

vie familiale à différents niveaux. Les requérants se voient contraints de produire les actes d'état civil américain – non transcrits – accompagnés d'une traduction assermentée chaque fois que l'accès à un droit ou à un service nécessite la preuve de la filiation. Par ailleurs, les enfants requérants ne se sont pas vu reconnaître à ce jour la nationalité française ce qui a des conséquences sur les déplacements de la famille et suscite des inquiétudes quant au droit de séjour des enfants requérants en France après leur majorité et donc quant à la stabilité de la cellule familiale. À cela s'ajoutent des inquiétudes quant au maintien de la vie familiale en cas de décès du requérant père génétique ou de séparation du couple.

Cependant, quelle que soit l'importance des risques potentiels pesant sur la vie familiale des requérants, la Cour estime qu'il lui faut se déterminer au regard des obstacles concrets que ceux-ci ont dû effectivement surmonter du fait de l'absence de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre le requérant père génétique et les enfants requérants. Or les requérants ne prétendent pas que les difficultés qu'ils évoquent ont été insurmontables et ne démontrent pas que l'impossibilité d'obtenir en droit français la reconnaissance d'un lien de filiation les empêche de bénéficier en France de leur droit au respect de leur vie familiale. À ce titre, ils ont pu s'établir en France peu de temps après la naissance des enfants requérants, ils sont en mesure d'y vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et il n'y a pas lieu de penser qu'il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français.

En outre, pour rejeter les moyens que les requérants développaient sur le terrain de la Convention, la Cour de cassation ne s'est pas dispensée d'un examen concret de la situation puisque les juges ont estimé, implicitement mais nécessairement, que les difficultés pratiques que les requérants pourraient rencontrer dans leur vie familiale en l'absence de reconnaissance en droit français du lien établi entre eux à l'étranger ne dépasseraient pas les limites qu'impose le respect de l'article 8 de la Convention. Ainsi, au vu, d'une part, des effets concrets du défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les requérants sur leur vie familiale, et, d'autre part, de la marge d'appréciation dont dispose l'État défendeur, la situation à laquelle conduit la conclusion de la Cour de cassation en l'espèce ménage un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l'État, pour autant que cela concerne leur droit au respect de leur vie familiale.

Conclusion: non-violation (unanimité).

b) *Concernant le droit des enfants requérants au respect de leur vie privée* – La France, sans ignorer que les enfants requérants ont été identifiés ailleurs comme étant les enfants des requérants parents d'intention, leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique. Pareille contradiction porte atteinte à leur identité au sein de la société française. Par ailleurs, même si l'article 8 de la Convention ne garantit pas un droit d'acquérir une nationalité particulière, il n'en reste pas moins que la nationalité est un élément de l'identité des personnes. Or, bien que leur père

biologique soit français, les enfants sont confrontés à une troublante incertitude quant à la possibilité de se voir reconnaître la nationalité française. Pareille indétermination est de nature à affecter négativement la définition de leur propre identité. En outre le fait pour les enfants requérants de ne pas être identifiés en droit français comme étant les enfants des requérants parents d'intention a des conséquences sur leurs droits sur la succession de ceux-ci.

Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire. Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant.

Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun, on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or, non seulement le lien entre les enfants requérants et leur père biologique n'a pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation. La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des enfants requérants, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation. Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, le droit des enfants requérants au respect de leur vie privée a été méconnu.

Conclusion : violation (unanimité).

Jurisprudence citée par la Cour

Chavdarov c. Bulgarie, n° 3465/03, 21 décembre 2010

E.B. c. France [GC], n° 43546/02, 22 janvier 2008

Genovese c. Malte, n° 53124/09, 11 octobre 2011

Jäggi c. Suisse, n° 58757/00, CEDH 2006-X

Negrepontis-Giannisis c. Grèce, n° 56759/08, 3 mai 2011
Rotaru c. Roumanie [GC], n° 28341/95, CEDH 2000-V
S.H. et autres c. Autriche [GC], n° 57813/00, CEDH 2011
Sabanchiyeva et autres c. Russie, n° 38450/05, CEDH 2013
Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg, n° 76240/01, 28 juin 2007
X, Y et Z c. Royaume-Uni, 22 avril 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II

En l'affaire Mennesson c. France,

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

Mark Villiger, *président*,
Angelika Nußberger,
Boštjan M. Zupančič,
Ganna Yudkivska,
Vincent A. De Gaetano,
André Potocki,
Aleš Pejchal, *juges*,

et de Claudia Westerdiek, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 10 juin 2014,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 65192/11) dirigée contre la République française et dont deux ressortissants français, M. Dominique Mennesson (« le premier requérant ») et M^{me} Sylvie Mennesson (« la deuxième requérante ») (ensemble, « les premiers requérants »), et deux ressortissantes américaines, M^{lle} Valentina Mennesson et M^{lle} Fiorella Mennesson (« les troisième et quatrième requérantes »), ont saisi la Cour le 6 octobre 2011 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants sont représentés devant la Cour par M^e P. Spinosi, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M^{me} E. Belliard, directrice des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. Le 12 février 2012, la requête a été communiquée au Gouvernement et le président de la section a décidé qu'il serait procédé simultanément à son instruction et à celle de la requête *Labassee c. France* (n° 65941/11).

4. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé un mémoire sur la recevabilité et le fond de l'affaire.

5. Le 10 octobre 2013, le président de la section a décidé, en vertu de l'article 54 § 2 a) du règlement de la Cour (« le règlement »), de poser des questions complémentaires aux requérants et au Gouvernement, qui y ont répondu les 19 et 21 novembre 2013 respectivement.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. Les premiers requérants sont nés en 1965 et 1955 respectivement. Les troisième et quatrième requérantes sont nées en 2000. Ils résident à Maisons-Alfort.

A. La naissance des troisième et quatrième requérantes

7. Mari et femme, les premiers requérants n'ont pu mener à bien leur projet de parentalité en raison de l'infertilité de la deuxième requérante.

8. Après avoir vainement fait des tentatives de fécondation *in vitro* avec leurs propres gamètes, les premiers requérants décidèrent d'avoir recours à la fécondation *in vitro* avec les gamètes du premier requérant et un ovule issu d'un don, en vue de l'implantation des embryons fécondés dans l'utérus d'une autre femme. Pour ce faire, ils se rendirent en Californie, où ces modalités sont prévues par la loi, et conclurent une convention de gestation pour autrui.

Les requérants précisent que, conformément au droit californien, la « mère porteuse » n'était pas rémunérée mais seulement défrayée. Ils ajoutent que, mariée à un cadre et cadre elle-même, elle disposait de ressources bien supérieures aux leurs, et qu'elle agissait par solidarité.

9. Une grossesse gémellaire fut constatée le 1^{er} mars 2000 et, par un jugement du 14 juillet 2000, la Cour suprême de Californie, saisie conjointement par les premiers requérants, la mère porteuse et l'époux de celle-ci, décréta que tout enfant qui serait mis au monde par celle-ci dans les quatre mois aurait le premier requérant pour « père génétique » et la deuxième requérante pour « mère légale ». Le jugement précise les mentions devant figurer sur l'acte de naissance, indiquant notamment que les premiers requérants devaient être enregistrés comme père et mère.

10. Des jumelles – les troisième et quatrième requérantes – naquirent le 25 octobre 2000, et les actes de naissance furent établis comme indiqué ci-dessus.

B. Le refus du consulat français de transcrire les actes de naissance

11. Au début du mois de novembre 2000, le premier requérant se rendit au consulat français de Los Angeles en vue de la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil français et de l'inscription des enfants sur son passeport afin de pouvoir rentrer en France avec elles.

12. Les requérants indiquent que cette procédure avait été suivie avec succès par bon nombre de couples français dans leur situation. Les services

consulaires opposèrent cependant un refus au premier requérant, faute pour lui de pouvoir établir l'accouchement de la deuxième requérante. Suspectant un cas de gestation pour autrui, ils transmirent le dossier au parquet de Nantes.

C. L'instruction conduite contre les premiers requérants

13. L'administration fédérale américaine ayant délivré aux jumelles des passeports américains sur lesquels les premiers requérants sont désignés comme étant leurs parents, ils purent rentrer tous les quatre en France en novembre 2000.

14. En décembre 2000, une enquête préliminaire fut diligentée à l'initiative du parquet.

15. En mai 2001, une information fut ouverte, contre X, du chef d'entremise en vue de la gestation pour le compte d'autrui et, contre les premiers requérants, du chef de simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'enfants.

16. Le 30 septembre 2004, conformément au réquisitoire du procureur de la République de Créteil, le juge d'instruction rendit une ordonnance de non-lieu : il considéra que, commis sur le territoire américain où ils n'étaient pas pénalement répréhensibles, les faits visés ne constituaient pas des délits punissables sur le territoire national.

D. La procédure devant les juridictions civiles

17. Entre-temps, le 25 novembre 2002, sur les instructions du parquet, les actes de naissance des troisième et quatrième requérantes avaient été retranscrits sur les registres du service central d'état civil à Nantes par le consulat de France à Los Angeles.

18. Cependant, le 16 mai 2003, le procureur de la République de Créteil assigna les premiers requérants devant le tribunal de grande instance de Créteil aux fins de voir annuler cette transcription et ordonner la transcription du jugement en marge des actes annulés. Il soulignait que la convention par laquelle une femme s'engage à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance est nulle car elle contrevient aux principes d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes. Il en déduisait que, contraire à la conception française de l'ordre public international et à l'ordre public français, le jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000 ne pouvait être exécuté en France, et l'autorité des actes d'état civil établis sur son fondement ne pouvait être reconnue en France.

1. *Le jugement du tribunal de grande instance de Créteil du 13 décembre 2005, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 octobre 2007 et l'arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 2008*

19. Par un jugement du 13 décembre 2005, le tribunal de grande instance de Créteil déclara l'action irrecevable. Il constata que le procureur de la République était «seul à l'origine de la transcription effectuée, qu'il n'[avait] opérée que dans le but désormais avoué d'introduire la présente action en annulation». Il en déduisit que le procureur ne pouvait «être considéré comme recevable à invoquer un ordre public qu'il [avait] lui-même troublé, alors que les dispositions de l'article 47 du code civil dont il se [prévalait] lui permettaient de procéder à tout contrôle de régularité des actes et de refuser toute demande de transcription tendant à leur conférer opposabilité en France».

20. Saisie par le ministère public, la cour d'appel de Paris confirma ce jugement, par un arrêt du 25 octobre 2007. Elle jugea pareillement que le ministère public était irrecevable, au regard de l'ordre public international, à solliciter l'annulation des actes transcrits sur les registres du service central de l'état civil de Nantes. Elle procéda toutefois à une substitution de motifs. Elle retint en effet à cet égard que les énonciations de ces actes étaient exactes au regard du jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000, et que le ministère public ne contestait ni l'opposabilité à la France de ce jugement ni la foi à accorder, au sens de l'article 47 du code civil, aux actes dressés en Californie dans les formes usitées dans cet État.

21. Le 17 décembre 2008, la Cour de cassation (première chambre civile) cassa et annula cet arrêt au motif que le ministère public disposait d'un intérêt à agir en nullité des transcriptions dès lors qu'il ressortait des constatations de la cour d'appel que les énonciations inscrites sur les actes d'état civil ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui. Elle renvoya la cause et les parties devant la cour d'appel de Paris autrement composée.

2. *L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 18 mars 2010*

22. Par un arrêt du 18 mars 2010, la cour d'appel de Paris, infirmant le jugement déféré, annula la transcription des actes de naissance et ordonna la transcription de l'arrêt en marge des actes de naissance annulés.

23. Sur la recevabilité de l'action du ministère public, la cour d'appel considéra notamment qu'il ne pouvait être sérieusement prétendu que le ministère public avait troublé l'ordre public ou porté atteinte à la paix des familles en sollicitant l'annulation d'une transcription qu'il avait lui-même ordonnée, l'objectif étant de faire échec aux conséquences d'un état civil

étranger qu'il estimait contraire à l'ordre public français ou de se prémunir contre une action en transcription.

24. Sur le fond, la cour d'appel statua comme suit :

« (...) Considérant que les actes de naissance ont été établis sur le fondement de l'arrêt rendu le 14 juillet 2000 par la Cour supérieure de l'État de Californie qui a déclaré [le premier requérant] père génétique et [la deuxième requérante] mère légale de tout enfant devant naître de [la mère porteuse] entre le 15 août 2000 et le 15 décembre 2000 ; que les actes d'état civil sont donc indissociables de la décision qui en constitue le soutien et dont l'efficacité demeure subordonnée à sa propre régularité internationale ;

Considérant que la reconnaissance, sur le territoire national, d'une décision rendue par une juridiction d'un État qui n'est lié à la France par aucune convention est soumise à trois conditions, à savoir la compétence indirecte du juge étranger fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi ;

Considérant qu'en l'espèce, il est constant que c'est à la suite d'une convention de gestation pour autrui que [la mère porteuse] a donné naissance à deux enfants qui sont issus des gamètes [du premier requérant] et d'une tierce personne et qui ont été remises aux [premiers requérants] ;

Considérant que, selon l'article 16-7 du code civil, dont les dispositions qui sont issues de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 et qui n'ont pas été modifiées par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, sont d'ordre public en vertu de l'article 16-9 du même code, toute convention portant sur la procréation ou sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle ; que, dès lors, l'arrêt de la Cour supérieure de l'État de Californie, en ce qu'il a validé indirectement une convention de gestation pour autrui, est en contrariété avec la conception française de l'ordre public international ; qu'en conséquence, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si une fraude à la loi a été réalisée, il y a lieu d'annuler la transcription, sur les registres du service central d'état civil français, des actes de naissance américains qui désignent [la deuxième requérante] comme mère des enfants et d'ordonner la transcription du présent arrêt en marge des actes de naissance annulés ;

Considérant que les [requérants], qui ne peuvent sérieusement prétendre ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable, ne sont pas davantage fondés à soutenir qu'une telle mesure contrevient à des dispositions inscrites dans des conventions internationales et des textes de droit interne ; qu'en effet, les notions qu'ils invoquent, en particulier celle de l'intérêt supérieur de l'enfant, ne sauraient permettre, en dépit des difficultés concrètes engendrées par une telle situation, de valider *a posteriori* un processus dont l'illicéité, consacrée par le législateur français à la suite du juge, ressortit, pour l'heure, au droit positif ; qu'en outre, l'absence de transcription n'a pas pour effet de priver les deux enfants de leur état civil américain et de remettre en cause le lien de filiation qui leur est reconnu à l'égard des [premiers requérants] par le droit californien (...)»

3. *L'arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 2011*

25. Les requérants se pourvurent en cassation, faisant valoir, d'une part, une méconnaissance de l'intérêt supérieur des enfants – au sens de

l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant – et de leur droit à se voir reconnaître une filiation stable, et, d'autre part, une violation de l'article 8 de la Convention pris isolément et combiné avec l'article 14. Ils soutenaient par ailleurs que la décision étrangère reconnaissant la filiation d'un enfant à l'égard d'un couple ayant régulièrement conclu une convention avec une mère porteuse n'est pas contraire à l'ordre public international, lequel ne se confond pas avec l'ordre public interne.

26. Lors de l'audience, qui eut lieu le 8 mars 2011, l'avocat général préconisa la cassation. Il exprima l'avis que l'ordre public international ne pouvait être opposé pour refuser à un droit régulièrement acquis à l'étranger ou à une décision étrangère régulièrement prononcée par une juridiction étrangère de produire en France les effets juridiques qui en dérivent lorsqu'un tel refus a pour conséquence de porter atteinte à un principe, une liberté ou un droit garanti par une convention internationale ratifiée par la France.

En particulier, il releva que, dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* (n° 76240/01, 28 juin 2007), la Cour avait, sur le terrain de l'article 8 de la Convention, tenu compte d'une « vie familiale effective » et de « liens familiaux existant *de facto* » entre une luxembourgeoise célibataire et l'enfant qu'elle avait adopté au Pérou, sans attacher aucune importance au fait que la première était allée chercher à l'étranger un système juridique qui lui permettait d'obtenir ce que la loi de son pays d'origine lui refusait. Selon lui, transposé à la situation de l'espèce, cet élément permettait de penser que même obtenu au terme d'un contournement de la loi prohibitive nationale, un rapport juridique créé régulièrement à l'étranger ne peut se voir refuser de produire l'efficacité de droit qu'il engendre dès lors qu'il doit s'appliquer à une communauté familiale effective et permettre à celle-ci de s'organiser et de se développer dans des conditions normales au regard de l'article 8 de la Convention. Il constata en outre que les troisième et quatrième requérantes vivaient depuis dix ans en France et y « [étaient] élevées par des parents génétiques et d'intention dans le cadre d'une cellule familiale de fait où [elles recevaient] l'affection, les soins, l'éducation et le bien-être matériels nécessaires à leur développement », et que « cette communauté de vie effective et affective – tout à fait régulière au regard du droit étranger qui l'a[vait] vue naître – [était] frappée de clandestinité juridique », « les enfants n'[ayant] aucun état civil reconnu en France et aucun lien de filiation considéré comme valable au regard du droit français ». Posant la question de savoir si un tel état de choses portait atteinte à leur « droit à une vie familiale normale », l'avocat général souligna en réponse ce qui suit :

« (...) À ce stade, deux réponses sont envisageables : ou bien, hypothèse assez théorique et largement paradoxale, le refus de transcription ne tire pas à conséquence et n'apporte aucune gêne d'importance à la vie quotidienne de la famille, ce qui signifie

que la transcription n'est qu'une simple formalité, et l'on ne voit pas alors quelle raison majeure s'oppose dans ces conditions à l'accueil d'actes d'effet juridique si tenu qu'on n'imagine pas qu'ils puissent en soi ébranler les assises de nos principes fondamentaux et troubler gravement l'ordre public (puisque les actes ne renferment intrinsèquement aucun indice révélateur sur la gestation).

Ou bien un tel refus perturbe durablement et significativement la vie de la famille qui est en France juridiquement coupée en deux – les époux français d'un côté, les enfants étrangers de l'autre – et se pose alors la question de savoir si notre ordre public international, même de proximité, peut tenir en échec le droit à une vie familiale au sens de l'article 8 [de la Convention] ou si, bien au contraire, un tel ordre public, dont les effets doivent s'apprécier de manière concrète tout comme ceux des droits ou décisions étrangères qu'il a pour objet d'écarter, ne doit pas s'effacer pour permettre à la norme conventionnelle d'être respectée.

Si l'on privilégie le deuxième terme de cette alternative au motif que les conventions internationales doivent primer sur un ordre public dont le support effectif est une norme de valeur législative, il n'en résulte pas nécessairement un effondrement automatique des barrières qu'élève ledit ordre public interne dans de telles occurrences. Tant que la Cour européenne ne s'est pas clairement prononcée sur la question de la licéité de la gestation pour autrui et laisse aux États le soin de légiférer à leur guise en ce domaine, on peut considérer que l'ordre public s'oppose à la validation, au nom du droit au respect de la vie familiale, de situations créées en contradiction avec la loi, à l'intérieur des pays qui les interdisent.

Mais lorsqu'il s'agit seulement de faire produire à de telles situations régulièrement acquises à l'étranger – fût-ce au prix de l'intention de s'affranchir des rigueurs d'une loi impérative – des effets juridiques sur le territoire de ceux-ci, rien ne s'oppose absolument à ce que l'ordre public international, même de proximité, s'efface pour permettre à des familles de mener une vie conforme aux conditions de droit dans lesquelles elles se sont constituées et aux conditions de fait dans lesquelles elles vivent désormais. Ajouté à cela que l'intérêt supérieur de l'enfant envisagé non plus sous l'angle de la convention de New York mais sous celui de la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme qui en a fait une composante du respect de la vie familiale milite aussi en ce sens. C'est du moins l'enseignement que l'on peut tirer me semble-t-il de l'arrêt *Wagner [et J.M. W.L.]*(...)

27. Le 6 avril 2011, la Cour de cassation (première chambre civile) rejeta cependant le pourvoi par un arrêt ainsi motivé :

« (...) attendu qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil;

Que dès lors, la cour d'appel a retenu à bon droit que, dans la mesure où il donnait effet à une convention de cette nature, le jugement « américain » du 14 juillet 2000 était contraire à la conception française de l'ordre public international, en sorte que les actes de naissance litigieux ayant été établis en application de cette décision, leur transcription sur les registres d'état civil français devait être annulée; qu'une telle annulation, qui ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux Mennesson en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de ces enfants au sens de l'article 8 de la Convention (...), non plus qu'à leur intérêt supérieur garanti par l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (...)

4. *La demande de certificat de nationalité*

28. Le 16 avril 2013, le premier requérant déposa au greffe du tribunal d'instance de Charenton-le-Pont une demande de délivrance d'un certificat de nationalité française au bénéfice des troisième et quatrième requérantes. Le greffier en chef lui adressa des récépissés datés des 31 octobre 2013 et 13 mars 2014, indiquant que cette demande « [était] toujours en cours dans [ses] services, en attente du retour de la demande d'authentification transmise au consulat de Los Angeles, Californie ».

(...)

EN DROIT

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

43. Les requérants se plaignent du fait qu'au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant, ils n'ont pas la possibilité d'obtenir en France la reconnaissance de la filiation légalement établie à l'étranger entre les deux premiers d'entre eux et les troisième et quatrième d'entre eux, nées à l'étranger d'une gestation pour autrui. Ils dénoncent une violation du droit au respect de leur vie privée et familiale que l'article 8 de la Convention garantit en ces termes :

« 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. »

(...)

B. Sur le fond

1. Sur l'existence d'une ingérence

48. Les parties s'accordent à considérer que le refus des autorités françaises de reconnaître juridiquement le lien familial unissant les requérants s'analyse en une « ingérence » dans leur droit au respect de leur vie familiale, et pose donc une question sous l'angle des obligations négatives de l'État défendeur au regard de l'article 8 plutôt que de ses obligations positives.

49. La Cour marque son accord. Elle rappelle que telle était son approche notamment dans les affaires *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* (n° 76248/01, § 123, 28 juin 2007) et *Negrepontis-Giannisis c. Grèce* (n° 56759/08, § 58, 3 mai 2011), qui concernaient le refus des juridictions luxembourgeoises et grecques de reconnaître juridiquement une adoption établie par des jugements étrangers. Elle précise que, comme dans ces affaires, il y a en l'espèce ingérence dans l'exercice du droit garanti par l'article 8 non seulement dans son volet « vie familiale » mais aussi dans son volet « vie privée ».

50. Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si, « prévue par la loi », elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du second paragraphe de cette disposition et est « nécessaire dans une société démocratique » pour les atteindre. La notion de « nécessité » implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime poursuivi (voir, par exemple, *Wagner et J.M.W.L.*, précité, § 124, et *Negrepontis-Giannisis*, précité, § 61).

2. Sur la justification de l'ingérence

a) « Prévues par la loi »

i. Les requérants

51. Les requérants soutiennent que l'ingérence litigieuse ne repose pas sur une base légale suffisante. Selon eux, au vu du droit positif à l'époque des faits, ils pouvaient légitimement croire que l'exception d'ordre public ne leur serait pas opposée et que la transcription des actes de naissance légalement établis en Californie se ferait sans difficulté. Ils renvoient au principe de l'effet atténué de l'ordre public, selon lequel « la réaction contre une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même selon qu'il s'agit d'acquérir un droit en France ou de faire produire des effets en France à un droit valablement acquis, sans fraude, à l'étranger » (arrêt *Rivière* ; Cass. civ., 1^{re} chambre, 17 avril 1953).

52. Ils soulignent, premièrement, que l'article 16-7 du code civil se borne à poser le principe de la nullité de la convention de procréation ou

de gestation pour autrui, sans établir que la nullité s'étend à la filiation des enfants ainsi conçus, notamment lorsque cette filiation est légalement établie par l'effet d'un jugement étranger. De plus, selon eux, aucune disposition de droit français n'interdit l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant ainsi conçu et la femme et l'homme qui l'accueillent et, dans sa rédaction applicable à l'époque des faits, l'article 47 du code civil prévoyait que les actes de l'état civil réalisés en pays étranger faisaient foi dès lors qu'ils étaient établis dans les formes utilisées dans ce pays. Sur ce tout dernier point, ils estiment que la circonstance que le législateur a modifié cette disposition en 2003 pour prévoir expressément qu'ils ne peuvent recevoir effet lorsque les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité démontre que cette condition n'était pas antérieurement requise. Ils affirment en outre que des couples ayant eu recours à des conventions de gestation pour autrui à l'étranger avaient pu bénéficier de la transcription des actes d'état civil des enfants ainsi conçus.

53. Deuxièmement, à l'époque des faits, la jurisprudence n'opposait pas l'ordre public international à la reconnaissance d'une filiation. La Cour de cassation ne s'était prononcée dans un sens négatif que dans des affaires où la mère porteuse était également la mère biologique de l'enfant et où la gestation pour autrui avait eu lieu en France (arrêts des 31 mai 1991 et 29 juin 1994), et le ministère public avait renoncé à se pourvoir en cassation contre un arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 juin 1990 validant l'adoption d'un enfant conçu aux États-Unis par gestation ou procréation pour autrui, alors que concomitamment il se pourvoyait contre un arrêt validant l'adoption d'un enfant ainsi conçu en France. En outre, ils jugent dénué de pertinence l'argument du Gouvernement selon lequel la jurisprudence relative à l'article 47 du code civil issue de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 novembre 1986 permettait de refuser de donner effet en France à des actes d'état civil établis dans des États tiers lorsque les faits qui y étaient rapportés ne correspondaient pas à la réalité. Ils soulignent à cet égard que les actes établis aux États-Unis en leur cause ne font pas état d'un prétendu lien biologique entre la deuxième requérante et les troisième et quatrième requérantes.

54. Troisièmement, alors que des couples dans la même situation qu'eux avaient sans difficulté obtenu du consulat français à Los Angeles des passeports pour les enfants, les requérants se sont heurtés à cet égard à un changement de pratique brutal destiné à détecter les cas de mères porteuses, comparable à celui que la Cour a condamné dans l'arrêt *Wagner et J.M. W.L.* (précité, § 130).

ii. Le Gouvernement

55. Le Gouvernement estime pour sa part que l'ingérence était « prévue par la loi ». Il indique à cet égard que l'article 16-7 du code civil dispose que toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle, cette disposition étant d'ordre public, et que la Cour de cassation a souligné dans des arrêts des 31 mai 1991 et 29 juin 1994 que les principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes s'opposaient à ce que la qualité de père ou de mère soit décidée par un contrat, qu'ils relevaient également de l'ordre public, et qu'ils faisaient obstacle à ce qu'il soit donné effet, sur le plan de la filiation, à des contrats de maternité de substitution. Selon lui, le fait que ces arrêts concernent la validité de jugements d'adoption prononcés à la suite d'une gestation pour autrui intervenue sur le territoire français n'affecte pas leur pertinence en l'espèce; ce qui compte, c'est qu'ils établissent clairement que de telles conventions contreviennent à ces principes d'ordre public. Autrement dit, d'après le Gouvernement, les requérants ne pouvaient ignorer ni le caractère d'ordre public de la prohibition de la gestation pour autrui en droit français au moment où ils se sont lancés dans ce projet, ni les difficultés susceptibles de se poser ensuite.

56. Il ajoute que la jurisprudence relative à l'article 47 du code civil issue de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 novembre 1986 permettait de refuser de donner effet en France à des actes d'état civil établis dans des États tiers lorsque les faits qui y étaient rapportés ne correspondaient pas à la réalité. Il précise en outre que, sauf dans des cas isolés, il n'y avait pas en France à la date de la naissance des troisième et quatrième requérantes une pratique consistant à transcrire les actes de naissance des enfants issus d'un contrat de gestation pour autrui conclu à l'étranger. Cela distinguerait les circonstances de l'espèce de celles de l'affaire *Wagner et J.M.W.L.* précitée, dans laquelle les requérantes s'étaient vues privées du bénéfice d'une pratique de ce type en matière d'adoption.

iii. La Cour

57. Selon la jurisprudence de la Cour, les mots « prévue par la loi » figurant à l'article 8 § 2 imposent non seulement que la ou les mesures incriminées aient une base en droit interne, mais visent aussi la qualité de la loi en cause: celle-ci doit être accessible au justiciable et prévisible. Pour satisfaire à la condition de prévisibilité, la loi doit énoncer avec suffisamment de précision les conditions dans lesquelles une mesure peut être appliquée, et ce pour permettre aux personnes concernées de régler leur conduite en s'entourant au besoin de conseils éclairés (voir, par exemple, *Rotaru*

c. Roumanie [GC], n° 28341/95, § 55, CEDH 2000-V, et *Sabanchiyeva et autres c. Russie*, n° 38450/05, § 124, CEDH 2013).

58. La Cour estime que ces conditions sont remplies en l'espèce. Elle relève tout d'abord que les requérants n'apportent aucun élément à l'appui de leur affirmation selon laquelle il y avait antérieurement en France une pratique plus libérale quant à la reconnaissance d'un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention. Elle constate ensuite qu'à l'époque des faits déjà, les articles 16-7 et 16-9 du code civil prévoyaient expressément la nullité des conventions de gestation pour autrui et énonçaient qu'il s'agissait d'une nullité d'ordre public. Certes, la Cour de cassation ne s'était pas prononcée de manière générale sur la question de la reconnaissance en droit français des liens de filiation entre parents d'intention et enfants nés à l'étranger d'une convention de gestation pour autrui. Elle avait cependant déjà précisé dans un cas où la mère porteuse était la mère biologique, qu'une telle convention contrevenait aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. Elle en avait déduit dans un cas similaire que cela faisait obstacle à l'établissement d'un lien juridique de filiation entre l'enfant ainsi conçu et la mère d'intention, et empêchait notamment la transcription sur les registres de l'état civil des mentions figurant sur un acte de naissance dressé à l'étranger (...) Or c'est en se fondant sur ces dispositions du code civil et conformément à cette jurisprudence explicite que la Cour de cassation, d'une part, a conclu en l'espèce que le jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000 était contraire à la conception française de l'ordre public international en ce qu'il donnait effet à une convention de gestation pour autrui, et, d'autre part, en a déduit que la transcription des actes de naissance établis en application de ce jugement sur les registres d'état civil français devait être annulée. Selon la Cour, les requérants ne pouvaient dans ces conditions ignorer qu'il y avait au moins un risque sérieux que le juge français conclue de la sorte dans leur cas, même si aucune disposition de droit interne ne faisait expressément obstacle à la reconnaissance d'un lien de filiation entre les premiers et les troisième et quatrième d'entre eux, et nonobstant le principe de l'effet atténué de l'ordre public (que le Conseil d'État considère d'ailleurs inapplicable à la situation ; (...)). Il y a donc lieu de retenir que l'ingérence était « prévue par la loi », au sens de l'article 8 de la Convention.

b) Buts légitimes

59. Les requérants observent que le ministère public avait, de sa propre initiative, sollicité la transcription du jugement rendu en leur cause aux États-Unis puis, plusieurs mois après avoir obtenu cette transcription, avait saisi le juge interne d'une action en annulation. D'après eux, au vu

de ce comportement contradictoire, on ne saurait retenir que les autorités françaises poursuivaient un but légitime.

60. Le Gouvernement réplique que le refus de transcrire dans les registres français les actes d'état civil américains était motivé par le fait que cette transcription aurait donné effet à une convention de gestation pour autrui, formellement prohibée par une disposition interne d'ordre public et pénalement sanctionnée lorsqu'elle est pratiquée en France. Il souligne que le droit français reflète ainsi des principes d'éthique et de morale qui s'opposent à ce que le corps humain devienne l'objet de transactions et que l'enfant soit réduit à être l'objet d'un contrat. Il en déduit que l'ingérence avait pour « buts légitimes » la défense de l'ordre, la prévention des infractions pénales, la protection de la santé et la protection des droits et libertés d'autrui. Il ajoute que si le parquet a sollicité la transcription des actes de naissances des troisième et quatrième requérantes, c'était précisément pour en demander ensuite l'annulation. Il aurait de la sorte procédé conformément à l'article 511 de l'instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999, qui précise qu'il y a lieu à transcription d'office lorsque l'ordre public est intéressé, notamment en cas de nécessité d'annuler un acte de l'état civil concernant un Français, dressé à l'étranger dans les formes locales.

61. La Cour n'est pas convaincue par la thèse des requérants. On ne peut en effet déduire du seul fait que le ministère public a lui-même sollicité la transcription du jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000 pour ensuite en requérir l'annulation, que le but poursuivi par l'ingérence litigieuse ne figurait pas parmi ceux qu'énumère le second paragraphe de l'article 8. Cela étant, elle n'est pas davantage convaincue par l'affirmation du Gouvernement selon laquelle il s'agissait d'assurer « la défense de l'ordre » et « la prévention des infractions pénales ». Elle constate en effet que le Gouvernement n'établit pas que le fait pour des Français d'avoir recours à la gestation pour autrui dans un pays où elle est légale serait constitutif d'une infraction en droit français. Elle relève à ce titre que, si une information a été ouverte en l'espèce pour « entremise en vue de la gestation pour le compte d'autrui » et « simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'enfants », le juge d'instruction a conclu au non-lieu, au motif que, commis sur le territoire américain où ils n'étaient pas pénalement répréhensibles, les faits visés ne constituaient pas des délits punissables sur le territoire français (paragraphe 15-16 ci-dessus).

62. La Cour comprend en revanche que le refus de la France de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une

méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et – comme cela ressort de l'étude du Conseil d'État du 9 avril 2009 (...) – la mère porteuse. Elle admet en conséquence que le Gouvernement puisse considérer que l'ingérence litigieuse visait deux des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 de la Convention : la « protection de la santé » et « la protection des droits et libertés d'autrui ».

c) « Nécessaire », « dans une société démocratique »

i. Les requérants

63. Les requérants concèdent qu'eu égard à l'absence d'approche européenne commune, les États parties ont en principe une large marge d'appréciation s'agissant de l'élaboration du droit relatif à la gestation pour autrui. Ils considèrent cependant qu'en l'espèce cette marge d'appréciation doit être relativisée. En effet, selon eux, d'une part, il n'est pas question de la compatibilité avec la Convention de l'interdiction de la gestation pour autrui par un État membre ; est critiquée la décision qui, dans le pays où ils résident, prive des enfants, issus d'une gestation pour autrui régulièrement pratiquée à l'étranger, d'actes d'état civil indiquant leur filiation, y compris celle à l'égard de leur père biologique. D'autre part, ils estiment qu'existe en Europe une tendance favorable, à tout le moins, à la prise en compte des situations telles que la leur. Renvoyant à l'arrêt *Wagner et J.M. W.L.*, précité, ils soulignent que la nécessité de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant a pour effet de restreindre la marge d'appréciation des États.

64. Se référant à ce même arrêt (*ibidem*, § 135), les requérants indiquent ensuite que les juridictions françaises n'ont pas procédé à l'examen concret et minutieux requis de leur situation familiale et des intérêts en présence : la cour d'appel se serait bornée à écarter sans motif le moyen tiré d'une violation de l'article 8 de la Convention, ce que la Cour de cassation aurait validé en se limitant à énoncer que la mesure litigieuse n'empêchait pas les requérants de vivre ensemble.

65. En outre, selon les requérants, la position rigide de la Cour de cassation, qui vise à conserver un plein « effet dissuasif » à la prohibition de la gestation pour autrui, revient à faire obstacle à tout aménagement pragmatique consistant à reconnaître, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, les effets d'une situation régulièrement constituée à l'étranger. Cela irait à l'encontre de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 8, qui consacre une approche concrète de la réalité de la vie familiale (les requérants se réfèrent notamment à l'arrêt *Wagner et J.M. W.L.*, précité, § 133).

66. De plus, d'après les requérants, la justification retenue par les juridictions internes manque de pertinence dès lors que le principe d'indisponibilité de l'état des personnes fait l'objet de nombreux aménagements – ainsi, par exemple, les transsexuels peuvent obtenir un changement de la mention du sexe sur leur état civil – et que la reconnaissance juridique des enfants nés régulièrement à l'étranger d'une gestation pour autrui fait débat en doctrine, au Parlement et dans la société. Elle manquerait d'autant plus de pertinence que le droit positif serait en principe favorable aux parents « d'intention ». Ainsi, dans le cas d'accueil d'embryon (légal en France; les requérants renvoient aux articles L. 2141-4 et suivants du code de la santé publique), une femme qui porte l'embryon d'un autre couple et met au monde un enfant qui n'est pas biologiquement le sien, pourrait, tout comme son conjoint, établir un lien de filiation avec cet enfant à l'exclusion des parents biologiques. Pareillement, en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur (également légale en France), aucun lien de filiation ne pourrait être établi avec le donneur de sperme, alors que la filiation à l'égard du conjoint de la mère pourrait être établie (les requérants renvoient aux articles 311-19 et 311-20 du code civil).

67. Les requérants indiquent qu'à cela s'ajoute le fait que l'ingérence ne permet pas d'atteindre l'objectif poursuivi, puisque, comme le souligne la Cour de cassation, elle ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît et n'empêche pas les requérants de vivre ensemble en France. En outre, leur communauté de vie effective et affective se trouverait frappée de « clandestinité juridique ». Ce serait d'autant plus choquant à l'égard du premier requérant, que le refus de transcription le prive de la reconnaissance de son lien de parenté avec les troisième et quatrième requérantes alors qu'il est leur père biologique et que rien ne s'opposait à la reconnaissance de ce lien par l'état civil français. Plus encore, les requérants n'auraient aucune autre possibilité de faire établir juridiquement leur lien familial, la jurisprudence de la Cour de cassation faisant obstacle non seulement à la transcription des actes d'état civil, mais aussi à l'adoption et à la reconnaissance de la possession d'état. En cela, leur cas se distinguerait clairement de la situation examinée par la Cour dans l'affaire *Chavdarov c. Bulgarie* (n° 3465/03, 21 décembre 2010).

68. Les requérants soulignent aussi que la mesure litigieuse a des conséquences « lourdement disproportionnées » sur la situation des troisième et quatrième d'entre eux : en l'absence de reconnaissance d'un lien de filiation avec les premiers requérants, elles n'ont pas la nationalité française, n'ont pas de passeport français, n'ont pas de titre de séjour valable (même si elles sont protégées de l'expulsion par leur minorité), et pourraient se heurter à l'impossibilité de l'obtenir et donc de bénéficier à leur majorité du droit de

vote et de séjourner sans condition sur le territoire français, et pourraient se trouver empêchées d'entrer dans la succession des premiers requérants ; de plus, en cas de décès du premier requérant ou de séparation, la deuxième requérante se verrait privée de tout droit sur les enfants, à leur préjudice comme au sien ; à l'occasion des démarches administratives où la nationalité française ou la filiation sont exigées (l'inscription des enfants à la sécurité sociale, à la cantine scolaire ou au centre aéré ou des demandes d'aides financière auprès de la caisse d'allocations familiales), ils doivent produire l'acte d'état civil américain accompagné d'une traduction assermentée pour prouver la filiation et sont livrés au bon vouloir de leurs interlocuteurs. Les requérants soulignent à cet égard que, devant la Cour de cassation, l'avocat général s'est prononcé en faveur de la reconnaissance du lien de filiation les unissant, au nom notamment de l'intérêt supérieur des enfants, et que la cour d'appel de Paris elle-même a retenu que la situation engendrait des difficultés concrètes pour la famille Mennesson. Ils se réfèrent également au rapport du Conseil d'État de 2009 sur la révision des lois de bioéthique, qui indique que « dans les faits, la vie [des] familles est plus compliquée en l'absence de transcription, en raison des formalités à accomplir à l'occasion de certains événements de la vie ». Ils ajoutent que, dans l'arrêt *Wagner et J.M.W.L.* (précité, § 132), la Cour a notamment reconnu qu'il y avait dans ce type de situation une omission « de tenir compte de la « réalité sociale » (...) et que l'enfant ne se [voyait] pas accorder une protection juridique rendant possible son intégration complète dans [s]a famille [en l'occurrence] adoptive ». Ils s'interrogent en outre sur le sens qu'aurait le refus de transcrire les actes d'état civil établis à l'étranger si, comme le prétend le Gouvernement, de tels actes produisaient leur plein effet en France et si leur transcription n'était qu'une formalité.

69. Les requérants font également valoir que la conclusion de non-violation de l'article 8 auquel la Cour est parvenue dans les affaires *A, B et C c. Irlande* [GC] (n° 25579/05, CEDH 2010) et *S.H. et autres c. Autriche* [GC] (n° 57813/00, CEDH 2011), qui concernaient respectivement l'accès à l'avortement et à la procréation médicalement assistée, reposait notamment sur le constat que, si le droit interne interdisait ces pratiques, il n'empêchait pas les individus de se rendre à l'étranger pour en bénéficier et, dans l'affaire *S.H. et autres c. Autriche*, que les filiations paternelle et maternelle se trouvaient alors « régies par des dispositions précises du code civil [respectant] le souhait des parents ».

70. Dans leurs réponses aux questions complémentaires du président de la section (paragraphe 5 ci-dessus), les requérants indiquent qu'aux termes de l'article 311-14 du code civil, la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant (et, si la mère n'est pas

connue, par la loi personnelle de l'enfant), soit, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. civ., 1^{re} chambre, 11 juin 1996), celle qui est mentionnée dans l'acte de naissance. Or il résulte de la décision rendue le 14 juillet 2000 par la Cour suprême de Californie que les parents officiels des troisième et quatrième requérantes sont les premiers requérants. Les autorités et juridictions françaises auraient toutefois refusé de faire ce constat, avec pour conséquence que la mère n'étant pas reconnue au sens du droit français, la filiation ne pourrait être régie par la loi personnelle de celle-ci. Elle le serait donc par la loi personnelle des troisième et quatrième requérantes, c'est-à-dire par la loi américaine. Le lien de filiation entre elles et les premiers requérants ne pouvant être établi en droit français et les arrêts du 13 septembre 2013 de la Cour de cassation ayant annulé des reconnaissances de paternité effectués par les pères biologiques d'enfants issus d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger (...), les troisième et quatrième requérantes ne pourraient accéder à la nationalité française en application de l'article 18 du code civil (« Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français. ») alors même que le premier requérant est leur père biologique. Les requérants ajoutent que, nonobstant la circulaire du 25 janvier 2013 (...), les troisième et quatrième d'entre eux ne peuvent obtenir un certificat de nationalité. En effet, selon eux, du fait de l'arrêt rendu dans leur cause par la Cour de cassation et de sa jurisprudence du 13 septembre 2013 qualifiant de « frauduleux » le processus ayant permis l'établissement de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger d'une convention de gestation pour autrui, les actes de naissance américains de ces dernières ne font pas foi au sens de l'article 47 du code civil, de sorte que cette disposition est inopérante. Ils ajoutent que le sens de la circulaire est de ne pas faire obstacle à la délivrance d'un certificat de nationalité sur la foi d'un simple soupçon de recours à la gestation pour autrui; elle serait donc sans effet sur les situations comme la leur, où les juridictions ont explicitement constaté qu'il y avait eu gestation pour autrui. À l'appui de cette thèse, ils indiquent n'avoir pas reçu de réponse à la demande de délivrance d'un certificat de nationalité française des troisième et quatrième d'entre eux déposée le 16 avril 2013 par le premier d'entre eux au greffe du tribunal d'instance de Charenton-le-Pont. Ils produisent des récépissés signés le 31 octobre 2013 et 13 mars 2014 par le greffier indiquant que cette demande « est toujours en cours dans [ses] services, en attente du retour de la demande d'authentification transmise au consulat de Los Angeles, Californie ». Ils ajoutent qu'en raison notamment de la jurisprudence de la Cour de cassation du 13 septembre 2013, le premier d'entre eux ne peut reconnaître les troisième et quatrième d'entre eux alors même qu'il est leur père biologique.

ii. Le Gouvernement

71. Le Gouvernement expose que l'absence de transcription des actes d'état civil étrangers tels que les actes de naissance des troisième et quatrième requérantes n'empêche pas qu'ils produisent tous leurs effets sur le territoire national. Ainsi, premièrement, des certificats de nationalité française sont délivrés sur le fondement de tels actes dès lors qu'il est établi que l'un des parents est français (le Gouvernement produit une copie de la circulaire de la garde des Sceaux, ministre de la Justice, du 25 janvier 2013, et observe que les requérants n'ont fait aucune démarche en vue de l'acquisition de la nationalité française par les troisième et quatrième d'entre eux) et les mineurs ne peuvent faire l'objet de mesures de reconduite à la frontière; deuxièmement, les premier et deuxième requérants exercent pleinement l'autorité parentale sur les troisième et quatrième requérantes, sur le fondement des actes de l'état civil américain de ces dernières; troisièmement, si un divorce devait survenir, le juge aux affaires familiales fixerait le lieu de résidence et les droits de visite des parents tels que ceux-ci sont désignés par l'acte d'état civil étranger; quatrièmement, la preuve de la qualité d'héritier pouvant être apportée par tout moyen, les troisième et quatrième requérantes seraient en mesure d'hériter des premiers requérants sur le fondement de leurs actes d'état civil américains, dans les conditions du droit commun. Le Gouvernement observe en outre que les requérants ont surmonté les problèmes dont ils font état dès lors qu'ils ne prétendent pas ne pas avoir pu inscrire les troisième et quatrième d'entre eux à la sécurité sociale ou à l'école et ne pas bénéficier des aides sociales gérées par la caisse d'allocations familiales, et que, d'une manière générale, ils n'établissent pas qu'ils font face à des «difficultés nombreuses et quotidiennes» du fait du refus de transcription. Il s'interroge en conséquence sur la portée réelle de l'ingérence dans la vie familiale des requérants, cette ingérence étant réduite à l'impossibilité pour eux de se voir délivrer des actes d'état civil français.

72. Le Gouvernement insiste sur le fait que, soucieux de proscrire toute possibilité de marchandisation du corps humain, de garantir le respect du principe d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes et de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant, le législateur, exprimant la volonté générale du peuple français, a décidé de ne pas autoriser la gestation pour autrui. Le juge interne en a dûment tiré les conséquences en refusant de transcrire les actes de l'état civil d'individus nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger: le permettre aurait équivalu à accepter tacitement que le droit interne soit sciemment et impunément contourné et aurait mis en cause la cohérence du dispositif d'interdiction.

Il ajoute, s'agissant spécifiquement de l'absence de transcription de la filiation paternelle, qu'elle découle du fait que le projet des requérants était celui d'un couple et qu'«il n'y a pas lieu» de dissocier les situations respectives des membres de celui-ci. Il estime en outre qu'eu égard à la diversité des fondements et des modes d'établissement de la filiation prévus par le droit français, le privilège qui pourrait ainsi être accordé à un critère purement biologique «paraît très contestable». Enfin, il considère qu'«en termes d'intérêt de l'enfant, il semble préférable de situer les deux parents sur le même niveau de consécration juridique des liens existants entre eux et leurs enfants».

73. Le Gouvernement ajoute que, la gestation pour autrui étant un sujet d'ordre moral et éthique et en l'absence de consensus sur cette question parmi les États parties, il faut reconnaître à ces derniers une large marge d'appréciation dans ce domaine ainsi que dans la manière dont ils appréhendent les effets de la filiation établie dans ce contexte à l'étranger. Selon lui, vu cette large marge d'appréciation et le fait que la vie familiale des requérants se déroule de manière normale sur le fondement de l'état civil américain des enfants et que l'intérêt supérieur de ces derniers est préservé, l'ingérence dans l'exercice des droits que l'article 8 de la Convention leur garantit est «extrêmement proportionnée» aux buts poursuivis, si bien qu'il n'y a pas eu violation de cette disposition.

74. Dans ses réponses aux questions complémentaires du président de la section (paragraphe 5 ci-dessus), le Gouvernement indique que la loi applicable à l'établissement de la filiation des troisième et quatrième requérantes est, selon l'article 311-14 du code civil, la loi personnelle de leur mère, soit, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. civ., 1^{re} chambre, 11 juin 1996, *Bulletin civil* n° 244), de celle qui les a mis au monde; il s'agit donc de la loi de la mère porteuse, c'est-à-dire en l'espèce, de la loi américaine; or au regard de cette loi, les premiers requérants sont les parents des troisième et quatrième requérantes, la deuxième requérante étant leur «mère légale». Le Gouvernement ajoute que, dès lors qu'ils répondent aux prescriptions de l'article 47 du code civil et indépendamment de leur transcription, les actes de naissances étrangers produisent leurs effets sur le territoire français, notamment quant à la preuve de la filiation dont ils font état. Il précise que l'article 47 est applicable en l'espèce alors même que la transcription des actes de naissance américains des troisième et quatrième requérantes a été annulé en vertu de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 2011 et qu'il résulte de la jurisprudence de celle-ci que les conventions de gestation pour autrui sont nulles et d'une nullité d'ordre public et ne peuvent produire d'effet en droit français au regard de la filiation. En conséquence, l'article 18 du code civil – aux termes duquel est français

l'enfant dont l'un des parents au moins est français – s'applique dès lors que la preuve de l'existence du lien de filiation légalement établi est rapportée par la remise d'un acte de l'état civil étranger dont la force probante ne peut être contestée. Enfin, le Gouvernement indique que le premier requérant ne pourrait pas reconnaître en France les troisième et quatrième requérantes, la Cour de cassation ayant jugé le 13 septembre 2013 que la reconnaissance de paternité formée par un père d'intention à l'égard d'un enfant né d'un contrat de gestation pour autrui devait être annulé en raison de la fraude à la loi commise par son auteur en recourant à ce procédé.

iii. La Cour

a) Considérations générales

75. La Cour note que le Gouvernement soutient que, dans le domaine en litige, les États contractants jouissent d'une marge d'appréciation importante pour décider ce qui est « nécessaire », « dans une société démocratique ». Elle note également que les requérants le concèdent, mais estiment que l'ampleur de cette marge doit être relativisée en l'espèce.

76. La Cour fait la même analyse que les requérants.

77. Elle rappelle que l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États varie selon les circonstances, les domaines et le contexte et que la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard (voir, par exemple, *Wagner et J.M.W.L. et Negrepontis-Giannisis*, précités, § 128 et § 69 respectivement). Ainsi, d'un côté, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est large. De l'autre côté, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est d'ordinaire restreinte (voir, en particulier, *S.H. et autres c. Autriche*, précité, § 94).

78. La Cour observe en l'espèce qu'il n'y a consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger. Il ressort en effet de la recherche de droit comparé à laquelle elle a procédé que la gestation pour autrui est expressément interdite dans quatorze des trente-cinq États membres du Conseil de l'Europe – autres que la France – étudiés ; dans dix d'entre eux, soit elle est interdite en vertu de dispositions générales ou non tolérée, soit la question de sa légalité est incertaine ; elle est en revanche expressément autorisée dans sept

pays et semble tolérée dans quatre autres. Dans treize de ces trente-cinq États, il est possible d'obtenir la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants issus d'une gestation pour autrui légalement pratiquée à l'étranger. Cela semble également possible dans onze autres de ces États (dont un dans lequel cette possibilité ne vaut peut-être que pour le lien de filiation paternel lorsque le père d'intention est le père biologique), mais exclu dans les onze restants (sauf peut-être la possibilité dans l'un d'eux d'obtenir la reconnaissance du lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique) (...)

79. Cette absence de consensus reflète le fait que le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique. Elle confirme en outre que les États doivent en principe se voir accorder une ample marge d'appréciation, s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention.

80. Il faut toutefois également prendre en compte la circonstance qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation. Il convient donc d'atténuer la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce.

81. Par ailleurs, les choix opérés par l'État, même dans les limites de cette marge, n'échappent pas au contrôle de la Cour. Il incombe à celle-ci d'examiner attentivement les arguments dont il a été tenu compte pour parvenir à la solution retenue et de rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus directement touchés par cette solution (voir, *mutatis mutandis*, *S.H. et autres c. Autriche*, précité, § 97). Ce faisant, elle doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer (voir, parmi de nombreux autres, *Wagner et J.M.W.L.*, précité, §§ 133-134, et *E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, §§ 76 et 95, 22 janvier 2008).

82. En l'espèce, la Cour de cassation a jugé que l'ordre public international français faisait obstacle à la transcription sur les registres français d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère comportant des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français. Elle a ensuite souligné qu'en droit français, les conventions de gestation pour autrui étaient nulles d'une nullité d'ordre public, et qu'il était contraire au « principe essentiel du droit français » de l'indisponibilité de l'état des personnes de leur faire produire effet au regard de la filiation. Elle en a déduit qu'en ce qu'il donnait effet à une convention de gestation pour autrui, le jugement rendu en la cause des requérants par la Cour

suprême de Californie était contraire à la conception française de l'ordre public international, et qu'établis en application de ce jugement, les actes de naissance américains des troisième et quatrième requérantes ne pouvaient être transcrits sur les registres d'état civil français (paragraphe 27 ci-dessus).

83. L'impossibilité pour les requérants de voir reconnaître en droit français le lien de filiation entre les premiers et les troisième et quatrième d'entre eux est donc, selon la Cour de cassation, un effet du choix d'éthique du législateur français d'interdire la gestation pour autrui. Le Gouvernement souligne à cet égard que le juge interne a dûment tiré les conséquences de ce choix en refusant la transcription des actes de l'état civil étranger des enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée en dehors de la France. Selon lui, le permettre aurait équivalu à accepter tacitement que le droit interne soit contourné et aurait mis en cause la cohérence du dispositif d'interdiction.

84. La Cour constate que cette approche se traduit par le recours à l'exception d'ordre public international, propre au droit international privé. Elle n'entend pas la mettre en cause en tant que telle. Il lui faut néanmoins vérifier si en appliquant ce mécanisme en l'espèce, le juge interne a dûment pris en compte la nécessité de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants – dont l'intérêt supérieur des enfants – à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale.

85. Elle note à cet égard que la Cour de cassation a jugé que l'impossibilité de transcrire les actes de naissance américains des troisième et quatrième requérantes sur les registres d'état civil français ne portait atteinte ni à leur droit au respect de leur vie privée et familiale ni à leur intérêt supérieur en tant qu'enfant, dès lors que cela ne les privait pas de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît et ne les empêchait pas de vivre en France avec les premiers requérants (paragraphe 27 ci-dessus).

86. La Cour estime qu'il faut en l'espèce distinguer le droit des requérants au respect de leur vie familiale, d'une part, et le droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée, d'autre part.

β) Sur le droit des requérants au respect de leur vie familiale

87. S'agissant du premier point, la Cour considère que le défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers et les troisième et quatrième d'entre eux affecte nécessairement leur vie familiale. Elle note à ce titre que, comme le soulignent les requérants, la cour d'appel de Paris a reconnu en l'espèce que la situation ainsi créée engendrait des « difficultés concrètes » (paragraphe 24 ci-dessus). Elle relève en outre que, dans son rapport de 2009 sur la révision des lois de bioéthique, le Conseil

d'État a souligné que, « dans les faits, la vie [des] familles est plus compliquée en l'absence de transcription, en raison des formalités à accomplir à l'occasion de certains événements de la vie » (paragraphe 68 ci-dessus).

88. Ainsi, ne disposant pas d'actes d'état civil français ou de livrets de famille français, les requérants se voient contraints de produire les actes d'état civil américain – non transcrits – accompagnés d'une traduction assermentée chaque fois que l'accès à un droit ou à un service nécessite la preuve de la filiation, et se trouvent vraisemblablement parfois confrontés à la suspicion, ou à tout le moins à l'incompréhension, des personnes auxquelles ils s'adressent. Ils évoquent à cet égard des difficultés lorsqu'il s'est agi d'inscrire les troisième et quatrième d'entre eux à la sécurité sociale, à la cantine scolaire ou à un centre aéré et de déposer des demandes d'aides financières auprès de la caisse d'allocations familiales.

89. Par ailleurs, le fait qu'en droit français les deux enfants n'ont de lien de filiation ni avec le premier requérant ni avec la deuxième requérante a pour conséquence, du moins à ce jour, qu'elles ne se sont pas vu reconnaître la nationalité française. Cette circonstance est de nature à compliquer les déplacements de la famille et à susciter des inquiétudes – fussent-elles infondées, comme l'affirme le Gouvernement – quant au droit de séjour des troisième et quatrième requérantes en France après leur majorité et donc quant à la stabilité de la cellule familiale. Le Gouvernement soutient qu'eu égard notamment à la circulaire de la garde de Sceaux, ministre de la Justice, du 25 janvier 2013 (...), les troisième et quatrième requérantes peuvent obtenir un certificat de nationalité française sur le fondement de l'article 18 du code civil, qui dispose qu'« est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français », en produisant leurs actes de naissance américains.

90. La Cour note cependant que des interrogations subsistent quant à cette possibilité. En premier lieu, elle observe qu'aux termes mêmes du texte ainsi invoqué, la nationalité française est attribuée à raison de celle de l'un ou l'autre parent. Or elle constate que la détermination juridique des parents est précisément au cœur de la requête qui lui est soumise. Ainsi, à la lecture des observations des requérants et des réponses du Gouvernement, il apparaît que les règles de droit international privé rendent en l'espèce particulièrement complexe, voire aléatoire, le recours à l'article 18 du code civil pour établir la nationalité française des troisième et quatrième requérantes. En second lieu, la Cour note que le Gouvernement tire argument de l'article 47 du code civil. Ce texte précise que les actes d'état civil établis à l'étranger et rédigés dans les formes utilisées dans les pays concernés font foi « sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent (...) que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Se pose donc la

question de savoir si un tel cas d'exclusion est constitué lorsque, comme en l'espèce, il a été constaté que les enfants concernés sont issus d'une gestation pour autrui obtenue à l'étranger, ce que la Cour de cassation analyse en une fraude à la loi. Or, bien qu'invité par le président à répondre à cette question et à préciser s'il existait un risque qu'un certificat de nationalité ainsi établi soit ensuite contesté et annulé ou retiré, le Gouvernement n'a fourni aucune indication. Du reste, la demande déposée à cette fin le 16 avril 2013 au greffe du tribunal d'instance de Charenton-le-Pont par le premier requérant était toujours sans effet onze mois plus tard : le greffier en chef a indiqué le 31 octobre 2013 puis le 13 mars 2014 qu'elle était « en cours », « en attente du retour de la demande d'authentification transmise au consulat de Los Angeles » (paragraphe 28 ci-dessus).

91. À cela s'ajoutent des inquiétudes fort compréhensibles quant au maintien de la vie familiale entre la deuxième requérante et les troisième et quatrième requérantes en cas de décès du premier requérant ou de séparation du couple.

92. Cependant, quelle que soit l'importance des risques potentiels pesant sur la vie familiale des requérants, la Cour estime qu'il lui faut se déterminer au regard des obstacles concrets que ceux-ci ont dû effectivement surmonter du fait de l'absence de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers et les troisième et quatrième d'entre eux (voir, *mutatis mutandis*, X, Y et Z [c. Royaume-Uni, 22 avril 1997], § 48[, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II]). Or elle note que les requérants ne prétendent pas que les difficultés qu'ils évoquent ont été insurmontables et ne démontrent pas que l'impossibilité d'obtenir en droit français la reconnaissance d'un lien de filiation les empêche de bénéficier en France de leur droit au respect de leur vie familiale. À ce titre, elle constate qu'ils ont pu s'établir tous les quatre en France peu de temps après la naissance des troisième et quatrième requérantes, qu'ils sont en mesure d'y vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et qu'il n'y a pas lieu de penser qu'il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français (voir, *mutatis mutandis*, *Chavdarov*, précité, §§ 49-50 et 56).

93. La Cour observe en outre que pour rejeter les moyens que les requérants développaient sur le terrain de la Convention, la Cour de cassation a souligné que l'annulation de la transcription sur les registres français des actes de naissance des troisième et quatrième requérantes ne les empêchait pas de vivre avec les premiers requérants en France (paragraphe 27 ci-dessus). La Cour en déduit qu'en l'espèce, conformément à ce qu'elle avait jugé important dans l'affaire *Wagner et J.M. W.L.* (précitée, § 135), les juges français ne se sont pas dispensés d'un examen concret de

la situation, puisque, par cette formule, ils ont estimé, implicitement mais nécessairement, que les difficultés pratiques que les requérants pourraient rencontrer dans leur vie familiale en l'absence de reconnaissance en droit français du lien établi entre eux à l'étranger ne dépasseraient pas les limites qu'impose le respect de l'article 8 de la Convention.

94. Ainsi, au vu, d'une part, des effets concrets du défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers requérants et les troisième et quatrième d'entre eux sur leur vie familiale, et, d'autre part, de la marge d'appréciation dont dispose l'État défendeur, la Cour estime que la situation à laquelle conduit la conclusion de la Cour de cassation en l'espèce ménage un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l'État, pour autant que cela concerne leur droit au respect de leur vie familiale.

95. Il reste à déterminer s'il en va de même s'agissant du droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée.

γ) Sur le droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée

96. Comme la Cour l'a rappelé, le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation (...); un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation (paragraphe 80 ci-dessus). Or, en l'état du droit positif, les troisième et quatrième requérantes se trouvent à cet égard dans une situation d'incertitude juridique. S'il est exact qu'un lien de filiation avec les premiers requérants est admis par le juge français pour autant qu'il est établi par le droit californien, le refus d'accorder tout effet au jugement américain et de transcrire l'état civil qui en résulte manifeste en même temps que ce lien n'est pas reconnu par l'ordre juridique français. Autrement dit, la France, sans ignorer qu'elles ont été identifiées ailleurs comme étant les enfants des premiers requérants, leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique. La Cour considère que pareille contradiction porte atteinte à leur identité au sein de la société française.

97. Par ailleurs, même si l'article 8 de la Convention ne garantit pas un droit d'acquérir une nationalité particulière, il n'en reste pas moins que la nationalité est un élément de l'identité des personnes (*Genovese c. Malte*, n° 53124/09, § 33, 11 octobre 2011). Or, comme la Cour l'a relevé précédemment, bien que leur père biologique soit français, les troisième et quatrième requérantes sont confrontées à une troublante incertitude quant à la possibilité de se voir reconnaître la nationalité française en application de l'article 18 du code civil (...) Pareille indétermination est de nature à affecter négativement la définition de leur propre identité.

98. La Cour constate en outre que le fait pour les troisième et quatrième requérantes de ne pas être identifiées en droit français comme étant les enfants des premiers requérants a des conséquences sur leurs droits sur la succession de ceux-ci. Elle note que le Gouvernement nie qu'il en aille de la sorte. Elle relève toutefois que le Conseil d'État a souligné qu'en l'absence de reconnaissance en France de la filiation établie à l'étranger à l'égard de la mère d'intention, l'enfant né à l'étranger par gestation pour autrui ne peut hériter d'elle que si elle l'a institué légataire, les droits successoraux étant alors calculés comme s'il était un tiers (...), c'est-à-dire moins favorablement. La même situation se présente dans le contexte de la succession du père d'intention, fût-il comme en l'espèce le père biologique. Il s'agit là aussi d'un élément lié à l'identité filiale dont les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger se trouvent privés.

99. Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire (paragraphe 62 ci-dessus). Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant.

100. Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, *Jaggi* [c. Suisse, n° 58757/00], § 37[, CEDH 2006-X]), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or non seulement le lien entre les troisième et quatrième requérantes et leur père biologique n'a pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (...) La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance

qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.

101. Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée a été méconnu.

3. Conclusion générale

102. Il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale. Il y a en revanche eu violation de cette disposition s'agissant du droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée.

(...)

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

(...)

2. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale;

3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée;

(...)

Fait en français, puis communiqué par écrit le 26 juin 2014, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Claudia Westerdiek
Greffière

Mark Villiger
Président

MENNESSON v. FRANCE
(Application no. 65192/11)

FIFTH SECTION

JUDGMENT OF 26 JUNE 2014¹

1. Translation; original French. Extracts.

SUMMARY¹**Refusal to recognise under French law parent-child relationship legally established in the United States between children born as the result of a surrogacy arrangement and the couple having recourse to that method**

The failure to recognise under French law the legal parent-child relationship between children born as the result of a surrogacy arrangement and the couple having recourse to that method did not pose insurmountable practical consequences for their family life (see paragraphs 92-94 of the judgment).

However, having regard to the importance of biological parentage as a component of a person's identity, it could not be said to be in a child's interests to deprive him or her of a legal relationship of that nature where the biological reality of that relationship had been established and the child and parent concerned demanded full recognition thereof. That serious restriction undermined the identity and right to respect for private life of the applicant children, in violation of Article 8 (see paragraphs 99-101 of the judgment).

Article 8

Private life – Family life – Refusal to recognise under French law parent-child relationship lawfully established in the United States between children born as the result of a surrogacy arrangement and the couple having recourse to that method – Legitimate aims – Protection of health – Protection of rights and freedoms of others – Deterring nationals from going abroad to obtain method of assisted reproduction prohibited on national territory – Lack of European consensus – Margin of appreciation – Surmountable practical consequences for family life – Fair balance – Lack of recognition of nationality – Undermining of identity of children within French society – Children's best interests – Failure to recognise or establish biological parentage – Infringement of respect for private life

*

* *

Facts

The first and second applicants, Mr and Mrs Mennesson, who are husband and wife, are French nationals. The third and fourth applicants, Ms Mennesson and Ms Mennesson, are twins who were born in 2000 (hereinafter “the applicant children”). They are US nationals.

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

As Mrs Mennesson is infertile, the applicants had recourse to a surrogacy arrangement in the United States by which embryos obtained from the gametes of Mr Mennesson were implanted in the uterus of another woman. The applicant children were born as the result of that surrogacy arrangement. A judgment was delivered in California indicating that Mr and Mrs Mennesson are the twins' parents.

Suspecting a surrogacy arrangement, the French authorities refused to record the particulars of the birth certificates in the French register of births, marriages and deaths. The particulars of the birth certificates were subsequently recorded, however, on the instructions of the public prosecutor's office, which then instituted proceedings against the first and second applicants for annulment of the relevant entries.

The applicants' claim was ultimately dismissed by the Court of Cassation on 6 April 2011 on the ground that registration of the birth particulars would give effect to a surrogacy arrangement, which was null and void on public-policy grounds under the French Civil Code. It found that there had been no infringement of the right to respect for private and family life because annulling the relevant entries in the register had not deprived the children of the legal father-child and mother-child relationship recognised under Californian law or prevented them from living with Mr and Mrs Mennesson in France.

Law

Article 8: There had been interference in the exercise of the right guaranteed by Article 8 under its "family life" and "private life" heads. The impugned measures had had a basis in domestic law and that law had been accessible to the persons concerned and foreseeable as to its effects.

The reason France refused to recognise a legal parent-child relationship between children born abroad as the result of a surrogacy agreement and the intended parents was that it sought to deter its nationals from having recourse to methods of assisted reproduction outside the national territory that were prohibited on its own territory with the aim of protecting children and surrogate mothers. Accordingly, the interference pursued two legitimate aims: the "protection of health" and "the protection of the rights and freedoms of others".

There was no consensus in Europe on the lawfulness of surrogacy arrangements or the legal recognition of the relationship between intended parents and children thus conceived abroad. That lack of consensus reflected the fact that recourse to a surrogacy arrangement raised sensitive ethical questions. Accordingly, States must be afforded a wide margin of appreciation in their legislative choices regarding surrogacy. That margin of appreciation had to be reduced, however, where the legal parent-child relationship was concerned since this brought into play an essential aspect of an individual's identity. The Court had the task of determining whether a fair balance had been struck between the competing interests of the State and those of the individuals directly affected, having regard to the essential principle

according to which, whenever the situation of a child was in issue, the best interests of the child were paramount.

(a) *The applicants' right to respect for their family life* – The lack of recognition under French law of the legal parent-child relationship between the applicants affected their family life in a number of respects. The applicants were obliged to produce – non-registered – US civil documents accompanied by an officially sworn translation each time access to a right or a service required proof of the legal parent-child relationship. Moreover, the applicant children had not to date been granted French nationality, which complicated travel as a family and raised concerns regarding the applicant children's right to remain in France once they attained their majority and accordingly the stability of the family unit. To that must be added the concerns regarding the protection of family life in the event of the death of their genetic father (the first applicant) or the couple's separation.

However, whatever the degree of the potential risks for the applicants' family life, the Court considered that it had to determine the issue having regard to the practical obstacles which the family had had to overcome on account of the lack of recognition in French law of the legal parent-child relationship between the first applicant and the applicant children. The applicants did not claim that it had been impossible to overcome the difficulties they had referred to and had not shown that the inability to obtain recognition of the legal parent-child relationship under French law had prevented them from enjoying in France their right to respect for their family life. In that respect all four of them had been able to settle in France shortly after the birth of the applicant children and they were in a position to live there together in conditions broadly comparable to those of other families; there was nothing to suggest that they were at risk of being separated by the authorities on account of their situation under French law.

In dismissing the grounds of appeal submitted by the applicants under the Convention, the Court of Cassation had duly carried out an actual examination of the situation, since the judges had considered, implicitly but necessarily, that the practical difficulties that the applicants might encounter in their family life on account of not obtaining recognition under French law of the legal parent-child relationship established between them abroad did not exceed the limits required by compliance with Article 8.

Accordingly, in the light of the practical consequences for their family life of the lack of recognition under French law of the legal parent-child relationship between the applicants and having regard to the margin of appreciation afforded to the respondent State, the situation brought about by the Court of Cassation's conclusion in the present case struck a fair balance between the interests of the applicants and those of the State in so far as their right to respect for family life was concerned.

Conclusion: no violation (unanimously).

(b) *Right of the applicant children to respect for their private life* – Although aware that the applicant children had been identified in another country as the children of the applicant parents, France nonetheless denied them that status under French law. A contradiction of that nature undermined the children’s identity within French society. Whilst Article 8 did not guarantee a right to acquire a particular nationality, the fact remained that nationality was an element of a person’s identity. Although their biological father was French, the applicant children faced a worrying uncertainty as to the possibility of obtaining French nationality. That uncertainty was liable to have negative repercussions on the definition of their personal identity. Furthermore, the fact that the applicant children were not identified under French law as the children of the applicant parents had consequences for their rights to inherit under the latter’s estate.

The Court could accept that France might wish to deter its nationals from going abroad to take advantage of methods of assisted reproduction that were prohibited on its own territory. Having regard to the foregoing, however, the effects of non-recognition under French law of the legal parent-child relationship between children thus conceived and the intended parents were not limited to the situation of the parents, who alone had chosen a particular method of assisted reproduction prohibited by the French authorities. They also affected the situation of the children themselves, whose right to respect for their private life – which implied that everyone must be able to establish the substance of his or her identity, including the legal parent-child relationship – was substantially affected. Accordingly, a serious question arose as to the compatibility of that situation with the children’s best interests, respect for which had to guide any decision in their regard.

That analysis took on a special dimension where, as in the present case, one of the intended parents was also the child’s biological parent. Having regard to the importance of biological parentage as a component of identity, it could not be said to be in a child’s interests to deprive him or her of a legal relationship of that nature where the biological reality of that relationship had been established and the child and parent concerned demanded full recognition thereof. Not only had the relationship between the applicant children and their biological father not been recognised when registration of the details of the birth certificates had been requested, but formal recognition by means of a declaration of paternity or adoption or through the effect of *de facto* enjoyment of civil status would fall foul of the prohibition established by the Court of Cassation in its case-law in that regard. The Court considered, having regard to the consequences of that serious restriction on the identity and right to respect for private life of the applicant children, that by thus preventing both the recognition and establishment under domestic law of their legal relationship with their biological father, the respondent State had overstepped the permissible limits of its margin of appreciation. Having regard also to the importance to be given to the child’s interests when weighing up the

competing interests at stake, the applicant children's right to respect for their private life had been infringed.

Conclusion: violation (unanimously).

Case-law cited by the Court

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

Genovese v. Malta, no. 53124/09, 11 October 2011

Jäggi v. Switzerland, no. 58757/00, ECHR 2006-X

Negrepontis-Giannisis v. Greece, no. 56759/08, 3 May 2011

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

Sabanchiyeva and Others v. Russia, no. 38450/05, ECHR 2013

S.H. and Others v. Austria [GC], no. 57813/00, ECHR 2011

Shavdarov v. Bulgaria, no. 3465/03, 21 December 2010

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

X, Y and Z v. the United Kingdom, 22 April 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-II

In the case of Mennesson v. France,

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

Mark Villiger, *President*,
Angelika Nußberger,
Boštjan M. Zupančič,
Ganna Yudkivska,
Vincent A. De Gaetano,
André Potocki,
Aleš Pejchal, *judges*,

and Claudia Westerdiek, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 10 June 2014,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 65192/11) against the French Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by two French nationals, Mr Dominique Mennesson (“the first applicant”) and Ms Sylvie Mennesson (“the second applicant”), and two nationals of the United States of America, Ms Valentina Mennesson and Ms Fiorella Mennesson (“the third and fourth applicants”), on 6 October 2011.

2. The applicants were represented before the Court by Mr P. Spinosi, of the *Conseil d’État* and Court of Cassation Bar. The French Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms E. Belliard, Director of Legal Affairs at the Ministry of Foreign Affairs.

3. On 12 February 2012 notice of the application was given to the Government and the President of the Section decided that the proceedings in the present case should be conducted simultaneously with those in the case of *Labassee v. France* (no. 65941/11).

4. The applicants and the Government each filed observations on the admissibility and merits of the case.

5. On 10 October 2013 the President of the Section decided, under Rule 54 § 2 (a) of the Rules of Court, to put additional questions to the applicants and the Government, who replied on 19 and 21 November 2013 respectively.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

6. The first and second applicants were born in 1965 and 1955 respectively. The third and fourth applicants were born in 2000. They all live in Maisons-Alfort.

A. Birth of the third and fourth applicants

7. The first and second applicants are husband and wife. They were unable to have a child of their own because the second applicant is infertile.

8. After a number of unsuccessful attempts to conceive a child using *in vitro* fertilisation (IVF) with their own gametes, the first and second applicants decided to undergo IVF using the gametes of the first applicant and an egg from a donor with a view to implanting the fertilised embryos in the uterus of another woman. Accordingly, they went to California, where the process is legal, and entered into a gestational surrogacy agreement.

The applicants specified that, in accordance with Californian law, the “surrogate mother” was not remunerated but merely received expenses. They added that she and her husband were both high earners and therefore had a much higher income than the applicants and that it had been an act of solidarity on her part.

9. On 1 March 2000 the surrogate mother was found to be carrying twins and, in a judgment of 14 July 2000, the Supreme Court of California, to which the first and second applicants and the surrogate mother and her husband had applied, ruled that the first applicant would be the “genetic father” and the second applicant the “legal mother” of any child to whom the surrogate mother gave birth within the following four months. The judgment specified the particulars that were to be entered in the birth certificate and stated that the first and second applicants should be recorded as the father and mother.

10. Twins – the third and fourth applicants – were born on 25 October 2000 and their birth certificates were drawn up in accordance with the terms stated above.

B. Refusal by the French consulate to register the particulars of the birth certificates

11. In early November 2000 the first applicant went to the French consulate in Los Angeles to have the particulars of the birth certificates entered in the French register of births, marriages and deaths and the

children's names entered on his passport so that he could return to France with them.

12. The applicants stated that many French couples in their situation had previously succeeded in carrying out that procedure. The consulate rejected the first applicant's request, however, on the grounds that he could not establish that the second applicant had given birth and, suspecting a surrogacy arrangement, sent the file to the Nantes public prosecutor's office.

C. Investigation in respect of the first and second applicants

13. As the US Federal Administration had issued US passports for the twins on which the first and second applicants were named as their parents, the four applicants were able to return to France in November 2000.

14. In December 2000 a preliminary investigation was carried out at the request of the public prosecutor's office.

15. In May 2001 an investigation was commenced against a person or persons unknown for acting as intermediary in a surrogacy arrangement and in respect of the first and second applicants for false representation infringing the civil status of children.

16. On 30 September 2004, in accordance with the submissions of the Créteil public prosecutor, the investigating judge gave a ruling of no case to answer on the ground that the acts had been committed on US territory, where they were not classified as an offence, and therefore did not constitute a punishable offence in France.

D. Proceedings in the civil courts

17. In the meantime, on 25 November 2002, on the instructions of the public prosecutor's office, the particulars of the birth certificates of the third and fourth applicants had been recorded in the central register of births, marriages and deaths in Nantes by the French consulate in Los Angeles.

18. However, on 16 May 2003 the Créteil public prosecutor instituted proceedings against the first and second applicants in the Créteil *tribunal de grande instance* to have the entries annulled and the judgment recorded in the margin of the entries thus invalidated. He observed that an agreement whereby a woman undertook to conceive and bear a child and relinquish it at birth was null and void in accordance with the public-policy principle that the human body and civil status are inalienable. He concluded that, as the judgment of the Supreme Court of California of 14 July 2000 was contrary to the French concept of international public policy and of French public policy, it could not be executed in France and that the validity of

civil-status certificates drawn up on the basis of that judgment could not be recognised in France.

1. Judgment of the Créteil tribunal de grande instance of 13 December 2005, judgment of the Paris Court of Appeal of 25 October 2007 and judgment of the Court of Cassation of 17 December 2008

19. By a judgment of 13 December 2005, the Créteil *tribunal de grande instance* declared the action inadmissible. It found that “the entries had been recorded on the sole initiative of the public prosecutor with the purpose, since avowed, of bringing proceedings to have the entries annulled”. It concluded from this that “an action by the public prosecutor on grounds of public policy which he himself ha[d] infringed could not be deemed admissible where the provisions of Article 47 of the Civil Code on which he [relied] allowed him to verify the validity of the certificates in any respect and to reject any request for registration that would render them binding in France”.

20. The public prosecutor’s office appealed to the Paris Court of Appeal, which upheld the lower court’s judgment on 25 October 2007. The Court of Appeal also considered the public prosecutor’s action for annulment of the entries in the Nantes central register of births, marriages and deaths inadmissible as a matter of international public policy. It substituted its own grounds for that decision, however, finding that the contents of the entries were accurate as regards the judgment of the Supreme Court of California of 14 July 2000 and that the public prosecutor’s office was not disputing the fact that the judgment was binding on France or that, under Article 47 of the Civil Code, the certificates drawn up in California in accordance with the usual procedures in that State should be deemed valid.

21. On 17 December 2008 the Court of Cassation (First Civil Division) quashed that judgment on the ground that the public prosecutor’s office had an interest in bringing proceedings for annulment of the entries since, as established by the Court of Appeal, the birth certificates in question could only have been drawn up following a surrogacy arrangement. It remitted the case to the Paris Court of Appeal with a differently constituted bench.

2. Judgment of the Paris Court of Appeal of 18 March 2010

22. By a judgment of 18 March 2010, the Paris Court of Appeal overturned the judgment remitted to it, annulled the entries pertaining to the birth certificates and ordered its judgment to be recorded in the margin of the invalidated birth certificates.

23. Regarding the admissibility of the action brought by the public prosecutor’s office, the court found that it could not be seriously alleged

that the prosecution authorities had contravened public policy or disrupted peaceful family relations by requesting that the contents of an entry that they themselves had ordered be annulled, since the purpose was to frustrate the effects of a foreign civil status which they considered contrary to French public policy or to guard against an application to have the entries recorded.

24. The Court of Appeal ruled on the merits as follows:

“... The birth certificates were drawn up on the basis of the Supreme Court of California’s judgment of 14 July 2000 which declared [the first applicant] the genetic father and [the second applicant] the legal mother of any child to which [the surrogate mother] gave birth between 15 August and 15 December 2000. The civil-status documents are therefore indissociable from the decision underlying them and the effectiveness of that decision remains conditional on its international lawfulness.

Recognition, on national territory, of a decision delivered by a court of a State that is not bound to France by any convention is subject to three conditions: the indirect jurisdiction of the foreign court based on the connection between the court and the case; compliance of the merits and procedure with international public policy; and absence of circumvention of the law.

It has been established in the present case that following a surrogacy agreement [the surrogate mother] gave birth to twins who were conceived from the gametes of [the first applicant] and of a third party and were relinquished to [the first and second applicants].

Under Article 16-7 of the Civil Code, whose provisions deriving from Law no. 94-653 of 29 July 1994, and not amended by Law no. 2004-800 of 6 August 2004, are a matter of public policy by virtue of Article 16-9 of the same Code, any agreement concerning reproductive or gestational surrogacy is null and void. Accordingly, the judgment of the Californian Supreme Court, which indirectly validated a surrogacy agreement, contravenes the French concept of international public policy. Consequently, without having to ascertain whether the law has been circumvented, the entries in the French central register of births, marriages and deaths of the particulars of the US birth certificates naming [the second applicant] as the mother of the children must be annulled and the present judgment recorded in the margin of the invalidated birth certificates.

[The applicants] cannot seriously claim that they have not had a fair hearing; nor do they have justifiable grounds for arguing that this measure contravenes provisions laid down in international conventions and domestic law. The concepts to which they refer, in particular the child’s best interests, cannot allow them – despite the practical difficulties engendered by the situation – to validate *ex post facto* a process whose illegality, established first in the case-law and subsequently by the French legislature, is currently enshrined in positive law. Furthermore, non-registration does not have the effect of depriving the two children of their US civil status or calling into question their legal parent-child relationship with [the first and second applicants] recognised under Californian law ...”

3. *Judgment of the Court of Cassation of 6 April 2011*

25. The applicants appealed on points of law, submitting that the children's best interests – within the meaning of Article 3 § 1 of the International Convention on the Rights of the Child – had been disregarded and complaining of a breach of their right to a stable legal parent-child relationship and, further, of a violation of Article 8 of the Convention taken alone and in conjunction with Article 14. They submitted, further, that the decision of a foreign court recognising the legal parent-child relationship between a child and a couple who had lawfully contracted an agreement with a surrogate mother was not contrary to international public policy, which should not be confused with domestic public policy.

26. At a hearing on 8 March 2011 the advocate-general recommended quashing the judgment. He expressed the view that a right lawfully acquired abroad or a foreign decision lawfully delivered by a foreign court could not be prevented from taking legal effect in France on grounds of international public policy where this would infringe a principle, a freedom or a right guaranteed by an international convention ratified by France.

He noted in particular that in *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg* (no. 76240/01, 28 June 2007) the Court had taken account, in its examination of the case under Article 8 of the Convention, of an “effective family life” and “*de facto* family ties” between a single mother and the child she had adopted in Peru, without attaching any importance to the fact that the former had gone abroad in search of a legal system which would allow her to obtain what the law of her country of origin refused her. In the advocate-general's opinion, if the same rationale were applied in the present case, even where domestic law had been circumvented, a legal relationship lawfully created abroad could not be prevented from producing the relevant legal effects where it concerned an effective family set-up and allowed it to function and evolve in normal conditions from the standpoint of Article 8 of the Convention. He also observed that the third and fourth applicants had been living in France for ten years and “[were being] brought up there by genetic and intended parents in a *de facto* family unit in which [they were receiving] affection, care, education, and the material welfare necessary to their development” and that this effective and affective family unit – fully lawful in the eyes of the law of the country in which it had originated – [was] “legally clandestine”, “the children having no civil status recognised in France and no parent-child relationship regarded as valid under French law”. As to whether that state of affairs infringed their “right to a normal family life”, the advocate-general replied as follows:

“... At this stage two answers are possible: either – somewhat theoretically and largely paradoxically – the refusal to register the birth particulars is inconsequential and does not substantially affect the family’s daily life, which means that registration is a mere formality and it is therefore difficult to see any major obstacle in the circumstances to recording the details of certificates with such minimal legal effect that it is inconceivable that they are capable in themselves of shaking the foundations of our fundamental principles and seriously contravening public policy (since they do not intrinsically contain any mention of the nature of the birth).

Alternatively, the refusal to register the birth details permanently and substantially disrupts the family’s life, which is legally split into two in France – the French couple on one side and the foreign children on the other – and the question then arises whether our international public policy – even based upon proximity – can frustrate the right to family life within the meaning of Article 8 [of the Convention] or whether, on the contrary, public policy of that kind, whose effects have to be analysed in practical terms as do those of the foreign rights or decisions that it seeks to exclude, should not be overridden by the obligation to comply with a provision of the Convention.

If the second alternative is retained on the grounds that international conventions must take precedence over public policy based on a standard provided for in a legislative provision, this will not necessarily result in the automatic collapse of the barriers erected by the domestic public-policy provision in such circumstances. As long as the European Court has not given a clear ruling on the question of the lawfulness of surrogacy and allows the States to legislate as they deem fit in this area, it can be considered contrary to public policy to validate, on grounds of respect for family life, situations created illegally within the countries which prohibit them.

However, where it is merely a question of giving effect on the national territory to situations lawfully established abroad – be this at the cost of deliberately disregarding the strictures of a mandatory law – there is nothing to preclude international public policy – even based upon proximity – from being overridden in order to allow families to lead a life in conformity with the legal conditions in which they were created and the *de facto* conditions in which they now live. Furthermore, the best interests of the child, envisaged not only under the New York Convention but also under the case-law of the Court of Human Rights which has established this criterion as a component of respect for family life, also militate in favour of this interpretation. At least this is the lesson that I think we can draw from the judgment in *Wagner [and J.M. W.L.] ...*”

27. However, on 6 April 2011 the Court of Cassation (First Civil Division) gave judgment dismissing the appeal on the following grounds:

“... the refusal to register the particulars of a birth certificate drawn up in execution of a foreign court decision, based on the incompatibility of that decision with French international public policy, is justified where that decision contains provisions which conflict with essential principles of French law. According to the current position under domestic law, it is contrary to the principle of inalienability of civil status – a fundamental principle of French law – to give effect, in terms of the legal parent-child relationship, to a surrogacy agreement, which, while it may be lawful in another

country, is null and void on public-policy grounds under Articles 16-7 and 16-9 of the Civil Code.

Accordingly, the Court of Appeal correctly held that, in giving effect to an agreement of this nature, the “American” judgment of 14 July 2000 conflicted with the French concept of international public policy, with the result that registration of the details of the birth certificates in question, which had been drawn up in application of that judgment, should be annulled. This does not deprive the children of the legal parent-child relationship recognised under Californian law and does not prevent them from living with Mr and Mrs Mennesson in France; nor does it infringe the children’s right to respect for their private and family life within the meaning of Article 8 of the Convention ..., or the principle that their best interests are paramount as laid down in Article 3 § 1 of the International Convention on the Rights of the Child ...”

4. Request for certificate of nationality

28. On 16 April 2013 the first applicant lodged an application with the Charenton-le-Pont District Court for a certificate of French nationality for the third and fourth applicants. The senior registrar sent him acknowledgement-of-receipt forms dated 31 October 2013 and 13 March 2014, indicating that the request “was still being processed in [his] department pending a reply to the request for authentication sent to the consulate of Los Angeles, California”.

...

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

43. The applicants complained that, to the detriment of the children’s best interests, they were unable to obtain recognition in France of the legal parent-child relationship lawfully established abroad between the first two applicants and the third and fourth applicants born abroad as the result of a surrogacy agreement. They complained of a violation of the right to respect for their private and family life guaranteed by Article 8 of the Convention 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.”

...

B. The merits

1. Whether there has been an interference

48. It is not in dispute between the parties that the refusal of the French authorities to legally recognise the family tie between the applicants amounts to an “interference” in their right to respect for their family life and accordingly raises an issue with regard to the negative obligations of the respondent State under Article 8 rather than their positive obligations.

49. The Court agrees, reiterating that this was its approach in, among other cases, *Wagner and J.M.W.L.* (no. 76248/01, § 123, 28 June 2007) and *Negrepontis-Giannisis v. Greece* (no. 56759/08, § 58, 3 May 2011), which concerned the refusal of the Luxembourg and Greek courts respectively to recognise legally an adoption that had been established in foreign judgments. It specifies that, as in those cases, there has been an interference in the present case in the exercise of the right guaranteed by Article 8 not only regarding “family life” but also “private life”.

50. Such interference will be in breach of Article 8 of the Convention unless it can be justified under paragraph 2 of that Article as being “in accordance with the law”, pursuing one or more of the legitimate aims listed therein, and being “necessary in a democratic society” in order to achieve the aim or aims concerned. The notion of “necessity” implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular that it is proportionate to the legitimate aim pursued (see, for example, *Wagner and J.M.W.L.*, § 124, and *Negrepontis-Giannisis*, § 61, both cited above).

2. Justification for the interference

(a) “In accordance with the law”

(i) The applicants

51. The applicants alleged that there was an insufficient legal basis for the interference in question. In their submission, they had been justified, on the basis of the position under domestic law at the material time, in believing that their application for registration of the details of the birth certificates legally drawn up in California would not be refused on the ground of an infringement of public policy and would succeed without any difficulty. They referred to the principle of the attenuated effect of public policy according to which “the reaction to a provision that contravened public policy vari[ed] according to whether the case concerned the acquisition of a

right in France or giving effect in France to a right validly acquired, without fraud, abroad” (*Rivière* judgment; Cass. Civ., First Division, 17 April 1953).

52. They pointed out, firstly, that Article 16-7 of the Civil Code was confined to enshrining the principle that any reproductive or gestational surrogacy agreement was null and void and did not provide that nullity extended to the legal parent-child relationship in respect of children thus conceived, particularly where that relationship was legally established through the effect of a foreign judgment. Furthermore, in their view, no provision of French law prohibited the establishment of a legal parent-child relationship between a child thus conceived and the woman and man to whom the child was relinquished, and Article 47 of the Civil Code, as worded at the relevant time, provided that civil-status documents drawn up in a foreign country were deemed to be valid in so far as they had been drawn up in accordance with the procedures used in that country. They submitted in that connection that the fact that the legislature had amended that provision in 2003 to make express provision for such certificates not to be deemed valid where the facts declared therein did not match the reality showed that compliance with that condition had not previously been required. They also stated that other couples who had entered into surrogacy agreements abroad had succeeded in having their children’s birth details registered.

53. Secondly, at the material time the case-law did not preclude recognition of legal parent-child relationships on grounds of international public policy. The Court of Cassation had only made a contrary ruling in cases where the surrogate mother had also been the biological mother of the child or where the surrogacy arrangement had been carried out in France (judgments of 31 May 1991 and 29 June 1994), and the public prosecutor’s office had decided not to appeal on points of law against a judgment of the Paris Court of Appeal of 15 June 1990 validating the adoption of a child conceived in the United States by a reproductive or gestational surrogacy arrangement, whereas at the same time it had appealed against a judgment validating the adoption of a child thus conceived in France. They considered irrelevant the Government’s submission that the case-law on Article 47 of the Civil Code deriving from the Court of Cassation’s judgment of 12 November 1986 meant that civil-status documents drawn up in a third country did not have to be given effect in France where the details recorded therein did not match the reality. They pointed out in this connection that the certificates drawn up in the United States in their case did not purport to establish a biological link between the second applicant and the third and fourth applicants.

54. Thirdly, while other couples in their situation had easily obtained passports for their children from the French consulate in Los Angeles, the applicants had been faced with an abrupt change of practice in that respect, designed to detect cases of surrogate mothers, which was comparable to the sudden change in practice that had been the subject of a finding of a violation by the Court in *Wagner and J.M.W.L.* (cited above, § 130).

(ii) *The Government*

55. The Government submitted that the interference had been “in accordance with the law”. They observed in that connection that Article 16-7 of the Civil Code, which was a public-policy provision, provided that any reproductive or gestational surrogacy agreement was null and void, and that the Court of Cassation had observed in its judgments of 31 May 1991 and 29 June 1994 that the principle of inalienability of the human body and civil status, which were also a matter of public policy, precluded the attribution of the status of father or mother by contract and precluded giving effect to a parent-child relationship provided for in surrogacy agreements. In their submission, the fact that those judgments concerned the validity of adoption orders made following a surrogacy arrangement carried out on French territory did not affect their relevance in the present case. What was important was that they clearly established that agreements of this kind contravened these public-policy principles. In other words, according to the Government, the applicants could not have been unaware of the public-policy nature of the prohibition on surrogacy arrangements under French law when they entered into the agreement, or of the difficulties likely to arise subsequently.

56. They added that in accordance with the case-law on Article 47 of the Civil Code deriving from the judgment of the Court of Cassation of 12 November 1986, the authorities were justified in refusing to give effect in France to civil-status documents drawn up in a third State where the details recorded therein did not match the reality. They specified further that, other than in isolated cases, there had been no practice in France, at the date of birth of the third and fourth applicants, consisting in registering the birth particulars of children born as the result of a surrogacy agreement performed abroad. That distinguished the facts of the present case from those in *Wagner and J.M.W.L.*, cited above, in which the applicants had been deprived of the benefit of this type of practice with regard to adoption.

(iii) *The Court*

57. According to the Court’s case-law, the expression “in accordance with the law” in Article 8 § 2 requires that the measure or measures in

question 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. In order for the law to meet the criterion of foreseeability, it must set forth with sufficient precision the conditions in which a measure may be applied, to enable the persons concerned – if need be, with appropriate advice – to regulate their conduct accordingly (see, for example, *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, § 55, ECHR 2000-V, and *Sabanchiyeva and Others v. Russia*, no. 38450/05, § 124, ECHR 2013).

58. The Court considers that these conditions are met in the present case. It notes first of all that the applicants have not adduced any evidence in support of their assertion that a more liberal practice used to exist in France regarding the recognition of a legal parent-child relationship between children born abroad as the result of a surrogacy agreement and the intended parents. It observes next that at the material time Articles 16-7 and 16-9 of the Civil Code expressly provided that surrogacy agreements were null and void and specified that this was on public-policy grounds. Admittedly, the Court of Cassation had not given a general ruling on the question of recognition under French law of the legal parent-child relationship between intended parents and children born abroad as the result of a surrogacy agreement. It had, however, previously specified – in a case in which the surrogate mother was the biological mother – that such an agreement contravened the principles of the inalienability of the human body and civil status. It had concluded in a similar case that this precluded the establishment of a legal parent-child relationship between the child thus conceived and the intended mother, and precluded, among other things, registration in the register of births, marriages and deaths of the details recorded in a birth certificate drawn up abroad ... It was on the basis of those provisions of the Civil Code and in accordance with that explicit case-law that the Court of Cassation concluded in the present case that the judgment of the Supreme Court of California of 14 July 2000 was contrary to the French concept of international public policy in that it gave effect to a surrogacy agreement and that the entries in the French register of births, marriages and deaths of the particulars of the birth certificates drawn up in application of that judgment should be annulled. In the Court's view, the applicants could not therefore have been unaware that there was at least a substantial risk that the French courts would rule accordingly in their case, even if no provision of domestic law expressly precluded recognition of a legal parent-child relationship between the first and second and the third and fourth applicants, and notwithstanding the principle of the attenuated effect of public policy (which, moreover, the *Conseil d'État* considers

inapplicable to this type of situation ...). The Court therefore finds that the interference was “in accordance with the law” within the meaning of Article 8 of the Convention.

(b) Legitimate aims

59. The applicants observed that the public prosecutor’s office had, of its own initiative, requested registration of the US judgment delivered in their case and subsequently, several months after obtaining registration, applied to the domestic courts to have it annulled. They argued that, in the light of those contradictory actions, the French authorities could not be deemed to have pursued a legitimate aim.

60. The Government replied that the reason for the refusal to record the particulars of the US birth certificates in the French register of births, marriages and deaths was that this would have given effect to a surrogacy agreement, which was formally forbidden under a domestic public-policy provision and constituted a punishable offence if performed in France. French law accordingly reflected ethical and moral principles according to which the human body could not become a commercial instrument and the child be reduced to the object of a contract. In their submission, the “legitimate aims” of the interference were the prevention of disorder or crime, the protection of health and the protection of the rights and freedoms of others. They added that the reason the public prosecutor’s office had requested that the particulars of the birth certificates of the third and fourth applicants be recorded was precisely to enable it to request subsequently that these entries be annulled. In doing so it had complied with Article 511 of the general circular on civil status of 11 May 1999, which prescribed automatic registration where public policy was concerned, particularly where it was necessary to annul a civil-status document concerning a French national that had been drawn up abroad in accordance with local procedures.

61. The Court is not convinced by the applicants’ submission. The mere fact that the public prosecutor’s office itself requested registration of the judgment of the Supreme Court of California of 14 July 2000, in order to then request that the entry be annulled, cannot lead the Court to conclude that the aim pursued by the interference in question did not appear among those listed in the second paragraph of Article 8. Nor, however, is it convinced by the Government’s assertion that the aim was to “prevent disorder or crime”. The Court observes that the Government have not established that where French nationals have recourse to a surrogacy arrangement in a country in which such an agreement is legal this amounts to an offence under French law. It notes in this connection that, although an investigation was commenced in the present case for “acting as an intermediary in a

surrogacy arrangement” and for “false representation infringing the civil status of children”, the investigating judge held that there was no case to answer on the ground that, as the acts had been committed on US territory, where they were not classified as a criminal offence, they did not constitute a punishable offence in France (see paragraphs 15-16 above).

62. The Court understands, however, that the reason France refuses to recognise a legal parent-child relationship between children born abroad as the result of a surrogacy agreement and the intended parents is that it seeks to deter its nationals from having recourse to methods of assisted reproduction outside the national territory that are prohibited on its own territory and aims, in accordance with its perception of the issue, to protect children and – as can be seen from the study by the *Conseil d’État* of 9 April 2009 ... – surrogate mothers. Accordingly, the Court accepts that the Government may consider that the interference pursued two of the legitimate aims listed in the second paragraph of Article 8 of the Convention: the “protection of health” and “the protection of the rights and freedoms of others”.

(c) “Necessary in a democratic society”

(i) *The applicants*

63. The applicants conceded that, as there was no common European approach, the States Parties in principle had a wide margin of appreciation regarding the content of legal provisions concerning surrogacy. They submitted that in the present case, however, the scope of that margin of appreciation was relative. In their submission, the question was not whether the prohibition of surrogacy agreements by a member State was compatible with the Convention. What was in issue here was a decision which, in their country of residence, deprived children born as the result of a surrogacy agreement lawfully performed abroad of civil-status documents indicating their legal relationship with their parents, including their biological father. They also considered that there was, at the very least, a favourable trend in Europe towards taking account of situations such as theirs. Referring to *Wagner and J.M.W.L.*, cited above, they pointed out that the need to take account of the child’s best interests had the effect of restricting the States’ margin of appreciation.

64. Referring to that judgment (*ibid.*, § 135), the applicants next submitted that the French courts had not carried out the requisite concrete and thorough examination of their family situation and the competing interests. The Court of Appeal had simply disregarded, without stating reasons, the ground of appeal based on an alleged violation of Article 8 of the Convention and the Court of Cassation had upheld that judgment,

merely stating that the measure in question did not prevent the applicants from living together.

65. Furthermore, according to the applicants, the rigid position of the Court of Cassation, which set out to maintain the blanket “deterrent effect” of the prohibition of surrogacy, amounted to precluding any pragmatic arrangement that would recognise – in the child’s best interests – the effects of a situation that had been lawfully created abroad. In their view, this was contrary to the Court’s case-law on Article 8, which had established a practical approach to the reality of family life (the applicants referred, in particular, to the judgment in *Wagner and J.M. W.L.*, cited above, § 133).

66. In the applicants’ submission, the justification by the domestic courts was irrelevant since the principle of the inalienability of a person’s civil status was the subject of numerous practical arrangements. Transsexuals, for example, could obtain a change of the sex stated on their birth certificate, and the legal recognition of children lawfully born abroad as the result of a surrogacy agreement was the subject of debate among legal commentators, in Parliament and in society. It was all the more irrelevant since in principle French law was currently favourable to “intended” parents. Accordingly, in the case of the implantation of embryos in the womb of a third party, which was legal in France (the applicants referred to Articles L. 2141-4 et seq. of the Public Health Code), a woman who carried the embryo of another couple and gave birth to a child who was not biologically hers, could – as could her partner – establish a legal parent-child relationship with that child that excluded the biological parents. Similarly, in cases of donor insemination (also legal in France), no legal parent-child relationship could be established with the sperm donor, whereas a legal parent-child relationship with the mother’s partner could be established (the applicants referred to Articles 311-19 and 311-20 of the Civil Code).

67. The applicants observed that an additional factor to be taken into account was that the interference did not allow the pursued aim to be achieved, since, as pointed out by the Court of Cassation, it did not deprive the children of the legal parent-child relationship with the mother and father recognised under Californian law and did not prevent the applicants from living together in France. Furthermore, their effective and affective family life was “legally clandestine”. This was particularly shocking in the case of the first applicant, who was deprived of recognition of the legal parent-child relationship with the third and fourth applicants by the refusal to record the particulars of the children’s birth certificates in the French register of births, marriages and deaths even though he was their biological father and there was nothing to prevent that relationship from being officially recorded. What was more, the applicants had no other possibility of having the family ties

legally established, since the case-law of the Court of Cassation precluded not only registration of the birth details but also adoption or recognition of their *de facto* enjoyment of status (*possession d'état*). In that respect their case was clearly distinguishable from the situation examined by the Court in *Shavdarov v. Bulgaria* (no. 3465/03, 21 December 2010).

68. The applicants also observed that the measure in question had “grossly disproportionate consequences” for the situation of the third and fourth applicants: without recognition of a legal parent-child relationship with the first two applicants, they did not have French nationality, did not have a French passport, had no valid residence permit (even if, as minors, they could not be deported), and might find it impossible to obtain French nationality and thus be ineligible to vote and ineligible for unconditional leave to remain in France; they could also be prevented from inheriting under the first two applicants’ estate. Furthermore, in the event of the first applicant’s death or should the first two applicants separate, the second applicant would be deprived of any rights in respect of the children, to their and her own detriment. In order to carry out administrative tasks for which French nationality or an official legal parent-child relationship were required (registration of the children for social-security purposes, enrolment at the school canteen or outdoor centre, or applications for financial assistance from the Family Allowances Office), they had to produce the US birth certificates together with an officially sworn translation in order to prove that the children were theirs, and the success of their application depended on the good will of the person dealing with it. The applicants pointed out in this connection that the advocate-general had recommended, before the Court of Cassation, recognising the legal parent-child relationship between the applicants, particularly on the ground of the children’s best interests, and that the Paris Court of Appeal itself had observed that the situation would create practical difficulties for the Mennesson family. They also referred to the report of the *Conseil d'État* of 2009 on the review of bioethical laws, which indicated that “in practice, families’ lives [were] more complicated without registration, because of the formalities that had to be completed on various occasions in life”. They added that, in *Wagner and J.M.W.L.* (cited above, § 132), the Court had acknowledged that in this type of situation there had been a failure to take account of the “social reality” and that “the child [had] not [been] afforded legal protection making it possible for her to be fully integrated into the [in that case] adoptive family”. They also questioned the purpose of refusing to register the particulars of birth certificates drawn up abroad if, as the Government maintained, such certificates took full effect in France and registration was a mere formality.

69. The applicants also submitted that the Court's ruling of no violation of Article 8 in *A, B and C v. Ireland* ([GC], no. 25579/05, ECHR 2010) and *S.H. and Others v. Austria* ([GC], no. 57813/00, ECHR 2011), which concerned access to abortion and medically assisted reproduction respectively, was based on the finding that, although domestic law prohibited these practices, it did not prevent individuals from going abroad to take advantage of them, and, in *S.H. and Others v. Austria*, that the legal father-child and mother-child relationship was thus "[governed by] clear rules of the Civil Code [that respected] the parents' wishes".

70. In their replies to the additional questions put by the President of the Section (see paragraph 5 above), the applicants indicated that under Article 311-14 of the Civil Code, the legal parent-child relationship was governed by the law of the mother's country on the date of the child's birth (and where the mother was not known, by the law of the child's country), that is, according to the case-law of the Court of Cassation (Civ., First Division, 11 June 1996), the law of the country indicated on the birth certificate. It was clear from the Supreme Court of California's decision of 14 July 2000 that the official parents of the third and fourth applicants were the first two applicants. The French authorities and courts had refused to make that finding, however, with the result that as the mother was not recognised as having that status under French law, the legal parent-child relationship could not be governed by the law of her country. Accordingly, it was governed by the law of the country of the third and fourth applicants: US law. As the legal parent-child relationship between them and the first two applicants could not be established under French law and the Court of Cassation's judgments of 13 September 2013 had annulled the recognition of paternity by biological fathers of children born as the result of a surrogacy agreement performed abroad ..., the third and fourth applicants could not acquire French nationality under Article 18 of the Civil Code ("a child of whom at least one parent is French has French nationality") even though the first applicant was their biological father. The applicants added that, notwithstanding the circular of 25 January 2013 ..., the third and fourth applicants could not obtain a certificate of nationality. They submitted that, as a result of the judgment delivered in their case by the Court of Cassation and its decisions of 13 September 2013 describing as "fraudulent" the process by which the birth certificate of a child born abroad of a surrogacy agreement was drawn up, the US birth certificates of the children were invalid for the purposes of Article 47 of the Civil Code, whereupon that provision was inoperative. They added that the thrust of the circular was not aimed at precluding the issuing of a certificate of nationality on the basis of a mere suspicion that recourse had been had to a surrogacy arrangement,

and that it was therefore inoperative in respect of situations such as theirs in which the courts had explicitly found that there had been a surrogacy arrangement. In support of that argument, they stated that they had not received a reply to the request for a certificate of French nationality for the third and fourth applicants lodged by the first applicant with the registry of the Charenton-le-Pont District Court on 16 April 2013. They produced acknowledgment-of-receipt forms signed on 31 October 2013 and 13 March 2014 by the registrar indicating that the request “[was] still being processed in [his] department pending a reply to the request for authentication sent to the consulate of Los Angeles, California”. They added that, on account in particular of the Court of Cassation’s decisions of 13 September 2013, the first applicant could not recognise the third and fourth applicants even though he was their biological father.

(ii) The Government

71. The Government submitted that the failure to register the particulars of foreign civil-status documents such as the birth certificates of the third and fourth applicants did not preclude them from taking full effect in France. They argued firstly that certificates of French nationality were issued on the basis of such certificates where it was established that one of the parents was French (the Government produced a copy of the circular of the Minister of Justice of 25 January 2013, and observed that the applicants had not taken any steps towards obtaining French nationality for the third and fourth applicants), and that minors could not be removed from France; secondly, the first and second applicants enjoyed full parental responsibility in respect of the third and fourth applicants, on the basis of the US civil-status documents; thirdly, were the first and second applicants to divorce, the family-affairs judge would determine their place of residence and the contact rights of the parents as named in the foreign civil-status document; fourthly, as evidence of one’s status as heir could be provided by any means, the third and fourth applicants would be in a position to inherit under the first and second applicants’ estate on the basis of their US civil-status documents, as provided for under ordinary law. The Government also observed that the applicants had overcome the problems they referred to as they did not claim to have been unable to register the third and fourth applicants for social-security purposes or enrol them at school or not to have received social benefits from the Family Allowances Office, and that, generally, they had not shown that they were faced with “numerous and daily difficulties” on account of the refusal to register the particulars of the children’s birth certificates. Accordingly, the Government questioned the actual extent of the interference with the applicants’ family life, that

interference being limited to their inability to obtain French civil-status documents.

72. The Government stressed that in the interests of proscribing any possibility of the human body becoming a commercial instrument, guaranteeing respect for the principle that the human body and a person's civil status were inalienable, and protecting the child's best interests, the legislature – thus expressing the will of the French people – had decided not to permit surrogacy arrangements. The domestic courts had duly drawn the consequences of that by refusing to register the particulars of the civil-status documents of persons born as the result of a surrogacy agreement performed abroad; to permit this would have been tantamount to tacitly accepting that domestic law could be circumvented knowingly and with impunity and would have jeopardised the consistent application of the provision outlawing surrogacy.

They added, on the specific point regarding failure to register the legal father-child relationship, that this was due to the fact that the first and second applicants had entered into the surrogacy arrangement as a couple and that the respective situations of each person in that couple were indissociable. They also considered that, having regard to the various different ways in which the legal parent-child relationship could be established under French law, giving priority to a purely biological criterion “appear[ed] highly questionable”. Lastly, they submitted that “in terms of the child's interests, it seem[ed] preferable to place both parents on the same level of legal recognition of the ties existing between themselves and their children”.

73. The Government added that as surrogacy was a moral and ethical issue and there was no consensus on the question among the States Parties, the latter should be afforded a wide margin of appreciation in that area and in the manner in which they apprehended the effects of the relevant legal parent-child relationship established abroad. In their view, having regard to that wide margin of appreciation and the fact that the applicants were leading a normal family life on the basis of the US civil status of their children and that the latter's best interests were protected, the interference in the exercise of their rights guaranteed under Article 8 of the Convention was “entirely proportionate” to the aims pursued, with the result that there had been no violation of that provision.

74. In their replies to the additional questions of the President of the Section (see paragraph 5 above), the Government stated that the law applicable to the establishment of the legal parent-child relationship between the first two and the third and fourth applicants was, in accordance with Article 311-14 of the Civil Code, the law of their mother's country, namely, according to the case-law of the Court of Cassation (Civ., First

Division, 11 June 1996, *Bulletin civil* no. 244), that of their birth mother. It was therefore the law of the country of the surrogate mother, namely, in this case, US law; under US law, the first two applicants were the parents of the third and fourth applicants, the second applicant being their “legal mother”. The Government added that in so far as they satisfied the requirements of Article 47 of the Civil Code, and irrespective of whether or not the particulars were registered, foreign birth certificates took effect in France, particularly regarding proof of the legal parent-child relationship stated in them. They specified that Article 47 was applicable to the present case despite the fact that the entries of the particulars of the third and fourth applicants’ US birth certificates had been annulled in accordance with the judgment of the Court of Cassation of 6 April 2011 and that, according to the case-law of that court, surrogacy agreements were null and void as a matter of public policy and did not take effect under French law with regard to the legal parent-child relationship. Accordingly, Article 18 of the Civil Code – pursuant to which a child of whom at least one parent was French had French nationality – applied where proof of a lawfully established parent-child relationship was provided by a foreign civil-status document of unquestionable probative force. Lastly, the Government stated that the first applicant could not recognise the third and fourth applicants in France, as the Court of Cassation had held on 13 September 2013 that recognition of paternity by the intended father of a child born of a surrogacy agreement had to be annulled where he had circumvented the law by having recourse to such an arrangement.

(iii) *The Court*

(a) General considerations

75. The Court notes the Government’s submission that, in the area in question, the Contracting States enjoyed a substantial margin of appreciation in deciding what was “necessary in a democratic society”. It also notes that the applicants conceded this but considered that the extent of that margin was relative in the present case.

76. The Court shares the applicants’ analysis.

77. It reiterates that the scope of the States’ margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and the context; in this respect one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States (see, for example, *Wagner and J.M.W.L.*, and *Negrepontis-Giannisis*, both cited above, §§ 128 and 69 respectively). Accordingly, on the one hand, where there is no consensus within the member States of the Council of

Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wide. On the other hand, where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted (see, in particular, *S.H. and Others v. Austria*, cited above, § 94).

78. The Court observes in the present case that there is no consensus in Europe on the lawfulness of surrogacy arrangements or the legal recognition of the relationship between intended parents and children thus conceived abroad. A comparative-law survey conducted by the Court shows that surrogacy is expressly prohibited in fourteen of the thirty-five member States of the Council of Europe – other than France – studied. In ten of these it is either prohibited under general provisions or not tolerated, or the question of its lawfulness is uncertain. However, it is expressly authorised in seven member States and appears to be tolerated in four others. In thirteen of these thirty-five States it is possible to obtain legal recognition of the parent-child relationship between the intended parents and the children conceived through a surrogacy agreement legally performed abroad. This also appears to be possible in eleven other States (including one in which the possibility may only be available in respect of the father-child relationship where the intended father is the biological father), but excluded in the eleven remaining States (except perhaps the possibility in one of them of obtaining recognition of the father-child relationship where the intended father is the biological father) ...

79. This lack of consensus reflects the fact that recourse to a surrogacy arrangement raises sensitive ethical questions. It also confirms that the States must in principle be afforded a wide margin of appreciation, regarding the decision not only whether or not to authorise this method of assisted reproduction but also whether or not to recognise a legal parent-child relationship between children legally conceived as the result of a surrogacy arrangement abroad and the intended parents.

80. However, regard should also be had to the fact that an essential aspect of the identity of individuals is at stake where the legal parent-child relationship is concerned. The margin of appreciation afforded to the respondent State in the present case therefore needs to be reduced.

81. Moreover, the solutions reached by the legislature – even within the limits of this margin – are not beyond the scrutiny of the Court. It falls to the Court to examine carefully the arguments taken into consideration and leading to the solution reached and to determine whether a fair balance has been struck between the competing interests of the State and those directly affected by that solution (see, *mutatis mutandis*, *S.H. and Others v. Austria*,

cited above, § 97). In doing so, it must have regard to the essential principle according to which, whenever the situation of a child is in issue, the best interests of that child are paramount (see, among many other authorities, *Wagner and J.M.W.L.*, cited above, §§ 133-34, and *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, §§ 76 and 95, 22 January 2008).

82. In the present case the Court of Cassation held that French international public policy precluded registration in the register of births, marriages and deaths of the particulars of a birth certificate drawn up in execution of a foreign decision containing provisions which conflicted with essential principles of French law. It then observed that under French law surrogacy agreements were null and void on grounds of public policy, and that it was contrary to the “essential principle of French law” of the inalienability of civil status to give effect to such agreements as regards the legal parent-child relationship. It held that, in so far as it gave effect to a surrogacy agreement, the judgment delivered in the applicants’ case by the Supreme Court of California was contrary to the French concept of international public policy and that, as the US birth certificates of the third and fourth applicants had been drawn up in application of that judgment, the details of those certificates could not be entered in the French register of births, marriages and deaths (see paragraph 27 above).

83. The applicants’ inability to have the parent-child relationship between the first two applicants and the third and fourth applicants recognised under French law is therefore, according to the Court of Cassation, a consequence of the French legislature’s decision on ethical grounds to prohibit surrogacy. The Government pointed out in that connection that the domestic courts had duly drawn the consequences of that decision by refusing to authorise entry in the register of births, marriages and deaths of the details of foreign civil-status documents of children born as the result of a surrogacy agreement performed outside France. To do otherwise would, in their submission, have been tantamount to tacitly accepting that domestic law had been circumvented and would have jeopardised the consistent application of the provisions outlawing surrogacy.

84. The Court observes that that approach manifests itself in an objection on grounds of international public policy, which is specific to private international law. It does not seek to call this into question as such. It must, however, verify whether in applying that mechanism to the present case the domestic courts duly took account of the need to strike a fair balance between the interest of the community in ensuring that its members conform to the choice made democratically within that community and the interest of the applicants – the children’s best interests being paramount – in fully enjoying their rights to respect for their private and family life.

85. It notes in that connection that the Court of Cassation held that the inability to record the particulars of the birth certificates of the third and fourth applicants in the French register of births, marriages and deaths did not infringe their right to respect for their private and family life or their best interests as children in so far as it did not deprive them of the legal parent-child relationship recognised under Californian law and did not prevent them from living in France with the first and second applicants (see paragraph 27 above).

86. The Court considers that a distinction has to be drawn in the instant case between the applicants' right to respect for their family life on the one hand and the right of the third and fourth applicants to respect for their private life on the other hand.

(β) The applicants' right to respect for their family life

87. With regard to the first point, the Court considers that the lack of recognition under French law of the legal parent-child relationship between the first and second applicants and the third and fourth applicants necessarily affects their family life. It notes in this regard that, as pointed out by the applicants, the Paris Court of Appeal acknowledged in this case that the situation thus created would cause "practical difficulties" (see paragraph 24 above). It also observes that, in its report of 2009 on the review of bioethical laws, the *Conseil d'État* observed that "in practice, families' lives [were] more complicated without registration, because of the formalities that had to be completed on various occasions in life" (see paragraph 68 above).

88. Accordingly, as they do not have French civil-status documents or a French family record book the applicants are obliged to produce – non-registered – US civil documents accompanied by an officially sworn translation each time access to a right or a service requires proof of the legal parent-child relationship, and are sometimes met with suspicion, or at the very least incomprehension, on the part of the person dealing with the request. They refer to difficulties encountered when registering the third and fourth applicants with social security, enrolling them at the school canteen or an outdoor centre and applying to the Family Allowances Office for financial assistance.

89. Moreover, a consequence – at least currently – of the fact that under French law the two children do not have a legal parent-child relationship with the first or second applicant is that they have not been granted French nationality. This complicates travel as a family and raises concerns – be they unfounded, as the Government maintain – regarding the third and fourth applicants' right to remain in France once they attain their majority and accordingly the stability of the family unit. The Government submit

that, having regard in particular to the circular of the Minister of Justice of 25 January 2013 ..., the third and fourth applicants could obtain a certificate of French nationality on the basis of Article 18 of the Civil Code, which provides that “a child of whom at least one parent is French has French nationality”, by producing their US birth certificates.

90. The Court notes, however, that it is still unclear whether this possibility does actually exist. Firstly, it notes that according to the very terms of the provision referred to, French nationality is granted on the basis of the nationality of one or the other parent. It observes that it is specifically the legal determination of the parents that is at the heart of the application lodged with the Court. Accordingly, the applicants’ observations and the Government’s replies suggest that the rules of private international law render recourse to Article 18 of the Civil Code in order to establish the French nationality of the third and fourth applicants particularly complex, not to mention uncertain, in the present case. Secondly, the Court notes that the Government rely on Article 47 of the Civil Code. Under that provision, civil-status certificates drawn up abroad and worded in accordance with the customary procedures of the country concerned are deemed valid “save where other certificates or documents held, external data, or particulars in the certificate itself establish ... that the document in question is illegal, forged, or that the facts stated therein do not match the reality”. The question therefore arises whether that exception applies in a situation such as the present case, where it has been observed that the children concerned were born as the result of a surrogacy agreement performed abroad, which the Court of Cassation has deemed a circumvention of the law. Although they were invited by the President to answer that question and specify whether there was a risk that a certificate of nationality thus drawn up would subsequently be contested and annulled or withdrawn, the Government have not provided any indications. Moreover, the request lodged for that purpose on 16 April 2013 with the registry of the Charenton-le-Pont District Court by the first applicant was still pending eleven months later. The senior registrar indicated on 31 October 2013 and on 13 March 2014 that it was “still being processed in [his] department pending a reply to the request for authentication sent to the consulate of Los Angeles, California” (see paragraph 28 above).

91. To that must be added the entirely understandable concerns regarding the protection of family life between the first and second and the third and fourth applicants in the event of the first applicant’s death or the couple’s separation.

92. However, whatever the degree of the potential risks for the applicants’ family life, the Court considers that it must determine the

issue having regard to the practical obstacles which the family has had to overcome on account of the lack of recognition in French law of the legal parent-child relationship between the first two applicants and the third and fourth applicants (see, *mutatis mutandis*, *X, Y and Z [v. the United Kingdom]*, 22 April 1997), § 48[, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-II]). It notes that the applicants do not claim that it has been impossible to overcome the difficulties they referred to and have not shown that the inability to obtain recognition of the legal parent-child relationship under French law has prevented them from enjoying in France their right to respect for their family life. In that connection it observes that all four of them were able to settle in France shortly after the birth of the third and fourth applicants, are in a position to live there together in conditions broadly comparable to those of other families and that there is nothing to suggest that they are at risk of being separated by the authorities on account of their situation under French law (see, *mutatis mutandis*, *Shavdarov*, cited above, §§ 49-50 and 56).

93. The Court also observes that in dismissing the grounds of appeal submitted by the applicants under the Convention, the Court of Cassation observed that annulling registration of the details of the third and fourth applicants' birth certificates in the French register of births, marriages and deaths did not prevent them from living with the first and second applicants in France (see paragraph 27 above). Referring to the importance it had attached in *Wagner and J.M.W.L.* (cited above, § 135) to carrying out an actual examination of the situation, the Court concludes that in the present case the French courts did duly carry out such an examination, since they considered in the above-mentioned terms, implicitly but necessarily, that the practical difficulties that the applicants might encounter in their family life on account of not obtaining recognition under French law of the legal parent-child relationship established between them abroad would not exceed the limits required by compliance with Article 8 of the Convention.

94. Accordingly, in the light of the practical consequences for their family life of the lack of recognition under French law of the legal parent-child relationship between the first and second applicants and the third and fourth applicants and having regard to the margin of appreciation afforded to the respondent State, the Court considers that the situation brought about by the Court of Cassation's conclusion in the present case strikes a fair balance between the interests of the applicants and those of the State in so far as their right to respect for family life is concerned.

95. It remains to be determined whether the same is true regarding the right of the third and fourth applicants to respect for their private life.

(y) Right of the third and fourth applicants to respect for their private life

96. As the Court has observed, respect for private life requires that everyone should be able to establish details of their identity as individual human beings, which includes the legal parent-child relationship ...; an essential aspect of the identity of individuals is at stake where the legal parent-child relationship is concerned (see paragraph 80 above). As domestic law currently stands, the third and fourth applicants are in a position of legal uncertainty. While it is true that a legal parent-child relationship with the first and second applicants is acknowledged by the French courts in so far as it has been established under Californian law, the refusal to grant any effect to the US judgment and to record the details of the birth certificates accordingly shows that the relationship is not recognised under the French legal system. In other words, although aware that the children have been identified in another country as the children of the first and second applicants, France nonetheless denies them that status under French law. The Court considers that a contradiction of that nature undermines the children's identity within French society.

97. Whilst Article 8 of the Convention does not guarantee a right to acquire a particular nationality, the fact remains that nationality is an element of a person's identity (see *Genovese v. Malta*, no. 53124/09, § 33, 11 October 2011). As the Court has already pointed out, although their biological father is French the third and fourth applicants face a worrying uncertainty as to the possibility of obtaining recognition of French nationality under Article 18 of the Civil Code ... That uncertainty is liable to have negative repercussions on the definition of their personal identity.

98. The Court also observes that the fact that the third and fourth applicants are not identified under French law as the children of the first and second applicants has consequences for their inheritance rights. It notes that the Government deny this, but observes that the *Conseil d'État* has ruled that in the absence of recognition in France of a legal parent-child relationship established abroad with regard to the intended mother, a child born abroad as the result of a surrogacy agreement cannot inherit under the mother's estate unless the latter has named the child as a legatee, the death duties then being calculated in the same way as for a third party ..., that is, less favourably. The same situation arises in the context of inheritance under the intended father's estate, even if he is the biological father as in this case. This is also a component of their identity in relation to their parentage of which children born as the result of a surrogacy agreement performed abroad are deprived.

99. The Court can accept that France may wish to deter its nationals from going abroad to take advantage of methods of assisted reproduction that are prohibited on its own territory (see paragraph 62 above). Having regard to the foregoing, however, the effects of non-recognition in French law of the legal parent-child relationship between children thus conceived and the intended parents are not limited to the parents alone, who have chosen a particular method of assisted reproduction prohibited by the French authorities. They also affect the children themselves, whose right to respect for their private life – which implies that everyone must be able to establish the substance of his or her identity, including the legal parent-child relationship – is substantially affected. Accordingly, a serious question arises as to the compatibility of that situation with the children’s best interests, respect for which must guide any decision in their regard.

100. This analysis takes on a special dimension where, as in the present case, one of the intended parents is also the child’s biological parent. Having regard to the importance of biological parentage as a component of identity (see, for example, *Jäggi [v. Switzerland]*, no. 58757/00), § 37[, ECHR 2006-X]), it cannot be said to be in the interests of the child to deprive him or her of a legal relationship of this nature where the biological reality of that relationship has been established and the child and parent concerned demand full recognition thereof. Not only was the relationship between the third and fourth applicants and their biological father not recognised when registration of the details of the birth certificates was requested, but formal recognition by means of a declaration of paternity or adoption or through the effect of *de facto* enjoyment of civil status would fall foul of the prohibition established by the Court of Cassation in its case-law in that regard ... The Court considers, having regard to the consequences of this serious restriction on the identity and right to respect for private life of the third and fourth applicants, that by thus preventing both the recognition and establishment under domestic law of their legal relationship with their biological father, the respondent State overstepped the permissible limits of its margin of appreciation.

101. Having regard also to the importance to be given to the child’s interests when weighing up the competing interests at stake, the Court concludes that the right of the third and fourth applicants to respect for their private life was infringed.

3. *General conclusion*

102. There has been no violation of Article 8 of the Convention with regard to the applicants’ right to respect for their family life. There has,

however, been a violation of that provision with regard to the right of the third and fourth applicants to respect for their private life.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

...

2. *Holds* that there has been no violation of Article 8 of the Convention with regard to the applicants' right to respect for their family life;
3. *Holds* that there has been a violation of Article 8 of the Convention with regard to the third and fourth applicants' right to respect for their private life;

...

Done in French, and notified in writing on 26 June 2014, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Claudia Westerdiek
Registrar

Mark Villiger
President

S.A.S. c. FRANCE
(*Requête n° 43835/11*)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 1^{ER} JUILLET 2014¹

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

SOMMAIRE¹**Interdiction du port d'un vêtement religieux dissimulant le visage dans l'espace public**

La question de l'acceptation ou non du port du voile intégral dans l'espace public constitue un choix de société, ce qui permet à l'État de disposer d'une ample marge d'appréciation sur cette question. Il en va d'autant plus ainsi qu'il n'y a pas de consensus européen sur la question de l'interdiction du port du voile intégral dans l'espace public. En conséquence, l'interdiction peut passer pour proportionnée au but poursuivi, à savoir la préservation des conditions du « vivre ensemble » en tant qu'élément de la « protection des droits et libertés d'autrui » au regard de l'article 8 § 2 et de l'article 9 § 2 de la Convention (paragraphe 153-158 de l'arrêt).

Article 8

Vie privée – Interdiction du port d'un vêtement religieux dissimulant le visage dans l'espace public – Sécurité publique – Protection des droits et libertés d'autrui – Nécessaire dans une société démocratique – Garantir les conditions du « vivre ensemble » – Proportionnalité – Ample marge d'appréciation – Absence de consensus européen

Article 9

Manifester sa religion ou sa conviction – Interdiction du port d'un vêtement religieux dissimulant le visage dans l'espace public – Sécurité publique – Protection des droits et libertés d'autrui – Nécessaire dans une société démocratique – Garantir les conditions du « vivre ensemble » – Proportionnalité – Ample marge d'appréciation – Absence de consensus européen

Article 14 combiné avec l'article 8 ou l'article 9

Discrimination – Interdiction du port d'un vêtement religieux dissimulant le visage dans l'espace public – Justification objective et raisonnable

*

* *

En fait

La requérante, musulmane pratiquante, porte la burqa et le niqab qui couvrent entièrement son corps à l'exception des yeux afin d'être en accord avec sa foi, sa

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

culture et ses convictions personnelles. Elle dit porter ce vêtement de son plein gré, en public comme en privé, mais pas de façon systématique. En effet, elle accepte de ne pas le porter en certaines circonstances mais souhaite pouvoir le porter quand tel est son choix. Elle déclare enfin que son objectif n'est pas de créer un désagrément pour autrui mais d'être en accord avec elle-même. Depuis le 11 avril 2011, date d'entrée en vigueur de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010, sur tout le territoire de la République française, il est interdit à chacun de dissimuler son visage dans l'espace public.

En droit

1. Articles 8 et 9 : l'interdiction de porter dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage pose des questions au regard du droit au respect de la vie privée (article 8 de la Convention) des femmes qui souhaitent porter le voile intégral pour des raisons tenant à leurs convictions. Pour autant que cette interdiction est mise en cause par des personnes qui, telle la requérante, se plaignent d'être en conséquence empêchées de porter dans l'espace public une tenue que leur pratique d'une religion leur dicte de revêtir, elle soulève avant tout un problème au regard de la liberté de chacun de manifester sa religion ou ses convictions (article 9 de la Convention).

La loi du 11 octobre 2010 met la requérante devant un dilemme : soit elle se plie à l'interdiction et renonce ainsi à se vêtir conformément au choix que lui dicte son approche de sa religion ; soit elle ne s'y plie pas et s'expose à des sanctions pénales. Il y a donc en l'espèce une « ingérence » ou une « restriction » dans l'exercice des droits protégés par les articles 8 et 9 de la Convention.

Le Gouvernement soutient que l'interférence vise deux objectifs légitimes : la sécurité publique et « le respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte ». Or le second paragraphe de l'article 8 ainsi que celui de l'article 9 ne renvoient explicitement ni au second de ces buts ni aux trois valeurs auxquelles le Gouvernement se réfère à cet égard.

La Cour admet qu'en adoptant l'interdiction litigieuse, le législateur entendait répondre à des questions de « sûreté publique » ou de « sécurité publique », au sens du second paragraphe de l'article 8 ainsi que de celui de l'article 9 de la Convention. À propos du second des objectifs invoqués, soit « le respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte », la Cour, en premier lieu, n'est pas convaincue par l'assertion du Gouvernement pour autant qu'elle concerne le respect de l'égalité entre les hommes et les femmes. En effet, un État partie ne saurait invoquer l'égalité des sexes pour interdire une pratique que des femmes – telle la requérante – revendiquent dans le cadre de l'exercice des droits que consacrent les articles 8 et 9 de la Convention, sauf à admettre que l'on puisse à ce titre prétendre protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux. Par ailleurs, pour autant que le Gouvernement entende ainsi faire valoir que le port du voile intégral par certaines femmes choque la majorité de la population française parce qu'il heurte le principe d'égalité des sexes tel qu'il est

généralement admis en France, la Cour renvoie aux motifs relatifs aux deux autres valeurs qu'il invoque.

En deuxième lieu, la Cour considère que le respect de la dignité des personnes ne peut légitimement motiver l'interdiction générale du port du voile intégral dans l'espace public. Le vêtement en cause perçu comme étrange par beaucoup de ceux qui l'observent est toutefois dans sa différence l'expression d'une identité culturelle qui contribue au pluralisme dont la démocratie se nourrit.

En troisième lieu, la Cour estime que, dans certaines conditions, ce que le Gouvernement qualifie de « respect des exigences minimales de la vie en société » – le « vivre ensemble », dans l'exposé des motifs du projet de loi – peut se rattacher au but légitime que constitue la « protection des droits et libertés d'autrui ». L'État défendeur considère que le visage joue un rôle important dans l'interaction sociale. La Cour peut donc admettre que la clôture qu'oppose aux autres le voile cachant le visage soit perçue par l'État défendeur comme portant atteinte au droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble. Cela étant, la flexibilité de la notion de « vivre ensemble » et le risque d'excès qui en découle commandent que la Cour procède à un examen attentif de la nécessité de la restriction contestée.

Il ressort clairement de l'exposé des motifs qui accompagnait le projet de loi que cette interdiction n'a pas pour objectif principal de protéger des femmes contre une pratique qui leur serait imposée ou qui leur serait préjudiciable.

S'agissant de la nécessité au regard de la sûreté ou de la sécurité publiques, au sens des articles 8 et 9, la Cour comprend qu'un État juge essentiel de pouvoir identifier les individus afin de prévenir les atteintes à la sécurité des personnes et des biens et de lutter contre la fraude identitaire. Cependant, vu son impact sur les droits des femmes qui souhaitent porter le voile intégral pour des raisons religieuses, une interdiction absolue de porter dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage ne peut passer pour proportionnée qu'en présence d'un contexte révélant une menace générale contre la sécurité publique. Or le Gouvernement ne démontre pas que l'interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 s'inscrit dans un tel contexte. Quant aux femmes concernées, elles se trouvent obligées de renoncer totalement à un élément de leur identité qu'elles jugent important ainsi qu'à la manière de manifester leur religion ou leurs convictions qu'elles ont choisie, alors que l'objectif évoqué par le Gouvernement serait atteint par une simple obligation de montrer leur visage et de s'identifier lorsqu'un risque pour la sécurité des personnes et des biens est caractérisé ou que des circonstances particulières conduisent à soupçonner une fraude identitaire. Ainsi, on ne saurait retenir que l'interdiction générale que pose la loi du 11 octobre 2010 est nécessaire, dans une société démocratique, à la sécurité publique ou à la sûreté publique, au sens des articles 8 et 9 de la Convention.

Il faut encore examiner ce qu'il en est au regard du souci de répondre aux exigences minimales de la vie en société comme élément de la « protection des droits et

libertés d'autrui». La Cour estime que l'interdiction litigieuse peut être considérée comme justifiée dans son principe dans la seule mesure où elle vise à garantir les conditions du «vivre ensemble».

Au regard du nombre de femmes concernées, soit environ 1 900 femmes par rapport aux quelques 65 millions d'habitants que compte la France et au nombre de musulmans qui y vivent, il peut sembler démesuré de répondre à une telle situation par une loi d'interdiction générale. En outre, il n'est pas douteux que l'interdiction a un fort impact négatif sur la situation des femmes qui, telle la requérante, ont fait le choix de porter le voile intégral pour des raisons tenant à leurs convictions. De nombreux acteurs internationaux comme nationaux de la protection des droits fondamentaux considèrent qu'une interdiction générale est disproportionnée. La loi du 11 octobre 2010 et certaines controverses qui ont accompagné son élaboration ont pu être ressenties douloureusement par une partie de la communauté musulmane, y compris par ceux de ses membres qui ne sont pas favorables au port du voile intégral. À ce titre, la Cour est très préoccupée par les propos islamophobes ayant marqué le débat qui a précédé l'adoption de la loi du 11 octobre. Il ne lui appartient certes pas de se prononcer sur l'opportunité de légiférer en la matière. Elle souligne toutefois qu'un État qui s'engage dans un processus législatif de ce type prend le risque de contribuer à la consolidation des stéréotypes qui affectent certaines catégories de personnes et d'encourager l'expression de l'intolérance alors qu'il se doit au contraire de promouvoir la tolérance. Des propos constitutifs d'une attaque générale et véhémement contre un groupe identifié par une religion ou des origines ethniques sont incompatibles avec les valeurs de tolérance, de paix sociale et de non-discrimination qui sous-tendent la Convention et ne relèvent pas du droit à la liberté d'expression qu'elle consacre.

Cependant, la loi du 11 octobre 2010 n'affecte pas la liberté de porter dans l'espace public tout habit ou élément vestimentaire – ayant ou non une connotation religieuse – qui n'a pas pour effet de dissimuler le visage. La prohibition critiquée pèse pour l'essentiel sur les femmes musulmanes qui souhaitent porter le voile intégral. Néanmoins, cette interdiction n'est pas explicitement fondée sur la connotation religieuse des habits visés, mais sur le seul fait qu'ils dissimulent le visage.

Quant au fait que l'interdiction est assortie de sanctions pénales, les sanctions retenues par le législateur figurent parmi les plus légères qu'il pouvait envisager, puisqu'il s'agit de l'amende prévue pour les contraventions de la deuxième classe (soit actuellement 150 euros au maximum), avec la possibilité pour le juge de prononcer en même temps ou à la place l'obligation d'accomplir un stage de citoyenneté.

En outre, en interdisant à chacun de revêtir dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage, l'État défendeur restreint d'une certaine façon le champ du pluralisme, dans la mesure où l'interdiction fait obstacle à ce que certaines femmes expriment leur personnalité et leurs convictions en portant le voile intégral en public. Il indique cependant qu'il s'agit pour lui de répondre à une pratique qu'il juge incompatible, dans la société française, avec les modalités

de la communication sociale et, plus largement, du «vivre ensemble». Dans cette perspective, l'État défendeur entend protéger une modalité d'interaction entre les individus, essentielle à ses yeux pour l'expression non seulement du pluralisme, mais aussi de la tolérance et de l'esprit d'ouverture, sans lesquels il n'y a pas de société démocratique. Il apparaît ainsi que la question de l'acceptation ou non du port du voile intégral dans l'espace public constitue un choix de société.

Or, dans un tel cas de figure, la Cour se doit de faire preuve de réserve dans l'exercice de son contrôle de conventionalité dès lors qu'il la conduit à évaluer un arbitrage effectué selon des modalités démocratiques au sein de la société en cause. Lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national. La France disposait donc en l'espèce d'une ample marge d'appréciation.

Il en va d'autant plus ainsi qu'il n'y a pas de consensus européen sur la question de l'interdiction du port du voile intégral dans l'espace public. Et si, d'un point de vue strictement normatif, la France est dans une situation très minoritaire en Europe, il faut toutefois observer que la question du port du voile intégral dans l'espace public est ou a été en débat dans plusieurs pays européens. À cela il faut ajouter que, vraisemblablement, la question du port du voile intégral dans l'espace public ne se pose tout simplement pas dans un certain nombre d'États membres, où cette pratique n'a pas cours.

En conséquence, notamment au regard de l'ampleur de la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce, l'interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 peut passer pour proportionnée au but poursuivi, à savoir la préservation des conditions du «vivre ensemble» en tant qu'élément de la «protection des droits et libertés d'autrui». La restriction litigieuse peut donc passer pour «nécessaire», «dans une société démocratique». Cette conclusion vaut au regard de l'article 8 de la Convention comme de l'article 9.

Conclusion: non-violation (quinze voix contre deux).

2. Article 14 combiné avec l'article 8 ou l'article 9: la requérante dénonce une discrimination indirecte. En tant que femme musulmane souhaitant porter le voile intégral dans l'espace public pour des motifs religieux, elle appartient à une catégorie de personnes tout particulièrement exposée à l'interdiction dont il s'agit et aux sanctions dont elle est assortie.

Une politique ou une mesure générale qui ont des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes peuvent être considérées comme discriminatoires même si elles ne visent pas spécifiquement ce groupe et s'il n'y a pas d'intention discriminatoire. Il n'en va toutefois ainsi que si cette politique ou cette mesure manquent de justification «objective et raisonnable», c'est-à-dire si elles ne poursuivent pas un «but légitime» ou s'il n'existe pas de «rapport raisonnable de proportionnalité» entre les moyens employés et le but visé. Or, en l'espèce, s'il peut être considéré que l'interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 a des effets

négatifs spécifiques sur la situation des femmes musulmanes qui, pour des motifs religieux, souhaitent porter le voile intégral dans l'espace public, cette mesure a une justification objective et raisonnable.

Conclusion: non-violation (unanimité).

Jurisprudence citée par la Cour

- Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, n° 41135/98, 23 février 2010
Aktas c. France (déc.), n° 43563/08, 30 juin 2009
Arrowsmith c. Royaume-Uni, n° 7050/75, rapport de la Commission du 12 octobre 1978, Décisions et Rapports 19
Bayatyan c. Arménie [GC], n° 23459/03, CEDH 2011
Buscarini et autres c. Saint-Marin [GC], n° 24645/94, CEDH 1999-I
Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France [GC], n° 27417/95, CEDH 2000-VII
Chassagnou et autres c. France [GC], nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95, CEDH 1999-III
Dahlab c. Suisse (déc.), n° 42393/98, CEDH 2001-V
D.H. et autres c. République tchèque [GC], n° 57325/00, CEDH 2007-IV
Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, série A n° 45
El Morsli c. France (déc.), n° 15585/06, 4 mars 2008
Eweida et autres c. Royaume-Uni, nos 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, CEDH 2013
Hassan et Tchaouch c. Bulgarie [GC], n° 30985/96, CEDH 2000-XI
Kalaç c. Turquie, 1^{er} juillet 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-IV
Kara c. Royaume-Uni, n° 36528/97, décision de la Commission du 22 octobre 1998, non publiée
Kervanci c. France, n° 31645/04, 4 décembre 2008
Kokkinakis c. Grèce, 25 mai 1993, série A n° 260-A
Konstantin Markin c. Russie [GC], n° 30078/06, CEDH 2012
Köse et autres c. Turquie (déc.), n° 26625/02, CEDH 2006-II
Kurtuluş c. Turquie (déc.), n° 65500/01, CEDH 2006-II
Leyla Şahin c. Turquie [GC], n° 44774/98, CEDH 2005-XI
Mann Singh c. France (déc.), n° 24479/07, 13 novembre 2008
Manoussakis et autres c. Grèce, 26 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV
Maurice c. France [GC], n° 11810/03, CEDH 2005-IX
McFeeley et autres c. Royaume-Uni, n° 8317/78, décision de la Commission du 15 mai 1980, Décisions et rapports 20
Michaud c. France, n° 12323/11, CEDH 2012
Nolan et K. c. Russie, n° 2512/04, 12 février 2009
Norris c. Irlande, 26 octobre 1988, série A n° 142
Norwood c. Royaume-Uni (déc.), n° 23131/03, CEDH 2004-XI
Otto-Preminger-Institut c. Autriche, 20 septembre 1994, série A n° 295-A
Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, 30 janvier 1998, *Recueil* 1998-I

- Pavel Ivanov c. Russie* (déc.), n° 35222/04, 20 février 2007
Phull c. France (déc.), n° 35753/03, CEDH 2005-I
Popa c. Roumanie (déc.), n° 4233/09, 18 juin 2013
Ranjit Singh c. France (déc.), n° 27561/08, 30 juin 2009
Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie [GC], nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, CEDH 2003-II
Schuler-Zraggen c. Suisse, 24 juin 1993, série A n° 263
Serif c. Grèce, n° 38178/97, CEDH 1999-IX
Staatkundig Gereformeerde Partij c. Pays-Bas (déc.), n° 58369/10, 10 juillet 2012
Sutter c. Suisse, n° 8209/78, décision de la Commission du 1^{er} mars 1979, Décisions et rapports 16
Svyato-Mykhaylivska Parafiya c. Ukraine, n° 77703/01, 14 juin 2007
Wingrove c. Royaume-Uni, 25 novembre 1996, Recueil 1996-V
X, Y et Z c. Royaume-Uni, 22 avril 1997, Recueil 1997-II
Young, James et Webster c. Royaume-Uni, 13 août 1981, série A n° 44

En l'affaire S.A.S. c. France,

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,
Boštjan M. Zupančič,
Elisabeth Steiner,
Khanlar Hajiyev,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Ledi Bianku,
Ganna Yudkivska,
Angelika Nußberger,
Erik Møse,
André Potocki,
Paul Lemmens,
Helena Jäderblom,
Aleš Pejchal, *juges*,

et de Erik Fribergh, *greffier*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 27 novembre 2013 et le 5 juin 2014,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 43835/11) dirigée contre la République française et dont une ressortissante de cet État (« la requérante »), a saisi la Cour le 11 avril 2011 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 cinquième section puis le président de la Grande Chambre ont accédé à la demande de la requérante tendant à ce que son identité ne soit pas divulguée (article 47 § 3 du règlement).

2. La requérante est représentée devant la Cour par M. S. Sharma, *solicitor* à Birmingham, M. R. De Mello et M. T. Muman, *barristers* à Birmingham, et M. S. Singh Juss, *barrister* à Londres. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») est représenté par son agent ; il s'agissait initialement de

M^{me} E. Belliard, directrice des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères, à laquelle M. F. Alabrune a succédé en mai 2014.

3. La requérante se plaint du fait que l'interdiction de porter une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public que pose la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 la prive de la possibilité de revêtir le voile intégral dans l'espace public. Elle dénonce une violation des articles 3, 8, 9, 10 et 11 de la Convention, pris isolément et combinés avec l'article 14 de la Convention.

4. La requête a été attribuée à la cinquième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 1^{er} février 2012, elle a été communiquée au Gouvernement.

5. Le 28 mai 2013, une chambre de la cinquième section composée de Mark Villiger, président, Angelika Nußberger, Boštjan M. Zupančič, Ganna Yudkivska, André Potocki, Paul Lemmens et Aleš Pejchal, juges, ainsi que de Claudia Westerdiek, greffière de section, s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre, aucune des parties ne s'y étant opposée (articles 30 de la Convention et 72 du règlement).

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

7. Tant la requérante que le Gouvernement ont déposé un mémoire sur la recevabilité et sur le fond de l'affaire.

8. Les organisations non gouvernementales Amnesty International, Liberty, Open Society Justice Initiative et ARTICLE 19, ainsi que le Centre des droits de l'homme de l'université de Gand et le gouvernement belge se sont vu accorder l'autorisation d'intervenir dans la procédure écrite (article 36 § 2 de la Convention et article 44 § 3 du règlement). Le gouvernement belge a également été autorisé à intervenir dans la procédure orale.

9. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 27 novembre 2013 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M ^{mes} E. Belliard, directrice des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères,	<i>agent,</i>
N. Ancel, sous-directrice des droits de l'homme au ministère des Affaires étrangères,	<i>co-agent,</i>
MM. S. Fournel, rédacteur à la sous-direction des droits de l'homme du ministère des Affaires étrangères,	
R. Feral, rédacteur à la sous-direction des droits de l'homme du ministère des Affaires étrangères,	

- M^{me} P. Rouault-Chalier, sous-directrice
des affaires juridiques générales et du contentieux
au ministère de la Justice,
- M. E. Dumand, chef du bureau du droit
et du contentieux européen, international
et institutionnel au ministère de l'Intérieur, *conseillers;*
- *pour la requérante*
- MM. R. De Mello,
T. Muman,
S. Singh Juss, *conseils,*
E. Bjorge,
- M^{mes} A. Vakulenko,
S. Berry, *conseillers;*
- *pour le gouvernement belge*
- M^{me} I. Niedlispacher, *co-agent.*

La Cour a entendu en leurs déclarations M^{me} Belliard, M. De Mello et M. Muman et M^{me} Niedlispacher, ainsi que M^{me} Belliard et M. De Mello en leurs réponses aux questions posées par les juges.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

10. La requérante est une ressortissante française née en 1990 et résidant en France.

11. La requérante, qui se déclare musulmane pratiquante, indique porter la burqa et le niqab afin d'être en accord avec sa foi, sa culture et ses convictions personnelles. Elle précise que la burqa est un habit qui couvre entièrement le corps et inclut un tissu à mailles au niveau du visage, et que le niqab est un voile couvrant le visage à l'exception des yeux. Elle souligne que ni son mari ni aucun autre membre de sa famille ne font pression sur elle pour qu'elle s'habille ainsi.

12. Elle ajoute qu'elle porte le niqab en public comme en privé, mais pas de façon systématique; ainsi, par exemple, elle peut ne pas le porter lorsqu'elle est en consultation chez un médecin ou lorsqu'elle rencontre des amis dans un lieu public ou cherche à faire des connaissances. Elle accepte donc de ne pas porter tout le temps le niqab dans l'espace public, mais souhaite pouvoir le faire quand tel est son choix, en particulier lorsque

son humeur spirituelle le lui dicte. Il y a ainsi des moments (par exemple lors d'événements religieux tels que le ramadan) où elle a le sentiment de devoir le porter en public pour exprimer sa religion et sa foi personnelle et culturelle; son objectif n'est pas de créer un désagrément pour autrui mais d'être en accord avec elle-même.

13. La requérante précise qu'elle ne réclame pas de pouvoir garder le niqab lorsqu'elle se trouve en situation de subir un contrôle de sécurité, se rend dans une banque ou prend l'avion, et qu'elle est d'accord de montrer son visage lorsqu'un contrôle d'identité nécessaire l'impose.

14. Depuis le 11 avril 2011, date d'entrée en vigueur de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010, sur tout le territoire de la République française, il est interdit à chacun de dissimuler son visage dans l'espace public. (...)

EN DROIT

(...)

IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 8, 9 ET 10 DE LA CONVENTION, PRIS ISOLÉMENT ET COMBINÉS AVEC L'ARTICLE 14

74. La requérante dénonce pour les mêmes raisons une violation de son droit au respect de sa vie privée, de son droit à la liberté de manifester sa religion ou ses convictions et de son droit à la liberté d'expression, ainsi qu'une discrimination dans l'exercice de ces droits. Elle invoque les articles 8, 9 et 10 de la Convention, pris isolément et combinés avec l'article 14, les premières de ces dispositions étant ainsi libellées :

Article 8

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

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

Article 9

« 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de

manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»

Article 10

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

(...)

B. Sur le fond

1. Arguments des parties

a) La requérante

76. La requérante indique qu'elle est née au Pakistan et que sa famille s'inscrit dans une tradition culturelle sunnite dans laquelle il est coutumier et respectueux pour les femmes de porter le voile intégral en public. Elle considère qu'elle subit une grave ingérence dans l'exercice des droits garantis par l'article 9 de la Convention dès lors que la loi du 11 octobre 2010, qui vise à interdire aux femmes musulmanes de porter le voile intégral dans les lieux publics, l'empêche de manifester sa foi, de la vivre et de l'observer en public. Elle ajoute que, si cette ingérence est « prévue par la loi », elle ne poursuit aucun des buts légitimes énumérés au second paragraphe de cette disposition et n'est pas « nécessaire » « dans une société démocratique ».

77. La requérante estime tout d'abord que l'on ne peut retenir que cette ingérence a pour but légitime la « sécurité publique » alors qu'il ne s'agit pas d'une mesure destinée à répondre à des préoccupations de sécurité concrètes dans des lieux à haut risque tels que les aéroports, mais d'une interdiction générale couvrant presque tout l'espace public. Quant à la thèse du Gouvernement selon laquelle elle viserait au respect des exigences

minimales de la vie en société dès lors que l'exposition réciproque des visages serait fondamentale dans la société française, la requérante objecte qu'elle néglige de prendre en compte les pratiques culturelles des minorités qui n'adhèrent pas forcément à cette philosophie et le fait qu'il existe des modes de communication autres que visuels, et que cela n'a de toute façon rien à voir avec l'application de sanctions pénales dans le but d'empêcher que l'on se voile le visage en public. Elle considère par ailleurs que l'affirmation du Gouvernement selon laquelle le fait pour les femmes de se couvrir le visage est incompatible avec le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes est simpliste. Elle fait valoir que, d'après une thèse féministe consacrée, le port du voile dénote souvent une émancipation des femmes, leur affirmation de soi et leur participation à la société, et que pour ce qui la concerne, il ne s'agit pas de faire plaisir aux hommes mais à elle-même et d'obéir à sa conscience. Ensuite, on ne saurait soutenir que le port du voile revient à refuser aux femmes concernées le droit d'exister en tant que personnes dans l'espace public alors que dans la majorité des cas il s'agit d'un libre choix dénué de surcroît de tout prosélytisme. Elle ajoute que d'autres États membres ayant une forte population musulmane n'interdisent pas le port du voile intégral dans les lieux publics. Elle juge par ailleurs ironique qu'une idée abstraite d'égalité des sexes aille à l'encontre du choix profondément personnel des femmes qui décident de se voiler et souligne que les sanctionner aggrave l'inégalité que l'on prétend combattre. Enfin, elle considère que soutenir que l'interdiction a pour but légitime le « respect de la dignité des personnes » revient à l'asseoir sur la supposition abstraite, stéréotypée et révélatrice d'une logique machiste, que la femme voilée est « effacée ».

78. Au chapitre de la « nécessité », la requérante fait valoir qu'une société réellement libre est une société qui peut accueillir une grande variété de convictions, de goûts, d'activités, de coutumes et de comportements, et qu'il n'appartient pas aux États de décider de la validité de convictions religieuses. Selon elle, l'interdiction et la criminalisation du port du voile intégral en public envoient un message sectaire et constituent un obstacle à la socialisation des femmes concernées. Elle indique que le Comité des droits de l'homme des Nations unies a retenu dans son Observation générale n° 28 que réglementer les vêtements susceptibles de pouvoir être portés par les femmes en public peut mettre à mal le principe de l'égalité des droits entre hommes et femmes et, dans la décision *Raihon Hudoyberganova c. Ouzbekistan* [Communication n° 931/2000, 18 janvier 2005], que la liberté de manifester sa religion englobe le droit de porter en public des vêtements ou une tenue conforme à sa foi ou à sa religion. Elle souligne en outre que, s'il est vrai que la loi du 11 octobre 2010 a été adoptée à

la quasi-unanimité, les affaires *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] montrent qu'une mesure peut bénéficier d'un large soutien politique sans pour autant être « nécessaire » « dans une société démocratique ».

Par ailleurs, à supposer que les buts poursuivis soient légitimes, l'interdiction critiquée ne peut remplir cette condition alors qu'ils pourraient être atteints par des moyens moins contraignants. Ainsi, pour répondre aux questions de sécurité publique, il suffirait de recourir à des contrôles d'identité dans les endroits à haut risque, comme dans les cas examinés par la Cour dans les affaires *Phull c. France* ((déc.), n° 35753/03, CEDH 2005-I) et *El Morsli c. France* ((déc.), n° 15585/06, 4 mars 2008). Quant à la volonté de garantir le respect de la dignité des personnes, elle ne saurait exempter de peser les intérêts concurrents : ceux des membres du public qui désapprouvent le port du voile ; ceux des femmes voilées, qui, comme elle, se trouvent contraintes de choisir entre agir contre leurs convictions, rester chez elles ou enfreindre la loi. Or les droits des secondes seraient bien plus lourdement affectés que ceux des premiers. Selon la requérante, considérer, comme le fait le Gouvernement, qu'il est nécessaire de criminaliser non seulement le fait d'obliger quelqu'un à se voiler, mais aussi le fait de se voiler par choix au motif que les femmes peuvent hésiter à dénoncer ceux qui les y contraignent et que la contrainte peut être diffuse revient à ignorer la situation et la motivation des femmes qui choisissent de se voiler et donc à abandonner toute recherche de proportionnalité. Plus encore qu'une attitude paternaliste, il y aurait là une intention de punir les femmes que l'on prétend pourtant protéger de pressions patriarcales. Enfin, la requérante juge sans pertinence les remarques du Gouvernement, selon lesquelles la liberté de se vêtir conformément à son choix reste très large en France et l'interdiction ne vaut pas dans les lieux de culte ouverts au public, dès lors que ses convictions lui imposent précisément de se couvrir le visage et que le droit de manifester sa foi ne se limite pas aux lieux de culte et doit pouvoir s'exercer en public.

79. Selon la requérante, l'impossibilité de porter le voile intégral en public dans laquelle la met la loi du 11 octobre 2010 s'analyse aussi en une violation de son droit au respect de la vie privée que garantit l'article 8 de la Convention. Sa vie privée serait atteinte pour trois raisons. Premièrement parce que le port du voile intégral est un élément important de son identité socioculturelle. Deuxièmement, parce que, comme la Cour l'a souligné dans l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne* (n° 59320/00, §§ 50 et 69, CEDH 2004-VI), il existe une zone d'interaction entre l'individu et des tiers qui, même dans un contexte public, peut relever de la vie privée, et que la

protection de la vie privée au titre de l'article 8 va au-delà du cercle familial intime et comporte également une dimension sociale. Troisièmement, parce que si elle sort de chez elle en portant le voile intégral, elle rencontrera probablement de l'hostilité et s'exposera à des sanctions pénales. Ainsi, obligée de le retirer lorsqu'elle sort et ne pouvant le porter que chez elle, «comme si elle était en prison», elle se trouverait forcée d'adopter une «personnalité à la Jekyll et Hyde».

Ensuite, renvoyant pour l'essentiel à ses observations relatives à l'article 9 de la Convention, la requérante soutient que cette ingérence ne poursuit aucun des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 de la Convention. Elle ajoute qu'à supposer que l'un d'eux puisse être retenu, l'ingérence dénoncée ne pourrait passer pour nécessaire dans une société démocratique, d'autant moins que les exigences du second paragraphe de l'article 8 seraient à cet égard plus strictes que celles du second paragraphe de l'article 9.

80. La requérante soutient en outre que l'interdiction de porter une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public, qui, sans aucun doute, cible la burqa, génère une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention, fondée sur le sexe, la religion et l'origine ethnique au détriment des femmes musulmanes qui, comme elle, portent le voile islamique intégral. Il s'agit d'après elle d'une discrimination indirecte entre les femmes musulmanes dont les convictions exigent qu'elles portent le voile intégral et les autres femmes musulmanes, ainsi qu'entre celles-ci et les hommes musulmans. L'exception que prévoit la loi du 11 octobre 2010, selon laquelle l'interdiction ne s'applique pas si la tenue s'inscrit dans le cadre de «fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles», serait également discriminante en ce qu'elle conduirait à favoriser la majorité chrétienne: elle permettrait aux chrétiens de porter en public une tenue dissimulant leur visage dans le cadre de fêtes ou célébrations chrétiennes (processions religieuses catholiques, carnivals ou rituels tels que le père Noël) alors que les femmes musulmanes désirant porter le voile intégral en public demeurerait sous le coup de l'interdiction même durant le mois du ramadan.

b) Le Gouvernement

81. Le Gouvernement admet que, bien que formulée de manière générale, l'interdiction prévue par la loi du 11 octobre 2010 peut être vue comme une «restriction», au sens de l'article 9 § 2 de la Convention, à la liberté de manifester sa religion ou ses convictions. Il estime toutefois que cette restriction poursuit des buts légitimes et est nécessaire, dans une société démocratique, pour atteindre ceux-ci.

82. D'après lui, le premier de ces buts est d'assurer la «sécurité publique» : l'interdiction répondrait à la nécessité d'identifier tout individu afin de prévenir les atteintes à la sécurité des personnes et des biens et de lutter contre la fraude identitaire. Le second de ces buts relèverait de la «protection des droits et libertés d'autrui». Il s'agirait d'assurer «le respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte». Le Gouvernement renvoie à cet égard à trois valeurs. Il s'agit tout d'abord du respect des exigences minimales de la vie en société. Selon le Gouvernement, le visage joue un rôle important dans l'interaction entre les êtres humains : c'est par lui plus que par toute autre partie du corps que s'exprime l'existence de l'individu en tant que personne unique, et que se reconnaît son humanité partagée avec son interlocuteur en même temps que son altérité. La dissimulation du visage dans l'espace public aurait ainsi pour effet de rompre le lien social et de manifester un refus du «vivre ensemble». Il s'agit ensuite du respect de l'égalité entre hommes et femmes, dès lors que considérer que les femmes doivent dissimuler leur visage dans l'espace public pour la seule raison qu'elles sont des femmes revient à nier leur droit d'exister en tant qu'individu et à réserver l'expression de leur individualité à l'espace privé familial ou à un espace exclusivement féminin. Enfin, il s'agit du respect de la dignité des personnes, dans la mesure où les femmes ainsi vêtues se trouvent pour ainsi dire «effacées» de l'espace public. Or, selon le Gouvernement, qu'un tel effacement soit souhaité ou subi, il est déshumanisant et peut donc difficilement être considéré comme conforme à la dignité de la personne humaine.

Sur la question de l'égalité entre les hommes et les femmes, le Gouvernement juge très surprenantes les déclarations de la requérante selon lesquelles le voile intégral traduirait souvent l'émancipation des femmes qui le portent, leur affirmation de soi et leur participation à la société, et déclare ne pas souscrire à la présentation extrêmement positive qu'elle et les organisations non gouvernementales intervenantes font de cette pratique. Il déclare par ailleurs prendre acte des rapports d'études produits par deux des tiers intervenants, dont il ressort que les femmes qui portent ou portaient le voile intégral le feraient ou l'auraient fait sans contrainte et n'auraient le cas échéant abandonné cette pratique qu'en raison de l'hostilité de la population. Il observe toutefois que ces études n'ont été menées qu'auprès d'un très petit nombre de femmes (vingt-sept dans un cas, trente-deux dans l'autre) recrutées selon la méthode «boule de neige». Or cette méthode serait peu fiable dès lors qu'elle consiste à cibler quelques personnes correspondant au sujet d'étude puis à identifier d'autres personnes par leur biais, et conduit ainsi à sélectionner des individus ayant une communauté de vue. Il en

déduit que ces rapports ne donnent qu'un aperçu très partiel de la réalité et que leur pertinence scientifique est sujette à caution.

83. S'agissant de la nécessité et de la proportionnalité de la restriction, le Gouvernement fait valoir que la loi du 11 octobre 2010 a été adoptée à l'unanimité des suffrages exprimés (moins une voix) tant par le Sénat que par l'Assemblée nationale, à l'issue d'un large débat démocratique impliquant notamment la société civile. Il souligne que l'interdiction dont il est question est extrêmement limitée quant à son objet puisque seule la dissimulation du visage est interdite, quel qu'en soit le motif, chacun restant libre, dans cette seule limite, de porter dans l'espace public un vêtement destiné à exprimer une conviction religieuse. Il ajoute qu'elle est nécessaire à la défense des principes qui ont motivé son adoption. Il indique à cet égard que se borner à sanctionner le fait de contraindre autrui à dissimuler son visage aurait manqué d'efficacité parce que les femmes concernées peuvent hésiter à le dénoncer et qu'il peut s'agir d'une contrainte diffuse. Il rappelle ensuite que la Cour reconnaît aux États une ample marge d'appréciation lorsqu'il s'agit de rechercher un équilibre entre l'intérêt privé et les intérêts publics ou lorsqu'un intérêt privé entre en conflit avec d'autres droits protégés par la Convention (il se réfère à cet égard à l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 77, CEDH 2007-I). Il considère de plus que les sanctions dont l'interdiction est assortie sont légères, s'agissant d'une amende de 150 euros (EUR) ou d'un stage de citoyenneté. Il ajoute que tant le Conseil constitutionnel que la Cour de cassation ont reconnu le caractère « nécessaire » de la loi.

84. Quant à l'article 8 de la Convention, le Gouvernement indique ne pas être convaincu que cette disposition s'applique, dans la mesure où l'interdiction du port d'une tenue destinée à dissimuler le visage ne vaut que dans l'espace public et que l'on ne saurait considérer que l'intégrité physique ou l'intimité de la personne sont en jeu. Soulignant que l'argumentation de la requérante relève de toute façon davantage de la liberté de manifester ses convictions ou sa religion et donc de l'article 9, il renvoie à l'argumentation qu'il a développée sur ce terrain quant à la justification de l'ingérence et à son caractère proportionné.

85. Enfin, le Gouvernement juge la requérante « particulièrement mal venue à s'estimer victime de discrimination en raison de son sexe » alors que l'un des objectifs essentiels de la loi critiquée est de lutter contre la discrimination de ce type que constitue l'effacement de la femme de l'espace public par le biais du port du voile intégral. Il estime que l'assertion selon laquelle la loi repose sur un stéréotype voulant que les femmes musulmanes sont soumises est infondée et caricaturale. D'une part, parce que la loi ne vise pas les femmes musulmanes. D'autre part, parce que l'effacement social

manifesté par le port de la burqa ou du niqab est « difficilement compatible avec l'affirmation d'une existence sociale ». Or, d'après lui, on ne saurait tirer de l'article 14 de la Convention un droit de se mettre soi-même en situation de discrimination. Quant à l'argument selon lequel l'un des effets de la loi serait de dissuader les intéressées de se rendre dans l'espace public et de les confiner chez elles, il serait particulièrement inopérant en l'espèce, la requérante indiquant ne revêtir le voile intégral que volontairement et occasionnellement.

Le Gouvernement ajoute que la loi ne crée pas non plus une discrimination au détriment des femmes musulmanes. Il rappelle à cet égard que la pratique du voile intégral est récente et très peu courante en France, et a été critiquée à de nombreuses reprises par d'importantes personnalités musulmanes. Il indique en outre que l'interdiction s'applique que la motivation de la dissimulation du visage soit ou non religieuse et quel que soit le sexe de la personne. Enfin, il souligne que le fait que certaines personnes qui entendent adopter des comportements qu'elles justifient par leurs convictions, qu'elles soient religieuses ou non, ne puissent le faire en raison d'une interdiction posée par la loi ne saurait être en soi considéré comme discriminatoire, dès lors que l'interdiction repose sur une base raisonnable et reste proportionnée à l'objectif poursuivi. Il renvoie sur ce point à ses développements précédents.

2. Arguments des tiers intervenants

a) Le gouvernement belge

86. Le gouvernement intervenant fait valoir que le port du voile intégral ne répond pas à une prescription coranique mais à une coutume minoritaire de la péninsule arabique.

87. Il indique de plus qu'une loi interdisant le port de tout « vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage » a été adoptée en Belgique le 1^{er} juin 2011 et est entrée en vigueur le 23 juillet 2011. Il précise que la Cour constitutionnelle belge a rejeté les deux recours constitutionnels exercés contre cette loi par un arrêt du 6 décembre 2012 – tout en émettant une réserve à propos des lieux de culte –, retenant que le port de tels vêtements posait un problème de sécurité, constituait un obstacle au droit des femmes à l'égalité et à la dignité et, plus fondamentalement, mettrait en danger les conditions mêmes du « vivre ensemble ». Il estime qu'il n'appartient pas aux individus de s'arroger, à la faveur de leurs libertés individuelle ou religieuse, le pouvoir de décider quand ils accepteraient de se découvrir dans l'espace public, l'appréciation des exigences de sécurité publique devant nécessairement être déléguée aux autorités publiques. Il note ensuite que le droit des femmes à l'égalité et à la dignité est invoqué de part et d'autre, et

admet que le port du voile intégral n'est pas nécessairement l'expression d'une soumission aux hommes. Il considère toutefois que le droit à l'isolement a ses limites, que les codes vestimentaires qui règnent dans nos sociétés sont le produit d'un consensus sociétal et le fruit d'un compromis entre les libertés individuelles et les codes d'interaction en société, et que les personnes qui portent un vêtement dissimulant leur visage donnent aux autres le signal qu'elles ne veulent pas participer de manière active à la société et sont de ce fait déshumanisées. Selon lui, l'une des valeurs qui constituent les bases du fonctionnement de la société démocratique est qu'un échange actif entre les individus soit possible.

88. Le gouvernement intervenant souligne que le législateur belge a entendu défendre un modèle de société faisant prévaloir l'individu sur ses attaches philosophiques, culturelles ou religieuses, en vue de favoriser l'intégration de tous et de faire en sorte que les citoyens partagent un patrimoine commun de valeurs fondamentales telles que la démocratie, l'égalité entre les hommes et les femmes ou encore la séparation de l'Église et de l'État. Il renvoie à l'arrêt de la Cour constitutionnelle belge en ce qu'il retient que, dès lors que la dissimulation du visage a pour conséquence de priver de toute possibilité d'individualisation par le visage alors que cette individualisation constitue une condition fondamentale liée à son essence même, l'interdiction de porter dans les lieux accessibles au public un vêtement dissimulant le visage, fût-il l'expression d'une conviction religieuse, répond à un besoin social impérieux dans une société démocratique. Il ajoute que le législateur belge a opté pour la sanction pénale la plus légère (l'amende) et – renvoyant également à l'arrêt de la Cour constitutionnelle – que la circonstance que certaines femmes resteraient chez elles afin de ne pas circuler le visage non dissimulé résulte de leur choix plutôt que d'une contrainte illégitime qui leur serait imposée par la loi. Enfin, il estime que les lois française et belge ne sont pas discriminatoires puisqu'elles ne visent pas spécifiquement le voile intégral et s'appliquent à toute personne qui porte un attribut dissimulant son visage en public, qu'il s'agisse d'un homme ou d'une femme et que le motif soit religieux ou autre.

b) L'organisation non gouvernementale Amnesty International

89. L'intervenante fait valoir que le droit de porter des habits à connotation religieuse est protégé par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques en ce qu'il relève du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion et du droit à la liberté d'expression. Elle ajoute que le pacte prévoit des exceptions semblables à celles admises par les articles 9 et 10 de la Convention, et soutient que le droit international public requiert qu'elles soient interprétées similairement d'un instrument à l'autre. Elle

invite en conséquence la Cour à prendre en compte les Observations générales n^{os} 22, 27 et 34 du Comité des droits de l'homme des Nations unies ainsi que sa jurisprudence (...)

90. L'intervenante ajoute que le droit à la non-discrimination est garanti par tous les instruments internationaux et régionaux de protection des droits fondamentaux, qu'une interprétation homogène s'impose là aussi et qu'il ressort notamment du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes que les États ont l'obligation de prendre des mesures effectives permettant de remédier aux comportements discriminatoires. Elle renvoie de plus aux Observations générales n^{os} 22 et 28 du Comité des droits de l'homme. Elle met en outre en exergue le risque de discrimination croisée: les femmes peuvent souffrir d'une forme spécifique de discrimination en raison de la combinaison du facteur sexe avec d'autres facteurs tels que la religion, laquelle trouve notamment son expression dans le fait de «stéréotyper» certaines catégories de femmes. Elle souligne aussi que des restrictions au port du foulard ou du voile peuvent affecter le droit de travailler, le droit à l'éducation et le droit à l'égalité devant la loi, et peuvent encourager le harcèlement et la violence.

91. Selon l'intervenante, supposer que les femmes qui portent certains types d'habits le font parce qu'elles y sont contraintes relève d'un stéréotype sexiste ou religieux; mettre fin à la discrimination requerrait une approche bien plus nuancée.

c) L'organisation non gouvernementale ARTICLE 19

92. L'intervenante souligne que le port d'habits ou signes religieux relève du droit à la liberté d'expression et du droit à la liberté de religion et de pensée, et renvoie à l'Observation générale n^o 28 du Comité des droits de l'homme des Nations unies. Elle renvoie également à la décision Hudoyberganova c. Ouzbékistan, précitée, de ce même comité, dans laquelle il a retenu que la liberté de chacun de manifester sa religion comprend le droit de porter en public les habits ou attributs que l'on juge conforme à sa religion ou à sa foi et qu'empêcher une personne de porter un habit religieux peut constituer une violation de l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Elle se réfère également à l'Observation générale n^o 34 du comité, relative à la liberté d'opinion et d'expression. Elle ajoute que, dans son rapport de 2006, le rapporteur spécial des Nations unies sur la liberté de religion ou de conviction propose des lignes directrices pour évaluer la nécessité et la proportionnalité de restrictions au port de signes ou habits religieux et recommande aux administrations et juridictions amenées à procéder à une telle évaluation de poser les questions suivantes: la restriction

dont il est question est-elle appropriée au vu de l'intérêt légitime qu'elle vise à protéger, est-elle la moins restrictive, procède-t-elle d'une balance des intérêts en présence, est-elle de nature à stimuler l'intolérance religieuse et évite-t-elle la stigmatisation d'une communauté religieuse particulière?

93. L'intervenante observe ensuite que, comme l'a relevé le rapporteur spécial des Nations unies sur la liberté de religion ou de conviction dans son rapport intérimaire de 2011, l'interdiction de la discrimination basée sur le sexe est souvent invoquée en faveur de la prohibition du voile intégral, alors qu'une telle prohibition peut conduire à des discriminations croisées au détriment des femmes musulmanes. Selon elle, cela peut être contre-productif en ce que cela peut avoir pour effet de confiner les femmes concernées chez elles, de les exclure de la vie publique et de les marginaliser, et d'exposer les musulmanes à des violences physiques et verbales. Elle constate en outre que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, notamment, a recommandé aux États membres de ne pas opter pour une interdiction générale du port du voile intégral en public.

94. D'après l'intervenante, les standards internationaux relatifs au droit à la liberté d'expression, au droit à la liberté d'opinion et de religion et au droit à un traitement égal et à la non-discrimination ne permettent pas de prohiber de manière générale le fait de se couvrir le visage en public.

d) Le Centre des droits de l'homme de l'université de Gand

95. L'intervenant souligne que les lois française et belge interdisant de dissimuler le visage en public ont été adoptées sur la base de la supposition que les femmes qui portent le voile intégral le font pour la plupart sous la contrainte, expriment ainsi leur volonté de ne pas interagir avec les autres membres de la société et représentent une menace pour la sécurité publique. Or une recherche empirique réalisée sous son égide en Belgique auprès de vingt-sept femmes qui portent ou ont porté le voile intégral (E. Brems, Y. Janssens, K. Lecoyer, S. Ouald Chaib et V. Vandersteen, *Wearing the Face Veil in Belgium: Views and Experiences of 27 Women Living in Belgium Concerning the Islamic Full Face Veil and the Belgian Ban on Face Covering*, Centre des droits de l'homme de l'université de Gand, 2012) à laquelle s'ajoutent des travaux effectués en France par les fondations Open Society (paragraphe 104 ci-dessous) et aux Pays-Bas par le professeur A. Moors démontreraient que cette supposition est erronée.

96. D'après l'intervenant, ces travaux indiquent que l'interdiction ne permet pas d'atteindre ses objectifs: elle a pour effet de confiner les femmes concernées chez elles, ce qui les isole et affecte leur vie sociale et leur autonomie, et d'encourager les agressions contre elles. Il estime en outre qu'elle est disproportionnée, parce que l'espace public est défini très

largement, que les problèmes liés à la sécurité publique peuvent être réglés par l'obligation ponctuelle de s'identifier en montrant son visage et qu'il y a dans la société moderne de nombreuses modalités de communication qui ne nécessitent pas que chacun voit le visage de l'autre.

97. Selon l'intervenant, outre le fait qu'elle porte atteinte de manière disproportionnée à la liberté de religion, l'interdiction génère une discrimination indirecte et croisée, fondée sur la religion et le sexe, valide des stéréotypes et méconnaît le fait que les femmes voilées constituent un groupe minoritaire vulnérable qui nécessite une attention particulière.

98. Enfin, l'intervenant invite la Cour à examiner cette affaire à la lumière de la montée de l'islamophobie dans plusieurs pays européens. Elle considère que l'adoption et la mise en œuvre d'une interdiction totale de se couvrir le visage en public sont d'autant plus dommageables qu'elles sont accompagnées d'un discours politique focalisant sur les femmes portant le voile islamique intégral qui a renforcé les stéréotypes négatifs et l'islamophobie.

e) L'organisation non gouvernementale Liberty

99. L'intervenante observe que la loi du 11 octobre 2010, bien que formulée en termes neutres, vise le port de la burqa, et s'applique dans tout l'espace public, et que les femmes concernées se trouvent devant le choix difficile de rester chez elles ou de retirer leur voile. Elle rappelle que la Convention est le fruit des atrocités qui ont marqué la Seconde Guerre mondiale, que ce sont les horreurs commises contre les Juifs qui ont motivé l'inclusion du droit à la liberté de religion dans la liste des droits fondamentaux et qu'il y a eu depuis d'autres crimes contre l'humanité commis pour des raisons – en partie tout au moins – religieuses. Elle ajoute qu'il y a un lien étroit entre religion et race.

100. L'intervenante souligne ensuite que la réglementation générale de l'habillement des femmes en public est susceptible non seulement de contrevenir à de nombreux droits fondamentaux, mais aussi de violer des instruments internationaux et régionaux tels que la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales. S'agissant de la Convention, elle estime que les articles 8, 9, 10 et 14 sont en jeu. Elle juge que les trois éléments indiqués dans l'exposé des motifs du projet de loi pour justifier cette interdiction ne sont pas convaincants. Elle expose en outre que la loi d'interdiction et le débat autour de cette question stimulent la stigmatisation des musulmans et encouragent les attitudes racistes à leur égard.

101. En conclusion, l'intervenante observe que, si de nombreuses féministes notamment considèrent que le voile intégral abaisse les femmes, affecte leur dignité et est une expression du patriarcat, d'autres y voient

un symbole de leur foi. Selon elle, on ne peut régler cette controverse en obligeant les femmes qui se sentent tenues de le porter à rester chez elles sous peine de sanctions ; cela ne libère pas les femmes et, très vraisemblablement, encourage l'islamophobie.

f) L'organisation non gouvernementale Open Society Justice Initiative

102. L'intervenante souligne que l'interdiction du voile intégral est critiquée au sein du Conseil de l'Europe et que seules la France et la Belgique ont opté pour une mesure générale de ce type. Elle souligne que, bien que les lois française et belge soient neutres dans leur rédaction, le processus dont elles sont issues montre qu'elles visent spécifiquement le niqab et la burqa.

103. L'intervenante relève ensuite que la loi française a pour but la préservation de la sécurité publique, de l'égalité entre les hommes et les femmes et de la laïcité. Elle fait valoir à cet égard qu'un raisonnement fondé sur l'ordre public peut facilement dissimuler l'intolérance lorsque la liberté de religion est en jeu. Renvoyant en particulier à l'arrêt *Palau-Martinez c. France* (n° 64927/01, § 43, CEDH 2003-XII), elle ajoute que les États ne peuvent invoquer cette notion pour justifier une ingérence dans l'exercice d'un droit garanti par la Convention que dans la mesure où ils établissent qu'il y a une atteinte concrète à l'ordre public. S'agissant de la protection de l'égalité entre les hommes et les femmes, elle note qu'un tel objectif repose sur la supposition que le port du voile est contraint et désavantage les femmes concernées, alors qu'aucun des éléments examinés dans le cadre du processus législatif ne l'indique.

104. L'intervenante renvoie en outre au rapport d'une étude réalisée en France sous l'égide d'Open Society Foundations auprès de trente-deux femmes portant le voile intégral, intitulé *Unveiling the Truth: Why 32 Muslim Women Wear the Full-Face Veil in France* et publié en avril 2011. Elle signale qu'il en ressort notamment que les femmes interrogées ne portaient pas le voile sous la contrainte, que beaucoup avaient décidé de le faire contre l'avis de leur famille, qu'un tiers ne le portaient pas tous les jours et de manière permanente et que la majorité maintenait une vie sociale active. Il en ressortirait également que l'interdiction a provoqué le mécontentement de ces femmes et est la cause d'une perte d'autonomie, et que le discours public dont elle s'est accompagnée a encouragé les agressions verbales et physiques de membres du public contre elles. De plus, l'intervenante produit un rapport de suivi établi en septembre 2013. Elle indique qu'il en ressort que la majorité des femmes concernées continuent de porter le voile intégral, ceci parce qu'il s'agit pour elles d'exprimer leurs convictions religieuses. Elle ajoute que le rapport met en évidence un impact important

de l'interdiction sur leur vie personnelle et familiale. Elle signale en outre que le rapport indique que toutes les femmes interrogées déclarent que leur sécurité personnelle s'est dégradée depuis l'interdiction et font état d'un harcèlement et parfois d'agressions physiques résultant d'un climat encourageant le public à agir contre les femmes qui portent le voile intégral.

105. En conclusion, l'intervenante soutient qu'il y a un consensus européen contre l'interdiction du port du voile intégral en public. Elle insiste également sur le fait que des interdictions totales sont disproportionnées lorsque des mesures moins intrusives sont possibles, que des justifications tirées de l'ordre public doivent être concrètement fondées, que les mesures prises dans le but de promouvoir l'égalité doivent être objectivement et raisonnablement justifiées et limitées dans le temps et que celles qui visent à garantir la laïcité doivent être strictement nécessaires.

3. *Appréciation de la Cour*

a) **Sur la violation alléguée des articles 8 et 9 de la Convention**

106. L'interdiction de porter dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage pose des questions au regard du droit au respect de la vie privée (article 8 de la Convention) des femmes qui souhaitent porter le voile intégral pour des raisons tenant à leurs convictions, ainsi qu'au regard de leur liberté de manifester celles-ci (article 9 de la Convention).

107. La Cour estime en effet que les choix faits quant à l'apparence que l'on souhaite avoir, dans l'espace public comme en privé, relèvent de l'expression de la personnalité de chacun et donc de la vie privée. Elle en a déjà jugé ainsi s'agissant du choix de la coiffure (*Popa c. Roumanie* (déc.), n° 4233/09, §§ 32-33, 18 juin 2013; voir aussi la décision de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Sutter c. Suisse*, n° 8209/78, décision de la Commission du 1^{er} mars 1979, Décisions et rapports (DR) 16, p. 166). Elle considère, à l'instar de la Commission (voir, en particulier, *McFeeley et autres c. Royaume-Uni*, n° 8317/78, décision de la Commission du 15 mai 1980, DR 20, p. 44, § 83, et *Kara c. Royaume-Uni*, n° 36528/97, décision de la Commission du 22 octobre 1998, non publiée), qu'il en va de même du choix des vêtements. Une mesure émanant d'une autorité publique limitative d'un choix de ce type est donc en principe constitutive d'une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention (*Kara*, décision précitée). Il en résulte que l'interdiction de porter dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage qu'édicte la loi du 11 octobre 2010 relève de l'article 8 de la Convention.

108. Ceci étant dit, pour autant que cette interdiction est mise en cause par des personnes qui, telle la requérante, se plaignent d'être en conséquence empêchées de porter dans l'espace public une tenue que leur pratique d'une religion leur dicte de revêtir, elle soulève avant tout un problème au regard de la liberté de chacun de manifester sa religion ou ses convictions (voir, en particulier, *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, n° 41135/98, § 35, 23 février 2010). La circonstance que cette pratique est minoritaire et apparaît contestée (...) est sans pertinence à cet égard.

109. La Cour examinera donc cette partie de la requête sous l'angle de l'article 8 et de l'article 9, mais en mettant l'accent sur la seconde de ces dispositions.

i. Sur l'existence d'une « restriction » ou d'une « ingérence »

110. Comme la Cour l'a souligné précédemment (...), la loi du 11 octobre 2010 met la requérante devant un dilemme comparable à celui qu'elle avait identifié dans les arrêts *Dudgeon* et *Norris* (précités) : soit elle se plie à l'interdiction et renonce ainsi à se vêtir conformément au choix que lui dicte son approche de sa religion ; soit elle ne s'y plie pas et s'expose à des sanctions pénales. Elle se trouve ainsi, au regard de l'article 9 de la Convention comme de l'article 8, dans une situation similaire à celle des requérants *Dudgeon* et *Norris*, dans le cas desquels la Cour a constaté une « ingérence permanente » dans l'exercice des droits garantis par la seconde de ces dispositions (arrêts précités, §§ 41 et 38 respectivement ; voir aussi, notamment, *Michaud c. [France]*, n° 12323/11, § 92[, CEDH 2012]. Il y a donc en l'espèce une « ingérence » ou une « restriction » dans l'exercice des droits protégés par les articles 8 et 9 de la Convention.

111. Pour être compatibles avec les seconds paragraphes de ces dispositions, pareilles restriction ou ingérence doivent être « prévue[s] par la loi », inspirées par un ou plusieurs des buts légitimes qu'ils énumèrent et « nécessaire[s] », « dans une société démocratique », à la poursuite de ce ou ces buts.

ii. « Prévues par la loi »

112. La Cour constate que la restriction dont il s'agit est prévue par les articles 1, 2 et 3 de la loi du 11 octobre 2010 (...). Elle relève en outre que la requérante ne conteste pas que ces dispositions remplissent les critères établis par la jurisprudence de la Cour relative aux articles 8 § 2 et 9 § 2 de la Convention.

iii. But légitime

113. La Cour rappelle que l'énumération des exceptions à la liberté de chacun de manifester sa religion ou ses convictions qui figure dans le second

paragraphe de l'article 9 est exhaustive et que la définition de ces exceptions est restrictive (voir, notamment, *Svyato-Mykhaylivska Parafiya c. Ukraine*, n° 77703/01, § 132, 14 juin 2007, et *Nolan et K. c. Russie*, n° 2512/04, § 73, 12 février 2009). Pour être compatible avec la Convention, une restriction à cette liberté doit notamment être inspirée par un but susceptible d'être rattaché à l'un de ceux que cette disposition énumère. La même approche s'impose sur le terrain de l'article 8 de la Convention.

114. La pratique de la Cour est d'être plutôt succincte lorsqu'elle vérifie l'existence d'un but légitime, au sens des seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la Convention (voir, par exemple, *Leyla Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98, § 99, CEDH 2005-XI, et *Ahmet Arslan et autres*, précité, § 43). Toutefois, en l'espèce, la teneur des objectifs invoqués à ce titre par le Gouvernement et fortement contestés par la requérante commande un examen approfondi. La requérante estime en effet que l'immixtion dans l'exercice de la liberté de manifester sa religion et dans celui du droit au respect de la vie privée qu'elle subit en raison de l'interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 ne répond à aucun des buts énumérés au second paragraphe de l'article 8 et à celui de l'article 9 de la Convention. Le Gouvernement soutient pour sa part que cette interdiction vise deux objectifs légitimes : la sécurité publique et « le respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte ». Or la Cour constate que le second paragraphe de l'article 8 et celui de l'article 9 ne renvoient explicitement ni au second de ces buts ni aux trois valeurs auxquelles le Gouvernement se réfère à cet égard.

115. S'agissant du premier des buts invoqués par le Gouvernement, la Cour observe tout d'abord que la « sécurité publique » fait partie des buts énumérés par le second paragraphe de l'article 9 de la Convention (*public safety* dans le texte anglais de cette disposition) et que le second paragraphe de l'article 8 renvoie à la notion similaire de « sûreté publique » (*public safety* également dans le texte en anglais de cette disposition). Elle note ensuite que le Gouvernement fait valoir à ce titre que l'interdiction litigieuse de porter dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage répond à la nécessité d'identifier les individus afin de prévenir les atteintes à la sécurité des personnes et des biens et de lutter contre la fraude identitaire. Au vu du dossier, on peut certes se demander si le législateur a accordé un poids significatif à de telles préoccupations. Il faut toutefois constater que l'exposé des motifs qui accompagnait le projet de loi indiquait – surabondamment certes – que la pratique de la dissimulation du visage « [pouvait] être dans certaines circonstances un danger pour la sécurité publique » (...), et que le Conseil constitutionnel a retenu que le législateur avait estimé que cette pratique pouvait constituer un danger pour la sécurité publique (...)

Similairement, dans son rapport d'étude du 25 mars 2010, le Conseil d'État a indiqué que la sécurité publique pouvait constituer un fondement pour une interdiction de la dissimulation du visage, en précisant cependant qu'il ne pouvait en aller ainsi que dans des circonstances particulières (...) En conséquence, la Cour admet qu'en adoptant l'interdiction litigieuse le législateur entendait répondre à des questions de «sûreté publique» ou de «sécurité publique», au sens du second paragraphe de l'article 8 et de celui de l'article 9 de la Convention.

116. À propos du second des objectifs invoqués – «le respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte» – le Gouvernement renvoie à trois valeurs: le respect de l'égalité entre les hommes et les femmes, le respect de la dignité des personnes et le respect des exigences minimales de la vie en société. Il estime que cette finalité se rattache à la «protection des droits et libertés d'autrui», au sens du second paragraphe de l'article 8 et de celui de l'article 9.

117. Comme la Cour l'a relevé précédemment, aucune de ces trois valeurs ne correspond explicitement aux buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 et à celui de l'article 9. Parmi ceux-ci, les seuls susceptibles d'être pertinents en l'espèce, au regard de ces valeurs, sont l'«ordre public» et la «protection des droits et libertés d'autrui». Le premier n'est cependant pas mentionné par l'article 8 § 2. Le Gouvernement n'y a du reste fait référence ni dans ses observations écrites ni dans sa réponse à la question qui lui a été posée à ce propos lors de l'audience, évoquant uniquement la «protection des droits et libertés d'autrui». La Cour va donc concentrer son examen sur ce dernier «but légitime», comme d'ailleurs elle l'avait fait dans les affaires *Leyla Şahin* et *Ahmet Arslan et autres* (précitées, §§ 111 et 43 respectivement).

118. En premier lieu, elle n'est pas convaincue par l'assertion du Gouvernement pour autant qu'elle concerne le respect de l'égalité entre les hommes et les femmes.

119. Elle ne doute pas que l'égalité entre les hommes et les femmes puisse à bon droit motiver une ingérence dans l'exercice de certains des droits et libertés que consacre la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Staatkundig Gereformeerde Partij c. Pays-Bas*, n° 58369/10, 10 juillet 2012). Elle rappelle à cet égard que la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des États membres du Conseil de l'Europe (*ibidem*; voir aussi, notamment, *Schuler-Zraggen c. Suisse*, 24 juin 1993, § 67, série A n° 263, et *Konstantin Markin c. Russie* [GC], n° 30078/06, § 127, CEDH 2012). Ainsi, un État partie qui, au nom de l'égalité des sexes, interdit à quiconque d'imposer aux femmes qu'elles dissimulent leur visage poursuit un objectif qui correspond à la «protection des droits et libertés d'autrui», au sens

du paragraphe 2 de l'article 8 et de celui de l'article 9 de la Convention (*Leyla Şahin*, précité, § 111). La Cour estime en revanche qu'un État partie ne saurait invoquer l'égalité des sexes pour interdire une pratique que des femmes – telle la requérante – revendiquent dans le cadre de l'exercice des droits que consacrent ces dispositions, sauf à admettre que l'on puisse à ce titre prétendre protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux. Elle observe d'ailleurs que, dans son rapport d'étude du 25 mars 2010, le Conseil d'État est parvenu à une conclusion similaire (...)

Par ailleurs, pour autant que le Gouvernement entende ainsi faire valoir que le port du voile intégral par certaines femmes choque la majorité de la population française parce qu'il heurte le principe d'égalité des sexes tel qu'il est généralement admis en France, la Cour renvoie aux motifs relatifs aux deux autres valeurs qu'il invoque (paragraphe 120-122 ci-dessous).

120. En deuxième lieu, la Cour considère que, aussi essentiel soit-il, le respect de la dignité des personnes ne peut légitimement motiver l'interdiction générale du port du voile intégral dans l'espace public. La Cour est consciente de ce que le vêtement en cause est perçu comme étrange par beaucoup de ceux qui l'observent. Elle souligne toutefois que, dans sa différence, il est l'expression d'une identité culturelle qui contribue au pluralisme dont la démocratie se nourrit. Elle observe, à ce titre, la variabilité des conceptions de la vertu et de la décence appliquées au dévoilement des corps. Par ailleurs, elle ne dispose d'aucun élément susceptible de conduire à considérer que les femmes qui portent le voile intégral entendent exprimer une forme de mépris à l'égard de ceux qu'elles croisent ou porter autrement atteinte à la dignité d'autrui.

121. En troisième lieu, la Cour estime en revanche que, dans certaines conditions, ce que le Gouvernement qualifie de « respect des exigences minimales de la vie en société » – le « vivre ensemble », dans l'exposé des motifs du projet de loi (...) – peut se rattacher au but légitime que constitue la « protection des droits et libertés d'autrui ».

122. La Cour prend en compte le fait que l'État défendeur considère que le visage joue un rôle important dans l'interaction sociale. Elle peut comprendre le point de vue selon lequel les personnes qui se trouvent dans les lieux ouverts à tous souhaitent que ne s'y développent pas des pratiques ou des attitudes mettant fondamentalement en cause la possibilité de relations interpersonnelles ouvertes qui, en vertu d'un consensus établi, est un élément indispensable à la vie collective au sein de la société considérée. La Cour peut donc admettre que la clôture qu'oppose aux autres le voile cachant le visage soit perçue par l'État défendeur comme portant atteinte au droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie

ensemble. Cela étant, la flexibilité de la notion de « vivre ensemble » et le risque d'excès qui en découle commandent que la Cour procède à un examen attentif de la nécessité de la restriction contestée.

iv. Nécessité dans une société démocratique

a) Principes généraux relatifs à l'article 9 de la Convention

123. La Cour ayant décidé de mettre l'accent sur l'article 9 de la Convention dans son examen de cette partie de la requête, elle juge utile de rappeler les principes généraux relatifs à cette disposition.

124. Telle que la protège l'article 9, la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une « société démocratique » au sens de la Convention. Cette liberté figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles – qui ne saurait être dissocié de pareille société. Cette liberté implique, notamment, celle d'adhérer ou non à une religion et celle de la pratiquer ou de ne pas la pratiquer (voir, entre autres, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 31, série A n° 260-A, *Buscarini et autres c. Saint-Marin* [GC], n° 24645/94, § 34, CEDH 1999-I, et *Leyla Şahin*, précité, § 104).

125. Si la liberté de religion relève d'abord du for intérieur, elle implique également celle de manifester sa religion individuellement et en privé, ou de manière collective, en public et dans le cercle de ceux dont on partage la foi. L'article 9 énumère les diverses formes que peut prendre la manifestation d'une religion ou d'une conviction, à savoir le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites (voir, *mutatis mutandis*, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* [GC], n° 27417/95, § 73, CEDH 2000-VII, et *Leyla Şahin*, précité, § 105).

L'article 9 ne protège toutefois pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou conviction et ne garantit pas toujours le droit de se comporter dans le domaine public d'une manière dictée ou inspirée par sa religion ou ses convictions (voir, par exemple, *Arrowsmith c. Royaume-Uni*, n° 7050/75, rapport de la Commission du 12 octobre 1978, DR 19, p. 5, *Kalaç c. Turquie*, 1^{er} juillet 1997, § 27, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-IV, et *Leyla Şahin*, précité, §§ 105 et 121).

126. Dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir la liberté de manifester sa religion ou ses convictions de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions

de chacun (*Kokkinakis*, précité, § 33). Cela découle à la fois du paragraphe 2 de l'article 9 et des obligations positives qui incombent à l'État en vertu de l'article 1 de la Convention de reconnaître à toute personne relevant de sa juridiction les droits et libertés définis dans la Convention (*Leyla Şahin*, précité, § 106).

127. La Cour a souvent mis l'accent sur le rôle de l'État en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances, et indiqué que ce rôle contribue à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique. Comme signalé précédemment, elle estime aussi que le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de celui-ci quant à la légitimité des croyances religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci (voir, notamment, *Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 septembre 1996, § 47, *Recueil* 1996-IV, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], n° 30985/96, § 78, CEDH 2000-XI, et *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* [GC], n°s 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 91, CEDH 2003-II), et considère que ce devoir impose à l'État de s'assurer que des groupes opposés se tolèrent (voir, notamment, *Leyla Şahin*, précité, § 107). Elle en a déduit que le rôle des autorités dans ce cas n'est pas de supprimer la cause des tensions en éliminant le pluralisme, mais de s'assurer que des groupes opposés l'un à l'autre se tolèrent (*Serif c. Grèce*, n° 38178/97, § 53, CEDH 1999-IX; voir aussi *Leyla Şahin*, précité, § 107).

128. Pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture caractérisent une « société démocratique ». Bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d'une position dominante (voir, *mutatis mutandis*, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, § 63, série A n° 44, et *Chassagnou et autres c. France* [GC], n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 112, CEDH 1999-III). Le pluralisme et la démocratie doivent également se fonder sur le dialogue et un esprit de compromis, qui impliquent nécessairement de la part des individus des concessions diverses qui se justifient aux fins de la sauvegarde et de la promotion des idéaux et valeurs d'une société démocratique (voir, *mutatis mutandis*, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, § 45, *Recueil* 1998-I et *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres*, précité, § 99). Si les « droits et libertés d'autrui » figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses Protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les États à restreindre d'autres droits ou libertés également consacrés par la Convention : c'est précisément cette constante recherche d'un équilibre

entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une « société démocratique » (*Chassagnou et autres*, précité, § 113 ; voir aussi *Leyla Şahin*, précité, § 108).

129. Il faut également rappeler le rôle fondamentalement subsidiaire du mécanisme de la Convention. Les autorités nationales jouissent d'une légitimité démocratique directe et, ainsi que la Cour l'a affirmé à maintes reprises, se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins et contextes locaux. Lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national (voir, par exemple, *Maurice c. France* [GC], n° 11810/03, § 117, CEDH 2005-IX). Il en va en particulier ainsi lorsque ces questions concernent les rapports entre l'État et les religions (voir, *mutatis mutandis*, *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, précité, § 84, et *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, § 58, *Recueil* 1996-V ; voir aussi *Leyla Şahin*, précité, § 109). S'agissant de l'article 9 de la Convention, il convient alors, en principe, de reconnaître à l'État une ample marge d'appréciation pour décider si et dans quelle mesure une restriction au droit de manifester sa religion ou ses convictions est « nécessaire ». Cela étant, pour déterminer l'ampleur de la marge d'appréciation dans une affaire donnée, la Cour doit également tenir compte de l'enjeu propre à l'espèce (voir, notamment, *Manoussakis et autres*, précité, § 44, et *Leyla Şahin*, précité, § 110). Elle peut aussi, le cas échéant, prendre en considération le consensus et les valeurs communes qui se dégagent de la pratique des États parties à la Convention (voir, par exemple, *Bayatyan c. Arménie* [GC], n° 23459/03, § 122, CEDH 2011).

130. Dans l'affaire *Leyla Şahin*, précitée, la Cour a souligné que tel était notamment le cas lorsqu'il s'agit de la réglementation du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement, d'autant plus au vu de la diversité des approches nationales quant à cette question. Renvoyant à l'arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* (20 septembre 1994, § 50, série A n° 295-A) et à *Dahlab c. Suisse* ((déc.), n° 42393/98, CEDH 2001-V), elle a précisé qu'il n'était en effet pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société et que le sens ou l'impact des actes correspondant à l'expression publique d'une conviction religieuse n'étaient pas les mêmes suivant les époques et les contextes. Elle a observé que la réglementation en la matière pouvait varier par conséquent d'un pays à l'autre en fonction des traditions nationales et des exigences imposées par la protection des droits et libertés d'autrui et le maintien de l'ordre public. Elle en a déduit que le choix quant à l'étendue et aux modalités d'une telle réglementation devait, par la force des choses,

être dans une certaine mesure laissé à l'État concerné, puisqu'il dépend du contexte national considéré (*Leyla Şahin*, précité, § 109).

131. Cette marge d'appréciation va toutefois de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent. La tâche de la Cour consiste à rechercher si les mesures prises au niveau national se justifient dans leur principe et sont proportionnées (voir, notamment, *Manoussakis et autres*, précité, § 44, et *Leyla Şahin*, précité, § 110).

β) Application de ces principes dans des affaires antérieures

132. La Cour a eu l'occasion d'examiner plusieurs situations à l'aune de ces principes.

133. Elle s'est ainsi prononcée sur l'interdiction de porter des signes religieux dans les établissements d'enseignement public prescrite aux enseignants (voir, notamment, *Dahlab*, décision précitée, et *Kurtulmuş c. Turquie* (déc.), n° 65500/01, CEDH 2006-II) ou aux élèves et étudiantes (voir, notamment, *Leyla Şahin*, précité, *Köse et autres c. Turquie* (déc.), n° 26625/02, CEDH 2006-II, *Kervanci c. France*, n° 31645/04, 4 décembre 2008, *Aktas c. France* (déc.), n° 43563/08, 30 juin 2009, et *Ranjit Singh c. France* (déc.), n° 27561/08, 30 juin 2009), sur l'obligation de retirer un élément vestimentaire à connotation religieuse dans le cadre d'un contrôle de sécurité (*Phull*, décision précitée, et *El Morsli*, décision précitée), et sur l'obligation d'apparaître tête nue sur les photos d'identité destinées à des documents officiels (*Mann Singh c. France* (déc.), n° 24479/07, 13 novembre 2008). Elle n'a conclu à la violation de l'article 9 dans aucun de ces cas.

134. La Cour a aussi examiné deux requêtes dans lesquelles des personnes se plaignaient en particulier de restrictions par leurs employeurs à la possibilité de porter une croix au cou de manière visible, et soutenaient que le droit national n'avait pas adéquatement protégé leur droit de manifester leur religion. L'une était employée d'une compagnie aérienne, l'autre était infirmière (*Eweida et autres [c. Royaume-Uni]*, nos 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, CEDH 2013]). Le premier cas, dans lequel la Cour a conclu à la violation de l'article 9, est le plus pertinent en l'espèce. La Cour a notamment estimé que les juridictions internes avaient donné trop d'importance au – légitime – souhait de l'employeur de projeter une certaine image commerciale par rapport au droit fondamental de la requérante de manifester ses convictions religieuses. Sur ce dernier point, elle a souligné qu'une société démocratique saine devait tolérer et soutenir le pluralisme et la diversité, et qu'il est important qu'une personne qui a fait de la religion un axe majeur de sa vie puisse être en mesure de communiquer ses convictions à autrui. Elle a ensuite relevé que la croix dont il était question était discrète et ne pouvait pas avoir affecté l'apparence

professionnelle de la requérante et qu'il n'était pas démontré que le port autrefois autorisé de signes religieux avait eu un impact négatif sur l'image de la compagnie aérienne qui employait celle-ci. Tout en soulignant que les autorités nationales – les juridictions en particulier – disposent d'une marge d'appréciation lorsqu'elles sont amenées à évaluer la proportionnalité de mesures prises par une société privée à l'égard de ses employés, elle a donc conclu qu'il y avait eu violation de l'article 9.

135. La Cour s'est également penchée, dans l'affaire *Abmet Arslan et autres*, précitée, sur la question de l'interdiction de porter, en dehors des cérémonies religieuses, certaines tenues religieuses dans les lieux publics ouverts à tous comme les voies ou places publiques. La tenue en question, caractéristique du groupe *Aczimendi tarikati*, était composée d'un turban, d'un saroual et d'une tunique, tous de couleur noire, et était assortie d'un bâton. La Cour a admis, eu égard aux circonstances de la cause et aux termes des décisions des juridictions internes, et compte tenu notamment de l'importance du principe de laïcité pour le système démocratique en Turquie, que, dans la mesure où elle visait à faire respecter les principes laïcs et démocratiques, cette ingérence poursuivait plusieurs des buts légitimes énumérés à l'article 9 § 2 : le maintien de la sécurité publique, la protection de l'ordre et la protection des droits et libertés d'autrui. Elle a cependant jugé que sa nécessité au regard de ces buts n'était pas établie.

La Cour a en effet relevé que l'interdiction frappait non des fonctionnaires astreints à une certaine discrétion dans l'exercice de leurs fonctions, mais de simples citoyens, de sorte que sa jurisprudence relative aux fonctionnaires – aux enseignants en particulier – ne trouvait pas à s'appliquer. Elle a constaté ensuite qu'elle visait la tenue portée non dans des établissements publics spécifiques, mais dans tout l'espace public, de sorte que sa jurisprudence mettant l'accent sur l'importance particulière du rôle du décideur national quant à l'interdiction du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement publics ne trouvait pas non plus à s'appliquer. La Cour a de plus observé qu'il ne ressortait pas du dossier que la façon dont les requérants – qui s'étaient réunis devant une mosquée dans la tenue en cause, dans le seul but de participer à une cérémonie à caractère religieux – avaient manifesté leurs croyances par une tenue spécifique constituait ou risquait de constituer une menace pour l'ordre public ou une pression sur autrui. Enfin, répondant à la thèse du gouvernement turc tirée d'un éventuel prosélytisme de la part des requérants, elle a constaté qu'aucun élément du dossier ne montrait qu'ils avaient tenté de faire subir des pressions abusives aux passants dans les voies et places publiques dans un désir de promouvoir leurs convictions religieuses. La Cour a en conséquence conclu à la violation de l'article 9 de la Convention.

136. Parmi toutes ces affaires relatives à l'article 9, l'affaire *Ahmet Arslan et autres*, précitée, est celle dont se rapproche le plus la présente espèce. Cependant, si les deux affaires concernent l'interdiction de porter un habit à connotation religieuse dans l'espace public, la présente affaire se distingue significativement de l'affaire *Ahmet Arslan et autres* par le fait que le voile islamique intégral est un habit particulier en ce qu'il dissimule entièrement le visage à l'exception éventuellement des yeux.

γ) Application de ces principes au cas d'espèce

137. La Cour souligne d'emblée que la thèse de la requérante et de certains des intervenants selon laquelle l'interdiction que posent les articles 1 à 3 de la loi du 11 octobre 2010 serait fondée sur le postulat erroné que les femmes concernées porteraient le voile intégral sous la contrainte n'est pas pertinente. Il ressort en effet clairement de l'exposé des motifs qui accompagnait le projet de loi (...) que cette interdiction n'a pas pour objectif principal de protéger des femmes contre une pratique qui leur serait imposée ou qui leur serait préjudiciable.

138. Cela étant précisé, la Cour doit vérifier si l'ingérence litigieuse est « nécessaire », « dans une société démocratique » à la sûreté publique ou la sécurité publique (au sens des articles 8 et 9 de la Convention, paragraphe 115 ci-dessus), ou à la « protection des droits et libertés d'autrui » (paragraphe 116 ci-dessus).

139. S'agissant de la nécessité au regard de la sûreté ou de la sécurité publiques, au sens des articles 8 et 9 (paragraphe 115 ci-dessus), la Cour comprend qu'un État juge essentiel de pouvoir identifier les individus afin de prévenir les atteintes à la sécurité des personnes et des biens et de lutter contre la fraude identitaire. Elle a d'ailleurs conclu à la non-violation de l'article 9 de la Convention dans des affaires relatives à l'obligation de retirer un élément vestimentaire à connotation religieuse dans le cadre d'un contrôle de sécurité et à l'obligation d'apparaître tête nue sur les photos d'identité destinées à des documents officiels (paragraphe 133 ci-dessus). Cependant, vu son impact sur les droits des femmes qui souhaitent porter le voile intégral pour des raisons religieuses, une interdiction absolue de porter dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage ne peut passer pour proportionnée qu'en présence d'un contexte révélant une menace générale contre la sécurité publique. Or le Gouvernement ne démontre pas que l'interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 s'inscrit dans un tel contexte. Quant aux femmes concernées, elle se trouvent obligées de renoncer totalement à un élément de leur identité qu'elles jugent important ainsi qu'à la manière de manifester leur religion ou leurs convictions qu'elles ont choisie, alors que l'objectif évoqué par le Gouvernement serait atteint

par une simple obligation de montrer leur visage et de s'identifier lorsqu'un risque pour la sécurité des personnes et des biens est caractérisé ou que des circonstances particulières conduisent à soupçonner une fraude identitaire. Ainsi, on ne saurait retenir que l'interdiction générale que pose la loi du 11 octobre 2010 est nécessaire, dans une société démocratique, à la sécurité publique ou à la sûreté publique, au sens des articles 8 et 9 de la Convention.

140. Il faut encore examiner ce qu'il en est au regard de l'autre but que la Cour a jugé légitime : le souci de répondre aux exigences minimales de la vie en société comme élément de la « protection des droits et libertés d'autrui » (paragraphe 121-122 ci-dessus).

141. La Cour observe qu'il s'agit là d'un objectif auquel les autorités ont accordé beaucoup de poids. Cela ressort notamment de l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi, qui indique que, « si la dissimulation volontaire et systématique du visage pose problème, c'est parce qu'elle est tout simplement contraire aux exigences fondamentales du « vivre ensemble » dans la société française » et que « la dissimulation systématique du visage dans l'espace public, contraire à l'idéal de fraternité, ne satisfait pas (...) à l'exigence minimale de civilité nécessaire à la relation sociale » (...) Or il entre assurément dans les fonctions de l'État de garantir les conditions permettant aux individus de vivre ensemble dans leur diversité. Par ailleurs, la Cour peut accepter qu'un État juge essentiel d'accorder dans ce cadre une importance particulière à l'interaction entre les individus et qu'il considère qu'elle se trouve altérée par le fait que certains dissimulent leur visage dans l'espace public (paragraphe 122 ci-dessus).

142. En conséquence, la Cour estime que l'interdiction litigieuse peut être considérée comme justifiée dans son principe dans la seule mesure où elle vise à garantir les conditions du « vivre ensemble ».

143. Il reste à vérifier si cette interdiction est proportionnée par rapport à ce but.

144. Certains des arguments développés par la requérante et les organisations non gouvernementales intervenantes méritent une attention particulière.

145. Ainsi, il est vrai que le nombre de femmes concernées est faible. Il ressort en effet du rapport « sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national », préparé par la mission d'information de l'Assemblée nationale et déposé le 26 janvier 2010, qu'environ 1 900 femmes portaient le voile islamique intégral en France à la fin de l'année 2009, dont environ 270 se trouvaient dans les collectivités d'outre-mer (...) Ce nombre est de faible ampleur au regard des quelques 65 millions d'habitants que compte la France et du nombre de musulmans qui y vivent. Il peut donc sembler démesuré de répondre à une telle situation par une loi d'interdiction générale.

146. En outre, il n'est pas douteux que l'interdiction a un fort impact négatif sur la situation des femmes qui, telle la requérante, ont fait le choix de porter le voile intégral pour des raisons tenant à leurs convictions. Comme indiqué précédemment, elle les place devant un dilemme complexe, et elle peut avoir pour effet de les isoler et d'affecter leur autonomie ainsi que l'exercice de leur liberté de manifester leurs convictions et de leur droit au respect de leur vie privée. De plus, on comprend que les intéressées perçoivent cette interdiction comme une atteinte à leur identité.

147. Il faut d'ailleurs constater que de nombreux acteurs internationaux comme nationaux de la protection des droits fondamentaux considèrent qu'une interdiction générale est disproportionnée. Il en va ainsi notamment de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (...), d'organisations non gouvernementales telles que les tierces intervenantes, de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (...) et du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (...)

148. La Cour est également consciente que la loi du 11 octobre 2010 et certaines controverses qui ont accompagné son élaboration ont pu être ressenties douloureusement par une partie de la communauté musulmane, y compris par ceux de ses membres qui ne sont pas favorables au port du voile intégral.

149. À ce titre, la Cour est très préoccupée par les indications fournies par certains des intervenants selon lesquelles des propos islamophobes ont marqué le débat qui a précédé l'adoption de la loi du 11 octobre 2010 (voir les observations du Centre des droits de l'homme de l'université de Gand et des organisations non gouvernementales Liberty et Open Society Justice Initiative, paragraphes 98, 100 et 104 ci-dessus). Il ne lui appartient certes pas de se prononcer sur l'opportunité de légiférer en la matière. Elle souligne toutefois qu'un État qui s'engage dans un processus législatif de ce type prend le risque de contribuer à la consolidation des stéréotypes qui affectent certaines catégories de personnes et d'encourager l'expression de l'intolérance alors qu'il se doit au contraire de promouvoir la tolérance (paragraphe 128 ci-dessus ; voir aussi le point de vue du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe [voir la version intégrale de l'arrêt dans Hudoc]). La Cour rappelle que des propos constitutifs d'une attaque générale et véhémement contre un groupe identifié par une religion ou des origines ethniques sont incompatibles avec les valeurs de tolérance, de paix sociale et de non-discrimination qui sous-tendent la Convention et ne relèvent pas du droit à la liberté d'expression qu'elle consacre (voir, notamment, *Norwood c. Royaume-Uni* (déc.), n° 23131/03, CEDH 2004-XI, et *Pavel Ivanov c. Russie* (déc.), n° 35222/04, 20 février 2007).

150. Les autres arguments présentés au soutien de la requête doivent en revanche être nuancés.

151. Ainsi, s'il est vrai que le champ de l'interdiction est large puisque tous les lieux accessibles au public sont concernés (sauf les lieux de culte), la loi du 11 octobre 2010 n'affecte pas la liberté de porter dans l'espace public tout habit ou élément vestimentaire – ayant ou non une connotation religieuse – qui n'a pas pour effet de dissimuler le visage. La Cour est consciente du fait que la prohibition critiquée pèse pour l'essentiel sur les femmes musulmanes qui souhaitent porter le voile intégral. Elle attache néanmoins une grande importance à la circonstance que cette interdiction n'est pas explicitement fondée sur la connotation religieuse des habits visés mais sur le seul fait qu'ils dissimulent le visage. Cela distingue l'espèce de l'affaire *Abmet Arslan et autres*, précitée.

152. Quant au fait que l'interdiction est assortie de sanctions pénales, il accroît sans doute l'impact de celle-ci sur les intéressées. Il est en effet compréhensible qu'être poursuivies pour avoir dissimulé leur visage dans l'espace public représente un traumatisme pour les femmes qui ont fait le choix de porter le voile intégral pour des raisons tenant à leurs convictions. Il faut cependant prendre en compte la circonstance que les sanctions retenues par le législateur figurent parmi les plus légères qu'il pouvait envisager, puisqu'il s'agit de l'amende prévue pour les contraventions de la deuxième classe (soit actuellement 150 EUR au maximum), avec la possibilité pour le juge de prononcer en même temps ou à la place l'obligation d'accomplir un stage de citoyenneté.

153. En outre, certes, comme le souligne la requérante, en interdisant à chacun de revêtir dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage, l'État défendeur restreint d'une certaine façon le champ du pluralisme, dans la mesure où l'interdiction fait obstacle à ce que certaines femmes expriment leur personnalité et leurs convictions en portant le voile intégral en public. Il indique cependant de son côté qu'il s'agit pour lui de répondre à une pratique qu'il juge incompatible, dans la société française, avec les modalités de la communication sociale et, plus largement, du « vivre ensemble ». Dans cette perspective, l'État défendeur entend protéger une modalité d'interaction entre les individus, essentielle à ses yeux pour l'expression non seulement du pluralisme, mais aussi de la tolérance et de l'esprit d'ouverture, sans lesquels il n'y a pas de société démocratique (paragraphe 128 ci-dessus). Il apparaît ainsi que la question de l'acceptation ou non du port du voile intégral dans l'espace public constitue un choix de société.

154. Or, dans un tel cas de figure, la Cour se doit de faire preuve de réserve dans l'exercice de son contrôle de conventionalité dès lors qu'il la conduit à évaluer un arbitrage effectué selon des modalités démocratiques au sein de la société en cause. Elle a du reste déjà rappelé que, lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national (paragraphe 129 ci-dessus).

155. En d'autres termes, la France disposait en l'espèce d'une ample marge d'appréciation.

156. Il en va d'autant plus ainsi qu'il n'y a pas de communauté de vue entre les États membres du Conseil de l'Europe (voir, *mutatis mutandis*, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, § 44, *Recueil* 1997-II) sur la question du port du voile intégral dans l'espace public. La Cour observe en effet que, contrairement à ce que soutient l'un des intervenants (paragraphe 105 ci-dessus), il n'y a pas de consensus européen contre l'interdiction. Certes, d'un point de vue strictement normatif, la France est dans une situation très minoritaire en Europe : excepté la Belgique, aucun autre État membre du Conseil de l'Europe n'a à ce jour opté pour une telle mesure. Il faut toutefois observer que la question du port du voile intégral dans l'espace public est ou a été en débat dans plusieurs pays européens. Dans certains, il a été décidé de ne pas opter pour une interdiction générale. Dans d'autres, une telle interdiction demeure envisagée (...) À cela, il faut ajouter que, vraisemblablement, la question du port du voile intégral dans l'espace public ne se pose tout simplement pas dans un certain nombre d'États membres, où cette pratique n'a pas cours. Il apparaît ainsi qu'il n'y a en Europe aucun consensus en la matière, que ce soit pour ou contre une interdiction générale du port du voile intégral dans l'espace public.

157. En conséquence, notamment au regard de l'ampleur de la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce, la Cour conclut que l'interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 peut passer pour proportionnée au but poursuivi, à savoir la préservation des conditions du « vivre ensemble » en tant qu'élément de la « protection des droits et libertés d'autrui ».

158. La restriction litigieuse peut donc passer pour « nécessaire », « dans une société démocratique ». Cette conclusion vaut au regard de l'article 8 de la Convention comme de l'article 9.

159. Partant, il n'y a eu violation ni de l'article 8 ni de l'article 9 de la Convention.

b) Sur la violation alléguée de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 ou l'article 9

160. La Cour note que la requérante dénonce une discrimination indirecte. Elle indique à cet égard qu'en tant que femme musulmane souhaitant porter le voile intégral dans l'espace public pour des motifs religieux, elle appartient à une catégorie de personnes tout particulièrement exposées à l'interdiction dont il s'agit et aux sanctions dont elle est assortie.

161. La Cour rappelle qu'une politique ou une mesure générale qui ont des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes peuvent être considérées comme discriminatoires même si elles ne visent pas spécifiquement ce groupe et s'il n'y a pas d'intention discriminatoire (voir, notamment, *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, §§ 175 et 184-185, CEDH 2007-IV). Il n'en va toutefois ainsi que si cette politique ou cette mesure manquent de justification « objective et raisonnable », c'est-à-dire si elles ne poursuivent pas un « but légitime » ou s'il n'existe pas de « rapport raisonnable de proportionnalité » entre les moyens employés et le but visé (*ibidem*, § 196). Or, en l'espèce, s'il peut être considéré que l'interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 a des effets négatifs spécifiques sur la situation des femmes musulmanes qui, pour des motifs religieux, souhaitent porter le voile intégral dans l'espace public, cette mesure a une justification objective et raisonnable pour les raisons indiquées précédemment (paragraphe 144-159 ci-dessus).

162. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 ou l'article 9.

(...)

PAR CES MOTIFS, LA COUR

(...)

3. *Dit*, par quinze voix contre deux, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention ;
4. *Dit*, par quinze voix contre deux, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 9 de la Convention ;
5. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 ou avec l'article 9 ;

(...)

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 1^{er} juillet 2014.

Erik Fribergh
Greffier

Dean Spielmann
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée des juges Nußberger et Jäderblom.

D.S.
E.F.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES NUßBERGER ET JÄDERBLOM

(Traduction)

A. Sacrifice des droits individuels à des principes abstraits

1. Nous reconnaissons que, même si aucune violation n'est constatée dans l'arrêt, une approche équilibrée y est développée, de nombreux arguments importants des opposants à l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public y sont soigneusement pesés et les problèmes liés à cette interdiction y font l'objet d'une évaluation.

2. Nous ne pouvons néanmoins souscrire à l'avis de la majorité car, pour nous, des droits individuels concrets garantis par la Convention sont ici sacrifiés à des principes abstraits. Nous doutons que l'interdiction totale du voile intégral dans l'espace public poursuive un but légitime (B). Quoi qu'il en soit, une interdiction aussi générale, qui touche au droit de toute personne à sa propre identité culturelle et religieuse, n'est à notre sens pas nécessaire dans une société démocratique (C). Partant, nous concluons à la violation des articles 8 et 9 de la Convention (D).

B. Absence de but légitime au regard de la Convention

3. La majorité soutient à bon droit que ni le respect de l'égalité entre les hommes et les femmes ni le respect de la dignité des personnes ne peut légitimement motiver une interdiction du port du voile intégral dans l'espace public (paragraphe 118, 119 et 120 de l'arrêt). Il est également juste de partir du principe que la nécessité d'identifier les individus afin de prévenir les atteintes à la sécurité des personnes et des biens et de lutter contre la fraude identitaire est un but légitime protégé par la Convention (paragraphe 115 de l'arrêt), mais qui ne peut passer pour proportionné que dans un contexte révélant une menace générale contre la sécurité publique (paragraphe 139 de l'arrêt).

4. Cela dit, la majorité voit un but légitime dans la préservation du «vivre ensemble», c'est-à-dire du «respect des exigences minimales de la vie en société», qui selon elle doit être compris comme un élément de la «protection des droits et libertés d'autrui» au sens des articles 8 § 2 et 9 § 2 de la Convention (paragraphe 140-142 de l'arrêt). Nous avons de fortes réserves par rapport à cette approche.

5. La jurisprudence de la Cour ne définit pas clairement ce que pourraient recouvrir les «droits et libertés d'autrui» au-delà de la portée des

droits protégés par la Convention. Il n'y a pas de correspondance directe entre le concept très général du «vivre ensemble» et les droits ou libertés garantis par la Convention. Même si l'on peut raisonnablement considérer que cette notion touche à plusieurs droits, tels que le droit au respect de la vie privée (article 8) et le droit de ne pas subir de discrimination (article 14), elle n'en apparaît pas moins factice et vague.

6. Il est essentiel de comprendre ce qui est au cœur de la volonté de protéger les individus contre les rencontres avec d'autres personnes adeptes du voile intégral. La majorité évoque des «pratiques ou des attitudes mettant fondamentalement en cause la possibilité de relations interpersonnelles ouvertes» (paragraphe 122 de l'arrêt). Le gouvernement néerlandais, pour justifier un projet de loi à l'étude devant son Parlement national, souligne un risque d'atteinte non seulement à «l'interaction sociale», mais également à un «sentiment de sécurité» subjectif (...) Il nous semble cependant que ces craintes et ce malaise sont causés non pas tant par le voile lui-même qui – contrairement peut-être à certains autres codes vestimentaires – ne saurait être perçu comme agressif en soi, mais par la philosophie qu'il est censé véhiculer. Ainsi, les motifs mis en avant de manière récurrente pour justifier le rejet du voile intégral sont fondés sur les interprétations de sa signification symbolique. Le premier rapport d'une commission parlementaire française «sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national» voit dans le voile «la manifestation d'une oppression» (...) L'exposé des motifs du projet de loi évoque sa «violence symbolique et déshumanisante» (...) Le voile intégral impliquerait également que les personnes qui le portent sont «enfermé[es] en [elles]-même, coupé[es] des autres tout en vivant au milieu d'eux». Les femmes ainsi vêtues seraient considérées comme «effacées» de l'espace public (paragraphe 82 de l'arrêt).

7. Toutes ces interprétations sont mises en cause par la requérante, qui allègue porter le voile intégral uniquement en fonction de son humeur spirituelle (paragraphe 12 de l'arrêt) et ne le considère pas comme un obstacle insurmontable à la communication et à l'intégration. Mais à supposer même que ces interprétations du voile intégral soient justes, il convient de souligner qu'il n'existe aucun droit à ne pas être choqué ou agressé par différents modèles d'identité culturelle ou religieuse, même par ceux qui sont aux antipodes du style de vie traditionnel français ou européen. Dans le contexte d'atteintes à la liberté d'expression, la Cour a souligné à maintes reprises que la Convention protège non seulement les opinions «accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi (...) celles qui heurtent, choquent ou inquiètent», soulignant qu'«ainsi le

veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique » » (voir, parmi d'autres, *Mouvement räélien suisse c. Suisse* [GC], n° 16354/06, § 48, CEDH 2012, et *Stoll c. Suisse* [GC], n° 69698/01, § 101, CEDH 2007-V). Cela vaut aussi pour les codes vestimentaires témoignant d'opinions radicales.

8. En outre, on peut difficilement prétendre que tout individu ait un droit d'entrer en contact avec d'autres personnes dans l'espace public contre la volonté de celles-ci. Sinon, pareil droit devrait avoir une obligation pour corollaire, ce qui serait incompatible avec l'esprit de la Convention. Si la communication est essentielle pour la vie en société, le droit au respect de la vie privée comprend également le droit de ne pas communiquer et de ne pas entrer en contact avec autrui dans l'espace public – en somme, le droit d'être un « outsider ».

9. Il est vrai que le « vivre ensemble » requiert la possibilité d'échanges interpersonnels. Il est également vrai que le visage joue un rôle important dans les interactions humaines. Mais cette idée ne peut pas être détournée pour justifier la conclusion selon laquelle aucune interaction humaine n'est possible si le visage est intégralement dissimulé. Nous en voulons pour preuves des exemples parfaitement admis dans la culture européenne, tels que le port de casques intégraux pour la pratique du ski et de la moto, ou le port de costumes pendant le carnaval. Nul ne prétendrait qu'en pareilles situations (qui font partie des exceptions prévues par la loi française) les exigences minimales de la vie en société ne soient pas respectées. Les personnes socialisent sans forcément se regarder dans les yeux.

10. Nous ne pouvons conclure que la majorité ait démontré quels sont concrètement les droits d'autrui au sens des articles 8 § 2 et 9 § 2 de la Convention qui pourraient être déduits du principe abstrait du « vivre ensemble » ou des « exigences minimales de la vie en société ».

11. Pour autant que ces idées puissent être comprises comme faisant partie de « l'ordre public », nous estimons, à l'instar de la majorité, qu'il ne convient pas de focaliser sur ce but (paragraphe 117 de l'arrêt) étant donné que la « protection de l'ordre public » peut justifier les restrictions aux droits garantis par l'article 9 mais pas celles qui sont apportées aux droits protégés par l'article 8, alors même qu'indubitablement la mesure d'interdiction litigieuse porte aussi atteinte à cette dernière disposition.

12. Dès lors, il est douteux que les dispositions de la loi française interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public poursuivent un quelconque but légitime au regard des articles 8 § 2 ou 9 § 2 de la Convention.

C. Proportionnalité de l'interdiction intégrale du voile intégral

1. *Différentes approches du pluralisme, de la tolérance et de l'esprit d'ouverture*

13. S'il est déjà malaisé de déterminer quels sont les droits protégés par la mesure restrictive en question, il est encore plus difficile de soutenir que les droits protégés prévalent sur les droits violés. Tel est d'autant plus le cas que le Gouvernement n'a donné ni exemple ni explication quant à savoir pourquoi l'effet sur autrui de cette tenue particulière différerait de celui d'autres pratiques admises impliquant la dissimulation du visage, tels que l'adoption de coiffures outrancières ou le port de lunettes de soleil ou de chapeaux. Dans le processus législatif, les partisans d'une interdiction totale du voile intégral ont essentiellement fait valoir « les valeurs de la République exprimées par la devise « liberté, égalité, fraternité » (...) La Cour se réfère au « pluralisme », à la « tolérance » et à « l'esprit d'ouverture » comme étant les piliers d'une société démocratique (paragraphe 128 de l'arrêt) et dit en substance qu'il est acceptable de faire prévaloir ces valeurs sur le style de vie et le code vestimentaire d'inspiration religieuse d'une petite minorité dès lors qu'il s'agit d'un choix de société (paragraphe 153 de l'arrêt).

14. Toutefois, l'ensemble de ces valeurs peuvent tout aussi bien être interprétées comme justifiant une interdiction totale du port du voile intégral que comme appelant, au contraire, l'acceptation de ce code vestimentaire religieux et l'adoption d'une approche intégrationniste. À notre avis, c'est à juste titre que la requérante soutient que le législateur français restreint le champ du pluralisme, dans la mesure où l'interdiction empêche certaines femmes d'exprimer leur personnalité et leurs convictions en portant le voile intégral en public (paragraphe 153 de l'arrêt). Partant, cette interdiction totale pourrait être interprétée comme le signe d'un pluralisme sélectif et d'une tolérance limitée. Dans sa jurisprudence, la Cour a clairement évoqué le devoir de l'État de promouvoir une tolérance mutuelle entre des groupes opposés, et a déclaré que « [l]e rôle des autorités (...) ne consiste pas à éliminer la cause des tensions en supprimant le pluralisme mais à veiller à ce que les groupes concurrents se tolèrent les uns les autres » (*Serif c. Grèce*, n° 38178/97, § 53, CEDH 1999-IX, cité par la majorité au paragraphe 127 de l'arrêt). En interdisant le voile intégral, le législateur français a fait exactement l'inverse: loin d'essayer de garantir la tolérance entre la très grande majorité et une petite minorité, il a interdit ce qui est vu comme un facteur de tensions.

2. Ingérence disproportionnée

15. Même si nous admettions que les droits de la requérante au regard des articles 8 et 9 de la Convention puissent être mis en balance avec des principes abstraits, que ce soit la tolérance, le pluralisme ou l'esprit d'ouverture, ou bien l'idée du « vivre ensemble » et les « exigences minimales de la vie en société », nous ne pouvons souscrire à l'avis de la majorité selon lequel l'interdiction était proportionnée au but poursuivi.

a) Marge d'appréciation

16. Comme la majorité, nous estimons que lorsque sont en jeu des questions de politique générale sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national (paragraphe 154 de l'arrêt). Cependant, nous ne pouvons conclure que, dans cette situation particulière, l'État défendeur disposait d'une ample marge d'appréciation (paragraphe 155 de l'arrêt).

17. Premièrement, l'interdiction vise un code vestimentaire étroitement lié à une foi religieuse, à une culture et à des convictions personnelles et donc sans aucun doute à un droit de la personnalité.

18. Deuxièmement, il n'est pas convaincant de faire un parallèle entre la présente espèce et des affaires concernant la relation entre l'État et les religions (paragraphe 129 de l'arrêt). Ainsi qu'il ressort du processus législatif, la loi a été délibérément libellée de manière large ; elle vise de manière générale toute « tenue destinée à dissimuler son visage » et va donc bien au-delà du contexte religieux (voir l'étude du Conseil d'État « relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral » (...) et son influence sur le projet de loi soumis au Parlement). Contrairement à l'affaire *Leyla Şahin c. Turquie* ([GC], n° 44774/98, § 109, CEDH 2005-XI), qui concernait une réglementation sur le port de symboles religieux dans des établissements d'enseignement, la loi française n'a en elle-même aucune connotation religieuse expresse.

19. Troisièmement, il est difficile de comprendre pourquoi la majorité n'est pas disposée à admettre l'existence d'un consensus européen sur la question de l'interdiction du voile intégral (paragraphe 156 de l'arrêt). Dans la jurisprudence de la Cour, trois éléments sont pris en compte pour déterminer l'existence d'un consensus européen : le droit international des traités, le droit comparé et les textes internationaux non contraignants (*Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 41, série A n° 31). Le fait que quarante-cinq États membres sur quarante-sept – donc une écrasante majorité – n'aient pas estimé nécessaire de légiférer dans ce domaine est

un indicateur très fort de l'existence d'un consensus européen (*Bayatyan c. Arménie* [GC], n° 23459/03, §§ 103 et 108, CEDH 2011, *A, B et C c. Irlande* [GC], n° 25579/05, § 235, CEDH 2010). Même s'il peut y avoir des débats sur la nécessité d'une réforme dans certains des États membres, alors que dans d'autres la pratique du port du voile intégral est inexistante, le *statu quo* sur ce sujet est manifeste. De plus, ainsi que le démontre amplement l'arrêt, les organismes européens et universels œuvrant dans le domaine des droits de l'homme (...) ainsi que les organisations non gouvernementales (paragraphe 89 et suivants) sont fortement opposés à toute forme d'interdiction totale du voile intégral. Cette approche trouve appui dans d'autres traités internationaux en matière de droits de l'homme, notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. De plus, bien que le Comité des droits de l'homme des Nations unies ne se soit pas prononcé sur une interdiction générale du port du voile intégral dans l'espace public, il a conclu, par exemple, que le renvoi de l'université d'une étudiante portant le hijab était contraire à l'article 18 § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (...) Le Comité a estimé que les règles vestimentaires imposées aux femmes peuvent emporter violation de plusieurs droits (...)

20. Les arguments tirés du droit comparé et du droit international militent contre l'acceptation d'une ample marge d'appréciation et pour un contrôle étroit de la Cour en la matière. S'il est parfaitement légitime de prendre en compte la situation particulière en France, et notamment la forte tradition unificatrice des « valeurs de la Révolution française » ainsi que le très large consensus politique ayant présidé à l'adoption de la loi, il n'en demeure pas moins que la Cour a pour tâche de protéger les petites minorités contre toute ingérence disproportionnée.

b) Conséquences pour les femmes concernées

21. De nombreux éléments ont été fournis pour illustrer le dilemme des femmes qui, à l'instar de la requérante, souhaitent porter le voile intégral conformément à leur foi religieuse, à leur culture et à leurs convictions personnelles. Soit les intéressées sont fidèles à leurs traditions et restent à la maison, soit elles rompent avec ces traditions et sortent sans porter leur tenue habituelle, faute de quoi elles risquent une sanction pénale (voir la Résolution 1743 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (...), le point de vue du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (...) et l'arrêt de la Cour constitutionnelle espagnole (...) [pour toutes ces références, voir la version intégrale de l'arrêt dans Hudoc]). À notre avis, on ne peut attendre de cette mesure d'interdiction

qu'elle ait l'effet souhaité de libérer des femmes prétendument opprimées : au contraire, elle les exclura encore plus de la société et elle aggravera leur situation.

22. En ce qui concerne l'affirmation de la majorité selon laquelle les sanctions éventuelles sont légères (paragraphe 152 de l'arrêt), nous estimons que lorsque le port du voile intégral est une pratique récurrente l'effet multiple de peines successives doit être pris en compte.

23. En outre, comme le relève la majorité, seul un petit nombre de femmes sont aujourd'hui concernées par l'interdiction. Cela signifie que ce n'est qu'en de rares occasions que Monsieur ou Madame Tout-le-Monde pourrait rencontrer une femme portant le voile intégral et donc subir une éventuelle atteinte à ses possibilités d'interagir avec cette femme.

c) Mesures moins restrictives

24. Par ailleurs, le Gouvernement n'a pas expliqué pourquoi il aurait été impossible d'appliquer des mesures moins restrictives que la pénalisation de la dissimulation du visage dans l'ensemble de l'espace public. Aucun détail n'a été donné sur le point de savoir si et dans quelle mesure des efforts ont été consentis pour faire obstacle à ce phénomène relativement récent du port du voile intégral à travers, par exemple, des actions de sensibilisation et d'éducation. Il ressort du processus législatif que des mesures beaucoup moins intrusives ont été examinées. Le rapport « sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national » proposait un programme en quatre points, avec des mesures visant à libérer les femmes de l'emprise du voile intégral, sans que l'interdiction totale du voile ou des sanctions pénales n'y soient recommandées (...) La commission nationale consultative des droits de l'homme a également préconisé des mesures « douces » et a appelé à un renforcement des cours d'éducation civique à tous les niveaux, visant les hommes et les femmes (...)

D. Conclusion

25. Eu égard au raisonnement ci-dessus, nous estimons que la pénalisation du port du voile intégral constitue une mesure disproportionnée au but de protection de l'idée du « vivre ensemble », un but qui, du reste, s'insère difficilement dans la liste restrictive des motifs énumérés dans la Convention pouvant justifier une ingérence dans les droits de l'homme fondamentaux.

26. Dès lors, nous concluons à la violation des articles 8 et 9 de la Convention.

S.A.S. v. FRANCE
(Application no. 43835/11)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 1 JULY 2014¹

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

SUMMARY¹**Ban on wearing of religious clothing concealing the face in public places**

The question whether or not the wearing of the full-face veil in public places was acceptable constituted a choice of society; the State was thus afforded a wide margin of appreciation in this matter, especially as there was no European consensus as to the banning of such veils in public places. Consequently, the ban could be regarded as proportionate to the aim pursued, namely to preserve the conditions of “living together” as an element of the “protection of the rights and freedoms of others” under Article 8 § 2 and Article 9 § 2 of the Convention (see paragraphs 153-58 of the judgment).

Article 8

Private life – Ban on wearing of religious clothing concealing the face in public places – Public safety – Protection of the rights and freedoms of others – Necessary in a democratic society – Guaranteeing the conditions of “living together” – Proportionality – Wide margin of appreciation – Lack of European consensus

Article 9

Manifesting one’s religion or beliefs – Ban on wearing of religious clothing concealing the face in public places – Public safety – Protection of the rights and freedoms of others – Necessary in a democratic society – Guaranteeing the conditions of “living together” – Proportionality – Wide margin of appreciation – Lack of European consensus

Article 14 taken in conjunction with Article 8 or Article 9

Discrimination – Ban on wearing of religious clothing concealing the face in public places – Objective and reasonable justification

*

* *

Facts

The applicant is a practising Muslim and said that she wore the burqa and niqab, which covered her whole body except for her eyes, to live in accordance with her religious faith, culture and personal convictions. She added that she wore this

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

clothing of her own accord in public and in private, but not systematically. She was thus content not to wear it in certain circumstances but wished to be able to wear it when she chose to do so. Lastly, her aim was not to annoy others but to feel at inner peace with herself. Since 11 April 2011, the date of the entry into force of Law no. 2010-1192 of 11 October 2010 throughout France, it has been against the law to conceal one's face in a public place.

Law

(1) Articles 8 and 9: The ban on the wearing, in public places, of clothing designed to conceal one's face raised issues with regard to the right to respect for the private life (Article 8) of women who wished to wear the full-face veil for reasons relating to their beliefs; and to the extent that the ban was complained of by individuals such as the applicant who were thus prevented from wearing in public places clothing that they were required to wear by their religion, it raised an issue particularly with regard to the freedom to manifest one's religion or beliefs (Article 9).

The Law of 11 October 2010 confronted the applicant with a dilemma: either she complied with the ban and thus refrained from dressing in accordance with her approach to religion, or she refused to comply and faced criminal sanctions. There had thus been an "interference" or a "limitation" prescribed by law as regards the exercise of rights protected by Articles 8 and 9 of the Convention.

The Government had argued that the interference pursued two legitimate aims: "public safety" and "respect for the minimum set of values of an open democratic society". However, the second paragraphs of Articles 8 and 9 did not expressly refer to the second of those aims or to the three values invoked by the Government in that connection.

The Court accepted that the legislature had sought, by adopting the ban in question, to address concerns of "public safety" within the meaning of the second paragraphs of Articles 8 and 9.

As regards the second aim, "respect for the minimum set of values of an open democratic society", firstly, the Court was not convinced by the Government's submission in so far as it concerned respect for gender equality. A State Party could not invoke gender equality in order to ban a practice that was defended by women – such as the applicant – in the context of the exercise of the rights enshrined in Articles 8 and 9, unless it were to be understood that individuals could be protected on that basis from the exercise of their own fundamental rights and freedoms. Moreover, in so far as the Government thus sought to show that the wearing of the full-face veil by certain women shocked the majority of the French population because it infringed the principle of gender equality as generally accepted in France, the Court referred to its reasoning (below) as to the other two values that they had invoked.

Secondly, respect for human dignity could not legitimately justify a blanket ban on the wearing of the full-face veil in public places. The clothing in question might be

perceived as strange by many of those who observed it, but it was the expression of a cultural identity which contributed to the pluralism inherent in democracy.

Thirdly, in certain conditions, what the Government had described as “respect for the minimum requirements of life in society” – or of “living together”, as stated in the explanatory memorandum accompanying the bill – could be linked to the legitimate aim of the “protection of the rights and freedoms of others”. The respondent State took the view that the face played an important role in social interaction. The Court was therefore able to accept that the barrier raised against others by a veil concealing the face was perceived by the respondent State as breaching the right of others to live in a space of socialisation which made living together easier. That being said, in view of the flexibility of the notion of “living together” and the resulting risk of abuse, the Court had to engage in a careful examination of the necessity of the impugned limitation.

Firstly, it could clearly be seen from the explanatory memorandum accompanying the bill that it was not the principal aim of the ban to protect women against a practice which was imposed on them or would be detrimental to them.

As regards the question of necessity in relation to public safety, within the meaning of Articles 8 and 9, the Court understood that a State might find it essential to be able to identify individuals in order to prevent danger for the safety of persons and property and to combat identity fraud. However, in view of its impact on the rights of women who wished to wear the full-face veil for religious reasons, a blanket ban on the wearing in public places of clothing designed to conceal the face could be regarded as proportionate only in a context where there was a general threat to public safety. The Government had not shown that the ban introduced by the Law of 11 October 2010 fell into such a context. As to the women concerned, they were thus obliged to give up completely an element of their identity that they considered important, together with their chosen manner of manifesting their religion or beliefs, whereas the objective alluded to by the Government could be attained by a mere obligation to show their face and to identify themselves where a risk for the safety of persons and property had been established, or where particular circumstances prompted a suspicion of identity fraud. It could not therefore be found that the blanket ban imposed by the Law of 11 October 2010 was necessary, in a democratic society, for public safety, within the meaning of Articles 8 and 9 of the Convention.

The Court then examined the questions raised by the need to meet the minimum requirements of life in society, seen as an element of the “protection of the rights and freedoms of others”. It took the view that the ban in question could be regarded as justified in its principle solely in so far as it sought to guarantee the conditions of “living together”.

In the light of the number of women concerned – about 1,900 women in relation to the French population of about sixty-five million and to the total number of Muslims living in France – it might seem excessive to respond to such a situation by imposing a blanket ban. In addition, there was no doubt that the ban had a significant negative impact on the situation of women who, like the applicant, had chosen to wear the full-face veil for reasons related to their beliefs. A large number of actors, both international and national, in the field of fundamental rights protection had found a blanket ban to be disproportionate. The Law of 11 October 2010, together with certain debates surrounding its drafting, might have upset part of the Muslim community, including some members who were not in favour of the full-face veil being worn. In this connection, the Court was very concerned by the fact that the debate which preceded the adoption of the Law of 11 October 2010 was marked by certain Islamophobic remarks. It was admittedly not for the Court to rule on whether legislation was desirable in such matters. It nevertheless emphasised that a State which entered into a legislative process of this kind ran the risk of contributing to the consolidation of the stereotypes which affected certain categories of the population and of encouraging the expression of intolerance, whereas it had a duty, on the contrary, to promote tolerance. Remarks which constituted a general, vehement attack on a religious or ethnic group were incompatible with the values of tolerance, social peace and non-discrimination underlying the Convention and did not fall within the right to freedom of expression that it protected.

However, the Law of 11 October 2010 did not affect the freedom to wear in public any garment or item of clothing – with or without a religious connotation – which did not have the effect of concealing the face. The impugned ban mainly affected Muslim women who wished to wear the full-face veil. Nevertheless, the ban was not expressly based on the religious connotation of the clothing in question but solely on the fact that it concealed the face.

As to the fact that criminal sanctions were attached to the ban, the sanctions provided for by the legislature were among the lightest that could be envisaged, consisting of a fine at the rate applying to second-class petty offences (currently 150 euros maximum), with the possibility for the court to impose, in addition to or instead of the fine, an obligation to follow a citizenship course.

In addition, by prohibiting individuals from wearing clothing designed to conceal the face in public places, the respondent State had to a certain extent restricted the reach of pluralism, since the ban prevented certain women from expressing their personality and their beliefs by wearing the full-face veil in public. However, the Government had indicated that it was a question of responding to a practice that the State deemed incompatible, in French society, with the ground rules of social communication and more broadly the requirements of “living together”. From that perspective, the respondent State was seeking to protect a principle of interaction between individuals, which in its view was essential for the expression not only of pluralism, but also of tolerance and broadmindedness, without which there was

no democratic society. It could thus be said that the question whether or not it should be permitted to wear the full-face veil in public places constituted a choice of society.

In such circumstances, the Court had a duty to exercise a degree of restraint in its review of Convention compliance, since such review would lead it to assess a balance that had been struck by means of a democratic process within the society in question. In matters of general policy, on which opinions within a democratic society might reasonably differ widely, the role of the domestic policy-maker had to be given special weight. In the present case, France thus had a wide margin of appreciation.

This was particularly true as there was no European consensus as to the question of the wearing of the full-face veil in public. While, from a strictly normative standpoint, France was very much in a minority position in Europe, it had to be observed that the question of the wearing of the full-face veil in public was or had been a subject of debate in a number of European States. In addition, this question was probably not an issue at all in a certain number of member States, where this practice was uncommon.

Consequently, having regard in particular to the breadth of the margin of appreciation afforded to the respondent State in the present case, the Court found that the ban imposed by the Law of 11 October 2010 could be regarded as proportionate to the aim pursued, namely the preservation of the conditions of “living together” as an element of the “protection of the rights and freedoms of others”. The impugned limitation was therefore to be seen as “necessary in a democratic society”. This conclusion held true with respect both to Article 8 of the Convention and to Article 9.

Conclusion: no violation (fifteen votes to two).

(2) Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 or Article 9: The applicant had complained of indirect discrimination. As a Muslim woman who for religious reasons wished to wear the full-face veil in public, she belonged to a category of individuals who were particularly exposed to the ban in question and to the sanctions for which it provided.

A general policy or measure that had disproportionately prejudicial effects on a particular group might be considered discriminatory even where it was not specifically aimed at that group and there was no discriminatory intent. This was only the case, however, if such policy or measure had no “objective and reasonable” justification, that is, if it did not pursue a “legitimate aim” or if there was not a “reasonable relationship of proportionality” between the means employed and the aim sought to be realised. In the present case, while it might be considered that the ban imposed by the Law of 11 October 2010 had specific negative effects on the situation of Muslim women who, for religious reasons, wished to wear the full-face veil in public, the measure in question had an objective and reasonable justification.

Conclusion: no violation (unanimously).

Case-law cited by the Court

- Ahmet Arslan and Others v. Turkey*, no. 41135/98, 23 February 2010
- Aktas v. France* (dec.), no. 43563/08, 30 June 2009
- Arrowsmith v. the United Kingdom*, no. 7050/75, Commission's report of 12 October 1978, Decisions and Reports 19
- Bayatyan v. Armenia* [GC], no. 23459/03, ECHR 2011
- Buscarini and Others v. San Marino* [GC], no. 24645/94, ECHR 1999-I
- Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC], no. 27417/95, ECHR 2000-VII
- Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, ECHR 1999-III
- Dahlab v. Switzerland* (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V
- D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, ECHR 2007-IV
- Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45
- El Morsli v. France* (dec.), no. 15585/06, 4 March 2008
- Eweida and Others v. the United Kingdom*, nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, ECHR 2013
- Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, ECHR 2000-XI
- Kalaç v. Turkey*, 1 July 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-IV
- Kara v. the United Kingdom*, no. 36528/97, Commission decision of 22 October 1998, unreported
- Kervanci v. France*, no. 31645/04, 4 December 2008
- Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, Series A no. 260-A
- Konstantin Markin v. Russia* [GC], no. 30078/06, ECHR 2012
- Köse and Others v. Turkey* (dec.), no. 26625/02, ECHR 2006-II
- Kurtulmuş v. Turkey* (dec.), no. 65500/01, ECHR 2006-II
- Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, ECHR 2005-XI
- Mann Singh v. France* (dec.), no. 24479/07, 13 November 2008
- Manoussakis and Others v. Greece*, 26 September 1996, *Reports* 1996-IV
- Maurice v. France* [GC], no. 11810/03, ECHR 2005-IX
- McFeeley and Others v. the United Kingdom*, no. 8317/78, Commission decision of 15 May 1980, Decisions and Reports 20
- Michaud v. France*, no. 12323/11, ECHR 2012
- Nolan and K. v. Russia*, no. 2512/04, 12 February 2009
- Norris v. Ireland*, 26 October 1988, Series A no. 142
- Norwood v. the United Kingdom* (dec.), no. 23131/03, ECHR 2004-XI
- Otto-Preminger-Institut v. Austria*, 20 September 1994, Series A no. 295-A
- Pavel Ivanov v. Russia* (dec.), no. 35222/04, 20 February 2007
- Phull v. France* (dec.), no. 35753/03, ECHR 2005-I
- Popa v. Romania* (dec.), no. 4233/09, 18 June 2013
- Ranjit Singh v. France* (dec.), no. 27561/08, 30 June 2009
- Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, ECHR 2003-II

- Schuler-Zraggen v. Switzerland*, 24 June 1993, Series A no. 263
Serif v. Greece, no. 38178/97, ECHR 1999-IX
Staatkundig Gereformeerde Partij v. the Netherlands (dec.), no. 5836/10, 10 July 2012
Sutter v. Switzerland, no. 8209/78, Commission decision of 1 March 1979, Decisions and Reports 16
Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine, no. 77703/01, 14 June 2007
United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, 30 January 1998, Reports 1998-I
Wingrove v. the United Kingdom, 25 November 1996, Reports 1996-V
X, Y and Z v. the United Kingdom, 22 April 1997, Reports 1997-II
Young, James and Webster v. the United Kingdom, 13 August 1981, Series A no. 44

In the case of S.A.S. v. France,

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

Dean Spielmann, *President*,
Josep Casadevall,
Guido Raimondi,
Ineta Ziemele,
Mark Villiger,
Boštjan M. Zupančič,
Elisabeth Steiner,
Khanlar Hajiyev,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Ledi Bianku,
Ganna Yudkivska,
Angelika Nußberger,
Erik Møse,
André Potocki,
Paul Lemmens,
Helena Jäderblom,
Aleš Pejchal, *judges*,

and Erik Fribergh, *Registrar*,

Having deliberated in private on 27 November 2013 and 5 June 2014,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 43835/11) against the French Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a French national (“the applicant”), on 11 April 2011. The President of the Fifth Section, and subsequently the President of the Grand Chamber, acceded to the applicant’s request not to have her name disclosed (Rule 47 § 3 of the Rules of Court).

2. The applicant was represented before the Court by Mr S. Sharma, a solicitor practising in Birmingham, Mr R. De Mello and Mr T. Muman, barristers practising in Birmingham, and Mr S. Singh Juss, a barrister practising in London.

The French Government (“the Government”) were represented by their Agent, initially Ms E. Belliard, Director of Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs, then Mr F. Alabrune from May 2014.

3. The applicant complained that the ban on wearing clothing designed to conceal one’s face in public places, introduced by Law no. 2010-1192 of 11 October 2010, deprived her of the possibility of wearing the full-face veil in public. She alleged that there had been a violation of Articles 3, 8, 9, 10 and 11 of the Convention taken separately and in conjunction with Article 14 of the Convention.

4. The application was assigned to the Fifth Section of the Court (Rule 52 § 1). On 1 February 2012 notice of the application was given to the Government.

5. On 28 May 2013 a Chamber of the Fifth Section, composed of Mark Villiger, President, Angelika Nußberger, Boštjan M. Zupančič, Ganna Yudkivska, André Potocki, Paul Lemmens and Aleš Pejchal, judges, and Claudia Westerdiek, Section Registrar, relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, neither of the parties having objected (Article 30 of the Convention and Rule 72).

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

7. The applicant and the Government each filed observations on the admissibility and merits of the case.

8. The non-governmental organisations Amnesty International, Liberty, Open Society Justice Initiative and ARTICLE 19, together with the Human Rights Centre of Ghent University and the Belgian Government were given leave to submit written comments (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3). The Belgian Government were also given leave to take part in the hearing.

9. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 27 November 2013 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the respondent Government*

Ms E. Belliard, Director of Legal Affairs,
Ministry of Foreign Affairs,

Agent,

Ms N. Ancel, Head of the Human Rights Section,
Ministry of Foreign Affairs,

Co-Agent,

Mr S. Fournel, Drafting Officer, Human Rights Section,
Ministry of Foreign Affairs,

- Mr R. Feral, Drafting Officer, Human Rights Section,
Ministry of Foreign Affairs,
Ms P. Rouault-Chalier, Head of the General Legal
and Litigation Section, Ministry of Justice,
Mr E. Dumand, Head of the European, International
and Institutional Law and Litigation Department,
Ministry of the Interior, *Advisers;*
- (b) *for the applicant*
Mr R. De Mello,
Mr T. Muman,
Mr S. Singh Juss, *Counsel,*
Mr E. Bjorge,
Ms A. Vakulenko,
Ms S. Berry, *Advisers;*
- (c) *for the Belgian Government*
Ms I. Niedlispacher, *Co-Agent.*

The Court heard addresses by Ms Belliard, Mr De Mello, Mr Muman and Ms Niedlispacher, and the replies of Ms Belliard and Mr De Mello to questions from judges.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

10. The applicant is a French national who was born in 1990 and lives in France.

11. In the applicant's submission, she is a devout Muslim and she wears the burqa and niqab in accordance with her religious faith, culture and personal convictions. According to her explanation, the burqa is a full-body covering including a mesh over the face, and the niqab is a full-face veil leaving an opening only for the eyes. The applicant emphasised that neither her husband nor any other member of her family put pressure on her to dress in this manner.

12. The applicant added that she wore the niqab in public and in private, but not systematically: she might not wear it, for example, when she visited the doctor, when meeting friends in a public place, or when she wanted to socialise in public. She was thus content not to wear the niqab in public places at all times but wished to be able to wear it when she chose to

do so, depending in particular on her spiritual feelings. There were certain times (for example, during religious events such as Ramadan) when she believed that she ought to wear it in public in order to express her religious, personal and cultural faith. Her aim was not to annoy others but to feel at inner peace with herself.

13. The applicant did not claim that she should be able to keep the niqab on when undergoing a security check, at the bank or in airports, and she agreed to show her face when requested to do so for necessary identity checks.

14. Since 11 April 2011, the date of entry into force of Law no. 2010-1192 of 11 October 2010 throughout France, it has been prohibited for anyone to conceal their face in public places.

...

THE LAW

...

IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLES 8, 9 AND 10 OF THE CONVENTION TAKEN SEPARATELY AND IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 14

74. The applicant complained for the same reasons of a violation of her right to respect for her private life, her right to freedom to manifest her religion or beliefs and her right to freedom of expression, together with discrimination in the exercise of these rights. She relied on Articles 8, 9 and 10 of the Convention taken separately and in conjunction with Article 14. Those first three Articles read as follows.

Article 8

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

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

Article 9

“1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

2. Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

Article 10

"1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary."

...

B. Merits

1. *The parties' submissions*

(a) **The applicant**

76. In the applicant's submission, she was born in Pakistan and her family belongs to a Sunni cultural tradition in which it is customary and respectful for women to wear a full-face veil in public. She claimed to have sustained a serious interference with the exercise of her rights under Article 9 of the Convention, as the Law of 11 October 2010, which sought to prohibit Muslim women from wearing the full-face veil in public places, prevented her from manifesting her faith, from living by it and from observing it in public. She added that, while the interference was "prescribed by law", it did not pursue any of the legitimate aims listed in the second paragraph of that provision and was not "necessary in a democratic society".

77. The applicant began by observing that this interference could not be said to have the legitimate aim of "public safety" as it was not a measure intended to address specific safety concerns in places of high risk such as airports, but a blanket ban applying to almost all public places. As to the Government's argument that it sought to ensure respect for the minimum requirements of life in society, because the reciprocal exposure of faces was fundamental in French society, the applicant objected that it failed to take into account the cultural practices of minorities which did not necessarily share this philosophy, or the fact that there were forms of communication

other than visual, and that in any event this bore no relation to the idea of imposing criminal sanctions to prevent people from veiling their faces in public. She submitted, moreover, that the Government's assertion that for women to cover their faces was incompatible with the principle of gender equality was simplistic. She argued that, according to a well-established feminist position, the wearing of the veil often denoted women's emancipation, self-assertion and participation in society, and that, as far as she was concerned, it was not a question of pleasing men but of satisfying herself and her conscience. Furthermore, it could not be maintained that because of wearing the veil the women concerned were denied the right to exist as individuals in public, when in the majority of cases it was worn voluntarily and without any proselytising motive. She added that other member States with a large Muslim population did not prohibit the wearing of the full-face veil in public places. She also found it ironic that an abstract idea of gender equality could run counter to the profoundly personal choice of women who decided to wear veils, and contended that imposing legal sanctions exacerbated the inequality that was supposed to be addressed. Lastly, she took the view that in claiming that the prohibition had the legitimate aim of "respect for human dignity" the Government were justifying the measure by the abstract assumption, based on stereotyping and chauvinistic logic, that women who wore veils were "effaced".

78. Under the heading of "necessity", the applicant argued that a truly free society was one which could accommodate a wide variety of beliefs, tastes, pursuits, customs and codes of conduct, and that it was not for the State to determine the validity of religious beliefs. In her view, the prohibition on wearing the full-face veil in public and the risk of criminal sanctions sent out a sectarian message and discouraged the women concerned from socialising. She pointed out that the United Nations Human Rights Committee, in its General Comment No. 28, had found that any regulation of clothing that women could wear in public might breach the principle of equal rights for men and women, and in its decision in *Raihon Hudoyberganova v. Uzbekistan* [Communication No. 931/2000, 18 January 2005] had observed that the freedom to manifest one's religion encompassed the right to wear clothes or attire in public which were in conformity with the individual's faith or religion. She further observed that, while the Law of 11 October 2010 had been passed almost unanimously, the cases of *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] showed that a measure might have wide political support and yet not be "necessary in a democratic society".

Moreover, even supposing that the aims pursued were legitimate, the impugned prohibition could not fulfil that condition where they might be achieved by less restrictive means. Thus, to address the questions of public safety, it would be sufficient to implement identity checks at high-risk locations, as in the situations examined by the Court in the cases of *Phull v. France* ((dec.), no. 35753/03, ECHR 2005-I) and *El Morsli v. France* ((dec.), no. 15585/06, 4 March 2008). As to the aim of guaranteeing respect for human dignity, it was still necessary to weigh up the competing interests: those of members of the public who disapproved of the wearing of the veil; and those of the women in question who, like the applicant, were forced to choose between acting in a manner contrary to their beliefs, staying at home or breaking the law. The rights of the latter were much more seriously affected than those of the former. In the applicant's view, if it were considered, as the Government argued, that it was necessary to criminalise not only the coercion of another into veiling but also the fact of voluntarily wearing the veil, on the ground that women might be reluctant to denounce those who coerced them and that constraint might be diffuse in nature, that would mean disregarding the position or motivation of women who chose to cover their faces and therefore excluding any examination of proportionality. Such an attitude was not only paternalistic, but it also reflected an intention to punish the very women who were supposed to be protected from patriarchal pressure. Lastly, the applicant found irrelevant the Government's comment that freedom to dress according to one's wishes remained very broad in France and that the ban did not apply in places of worship open to the public, pointing out that her beliefs precisely required her to cover her face and that it should be possible to manifest one's religion in public, not only in places of worship.

79. In the applicant's submission, the fact that she was prevented by the Law of 11 October 2010 from wearing the full-face veil in public also entailed a violation of her right to respect for her private life under Article 8 of the Convention. Her private life was affected for three reasons. Firstly, because her ability to wear the full-face veil was an important part of her social and cultural identity. Secondly because, as the Court had pointed out in its judgment in *Von Hannover v. Germany* (no. 59320/00, §§ 50 and 69, ECHR 2004-VI), there was a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which might fall within the scope of private life, and the protection of private life under Article 8 extended beyond the private family circle and also included a social dimension. The third reason was that if she went out of the house wearing the full-face veil she would probably encounter hostility and would expose herself to criminal sanctions. Thus, being obliged to remove it when she went out and only being able to

wear it at home “as if she were a prisoner”, she was forced to adopt a “Jekyll and Hyde personality”.

Furthermore, referring back in essence to her observations on Article 9 of the Convention, the applicant argued that the interference did not pursue any of the legitimate aims enumerated in the second paragraph of Article 8 of the Convention. She added that, even supposing that one of those aims could be accepted, the impugned interference could not be regarded as necessary in a democratic society, especially as the requirements of the second paragraph of Article 8 were, in this connection, stricter than those of the second paragraph of Article 9.

80. The applicant further argued that the ban on wearing clothing designed to conceal the face in public, which undoubtedly targeted the burqa, generated discrimination in breach of Article 14 of the Convention on grounds of sex, religion and ethnic origin, to the detriment of Muslim women who, like her, wore the full-face veil. In her view, this was indirect discrimination between Muslim women whose beliefs required them to wear the full-face veil and other Muslim women, and also between them and Muslim men. The exception provided for by the Law of 11 October 2010, according to which the ban did not apply if the clothing was worn in the context of “festivities or artistic or traditional events” was also, in her view, discriminatory, in that it created an advantage for the Christian majority: it allowed Christians to wear in public clothing that concealed their face in the context of Christian festivities or celebrations (Catholic religious processions, carnivals or rituals, such as dressing up as Santa Claus), whereas Muslim women who wished to wear the full-face veil in public remained bound by the ban even during the month of Ramadan.

(b) The Government

81. The Government admitted that, even though it was formulated in general terms, the ban introduced by the Law of 11 October 2010 could be seen as a “limitation”, within the meaning of Article 9 § 2 of the Convention, on the freedom to manifest one’s religion or beliefs. They argued, however, that the limitation pursued legitimate aims and that it was necessary, in a democratic society, for the fulfilment of those aims.

82. In the Government’s submission, the first of those aims was to ensure “public safety”. The ban satisfied the need to identify individuals so as to prevent danger for the safety of persons and property and to combat identity fraud. The second of those aims concerned the “protection of the rights and freedoms of others” by ensuring “respect for the minimum set of values of an open and democratic society”. The Government mentioned three values in this connection. Firstly, the observance of the minimum

requirements of life in society. In the Government's submission, the face plays a significant role in human interaction: more so than any other part of the body, the face expresses the existence of the individual as a unique person, and reflects one's shared humanity with the interlocutor, at the same time as one's otherness. The effect of concealing one's face in public places is to break social ties and to manifest a refusal of the principle of "living together" (*le "vivre ensemble"*). The Government further argued that the ban sought to protect equality between men and women, as to consider that women, solely on the ground that they were women, must conceal their faces in public places amounted to denying them the right to exist as individuals and to reserving the expression of their individuality to the private family space or to an exclusively female space. Lastly, it was a matter of respect for human dignity, since the women who wore such clothing were therefore "effaced" from the public space. In the Government's view, whether such "effacement" was desired or suffered, it was necessarily dehumanising and could hardly be regarded as consistent with human dignity.

On the question of gender equality, the Government expressed surprise at the applicant's statements to the effect that the practice of wearing the full-face veil often denoted the woman's emancipation, self-assertion and participation in society, and they did not agree with the highly positive presentation of that practice by the applicant and the intervening non-governmental organisations. They took note of the study reports presented by two of the third-party interveners, showing that women who wore or used to wear the full-face veil did so voluntarily and that those who had given up the practice had done so mainly as a result of public hostility. They observed, however, that those studies were based on only a small sample group of women (twenty-seven in one case, thirty-two in the other) recruited using the "snowball method". That method was not very reliable, as it consisted in targeting various people fitting the subject profile and then, through them, reaching a greater number of people who generally shared the same views. They concluded that the reports in question provided only a very partial view of reality and that their scientific relevance had to be viewed with caution.

83. As regards the necessity and proportionality of the limitation, the Government argued that the Law of 11 October 2010 had been passed both in the National Assembly and the Senate by the unanimous vote of those cast (less one vote), following a wide democratic consultation involving civil society. They pointed out that the ban in issue was extremely limited in terms of its subject matter, as only concealment of the face was prohibited, irrespective of the reason, and everyone remained free, subject to that sole restriction, to wear clothing expressing a religious belief in public. They

added that the Law was necessary for the defence of the principles underlying its enactment. They indicated in this connection that to restrict sanctions only to those coercing someone else to cover their face would not have been sufficiently effective because the women concerned might have hesitated to report it and coercion could always be diffuse in nature. They further pointed out that the Court afforded States a wide margin of appreciation when it came to striking a balance between competing private and public interests, or where a private interest was in conflict with other rights secured by the Convention (they referred to *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007-I). They further took the view that the penalties stipulated were light – a mere fine of 150 euros (EUR) or a citizenship course. They noted that both the Constitutional Council and the Court of Cassation had recognised the “necessity” of the Law.

84. As to Article 8 of the Convention, the Government indicated that they were not convinced that this provision applied, since the ban on clothing designed to cover the face concerned only public places and it could not be considered that an individual’s physical integrity or privacy were at stake. Pointing out that the applicant’s arguments related, in any event, more to her freedom to manifest her beliefs or religion and therefore to Article 9, they referred back to the arguments that they had set out under that head as to the justification for the interference and its proportionality.

85. Lastly, the Government found the applicant “particularly ill-placed to consider herself a victim of discrimination on account of her sex”, as one of the essential objectives of the impugned Law was to combat that type of discrimination as a result of women being effaced from the public space through the wearing of the full-face veil. In their view, the assertion that the Law had been based on a stereotype whereby Muslim women were submissive was unfounded and caricatural: firstly, because the Law did not target Muslim women; and, secondly, because the social effacement manifested by the wearing of the burqa or niqab was “hardly compatible with the affirmation of a social existence”. In their opinion, it was not possible to infer from Article 14 of the Convention a right to place oneself in a position of discrimination. As to the contention that one of the effects of the Law would be to dissuade the women concerned from going to public places and to confine them at home, it was particularly futile in the instant case since the applicant claimed that she wore this clothing only voluntarily and occasionally.

The Government added that the Law did not create any discrimination against Muslim women either. They observed in this connection that the practice of wearing the full-face veil was a recent development, quite uncommon in France, and that it had been criticised on many occasions by

high-profile Muslims. The prohibition in fact applied regardless of whether or not the reason for concealing the face was religious, and regardless of the sex of the individual. Lastly, they pointed out that the fact that certain individuals who wished to adopt behaviour which they justified by their beliefs, whether or not religious, were prevented from doing so by a statutory prohibition could not in itself be considered discriminatory where the prohibition had a reasonable basis and was proportionate to the aim pursued. They referred on this point to their previous arguments.

2. *The third-party interveners' submissions*

(a) **The Belgian Government**

86. The intervening Government stated that the wearing of the full-face veil was not required by the Koran but corresponded to a minority custom from the Arabian peninsula.

87. They further indicated that a Law prohibiting the wearing of any “clothing entirely or substantially concealing the face” had been passed in Belgium on 1 June 2011 and had come into force on 23 July 2011. Two constitutional challenges lodged against it had been dismissed by the Belgian Constitutional Court in a judgment of 6 December 2012, finding – subject to one reservation concerning places of worship – that the wearing of such clothing posed a safety issue, was an obstacle to the right of women to equality and dignity, and, more fundamentally, undermined the very essence of the principle of living together. They took the view that no one was entitled to claim, on the basis of individual or religious freedom, the power to decide when and in what circumstances they would agree to uncover their faces in a public place. It was necessarily a matter for the public authorities to assess public-safety requirements. They further noted that the issue of women’s right to equality and dignity had been raised by both parties, and acknowledged that the wearing of the full-face veil was not necessarily an expression of subservience to men. They considered, however, that the right to isolation had its limits, that codes of clothing which prevailed in our societies were the product of societal consensus and the result of a balanced compromise between our individual freedom and our codes of interaction within society, and that those who wore clothing concealing their face were signalling to the majority that they did not wish to take an active part in society and were thus dehumanised. In their view, one of the values forming the basis on which a democratic society functioned was the possibility for individuals to take part in an active exchange.

88. The intervening Government pointed out that the Belgian legislature had sought to defend a model of society in which the individual outweighed

any philosophical, cultural or religious attachments so as to encourage full integration and enable citizens to share a common heritage of fundamental values such as democracy, gender equality and the separation of Church and State. They referred to the judgment of the Belgian Constitutional Court, which had found that, where the consequence of concealing the face was to prevent a person's facial individualisation, even though such individualisation was a fundamental condition associated with his or her very essence, the prohibition on wearing clothing concealing the face in places accessible to the public, even if it were the expression of a religious belief, met a compelling social need in a democratic society. They added that the Belgian legislature had opted for the lightest criminal sanction (a fine) and observed – again referring to the Constitutional Court's judgment – that if certain women stayed at home so as not to go out with their faces uncovered, that was the result of their own choice and not of an illegitimate constraint imposed on them by the Law. Lastly, they were of the view that the French and Belgian Laws were not discriminatory, as they did not specifically target the full-face veil and applied to any person who wore items concealing the face in public, whether a man or a woman, and whether for a religious or any other reason.

(b) The non-governmental organisation Amnesty International

89. Amnesty International observed that the right to wear clothing with a religious connotation was protected by the International Covenant on Civil and Political Rights, in terms of the right to freedom of thought, conscience and religion and the right to freedom of expression. It added that the Covenant provided for limitations similar to those in Articles 9 and 10 of the Convention, and argued that public international law required the provisions of both instruments to be interpreted in a similar manner. It thus called on the Court to take into account General Comments Nos. 22, 27 and 34 of the United Nations Human Rights Committee, together with its jurisprudence ...

90. The third-party intervener added that the right to freedom from discrimination was guaranteed by all the international and regional instruments for the protection of fundamental rights, that a homogeneous interpretation was also required in that connection, and that, in accordance with the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, States had an obligation to take effective measures to put an end to discriminatory practices. It further referred to General Comments Nos. 22 and 28 of the United Nations Human Rights Committee. It also pointed to the risk of intersecting discrimination: women might experience a distinct

form of discrimination due to the intersection of sex with other factors such as religion, and such discrimination might express itself, in particular, in the form of stereotyping of sub-groups of women. It also observed that restrictions on the wearing of headscarves or veils might impair the right to work, the right to education and the right to equal protection of the law, and might contribute to acts of harassment and violence.

91. In the third-party intervener's submission, it is an expression of gender-based and religion-based stereotyping to assume that women who wear certain forms of dress do so only under coercion; ending discrimination would require a far more nuanced approach.

(c) The non-governmental organisation ARTICLE 19

92. ARTICLE 19 observed that the wearing of religious dress or symbols was covered by the right to freedom of expression and the right to freedom of religion and thought. It also referred to General Comment No. 28 of the United Nations Human Rights Committee. It further mentioned that Committee's decision in *Hudoyberganova v. Uzbekistan* (cited above), where it had been found that the freedom to manifest one's religion encompassed the right to wear clothes or attire in public which were deemed to be in conformity with the individual's faith or religion, and that to prevent a person from wearing religious clothing might constitute a violation of Article 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights. It referred also to the Committee's General Comment No. 34 on freedom of opinion and expression. It added that, in her 2006 report, the United Nations Special Rapporteur on freedom of religion or belief had laid down a set of guidelines for considering the necessity and proportionality of restrictions on wearing religious dress or symbols and recommended that the following questions be answered by the administration or judiciary when making such an assessment: is the restriction in question appropriate having regard to the legitimate interest that it seeks to protect; is it the least restrictive; has it involved a balancing of the competing interests; is it likely to promote religious intolerance; and does it avoid stigmatising any particular religious community?

93. The third-party intervener further observed that, as noted by the United Nations Special Rapporteur on freedom of religion or belief in his 2011 interim report, the prohibition on sex-based discrimination was often invoked in favour of banning the full-face veil, whereas such prohibitions might lead to intersectional discrimination against Muslim women. In the third-party intervener's view, this could be counterproductive as it might lead to the confinement of the women concerned in the home and to their exclusion from public life and marginalisation, and might expose Muslim

women to physical violence and verbal attacks. It further observed that the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, in particular, had recently recommended that member States should not opt for general bans on the wearing of the full-face veil in public.

94. According to the third-party intervener, international standards on the right to freedom of expression, to freedom of opinion and religion and to equal treatment and non-discrimination did not support general prohibitions on covering the face in public.

(d) Human Rights Centre of Ghent University

95. The Human Rights Centre of Ghent University emphasised that the French and Belgian Laws prohibiting concealment of the face in public had been passed on the basis of the assumption that women who wore the full-face veil did so for the most part under coercion, showed that they did not wish to interact with others in society and represented a threat to public safety. It referred to empirical research that had been carried out in Belgium among twenty-seven women who wore or used to wear the full-face veil (see E. Brems, Y. Janssens, K. Lecoyer, S. Ouald Chaib and V. Vandersteen, *Wearing the Face Veil in Belgium: Views and Experiences of 27 Women Living in Belgium Concerning the Islamic Full Face Veil and the Belgian Ban on Face Covering*, Human Rights Centre of Ghent University, 2012), together with research carried out in France by the Open Society Foundations (see paragraph 104 below) and in the Netherlands by Professor A. Moors, which all indicated that this assumption was erroneous.

96. In the third-party intervener's submission, this research showed that the ban did not actually serve its stated purpose: the women concerned avoided going out, leading to their isolation and the deterioration of their social life and autonomy, and cases of aggression against them had increased. It further found the ban disproportionate, because the public space was defined very broadly, public-safety concerns might be addressed by the occasional duty to identify oneself by showing one's face, and in today's society there were many forms of social interaction in which people did not have to see each other's face.

97. In the third-party intervener's view, in addition to constituting a disproportionate interference with freedom of religion, the ban generated indirect and intersectional discrimination on grounds of religion and sex, endorsed stereotypes and disregarded the fact that veiled women made up a vulnerable minority group which required particular attention.

98. Lastly, the third-party intervener asked the Court to examine the present case in the light of the increase in Islamophobia in various European countries. It took the view that the adoption and enforcement of a blanket

ban on face covering in public were all the more harmful as this had been accompanied by political rhetoric specifically targeting women wearing an Islamic face veil, thus reinforcing negative stereotypes and Islamophobia.

(e) The non-governmental organisation Liberty

99. Liberty observed that, although the Law of 11 October 2010 was framed in neutral terms, its aim was to prohibit the wearing of the burqa and it applied to all public places, with the result that the women concerned faced the agonising choice between remaining at home or removing their veil. It pointed out that the origins of the Convention were firmly rooted in the atrocities of the Second World War, that it was the horrors perpetrated against the Jews that had provided the impetus for embedding the right to freedom of religion in the list of fundamental rights, and that since then there had been other crimes against humanity where religion had been at least a contributory factor. It added that there was a close relationship between religion and race.

100. The third-party intervener further emphasised that general rules regulating clothing worn by women in public might involve a violation not only of a number of fundamental rights but also of international and regional instruments, such as the Framework Convention for the Protection of National Minorities. As regards the Convention, the intervener was of the view that Articles 8, 9, 10 and 14 applied in the present case. It submitted that the threefold justification in the explanatory memorandum accompanying the bill had not been convincing. It further argued that the ban and the debate surrounding it contributed to stigmatising Muslims and fuelled racist attitudes towards them.

101. In conclusion, the third-party intervener observed that, while many feminists, in particular, regarded the full-face veil as demeaning to women, undermining of their dignity, and the result of patriarchy, others saw it as a symbol of their faith. In its view, these controversies were not resolved by imprisoning at home those women who felt compelled to wear it, on pain of sanctions. This was not liberating for women and in all likelihood would encourage Islamophobia.

(f) The non-governmental organisation Open Society Justice Initiative

102. Open Society Justice Initiative pointed out that the ban on the full-face veil had been criticised within the Council of Europe and that only France and Belgium had adopted such a blanket measure. It emphasised that, even though the French and Belgian Laws were neutral in their wording, their legislative history showed that the intent was to target specifically the niqab and the burqa.

103. The third-party intervener further noted that the aim of the French Law was to preserve public safety, gender equality and secularism. It asserted in this connection that reasoning based on public order might easily disguise intolerance when freedom of religion was at stake. Referring in particular to the Court's judgment in *Palau-Martinez v. France* (no. 64927/01, § 43, ECHR 2003-XII), it added that States might rely on this notion to justify interference with the exercise of a Convention right only if they could show that there was concrete evidence of a breach of public order. As regards the protection of gender equality, it noted that such an objective was based on the supposition that women who wore the veil were coerced into doing so and thus disadvantaged, whereas this was not shown by any of the evidence examined in the legislative process.

104. The third-party intervener further referred to the report of a survey conducted in France by the Open Society Foundations involving thirty-two women who wore the full-face veil, entitled "Unveiling the Truth: Why 32 Muslim Women Wear the Full-Face Veil in France" and published in April 2011. It indicated that the women interviewed were not coerced into wearing the veil, that many had decided to wear it despite opposition from their families, that one-third did not wear it as a permanent and daily practice, and that the majority maintained active social lives. The report also revealed that the ban had contributed to discontent among these women and had reduced their autonomy, and that the public discourse accompanying it had encouraged verbal abuse and physical attacks against them by members of the public. The third-party intervener also submitted a follow-up report published in September 2013. It noted that, according to that report, the majority of the women interviewed continued to wear the full-face veil as an expression of their religious beliefs. It added that the report showed the significant impact of the ban on their personal and family lives. The third-party intervener further noted the report's finding that all women interviewed had described a decline in their personal safety since the ban, with incidents of public harassment and physical assaults resulting from a climate in which the public appeared emboldened to act against women wearing the full-face veil.

105. In conclusion, the third-party intervener argued that there was a European consensus against bans on the wearing of the full-face veil in public. It further stressed the fact that blanket bans were disproportionate where less intrusive measures might be possible, that public order justifications must be supported by concrete evidence, that measures introduced to promote equality must be objectively and reasonably justified and limited in time, and that measures seeking to promote secularism must be strictly necessary.

3. *The Court's assessment*

(a) **Alleged violation of Articles 8 and 9 of the Convention**

106. The ban on wearing, in public places, clothing designed to conceal the face raises questions in terms of the right to respect for private life (Article 8 of the Convention) of women who wish to wear the full-face veil for reasons related to their beliefs, and in terms of their freedom to manifest those beliefs (Article 9 of the Convention).

107. The Court is thus of the view that personal choices as to an individual's desired appearance, whether in public or in private places, relate to the expression of his or her personality and thus fall within the notion of private life. It has found to this effect previously as regards a haircut (see *Popa v. Romania* (dec.), no. 4233/09, §§ 32-33, 18 June 2013; see also the decision of the European Commission on Human Rights in *Sutter v. Switzerland*, no. 8209/78, Commission decision of 1 March 1979, Decisions and Reports (DR) 16, p. 166). It considers, like the Commission (see, in particular, the decisions in *McFeeley and Others v. the United Kingdom*, no. 8317/78, Commission decision of 15 May 1980, DR 20, p. 44, § 83, and *Kara v. the United Kingdom*, no. 36528/97, Commission decision of 22 October 1998, unreported), that this is also true for a choice of clothing. A measure emanating from a public authority which restricts a choice of this kind will therefore, in principle, constitute an interference with the exercise of the right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention (see *Kara*, cited above). Consequently, the ban on wearing clothing designed to conceal the face in public places, pursuant to the Law of 11 October 2010, falls under Article 8 of the Convention.

108. That being said, in so far as that ban is criticised by individuals who, like the applicant, complain that they are consequently prevented from wearing in public places clothing that the practice of their religion requires them to wear, it mainly raises an issue with regard to the freedom to manifest one's religion or beliefs (see, in particular, *Ahmet Arslan and Others v. Turkey*, no. 41135/98, § 35, 23 February 2010). The fact that this is a minority practice and appears to be contested ... is of no relevance in this connection.

109. The Court will thus examine this part of the application under both Article 8 and Article 9, but with emphasis on the second of those provisions.

(i) *Whether there has been a "limitation" or an "interference"*

110. As the Court has already pointed out ..., the Law of 11 October 2010 confronts the applicant with a dilemma comparable to that which it

identified in the *Dudgeon* and *Norris* judgments (cited above): either she complies with the ban and thus refrains from dressing in accordance with her approach to religion; or she refuses to comply and faces criminal sanctions. She thus finds herself, in the light of both Article 9 and Article 8 of the Convention, in a similar situation to that of the applicants in *Dudgeon* and *Norris*, where the Court found a “continuing interference” with the exercise of the rights guaranteed by the second of those provisions (see *Dudgeon*, § 41, and *Norris*, § 38, both cited above; see also, in particular, *Michaud [v. France]*, no. 12323/11, § 92[, ECHR 2012-VI]). There has therefore been, in the present case, an “interference” with or a “limitation” of the exercise of the rights protected by Articles 8 and 9 of the Convention.

111. Such a limitation or interference will not be compatible with the second paragraphs of those Articles unless it is “prescribed by law”, pursues one or more of the legitimate aims set out in those paragraphs and is “necessary in a democratic society” to achieve the aim or aims concerned.

(ii) *Whether the measure is “prescribed by law”*

112. The Court finds that the limitation in question is prescribed by sections 1, 2 and 3 of the Law of 11 October 2010 ... It further notes that the applicant has not disputed that these provisions satisfy the criteria laid down in the Court’s case-law concerning Article 8 § 2 and Article 9 § 2 of the Convention.

(iii) *Whether there is a legitimate aim*

113. The Court reiterates that the enumeration of the exceptions to the individual’s freedom to manifest his or her religion or beliefs, as listed in Article 9 § 2, is exhaustive and that their definition is restrictive (see, among other authorities, *Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine*, no. 77703/01, § 132, 14 June 2007, and *Nolan and K. v. Russia*, no. 2512/04, § 73, 12 February 2009). For it to be compatible with the Convention, a limitation of this freedom must, in particular, pursue an aim that can be linked to one of those listed in this provision. The same approach applies in respect of Article 8 of the Convention.

114. The Court’s practice is to be quite succinct when it verifies the existence of a legitimate aim within the meaning of the second paragraphs of Articles 8 to 11 of the Convention (see, for example, *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 99, ECHR 2005-XI, and *Ahmet Arslan and Others*, cited above, § 43). However, in the present case, the substance of the objectives invoked in this connection by the Government, and strongly disputed by the applicant, call for an in-depth examination. The applicant took the view that the interference with the exercise of her freedom to

manifest her religion and of her right to respect for her private life, as a result of the ban introduced by the Law of 11 October 2010, did not correspond to any of the aims listed in the second paragraphs of Articles 8 and 9. The Government argued, for their part, that the Law pursued two legitimate aims: public safety and “respect for the minimum set of values of an open and democratic society”. The Court observes that the second paragraphs of Articles 8 and 9 do not refer expressly to the second of those aims or to the three values mentioned by the Government in that connection.

115. As regards the first of the aims invoked by the Government, the Court first observes that “public safety” is one of the aims enumerated in the second paragraph of Article 9 of the Convention (*sécurité publique* in the French text) and also in the second paragraph of Article 8 (*sûreté publique* in the French text). It further notes the Government’s observation in this connection that the impugned ban on wearing, in public places, clothing designed to conceal the face satisfied the need to identify individuals in order to prevent danger for the safety of persons and property and to combat identity fraud. Having regard to the case file, it may admittedly be wondered whether the Law’s drafters attached much weight to such concerns. It must nevertheless be observed that the explanatory memorandum which accompanied the bill indicated – albeit secondarily – that the practice of concealing the face “could also represent a danger for public safety in certain situations”..., and that the Constitutional Council noted that the legislature had been of the view that this practice might be dangerous for public safety ... Similarly, in its study report of 25 March 2010, the *Conseil d’État* indicated that public safety might constitute a basis for prohibiting concealment of the face, but pointed out that this could be the case only in specific circumstances ... Consequently, the Court accepts that, in adopting the impugned ban, the legislature sought to address questions of “public safety” within the meaning of the second paragraphs of Articles 8 and 9 of the Convention.

116. As regards the second of the aims invoked – to ensure “respect for the minimum set of values of an open and democratic society” – the Government referred to three values: respect for equality between men and women, respect for human dignity and respect for the minimum requirements of life in society. They submitted that this aim could be linked to the “protection of the rights and freedoms of others”, within the meaning of the second paragraphs of Articles 8 and 9 of the Convention.

117. As the Court has previously noted, these three values do not expressly correspond to any of the legitimate aims enumerated in the second paragraphs of Articles 8 and 9 of the Convention. Among those aims, the only ones that may be relevant in the present case, in relation to the values in

question, are “public order” and the “protection of the rights and freedoms of others”. The former is not, however, mentioned in Article 8 § 2. Moreover, the Government did not refer to it either in their written observations or in their answer to the question put to them in that connection during the public hearing, preferring to refer solely to the “protection of the rights and freedoms of others”. The Court will thus focus its examination on the latter “legitimate aim”, as it did previously in the judgments in *Leyla Şahin* and *Ahmet Arslan and Others* (both cited above, § 111 and § 43 respectively).

118. Firstly, the Court is not convinced by the Government’s submission in so far as it concerns respect for equality between men and women.

119. It does not doubt that gender equality might rightly justify an interference with the exercise of certain rights and freedoms enshrined in the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Staatkundig Gereformeerde Partij v. the Netherlands* (dec.), no. 58369/10, 10 July 2012). It reiterates in this connection that advancement of gender equality is today a major goal in the member States of the Council of Europe (*ibid.*; see also, among other authorities, *Schuler-Zraggen v. Switzerland*, 24 June 1993, § 67, Series A no. 263, and *Konstantin Markin v. Russia* [GC], no. 30078/06, § 127, ECHR 2012). Thus, a State Party which, in the name of gender equality, prohibits anyone from forcing women to conceal their face pursues an aim which corresponds to the “protection of the rights and freedoms of others” within the meaning of the second paragraphs of Articles 8 and 9 of the Convention (see *Leyla Şahin*, cited above, § 111). The Court takes the view, however, that a State Party cannot invoke gender equality in order to ban a practice that is defended by women – such as the applicant – in the context of the exercise of the rights enshrined in those provisions, unless it were to be understood that individuals could be protected on that basis from the exercise of their own fundamental rights and freedoms. It further observes that the *Conseil d’État* reached a similar conclusion in its study report of 25 March 2010 ...

Moreover, in so far as the Government thus sought to show that the wearing of the full-face veil by certain women shocked the majority of the French population because it infringed the principle of gender equality as generally accepted in France, the Court would refer to its reasoning as to the other two values that they have invoked (see paragraphs 120-22 below).

120. Secondly, the Court takes the view that, however essential it may be, respect for human dignity cannot legitimately justify a blanket ban on the wearing of the full-face veil in public places. The Court is aware that the clothing in question is perceived as strange by many of those who observe it. It would point out, however, that it is the expression of a cultural identity which contributes to the pluralism that is inherent in democracy. It notes

in this connection the variability of the notions of virtuousness and decency that are applied to the uncovering of the human body. Moreover, it does not have any evidence capable of leading it to consider that women who wear the full-face veil seek to express a form of contempt against those they encounter or otherwise to offend against the dignity of others.

121. Thirdly, the Court finds, by contrast, that under certain conditions the “respect for the minimum requirements of life in society” referred to by the Government – or of “living together”, as stated in the explanatory memorandum accompanying the bill ... – can be linked to the legitimate aim of the “protection of the rights and freedoms of others”.

122. The Court takes into account the respondent State’s point that the face plays an important role in social interaction. It can understand the view that individuals who are present in places open to all may not wish to see practices or attitudes developing there which would fundamentally call into question the possibility of open interpersonal relationships, which, by virtue of an established consensus, forms an indispensable element of community life within the society in question. The Court is therefore able to accept that the barrier raised against others by a veil concealing the face is perceived by the respondent State as breaching the right of others to live in a space of socialisation which makes living together easier. That being said, in view of the flexibility of the notion of “living together” and the resulting risk of abuse, the Court must engage in a careful examination of the necessity of the impugned limitation.

(iv) *Whether the measure is necessary in a democratic society*

(α) General principles concerning Article 9 of the Convention

123. As the Court has decided to focus on Article 9 of the Convention in examining this part of the application, it finds it appropriate to reiterate the general principles concerning that provision.

124. As enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a “democratic society” within the meaning of the Convention. This freedom is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it. That freedom entails, *inter alia*, freedom to hold or not to hold religious beliefs and to practise or not to practise a religion (see, among other authorities, *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, § 31, Series A no. 260-A; *Buscarini and*

Others v. San Marino [GC], no. 24645/94, § 34, ECHR 1999-I; and *Leyla Şahin*, cited above, § 104).

125. While religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies freedom to manifest one's religion, alone and in private, or in community with others, in public and within the circle of those whose faith one shares. Article 9 lists the various forms which the manifestation of one's religion or beliefs may take, namely worship, teaching, practice and observance (see, *mutatis mutandis*, *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC], no. 27417/95, § 73, ECHR 2000-VII, and *Leyla Şahin*, cited above, § 105).

Article 9 does not, however, protect every act motivated or inspired by a religion or belief and does not always guarantee the right to behave in the public sphere in a manner which is dictated by one's religion or beliefs (see, for example, *Arrowsmith v. the United Kingdom*, no. 7050/75, Commission's report of 12 October 1978, DR 19, p. 5; *Kalaç v. Turkey*, 1 July 1997, § 27, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-IV; and *Leyla Şahin*, cited above, §§ 105 and 121).

126. In democratic societies, in which several religions coexist within one and the same population, it may be necessary to place limitations on freedom to manifest one's religion or beliefs in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone's beliefs are respected (see *Kokkinakis*, cited above, § 33). This follows both from paragraph 2 of Article 9 and from the State's positive obligations under Article 1 of the Convention to secure to everyone within its jurisdiction the rights and freedoms defined therein (see *Leyla Şahin*, cited above, § 106).

127. The Court has frequently emphasised the State's role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs, and has stated that this role is conducive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society. As indicated previously, it also considers that the State's duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State's part to assess the legitimacy of religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed (see *Manoussakis and Others v. Greece*, 26 September 1996, § 47, *Reports* 1996-IV; *Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, § 78, ECHR 2000-XI; and *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 91, ECHR 2003-II), and that this duty requires the State to ensure mutual tolerance between opposing groups (see, among other authorities, *Leyla Şahin*, cited above, § 107). Accordingly, the role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate

each other (see *Serif v. Greece*, no. 38178/97, § 53, ECHR 1999-IX; see also *Leyla Şahin*, cited above, § 107).

128. Pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a “democratic society”. Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair treatment of people from minorities and avoids any abuse of a dominant position (see, *mutatis mutandis*, *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, 13 August 1981, § 63, Series A no. 44, and *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, § 112, ECHR 1999-III). Pluralism and democracy must also be based on dialogue and a spirit of compromise necessarily entailing various concessions on the part of individuals or groups of individuals which are justified in order to maintain and promote the ideals and values of a democratic society (see, *mutatis mutandis*, *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, 30 January 1998, § 45, *Reports* 1998-I, and *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others*, cited above, § 99). Where these “rights and freedoms of others” are themselves among those guaranteed by the Convention or the Protocols thereto, it must be accepted that the need to protect them may lead States to restrict other rights or freedoms likewise set forth in the Convention. It is precisely this constant search for a balance between the fundamental rights of each individual which constitutes the foundation of a “democratic society” (see *Chassagnou and Others*, cited above, § 113; see also *Leyla Şahin*, cited above, § 108).

129. It is also important to emphasise the fundamentally subsidiary role of the Convention mechanism. The national authorities have direct democratic legitimation and are, as the Court has held on many occasions, in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. In matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely, the role of the domestic policy-maker should be given special weight (see, for example, *Maurice v. France* [GC], no. 11810/03, § 117, ECHR 2005-IX). This is the case, in particular, where questions concerning the relationship between State and religions are at stake (see, *mutatis mutandis*, *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, cited above, § 84, and *Wingrove v. the United Kingdom*, 25 November 1996, § 58, *Reports* 1996-V; see also *Leyla Şahin*, cited above, § 109). As regards Article 9 of the Convention, the State should thus, in principle, be afforded a wide margin of appreciation in deciding whether and to what extent a limitation of the right to manifest one's religion or beliefs is “necessary”. That being said, in delimiting the extent of the margin of appreciation in a given case, the Court must also have regard to what is at stake therein (see,

among other authorities, *Manoussakis and Others*, cited above, § 44, and *Leyla Şahin*, cited above, § 110). It may also, if appropriate, have regard to any consensus and common values emerging from the practices of the States Parties to the Convention (see, for example, *Bayatyan v. Armenia* [GC], no. 23459/03, § 122, ECHR 2011).

130. In the judgment in *Leyla Şahin* (cited above), the Court pointed out that this would notably be the case when it came to regulating the wearing of religious symbols in educational institutions, especially in view of the diversity of the approaches taken by national authorities on the issue. Referring to the judgment in *Otto-Preminger-Institut v. Austria* (20 September 1994, § 50, Series A no. 295-A) and the decision in *Dahlab v. Switzerland* ((dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V), it added that it was thus not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society and that the meaning or impact of the public expression of a religious belief would differ according to time and context. It observed that the rules in this sphere would consequently vary from one country to another according to national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain public order. It concluded from this that the choice of the extent and form of such rules must inevitably be left up to a point to the State concerned, as it would depend on the specific domestic context (see *Leyla Şahin*, cited above, § 109).

131. This margin of appreciation, however, goes hand in hand with a European supervision embracing both the law and the decisions applying it. The Court's task is to determine whether the measures taken at national level were justified in principle and proportionate (see, among other authorities, *Manoussakis and Others*, cited above, § 44, and *Leyla Şahin*, cited above, § 110).

(β) Application of those principles in previous cases

132. The Court has had occasion to examine a number of situations in the light of those principles.

133. It has thus ruled on bans on the wearing of religious symbols in State schools, imposed on teaching staff (see, *inter alia*, *Dahlab*, cited above, and *Kurtulmuş v. Turkey* (dec.), no. 65500/01, ECHR 2006-II) and on pupils and students (see, *inter alia*, *Leyla Şahin*, cited above; *Köse and Others v. Turkey* (dec.), no. 26625/02, ECHR 2006-II; *Kervanci v. France*, no. 31645/04, 4 December 2008; *Aktas v. France* (dec.), no. 43563/08, 30 June 2009; and *Ranjit Singh v. France* (dec.), no. 27561/08, 30 June 2009), on an obligation to remove clothing with a religious connotation in the context of a security check (see *Phull*, cited above, and *El Morsli*, cited

above), and on an obligation to appear bareheaded on identity photos for use on official documents (see *Mann Singh v. France* (dec.), no. 24479/07, 13 November 2008). It did not find a violation of Article 9 in any of these cases.

134. The Court has also examined two applications in which individuals complained in particular about restrictions imposed by their employers on the possibility for them to wear visibly a cross around their necks, arguing that domestic law had not sufficiently protected their right to manifest their religion. One was an employee of an airline company, the other was a nurse (see *Eweida and Others [v. the United Kingdom]*, nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, ECHR 2013). The first of those cases, in which the Court found a violation of Article 9, is the most pertinent for the present case. The Court took the view, *inter alia*, that the domestic courts had given too much weight to the wishes of the employer – which it nevertheless found legitimate – to project a certain corporate image, in relation to the applicant's fundamental right to manifest her religious beliefs. On the latter point, it observed that a healthy democratic society needed to tolerate and sustain pluralism and diversity and that it was important for an individual who had made religion a central tenet of her life to be able to communicate her beliefs to others. It then noted that the cross had been discreet and could not have detracted from the applicant's professional appearance. There was no evidence that the wearing of other, previously authorised, religious symbols had had any negative impact on the image of the airline company in question. While pointing out that the national authorities, in particular the courts, operated within a margin of appreciation when they were called upon to assess the proportionality of measures taken by a private company in respect of its employees, it thus found that there had been a violation of Article 9.

135. The Court also examined, in the case of *Ahmet Arslan and Others* (cited above), the question of a ban on the wearing, outside religious ceremonies, of certain religious clothing in public places open to everyone, such as public streets or squares. The clothing in question, characteristic of the *Aczimendi tarikati* group, consisted of a turban, a sirwal and a tunic, all in black, together with a baton. The Court accepted, having regard to the circumstances of the case and the decisions of the domestic courts, and particularly in view of the importance of the principle of secularism for the democratic system in Turkey, that, since the aim of the ban had been to uphold secular and democratic values, the interference pursued a number of the legitimate aims listed in Article 9 § 2: the maintaining of public safety, the protection of public order and the protection of the rights and freedoms

of others. It found, however, that the necessity of the measure in the light of those aims had not been established.

The Court thus noted that the ban affected not civil servants, who were bound by a certain discretion in the exercise of their duties, but ordinary citizens, with the result that its case-law on civil servants – and teachers in particular – did not apply. It then found that the ban was aimed at clothing worn in any public place, not only in specific public buildings, with the result that its case-law emphasising the particular weight to be given to the role of the domestic policy-maker, with regard to the wearing of religious symbols in State schools, did not apply either. The Court, moreover, observed that there was no evidence in the file to show that the manner in which the applicants had manifested their beliefs by wearing specific clothing – they had gathered in front of a mosque for the sole purpose of participating in a religious ceremony – constituted or risked constituting a threat to public order or a form of pressure on others. Lastly, in response to the Turkish Government’s allegation of possible proselytising on the part of the applicants, the Court found that there was no evidence to show that they had sought to exert inappropriate pressure on passers-by in public streets and squares in order to promote their religious beliefs. The Court thus concluded that there had been a violation of Article 9 of the Convention.

136. Among all these cases concerning Article 9, *Ahmet Arslan and Others* (cited above) is the one which the present case most closely resembles. However, while both cases concern a ban on wearing clothing with a religious connotation in public places, the present case differs significantly from *Ahmet Arslan and Others* in the fact that the full-face Islamic veil has the particularity of entirely concealing the face, with the possible exception of the eyes.

(γ) Application of those principles to the present case

137. The Court would first emphasise that the argument put forward by the applicant and some of the third-party interveners, to the effect that the ban introduced by sections 1 to 3 of the Law of 11 October 2010 was based on the erroneous supposition that the women concerned wore the full-face veil under duress, is not pertinent. It can clearly be seen from the explanatory memorandum accompanying the bill ... that it was not the principal aim of the ban to protect women against a practice which was imposed on them or would be detrimental to them.

138. That being clarified, the Court must verify whether the impugned interference is “necessary in a democratic society” for public safety (within the meaning of Articles 8 and 9 of the Convention; see paragraph 115

above) or for the “protection of the rights and freedoms of others” (see paragraph 116 above).

139. As regards the question of necessity in relation to public safety, within the meaning of Articles 8 and 9 (see paragraph 115 above), the Court understands that a State may find it essential to be able to identify individuals in order to prevent danger for the safety of persons and property and to combat identity fraud. It has thus found no violation of Article 9 of the Convention in cases concerning the obligation to remove clothing with a religious connotation in the context of security checks and the obligation to appear bareheaded on identity photos for use on official documents (see paragraph 133 above). However, in view of its impact on the rights of women who wish to wear the full-face veil for religious reasons, a blanket ban on the wearing in public places of clothing designed to conceal the face can be regarded as proportionate only in a context where there is a general threat to public safety. The Government have not shown that the ban introduced by the Law of 11 October 2010 falls into such a context. As to the women concerned, they are thus obliged to give up completely an element of their identity that they consider important, together with their chosen manner of manifesting their religion or beliefs, whereas the objective alluded to by the Government could be attained by a mere obligation to show their face and to identify themselves where a risk for the safety of persons and property has been established, or where particular circumstances entail a suspicion of identity fraud. It cannot therefore be found that the blanket ban imposed by the Law of 11 October 2010 is necessary, in a democratic society, for public safety, within the meaning of Articles 8 and 9 of the Convention.

140. The Court will now examine the questions raised by the other aim that it has found legitimate: to ensure the observance of the minimum requirements of life in society as part of the “protection of the rights and freedoms of others” (see paragraphs 121-22 above).

141. The Court observes that this is an aim to which the authorities have given much weight. This can be seen, in particular, from the explanatory memorandum accompanying the bill, which indicates that “[t]he voluntary and systematic concealment of the face is problematic because it is quite simply incompatible with the fundamental requirements of ‘living together’ in French society” and that “[t]he systematic concealment of the face in public places, contrary to the ideal of fraternity, ... falls short of the minimum requirement of civility that is necessary for social interaction” ... It indeed falls within the powers of the State to secure the conditions whereby individuals can live together in their diversity. Moreover, the Court is able to accept that a State may find it essential to give particular weight

in this connection to the interaction between individuals and may consider this to be adversely affected by the fact that some conceal their faces in public places (see paragraph 122 above).

142. Consequently, the Court finds that the impugned ban can be regarded as justified in its principle solely in so far as it seeks to guarantee the conditions of “living together”.

143. It remains to be ascertained whether the ban is proportionate to that aim.

144. Some of the arguments put forward by the applicant and the intervening non-governmental organisations warrant particular attention.

145. Firstly, it is true that only a small number of women are affected. It can be seen, among other things, from the report “on the wearing of the full-face veil on national territory”, prepared by a commission of the National Assembly and deposited on 26 January 2010, that about 1,900 women wore the Islamic full-face veil in France at the end of 2009, of whom about 270 were living in French overseas administrative areas ... This is a small proportion in relation to the French population of about sixty-five million and to the number of Muslims living in France. It may thus seem excessive to respond to such a situation by imposing a blanket ban.

146. In addition, there is no doubt that the ban has a significant negative impact on the situation of women who, like the applicant, have chosen to wear the full-face veil for reasons related to their beliefs. As stated previously, they are thus confronted with a complex dilemma, and the ban may have the effect of isolating them and restricting their autonomy, as well as impairing the exercise of their freedom to manifest their beliefs and their right to respect for their private life. It is also understandable that the women concerned may perceive the ban as a threat to their identity.

147. It should furthermore be observed that a large number of actors, both international and national, in the field of fundamental rights protection have found a blanket ban to be disproportionate. This is the case, for example, of the French National Advisory Commission on Human Rights ..., non-governmental organisations such as the third-party interveners, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe ... and the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe ...

148. The Court is also aware that the Law of 11 October 2010, together with certain debates surrounding its drafting, may have upset part of the Muslim community, including some members who are not in favour of the full-face veil being worn.

149. In this connection, the Court is very concerned by the indications of some of the third-party interveners to the effect that certain Islamophobic remarks marked the debate which preceded the adoption of the Law of

11 October 2010 (see the observations of the Human Rights Centre of Ghent University and of the non-governmental organisations Liberty and Open Society Justice Initiative, paragraphs 98, 100 and 104 above). It is admittedly not for the Court to rule on whether legislation is desirable in such matters. It would, however, emphasise that a State which enters into a legislative process of this kind takes the risk of contributing to the consolidation of the stereotypes which affect certain categories of the population and of encouraging the expression of intolerance, when it has a duty, on the contrary, to promote tolerance (see paragraph 128 above; see also the “Viewpoint” of the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe [see the full text of the judgment, available in Hudoc]. The Court reiterates that remarks which constitute a general, vehement attack on a religious or ethnic group are incompatible with the values of tolerance, social peace and non-discrimination which underlie the Convention and do not fall within the right to freedom of expression that it protects (see, among other authorities, *Norwood v. the United Kingdom* (dec.), no. 23131/03, ECHR 2004-XI, and *Pavel Ivanov v. Russia* (dec.), no. 35222/04, 20 February 2007).

150. The other arguments put forward in support of the application must, however, be qualified.

151. Thus, while it is true that the scope of the ban is broad, since it concerns all places accessible to the public (except for places of worship), the Law of 11 October 2010 does not affect the freedom to wear in public any garment or item of clothing – with or without a religious connotation – which does not have the effect of concealing the face. The Court is aware of the fact that the impugned ban mainly affects Muslim women who wish to wear the full-face veil. It nevertheless finds it to be of some significance that the ban is not expressly based on the religious connotation of the clothing in question but solely on the fact that it conceals the face. This distinguishes the present case from that in *Ahmet Arslan and Others* (cited above).

152. As to the fact that criminal sanctions are attached to the ban, this no doubt increases the impact of the measure on those concerned. It is certainly understandable that the idea of being prosecuted for concealing one’s face in a public place is traumatising for women who have chosen to wear the full-face veil for reasons related to their beliefs. It should nevertheless be taken into account that the sanctions provided for by the Law’s drafters are among the lightest that could be envisaged, since they consist of a fine at the rate applying to second-class petty offences (currently EUR 150 maximum), with the possibility for the court to impose, in addition to or instead of the fine, an obligation to follow a citizenship course.

153. Furthermore, admittedly, as the applicant pointed out, by prohibiting everyone from wearing clothing designed to conceal the face in public places, the respondent State has to a certain extent restricted the reach of pluralism, since the ban prevents certain women from expressing their personality and their beliefs by wearing the full-face veil in public. However, for their part, the Government indicated that it was a question of responding to a practice that the State deemed incompatible, in French society, with the ground rules of social communication and more broadly the requirements of “living together”. From that perspective, the respondent State is seeking to protect a principle of interaction between individuals, which in its view is essential for the expression not only of pluralism, but also of tolerance and broadmindedness without which there is no democratic society (see paragraph 128 above). It can thus be said that the question whether or not it should be permitted to wear the full-face veil in public places constitutes a choice of society.

154. In such circumstances, the Court has a duty to exercise a degree of restraint in its review of Convention compliance, since such review will lead it to assess a balance that has been struck by means of a democratic process within the society in question. The Court has, moreover, already had occasion to observe that in matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely, the role of the domestic policy-maker should be given special weight (see paragraph 129 above).

155. In other words, France had a wide margin of appreciation in the present case.

156. This is particularly true as there is little common ground among the member States of the Council of Europe (see, *mutatis mutandis*, *X, Y and Z v. the United Kingdom*, 22 April 1997, § 44, *Reports* 1997-II) as to the question of the wearing of the full-face veil in public. The Court thus observes that, contrary to the submission of one of the third-party interveners (see paragraph 105 above), there is no European consensus against a ban. Admittedly, from a strictly normative standpoint, France is very much in a minority position in Europe: except for Belgium, no other member State of the Council of Europe has, to date, opted for such a measure. It must be observed, however, that the question of the wearing of the full-face veil in public is or has been a subject of debate in a number of European States. In some, it has been decided not to opt for a blanket ban. In others, such a ban is still being considered ... It should be added that, in all likelihood, the question of the wearing of the full-face veil in public is simply not an issue at all in a certain number of member States, where this practice is uncommon. It can thus be said that in Europe there is no consensus as to whether or not

there should be a blanket ban on the wearing of the full-face veil in public places.

157. Consequently, having regard in particular to the breadth of the margin of appreciation afforded to the respondent State in the present case, the Court finds that the ban imposed by the Law of 11 October 2010 can be regarded as proportionate to the aim pursued, namely the preservation of the conditions of “living together” as an element of the “protection of the rights and freedoms of others”.

158. The impugned limitation can thus be regarded as “necessary in a democratic society”. This conclusion holds true with respect both to Article 8 of the Convention and to Article 9.

159. Accordingly, there has been no violation either of Article 8 or of Article 9 of the Convention.

(b) Alleged violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 or Article 9

160. The Court notes that the applicant complained of indirect discrimination. It observes in this connection that, as a Muslim woman who for religious reasons wishes to wear the full-face veil in public, she belongs to a category of individuals who are particularly exposed to the ban in question and to the sanctions for which it provides.

161. The Court reiterates that a general policy or measure that has disproportionately prejudicial effects on a particular group may be considered discriminatory even where it is not specifically aimed at that group and there is no discriminatory intent (see, among other authorities, *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, §§ 175 and 184-85, ECHR 2007-IV). This is only the case, however, if such policy or measure has no “objective and reasonable” justification, that is, if it does not pursue a “legitimate aim” or if there is not a “reasonable relationship of proportionality” between the means employed and the aim sought to be realised (*ibid.*, § 196). In the present case, while it may be considered that the ban imposed by the Law of 11 October 2010 has specific negative effects on the situation of Muslim women who, for religious reasons, wish to wear the full-face veil in public, this measure has an objective and reasonable justification for the reasons indicated previously (see paragraphs 144-59 above).

162. Accordingly, there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 or Article 9.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT

...

3. *Holds*, by fifteen votes to two, that there has been no violation of Article 8 of the Convention;
4. *Holds*, by fifteen votes to two, that there has been no violation of Article 9 of the Convention;
5. *Holds*, unanimously, that there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 or with Article 9;

...

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 1 July 2014.

Erik Fribergh
Registrar

Dean Spielmann
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the separate opinion of Judges Nußberger and Jäderblom is annexed to this judgment.

D.S.
E.F.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGES NUßBERGER AND JÄDERBLOM

A. Sacrificing of individual rights to abstract principles

1. We acknowledge that the judgment, even if no violation has been found, pursues a balanced approach, carefully ponders many important arguments of those opposed to the prohibition on concealing one's face in public places and assesses the problems connected with it.

2. Nevertheless, we cannot share the opinion of the majority as, in our view, it sacrifices concrete individual rights guaranteed by the Convention to abstract principles. It is doubtful that the blanket ban on wearing a full-face veil in public pursues a legitimate aim (see subheading B below). In any event, such a far-reaching prohibition, touching upon the right to one's own cultural and religious identity, is not necessary in a democratic society (see subheading C below). Therefore, we come to the conclusion that there has been a violation of Articles 8 and 9 of the Convention (see subheading D below).

B. No legitimate aim under the Convention

3. The majority rightly argue that neither respect for equality between men and women, nor respect for human dignity, can legitimately justify a ban on the concealment of the face in public places (see paragraphs 118-20 of the judgment). It is also correct to assume that the need to identify individuals in order to prevent danger for the safety of persons and property and to combat identity fraud is a legitimate aim protected by the Convention (see paragraph 115 of the judgment), but can be regarded as proportionate only in a context where there is a general threat to public safety (see paragraph 139 of the judgment).

4. Nevertheless, the majority see a legitimate aim in ensuring "living together", through "the observance of the minimum requirements of life in society", which is understood to be one facet of the "rights and freedoms of others" within the meaning of Article 8 § 2 and Article 9 § 2 of the Convention (see paragraphs 140-42 of the judgment). We have strong reservations about this approach.

5. The Court's case-law is not clear as to what may constitute "the rights and freedoms of others" outside the scope of rights protected by the Convention. The very general concept of "living together" does not fall directly under any of the rights and freedoms guaranteed within the Convention. Even if it could arguably be regarded as touching upon several

rights, such as the right to respect for private life (Article 8) and the right not to be discriminated against (Article 14), the concept seems far-fetched and vague.

6. It is essential to understand what is at the core of the wish to protect people against encounters with others wearing full-face veils. The majority speak of “practices or attitudes ... which would fundamentally call into question the possibility of open interpersonal relationships” (see paragraph 122 of the judgment). The Government of the Netherlands, justifying a bill before that country’s Parliament, pointed to a threat not only to “social interaction”, but also to a subjective “feeling of safety” ... It seems to us, however, that such fears and feelings of uneasiness are not so much caused by the veil itself, which – unlike perhaps certain other dress codes – cannot be perceived as aggressive *per se*, but by the philosophy that is presumed to be linked to it. Thus, the recurring motives for not tolerating the full-face veil are based on interpretations of its symbolic meaning. The first report “on the wearing of the full-face veil on national territory”, by a French parliamentary commission, saw in the veil “a symbol of a form of subservience” ... The explanatory memorandum to the French bill referred to its “symbolic and dehumanising violence” ... The full-face veil was also linked to the “self-confinement of any individual who cuts himself off from others whilst living among them”. Women who wear such clothing have been described as “effaced” from the public space (see paragraph 82 of the judgment).

7. All these interpretations have been called into question by the applicant, who claims to wear the full-face veil depending only on her spiritual feelings (see paragraph 12 of the judgment) and does not consider it an insurmountable barrier to communication or integration. But even assuming that such interpretations of the full-face veil are correct, it has to be stressed that there is no right not to be shocked or provoked by different models of cultural or religious identity, even those that are very distant from the traditional French and European lifestyle. In the context of freedom of expression, the Court has repeatedly observed that the Convention protects not only those opinions “that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also ... those that offend, shock or disturb”, pointing out that “[s]uch are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no ‘democratic society’” (see, among other authorities, *Mouvement raëlien suisse v. Switzerland* [GC], no. 16354/06, § 48, ECHR 2012, and *Stoll v. Switzerland* [GC], no. 69698/01, § 101, ECHR 2007-V). The same must be true for dress codes demonstrating radical opinions.

8. Furthermore, it can hardly be argued that an individual has a right to enter into contact with other people, in public places, against their will. Otherwise such a right would have to be accompanied by a corresponding obligation. This would be incompatible with the spirit of the Convention. While communication is admittedly essential for life in society, the right to respect for private life also comprises the right not to communicate and not to enter into contact with others in public places – the right to be an outsider.

9. It is true that “living together” requires the possibility of interpersonal exchange. It is also true that the face plays an important role in human interaction. But this idea cannot be turned around, to lead to the conclusion that human interaction is impossible if the full face is not shown. This is evidenced by examples that are perfectly rooted in European culture, such as the activities of skiing and motorcycling with full-face helmets and the wearing of costumes in carnivals. Nobody would claim that in such situations (which form part of the exceptions provided for in the French Law) the minimum requirements of life in society are not respected. People can socialise without necessarily looking into each other’s eyes.

10. We cannot find that the majority have shown which concrete rights of others within the meaning of Article 8 § 2 and Article 9 § 2 of the Convention could be inferred from the abstract principle of “living together” or from the “minimum requirements of life in society”.

11. In so far as these ideas may have been understood to form part of “public order”, we agree with the majority that it would not be appropriate to focus on such an aim (see paragraph 117 of the judgment), as the “protection of public order” may justify limitations only on the rights guaranteed by Article 9, but not on the rights under Article 8, whereas the latter provision is undoubtedly also infringed by the restrictive measure in question.

12. Thus, it is doubtful that the French Law prohibiting the concealment of one’s face in public places pursues any legitimate aim under Article 8 § 2 or Article 9 § 2 of the Convention.

C. Proportionality of a blanket ban on the full-face veil

1. Different approaches to pluralism, tolerance and broadmindedness

13. If it is already unclear which rights are to be protected by the restrictive measure in question, it is all the more difficult to argue that the rights protected outweigh the rights infringed. This is especially true as the Government have not explained or given any examples of how the impact on others of this particular attire differs from other accepted practices of

concealing the face, such as excessive hairstyles or the wearing of dark glasses or hats. In the legislative process, the supporters of a blanket ban on the full-face veil mainly advanced “the values of the Republic, as expressed in the maxim ‘liberty, equality, fraternity’” ... The Court refers to “pluralism”, “tolerance” and “broadmindedness” as hallmarks of a democratic society (see paragraph 128 of the judgment) and argues in substance that it is acceptable to grant these values preference over the lifestyle and religiously inspired dress code of a small minority if such is the choice of society (see paragraph 153 of the judgment).

14. However, all those values could be regarded as justifying not only a blanket ban on wearing a full-face veil, but also, on the contrary, the acceptance of such a religious dress code and the adoption of an integrationist approach. In our view, the applicant is right to claim that the French legislature has restricted pluralism, since the measure prevents certain women from expressing their personality and their beliefs by wearing the full-face veil in public (see paragraph 153 of the judgment). Therefore, the blanket ban could be interpreted as a sign of selective pluralism and restricted tolerance. In its jurisprudence the Court has clearly elaborated on the State’s duty to ensure mutual tolerance between opposing groups and has stated that “the role of the authorities ... is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other” (see *Serif v. Greece*, no. 38178/97, § 53, ECHR 1999-IX, cited by the majority in paragraph 127 of the judgment). By banning the full-face veil, the French legislature has done the opposite. It has not sought to ensure tolerance between the vast majority and the small minority, but has prohibited what is seen as a cause of tension.

2. Disproportionate interference

15. Even if we were to accept that the applicant’s rights under Articles 8 and 9 of the Convention could be balanced against abstract principles, be it tolerance, pluralism and broadmindedness, or be it the idea of “living together” and the “minimum requirements of life in society”, we cannot, in any event, agree with the majority that the ban is proportionate to the aim pursued.

(a) Margin of appreciation

16. Although we agree with the majority that, in matters of general policy on which opinions within a democratic society may differ widely, the role of the domestic policy-maker should be given special weight (see paragraph 154 of the judgment), we are unable to conclude that in this

particular situation the respondent State should be accorded a broad margin of appreciation (see paragraph 155 of the judgment).

17. Firstly, the prohibition targets a dress code closely linked to religious faith, culture and personal convictions and thus, undoubtedly, an intimate right related to one's personality.

18. Secondly, it is not convincing to draw a parallel between the present case and cases concerning the relationship between State and religion (see paragraph 129 of the judgment). As shown by the legislative process, the Law was deliberately worded in a much broader manner, generally targeting "clothing that is designed to conceal the face" and thus going far beyond the religious context (see the study report by the *Conseil d'État* on "the possible legal grounds for banning the full veil" ... and its influence on the bill before Parliament). Unlike the situation in the case of *Leyla Şahin v. Turkey* ([GC], no. 44774/98, § 109, ECHR 2005-XI), which concerned a regulation on the wearing of religious symbols in educational institutions, the French Law itself does not expressly have any religious connotation.

19. Thirdly, it is difficult to understand why the majority are not prepared to accept the existence of a European consensus on the question of banning the full-face veil (see paragraph 156 of the judgment). In the Court's jurisprudence, three factors are relevant in order to determine the existence of a European consensus: international treaty law, comparative law and international soft law (see *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 41, Series A no. 31). The fact that forty-five out of forty-seven member States of the Council of Europe, and thus an overwhelming majority, have not deemed it necessary to legislate in this area is a very strong indicator for a European consensus (see *Bayatyan v. Armenia* [GC], no. 23459/03, §§ 103 and 108, ECHR 2011, and *A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, § 235, ECHR 2010). Even if there might be reform discussions in some of the member States, while in others the practice of wearing full-face veils is non-existent, the status quo is undeniably clear. Furthermore, as amply documented in the judgment, the Parliamentary Assembly and the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe ... as well as non-governmental organisations (see paragraphs 89 et seq. of the judgment), are strongly opposed to any form of blanket ban on full-face veils. This approach is fortified by reference to other international human rights treaties, especially the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Although the United Nations Human Rights Committee has not made any pronouncement as regards a general ban on the wearing of the full-face veil in public, it has concluded, for example, that expelling a student wearing a *hijab* from university amounted to a violation of

Article 18 § 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights ... The Committee has stated that regulations on clothing for women may involve a violation of a number of rights ...

20. The arguments drawn from comparative and international law militate against the acceptance of a broad margin of appreciation and in favour of close supervision by the Court. While it is perfectly legitimate to take into account the specific situation in France, especially the strong and unifying tradition of the “values of the French Revolution” as well as the overwhelming political consensus which led to the adoption of the Law, it still remains the task of the Court to protect small minorities against disproportionate interferences.

(b) Consequences for the women concerned

21. Ample evidence has been provided to show the dilemma of women in the applicant’s position who wish to wear a full-face veil in accordance with their religious faith, culture and personal conviction. Either they are faithful to their traditions and stay at home or they break with their traditions and go outside without their habitual attire. Otherwise they face a criminal sanction (see Resolution 1743 (2010) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe ..., the “Viewpoint” of the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe ... and the judgment of the Spanish Constitutional Court ... [see the full text of the judgment for these references, available in Hudoc] In our view, the restrictive measure cannot be expected to have the desired effect of liberating women presumed to be oppressed, but will further exclude them from society and aggravate their situation.

22. With regard to the majority’s assumption that the punishment consists of mild sanctions only (see paragraph 152 of the judgment), we consider that, where the wearing of the full-face veil is a recurrent practice, the multiple effect of successive penalties has to be taken into account.

23. Furthermore, as the majority note, there are still only a small number of women who are affected by the ban. That means that it is only on rare occasions that the average person would encounter a woman in a full-face veil and thus be affected as regards his or her possibility of interacting with another person.

(c) Less restrictive measures

24. Furthermore, the Government have not explained why it would have been impossible to apply less restrictive measures, instead of criminalising the concealment of the face in all public places. No account has been given as to whether or to what extent any efforts have been made to discourage the relatively recent phenomenon of the use of full-face veils, by means, for

example, of awareness-raising and education. The legislative process shows that much less intrusive measures have been discussed. The above-mentioned report “on the wearing of the full-face veil on national territory” devised a four-step programme with measures aimed at releasing women from the subservience of the full-face veil, without recommending any blanket ban or criminal sanctions ... The National Advisory Commission on Human Rights also recommended “soft” measures and called for the strengthening of civic education courses at all levels for both men and women ...

D. Conclusion

25. In view of this reasoning, we find that the criminalisation of the wearing of a full-face veil is a measure which is disproportionate to the aim of protecting the idea of “living together” – an aim which cannot readily be reconciled with the Convention’s restrictive catalogue of grounds for interference with basic human rights.

26. In our view, there has therefore been a violation of Articles 8 and 9 of the Convention.

HARAKCHIEV AND TOLUMOV v. BULGARIA
(Applications nos. 15018/11 and 61199/12)

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 8 JULY 2014¹

1. English original. Extracts.

SUMMARY¹**Whole life prison regime offering inadequate opportunities for rehabilitation in order to be able to obtain a reduction in sentence**

While the Convention does not guarantee, as such, a right to rehabilitation, and while its Article 3 cannot be construed as imposing on the authorities an absolute duty to provide prisoners with rehabilitation or reintegration programmes and activities, such as courses or counselling, it does require the authorities to give life prisoners a chance, however remote, to someday regain their freedom. For that chance to be genuine and tangible, the authorities must also give life prisoners a real opportunity to rehabilitate themselves (see paragraph 264 of the judgment).

Article 3

Inhuman treatment – Degrading punishment – Whole life prison regime offering inadequate opportunities for rehabilitation in order to be able to obtain a reduction in sentence – Life imprisonment without the possibility of commutation – De jure and de facto reducibility of sentence – Legitimate penological grounds for incarceration – Rehabilitation – Impoverished regime affording no opportunity to reform – Absence of periodic assessment of progress

*

* *

Facts

The sentence of life imprisonment without the possibility of commutation was introduced in Bulgaria in December 1998 following the abolition of the death penalty. It exists alongside the penalty of “simple” life imprisonment, which is commutable. With effect from 13 October 2006 the Bulgarian President’s discretionary power of clemency included the power to commute all life sentences, including those imposed without the possibility of commutation. In a decision (no. 6) of 11 April 2012, the Bulgarian Constitutional Court ruled that the power of clemency had to be exercised in a non-arbitrary way, subject to the duty to give effect to constitutional values and principles and to take into account equity, humanity, compassion, mercy, the health and family situation of the convict and any positive changes in the convict’s personality. A Clemency Commission was set up in 2012 to advise on the exercise of the power of clemency, and rules of procedure were laid down governing its work.

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

The first applicant was serving a sentence of life imprisonment without the possibility of commutation. He was held under the strict detention regime applicable to life prisoners, which entailed confinement to permanently locked cells for the greater part of the day and isolation from other prisoners. In his application to the Court, he complained that his life sentence without the possibility of commutation and with no prospects of rehabilitation amounted to inhuman and degrading punishment in breach of Article 3.

Law

Article 3 (life imprisonment without the possibility of commutation – first applicant): The Court reiterated that the imposition of an irreducible life sentence could raise an issue under Article 3. However, a life sentence did not become “irreducible” by the mere fact that in practice it could be served in full: it was enough for the purposes of Article 3 that such a sentence be *de jure* and *de facto* reducible. In order to remain compatible with Article 3 a life sentence had to offer both a prospect of release and a possibility of review because a prisoner could not be detained unless there were legitimate penological grounds, which included rehabilitation, for his incarceration. A whole life prisoner was entitled to know at the outset of his or her sentence what he or she would have to do to be considered for release and under what conditions, including when a review of his or her sentence would take place or may be sought.

While it was clear that the first applicant’s sentence had been *de jure* reducible since the amendment to the law in 2006, the position before that date was less clear. But irrespective of the question of *de jure* reducibility, the Court was not persuaded that throughout the relevant period the sentence was *de facto* reducible or that the first applicant could have known that a mechanism existed to permit him to be considered for release or commutation.

From the time the first applicant’s sentence became final in November 2004 until the beginning of 2012, the way the presidential power of clemency was exercised was opaque with no policy statements made publicly available and no reasons provided for individual clemency decisions. The process lacked any formal or even informal safeguards and there were no concrete examples of a person serving a sentence of life imprisonment without commutation having been able to obtain an adjustment of sentence during that time.

Since the reforms introduced in 2012 as a result of the decisions of the new President, the practice of the Clemency Commission and the Constitutional Court’s decision of 11 April 2012, there had been considerable clarity regarding the manner of exercise of the presidential power of clemency, such that the first applicant could now be regarded as knowing that a mechanism existed to enable him to be considered for release or commutation.

However, the Court also had to consider whether the first applicant had been given a genuine opportunity to reform. While the Convention did not guarantee, as such, a right to rehabilitation, and while Article 3 did not impose on the authorities an absolute duty to provide prisoners with rehabilitation or reintegration programmes and activities, it did require the authorities to give life prisoners a chance, however remote, to someday regain their freedom. For that chance to be genuine and tangible, the authorities also had to give life prisoners a real opportunity to rehabilitate themselves. Although the States enjoyed a wide margin of appreciation in this sphere, the regime and conditions of a life prisoner's incarceration could not be considered a matter of indifference. The first applicant had been subjected to a particularly stringent prison regime, in almost complete isolation and with very limited possibilities for social contact. The deleterious effects of that impoverished regime, coupled with the unsatisfactory material conditions in which he was held, must have seriously damaged his chances of reforming himself and thus entertaining a real hope that he might one day achieve and demonstrate his progress and obtain a reduction of his sentence. To that should be added the lack of consistent periodical assessment of his progress towards rehabilitation. Accordingly, there had been a breach of Article 3.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 46: In order to implement the judgment properly Bulgaria should reform, preferably by means of legislation, the legal framework governing the prison regime applicable to persons sentenced to life imprisonment with or without parole, addressing, in particular, the automatic imposition of a highly restrictive prison regime and isolation on all life prisoners.

Case-law cited by the Court

Chervenkov v. Bulgaria, no. 45358/04, 27 November 2012

Dickson v. the United Kingdom [GC], no. 44362/04, ECHR 2007-V

Dybeku v. Albania, no. 41153/06, 18 December 2007

Iorgov v. Bulgaria (no. 2), no. 36295/02, 2 September 2010

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

Rivière v. France, no. 33834/03, 11 July 2006

Sabev v. Bulgaria, no. 27887/06, 28 May 2013

Stanev v. Bulgaria [GC], no. 36760/06, ECHR 2012

Vinter and Others v. the United Kingdom [GC], nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10, 19 July 2013

In the case of Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria,

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

Ineta Ziemele, *President*,
Päivi Hirvelä,
George Nicolaou,
Ledi Bianku,
Zdravka Kalaydjieva,
Paul Mahoney,
Krzysztof Wojtyczek, *judges*,

and Fatoş Aracı, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 24 June 2014,

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

PROCEDURE

1. The case originated in two applications (nos. 15018/11 and 61199/12) against the Republic of Bulgaria lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by two Bulgarian nationals, Mr Mitko Georgiev Harakchiev and Mr Lyudvik Slavov Tolumov (“the applicants”), on 22 February 2011 and 11 September 2012 respectively.

2. The applicants were represented by Mr M. Ekimdzhiev and Ms S. Stefanova, lawyers practising in Plovdiv. The Bulgarian Government (“the Government”) were represented by their Agents, Ms I. Stancheva-Chinova and Ms K. Radkova, of the Ministry of Justice.

3. The applicants alleged, in particular, that Mr Harakchiev’s whole life sentence (*доживотен затвор без замяна*) amounted to inhuman and degrading punishment, that the regime and material conditions of their detention amounted to torture or inhuman and degrading treatment, and that they did not have an effective domestic remedy in respect of the material conditions of their detention.

4. On 19 February 2013 the Court decided to join the applications, declare them partly inadmissible and give the Government notice of the complaints concerning (a) Mr Harakchiev’s sentence to whole life imprisonment; (b) the regime and conditions of the applicants’ detention; (c) the alleged monitoring of Mr Tolumov’s correspondence in prison; and (d) the alleged lack of an effective domestic remedy in respect of the material conditions of the applicants’ detention.

5. On 17 July 2013 the Court invited the parties to deal with an additional point in their respective observations.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

6. The applicant in the first application (no. 15018/11), Mr Harakchiev, was born in 1968. He is currently serving a whole life sentence (see paragraphs 58-60 and 65 below) in Stara Zagora Prison.

7. The applicant in the second application (no. 61199/12), Mr Tolumov, was born in 1954. He is currently serving a life sentence (see paragraphs 56 and 65 below) in Plovdiv Prison.

A. Mr Harakchiev

1. Mr Harakchiev's criminal background and his whole life sentence

8. Between 1992 and 2005 Mr Harakchiev, a driver and car mechanic, was convicted eight times of non-violent offences: theft and aggravated theft (four convictions), and fraud and aggravated fraud (three convictions). He was given sentences ranging from two to five years' imprisonment.

9. On 21 January 2003 the Haskovo Regional Court convicted Mr Harakchiev of illegal possession of a firearm and four armed robberies of motor vehicles carried out between 14 October and 6 November 2001, two of which had been accompanied by attempted murder and two by murder. It sentenced him to whole life imprisonment.

10. On 26 June 2003 the Plovdiv Court of Appeal upheld Mr Harakchiev's conviction and sentence.

11. In a final judgment of 23 November 2004 (*реш. № 476 от 23 ноември 2004 г. по н. д. № 901/2003 г., ВКС, III н. о.*) the Supreme Court of Cassation likewise upheld Mr Harakchiev's conviction and sentence. It held, *inter alia*, that in view of the gravity of his offences – in particular, the determination and cruelty with which they had been carried out – a more lenient sentence, such as life imprisonment (*доживотен затвор със замяна*), would not be adequate. That conclusion could not be altered by the fact that Mr Harakchiev had confessed and had helped the investigating authorities to uncover his criminal activities.

2. Conditions of detention in Stara Zagora Prison and prison regimes applied to Mr Harakchiev

12. Mr Harakchiev has been detained in Stara Zagora Prison since 18 January 2002. He was initially placed under the “enhanced regime”

(see paragraph 115 below). With the entry into force of the Execution of Punishments and Pre-Trial Detention Act on 1 June 2009, that regime was replaced by the “severe regime” (see paragraph 118 below) by operation of law. On 17 June 2009 the Execution of Punishments Commission (see paragraph 121 below) proposed that the Stara Zagora Regional Court place Mr Harakchiev under the “special regime” normally applicable to life prisoners, citing his “negative attitude” and lack of respect for internal order, as well as the fact that he should in any case have been placed under that regime from the outset. On 21 July 2009 the Stara Zagora Regional Court accepted the proposal. Mr Harakchiev’s legal challenge against that decision, filed on 12 July 2010, was rejected by the Stara Zagora Regional Court and the Plovdiv Court of Appeal as being out of time. The Government submitted that there was at present no intention on the part of the prison authorities to make further changes to Mr Harakchiev’s prison regime.

13. Between December 2005 and March 2013 Mr Harakchiev was given nine disciplinary punishments. The latest such punishments, in August 2012 and March 2013, were imposed in relation to (a) a scuffle between himself and another inmate during the daily walk on the morning of 4 August 2012, and (b) the theft on 18 February 2013 of food that another inmate had left in the communal toilet. In relation to the former, Mr Harakchiev was given a reprimand, and in relation to the latter isolation in a disciplinary cell for three days.

14. Mr Harakchiev’s cell – in which he is currently alone but which he apparently shared with another inmate between 2002 and 2007 – is in the prison’s high-security wing, reserved for life prisoners. According to Mr Harakchiev, the cell was quite small, especially bearing in mind that the furniture alone occupied 4.50 square metres, and was lit at night by a 60-watt incandescent light bulb that was constantly on. According to the Government, the cell was not undersized. It measured 4.30 by 1.81 metres and was 3.95 metres high, with a total floor space of 7.78 square metres. It was furnished with a metal locker, a double metal bunk bed, two stools and a small table, all of which were attached to the floor for security reasons. It had a window, facing south, that measured 1.76 by 1.25 metres. Artificial lighting in the cell consisted of two 36-watt luminescent light bulbs. According to Mr Harakchiev, the incandescent bulbs had only been replaced with luminescent bulbs in 2012. He also pointed out that the cell did not have any low-intensity night lighting.

15. Stara Zagora Prison does not have a ventilation or air-conditioning system. Mr Harakchiev claimed that as a result temperatures in his cell were very high in summer and there was no fresh air. In winter, heating was

only turned on for periods of one hour in the morning, at noon and in the evening. According to the Government, the cell window could be opened, which allowed the cell to be aired at any time. The prison had its own heating installation with two boilers and a heat exchanger. The boilers were fired for nine hours a day, but the water that they heated circulated in the heating installation permanently. According to Mr Harakchiev, the radiator in his cell was hot for only thirty minutes each day and the poor state of repair of the cell window and the metal door were factors contributing to the low temperature in the cell in winter. Mr Harakchiev also submitted that as he had to dry his clothes in the cell, it was very damp. As a result, the paint and rendering were peeling off the walls.

16. According to Mr Harakchiev, the common areas of the prison could only be kept clean by bleaching with calcium hypochlorite, and the cells were only cleaned with water. In support of that assertion, Mr Harakchiev relied on the witness statement of one of his co-inmates made in the course of proceedings brought by him. According to the Government, the common areas of the prison were not merely cleaned with bleach. They were cleaned daily with detergents, and at least twice a year subjected to pest and rat control, as evident from fourteen invoices for such services carried out during the last four years. Mr Harakchiev replied that those invoices did not prove that the detergents had indeed been used as alleged by the Government. He also submitted that his cell was constantly infested with cockroaches and mice, and that all his complaints to the prison administration in that respect had gone unheeded. He submitted further that, since the window of his cell was not covered with a net, insects came into the cell all the time, drawn by the smell of excrement and the constant lighting at night, and bit him.

17. There is no toilet or running water in the cell. Mr Harakchiev submitted that as a result, apart from the three daily visits to the communal toilets, he had to use a plastic bucket to relieve himself. During the period he had had to share his cell with another inmate, he had had to do so in his presence. The lack of running water prevented him from washing his hands or the bucket after relieving himself. The Government pointed out that the toilet and bathroom in the high-security unit were accessible to inmates three times a day, and also whenever they asked the guards. It could not therefore be said that Mr Harakchiev was forced to use the bucket to relieve himself; that was his own choice. In fact he had more than ten buckets in his cell, in which he stored clothes, laundry and other items. Mr Harakchiev replied that, apart from the three daily visits to the toilet, between 5.30 a.m. and 8 p.m. the guards never opened his cell to let him visit the toilet. It was therefore not his choice to resort to the bucket for his sanitary needs.

18. Apart from his one-hour daily walk, Mr Harakchiev can leave his cell to visit the toilet three times a day. During each of those visits, he can also empty the bucket, wash his hands, and fill plastic bottles with water for drinking and sanitary needs. According to him, the visits to the toilet lasted no more than three minutes in the morning and no more than ten minutes at lunch and in the evening, and did not coincide with the visits of the other inmates in the unit.

19. According to Mr Harakchiev, inmates in Stara Zagora Prison could only take a shower once every fourteen or fifteen days. According to the Government, all inmates in the prison's high-security unit could take a shower twice a week.

20. According to Mr Harakchiev, visits by relatives or lawyers took place in a special room. Prisoners and visitors were separated by a wire net, and prisoners had to remain seated. A prison officer was always present. According to the Government, the prison officer present during visits was only there to ensure good order and could not overhear conversations. Visits by lawyers took place in a separate room, in which no other person was present. The only form of control there was visual monitoring. In that context, the Government drew attention to the fact that as a result of the many claims that he had brought against the prison authorities, until mid-2009 Mr Harakchiev had spent 97 days outside Stara Zagora Prison, and between 1 January 2010 and 18 May 2012 had spent 255 days, or 54% of the time, outside the prison.

21. According to Mr Harakchiev, food in the prison was poorly prepared, of low quality, tasteless, served cold and in unhygienic conditions, and insufficient in quantity. Meat was served once a week. The rest of the time food consisted of beans, lentils, cabbage and potatoes, served as soups or stews. According to the Government, the quantity and the chemical and calorie content of the food were fully adequate. The daily portions comprised 2,662 calories, and there was meat in the meals at least once a day. Mr Harakchiev replied that "meat" in effect meant boiled bones or canned meat. Both parties submitted menus and tables in support of their respective assertions.

22. According to Mr Harakchiev, medical care in Stara Zagora Prison consisted of routinely giving all inmates aspirin or Analgin, and inmates had to purchase all other medicines themselves. According to the Government, the prison's medical centre was staffed by a general practitioner, three *feldshers* (paramedics – one for the main prison building and one for each of the two separate prison hostels), a nurse, a psychiatrist and a dentist. Medical examinations were carried out daily, and in cases of emergency inmates could be taken to the emergency ward of Stara Zagora Hospital.

Medical examinations in the high-security unit were normally carried out on Fridays. Inmates could also consult outside specialists, or be treated in the prison hospitals in Sofia and Lovech. Medicines were normally provided by the prison medical centre, or could be obtained from outside the prison. The only medicine that Mr Harakchiev had had to obtain himself, because the centre had not had any in stock, had been Rivotril (clonazepam), at a unit cost of 7.31 Bulgarian leva (BGN). Mr Harakchiev replied, without giving further details, that he routinely had to purchase medicines himself. He also submitted that his dental care had consisted merely in extracting teeth; in spite of the obvious need to provide him with dental prostheses, the prison authorities had failed to take any action in that respect. The Government replied that dental prostheses did not form part of the standard medical cover for any health-insured person in Bulgaria, and could not be obtained free of charge.

23. The Government also asserted that Mr Harakchiev could see the social inspector in charge of his unit daily; he could ask to see a psychologist, the prison governor or deputy governor, the prison legal officer, or another member of the prison staff; he could socialise with other inmates of the same category during his daily walk and during meal times; and he had access to cable television, with fifty channels, to the prison library, and to religious services. For his part, Mr Harakchiev submitted that, in spite of having expressed his desire to do so, he had not been given any opportunity to work or take part in sport, cultural or educational activities. In reply, the Government stated that in November 2006 Mr Harakchiev had been allowed to take part in a yoga course in order to reduce his stress levels.

24. The annual psychological assessments of Mr Harakchiev for 2009, 2010, 2011 and 2013, submitted by the Government, are very similar. All of them say, often using the same language, that his conduct was characterised by the “campaign that he ha[d] mounted” against the institutions and prison officials with whom he had had contact, which chiefly consisted in his bringing various legal challenges and in inciting other prisoners to give “false evidence” in his favour. Dialogue with him was very difficult, chiefly because of his lack of respect for authority, acute awareness of his own rights, stubbornness, and tendency to call the officials concerned to give evidence in the cases that he was bringing against the prison authorities. The risk of serious harm was high in view of his personality, the nature of his offences and the rigidity of his conduct. He had been verbally aggressive to prison staff.

...

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Life imprisonment

1. *Historical note*

51. The Penal Act of 1896, which was the first comprehensive criminal-law enactment after Bulgaria was recreated as an autonomous State in 1878, made provision for life imprisonment as a form of custodial sentence (section 15(1)). Persons sentenced to life imprisonment could be released, for “good conduct”, if they had served at least fifteen years of their sentence (section 20(1) and (3)).

52. The Penal Act of 1951, which superseded the 1896 Act and in 1956 was renamed the Criminal Code, did not make provision for life imprisonment as a form of punishment.

2. *The sentencing system under the 1968 Criminal Code*

53. Article 36 of the 1968 Criminal Code, which superseded the 1956 Criminal Code, defines the aims of criminal punishment. Paragraph 1 provides that punishment is imposed with a view to (a) reforming the convicted offender and rehabilitating him or her to comply with the law and good morals; (b) deterring the convict and preventing him or her from committing further offences; and (c) cautioning and deterring other members of society. Paragraph 2 states that punishment cannot be intended to cause physical suffering or humiliation of human dignity.

54. The various criminal penalties are listed in Article 37 of the Code, and Articles 38-52 specify the characteristics of those penalties. Until 1986 the longest possible custodial penalty was twenty years’ imprisonment (Article 39 §§ 2 and 3 of the Code, as worded between 1968 and 1986). In 1986 the maximum was increased to thirty years’ imprisonment.

55. Under Articles 37 § 2 and 38 of the Code, as worded before the abolition of capital punishment in December 1998, the courts could impose the death penalty only for particularly serious intentional offences and only if they were of the view that the punitive and deterrent purposes of criminal punishment could not be achieved by a lesser sentence. Under Article 38 § 4 of the Code, the death penalty could not be carried out until the President of the Republic had considered commuting it.

56. Until 1995 the harshest sentence after the death penalty was imprisonment for up to thirty years in exceptional cases (Article 39 § 2 of the Code, as worded after 1986). In 1995 a new penalty was introduced: life imprisonment (*доживотен затвор*), defined by the newly added Article 38a § 1 of the Code as “confinement of the convicted person in an

incarceration facility until the end of his or her life". That sentence may be commuted by a court to thirty years' imprisonment after the convicted offender has served at least twenty years (Article 38a § 3 of the Code).

57. The last executions of persons sentenced to death were carried out in November 1989. Following a period of *de facto* moratorium on executions, Parliament imposed a formal moratorium on 20 July 1990. For more details on that point, and the ensuing debates concerning the abolition of the death penalty, see *Iorgov v. Bulgaria* (no. 40653/98, §§ 12-28, 11 March 2004).

58. The death penalty was abolished with effect from 27 December 1998. At the same time, a new penalty was introduced: whole life imprisonment (*доживотен затвор без замяна*). That penalty replaced capital punishment in the provisions of the 1968 Criminal Code dealing with specific offences.

59. Article 37 § 2 of the Code, as worded after the amendment, reads as follows:

"The most serious offences, which threaten the foundations of the Republic, and other particularly serious intentional offences, shall, provisionally and exceptionally, be punishable by whole life imprisonment."

60. Article 38 of the Code, as worded after the amendment, reads as follows:

"1. A whole life sentence ... shall be imposed only if the specific offence is particularly serious and the aims [of the punishment] laid down in Article 36 cannot be attained by means of a lesser penalty.

2. A whole life sentence cannot be imposed on a person who at the time of the commission of the offence has not attained the age of 20 or, as regards persons serving in the armed forces or during a time of war, the age of 18. A whole life sentence cannot be imposed on a woman who was pregnant at the time of the commission of the offence or is pregnant at the time when the sentence is imposed."

61. The relevant part of the explanatory note that accompanied the bill amending the Code reads as follows:

"The bill proposes to replace the death penalty with a new penalty: whole life imprisonment, which differs from life imprisonment. This penalty will remove the prisoner from society, depriving him of the possibility of committing new offences, and the penalty will have a deterrent effect on other would-be offenders."

62. The parliamentary debates on the bill took place on 27 November 1998 (first reading) and 10 December 1998 (second reading).

63. In the course of the first of those debates, a number of members of parliament spoke in favour of the abolition of the death penalty. At the same time, one member of parliament said that he would only support that proposal if it were accompanied by the introduction of whole life imprisonment. Misgivings were also expressed about the possibility that

such a sentence could be overturned through the exercise of the presidential power of clemency. Another member of parliament pointed out that the public could hardly be regarded as being in favour of abolition and that society had to be assured that those who would be spared the death penalty would remain fully isolated from it. For his part, the Minister of Justice undertook to amend substantially the legislation relating to the execution of criminal punishments with a view to isolating those sentenced to whole life imprisonment and thus preventing them from committing offences in prison or enjoying comfortable conditions. He went on to say that the level of that isolation would have to be gauged carefully, so as not to infringe the human rights of those concerned.

64. In the course of the second of those debates, a member of parliament observed that it would be paradoxical to have two types of life sentence, but that he could accept it as a provisional state of affairs. He went on to say that in his view the presidential power of clemency could not be circumscribed by statute. However, another member of parliament said that arrangements had to be made, if need be by limiting the scope of the presidential power of clemency, to prevent those who, but for the amendment, would be sentenced to death from one day walking free. Another member of parliament expressed the view that the very wording of the new provisions of the Code would prevent the exercise of the presidential power of clemency with respect to persons serving a whole life sentence.

65. Accordingly, since the abolition of the death penalty the Code has provided for three types of custodial penalty: imprisonment for a fixed period of up to thirty years, life imprisonment with the possibility of commutation, and (whole) life imprisonment without the possibility of commutation. There is no offence which is punishable only by whole life imprisonment.

66. By two decrees of 25 January and 6 March 1999, the Vice-President of the Republic commuted all death sentences which had become final but had not been executed to either life imprisonment (in one case) or whole life imprisonment (in twenty-one cases).

3. The sentencing system in the new draft of the Criminal Code

67. On 31 January 2014 the Government laid before Parliament a draft Criminal Code intended to supersede the 1968 Criminal Code. That draft Code does not envisage the penalty of whole life imprisonment; it only makes provision for life imprisonment. The relevant part of the draft reads as follows:

Article 47 – Types of Penalties

“ ...

2. Particularly serious intentional offences are punishable by life imprisonment.”

Article 48 – Life imprisonment

“1. Life imprisonment consists in the isolation of the convict until the end of his life in an incarceration facility.

2. Life imprisonment shall be imposed where the offence is particularly serious compared with offences of the same kind and the aims of the punishment cannot be attained by means of a lesser penalty.

3. Life imprisonment is not to be imposed on

(a) A person who has not reached 20 years of age at the time of the offence;

(b) A woman who was pregnant at the time of the offence or is pregnant at the time of sentencing.”

Article 49 – Replacement of life imprisonment with a term of imprisonment

“1. The remaining part of life imprisonment may be replaced by fifteen years’ imprisonment if the convicted offender has served not less than fifteen years and has, through his conduct, shown proof of his rehabilitation.

...

3. The term of imprisonment under paragraph 1 is to be served separately from the life imprisonment already served.”

68. The explanatory note accompanying the draft Code says the following with respect to life imprisonment (at p. 8):

“The penalty of whole life imprisonment is to be abolished because it is at present perceived as too inhuman on account of the lack of any hope for the persons sentenced to it.

It is on the other hand proposed to retain the penalty of commutable life imprisonment. The cases in which it is likely to be imposed are limited owing to the exceptional harshness of that penalty. It is to be resorted to only when the offence is particularly serious compared with offences of the same kind and the aims of the punishment cannot be attained by means of a lesser penalty. For humanitarian reasons, it is envisaged that that penalty cannot be imposed on offenders who have not reached 20 years of age at the time of the offence or on women who were pregnant at the time of the offence or are pregnant at the time of sentencing.”

69. Parliament has not yet debated the draft.

B. Clemency and adjustment of sentence and their applicability to whole life imprisonment

1. Release on licence

70. Under Article 70 § 1 of the Criminal Code of 1968, release on licence is only applicable to fixed-term prison sentences. Offenders sentenced to whole life or life imprisonment are not eligible for release on licence.

2. Commutation of the sentence by judicial decision

71. The Code of Criminal Procedure of 1974 and the Code of Criminal Procedure of 2005 provide that a regional court may, at the request of the regional public prosecutor, commute a life sentence to a fixed-term prison sentence (Articles 427-28 of the 1974 Code and Articles 449-50 of the 2005 Code). The regional court rules by means of a reasoned decision; a negative decision may be challenged before the higher courts. If the public prosecutor's proposal is rejected, no further commutation request may be submitted for two years. The legislation makes no provision for the public prosecutor to seek an adjustment of the sentence of offenders sentenced to whole life imprisonment.

3. Presidential clemency

(a) Legal framework

(i) Constitutional and statutory provisions

72. Under Article 98, point 11, of the 1991 Constitution, which came into force on 13 July 1991, the power of clemency is a prerogative of the President of the Republic.

73. At that time Article 74 of the 1968 Criminal Code, which determines the scope of that presidential power, read as follows:

“The President may use his [or her] power of clemency to grant a pardon in respect of all or part of the sentence and, in the case of the death penalty, grant a pardon or commute the sentence.”

74. With effect from 13 October 2006, Article 74 of the Code was amended to provide that the powers of the President in relation to the death penalty also applied in relation to sentences of whole life or life imprisonment.

75. This is a discretionary power which the President has since 1991 traditionally delegated to the Vice-President of the Republic, as envisaged under Article 104 of the 1991 Constitution. Its exercise is not subject to review by the ordinary courts (see *онп. № 2429 от 20 февруари 2012 г. по адм. д. № 817/2012 г., ВАС, III о.*).

(ii) *Constitutional Court decision no. 6 of 2012*

76. In its decision no. 6 of 11 April 2012 (*печ. № 6 от 11 април 2012 г. к. д. № 3/2012 г., обн., ДВ, бр. 15 от 2012 г.*), given following an application made by sixty-one members of parliament, the Constitutional Court gave a binding interpretation of Article 98, point 11, of the 1991 Constitution (see paragraph 72 above) and declared unconstitutional, as *ultra vires* and in breach of the principle of the separation of powers, a decision of Parliament of 15 February 2012 to set up an *ad hoc* committee mandated to conduct an inquiry into, *inter alia*, the way in which the former President and Vice-President had exercised the power of clemency during their two terms of office between 22 January 2002 and 22 January 2012 (see paragraph 89 below). The court explained that the presidential power of clemency under that provision was the modern-day equivalent of the royal prerogative of mercy, and was based on the principle of humanity. For that reason, it could not be tied to specific grounds, but was to be exercised by the President – or, by delegation, by the Vice-President – on the basis of the specific circumstances of each case. It could be exercised from the time when the sentence became final, and could consist in full or partial commutation of the sentence or its replacement with a less severe one. It did not impinge on the independence of the judiciary because it did not relieve a person of criminal liability but merely exempted that person from serving the sentence imposed by the criminal courts. It was permissible to lay down the manner of exercise of that power in a statute, but it was not permissible for Parliament to define or circumscribe the grounds on which it could be exercised or seek to influence the reasons for its exercise. Nor was it permissible to limit the types of penalties in respect of which the power could be exercised, or to exclude a given class of convicted offender from its scope.

77. The power of clemency, which was in a way an exception to the principle of equality before the law, was based on the need to give effect to higher constitutional values that could not be protected by way of abstract statutory rules. It was therefore implicit in the Constitution that that power had to be exercised in a non-arbitrary way, and was subject to the duty to give effect to constitutional values and principles. It followed that the Constitution required that in the exercise of that power the President had to take into account equity, humanity, compassion, mercy, and the health and family situation of the convicted offender. In cases where exercise of the power of clemency concerned not the entire sentence but only part of it, it was very important to take account of any positive changes in the convicted offender's personality. The President was not under a duty to give reasons:

in as much as it was impermissible for the legislature to circumscribe his or her power of clemency in any way, it was equally impermissible to require him or her to give reasons. Indeed, if reasons were given for clemency decrees they could bind the President or the Vice-President to grant future clemency requests if they concerned identical circumstances, and lead convicted offenders to believe that they were entitled to clemency because they satisfied the conditions set out in previous clemency decrees.

78. At the same time, the President was under a duty to respect everyone's right to equality before the law. It was therefore necessary to have in place broad guarantees that the President would treat all requests for clemency in the same way and apply the same criteria to all of them. Naturally, those criteria could not be imposed on the President by the legislature because that would run counter to the principle of the separation of powers. However, the President was in a position to set out the manner in which he or she would exercise the power of clemency and the general criteria that would guide him or her in that respect. Such a policy statement would make the practical exercise of that power transparent and stable. It was thus possible for the President or the Vice-President to make known, at the outset of their term of office, the criteria that they would follow in dealing with requests for clemency.

79. The President could at any time – either at the beginning of the term of office or later – delegate the power of clemency to the Vice-President, who could exercise it in the same way as the President. The delegation could be withdrawn at any time, and did not prevent the President from exercising the delegated power himself or herself. In the event of a re-election of the President and the Vice-President for a second term of office, the delegation from the first term subsisted and did not need to be renewed.

80. Presidential clemency decrees did not need to be co-signed by a government minister. They came into effect when signed and could not be reviewed by any other authority. Nor could they be withdrawn or varied by the President once they had produced their effects. In that sense, clemency, once granted, was irrevocable, and the person benefiting from it could not be required to resume service of his or her sentence based on subsequent conduct. Clemency, whether full or partial, could not be made subject to conditions either.

81. There was no constitutional requirement for clemency decrees to be published in the State Gazette. The decision whether those decrees were to be made public hinged on the delicate balance that needed to be struck between the private life, personal data and dignity of the person benefiting from an act of clemency and the right of the public to be informed of the way in which the authorities dealt with issues of public interest. The practice

in the course of the previous twenty years had been not to publish clemency decrees unless the person concerned had acquiesced to their publication. However, there was no obstacle to requiring them to be published. That was a point to be decided by the legislature.

82. Clemency decrees, like all other presidential and vice-presidential decrees, were not administrative decisions and could not be equated with these. They were therefore not subject to judicial review, and could only be challenged, on grounds of unconstitutionality, under Article 149 § 1 (2) of the Constitution before the Constitutional Court by any of the authorities or persons entitled to institute proceedings before that court under Article 150 of the Constitution: one-fifth of the 240 members of parliament, the President, the Council of Ministers, the Supreme Court of Cassation, the Supreme Administrative Court, or the Prosecutor-General.

83. In a partly dissenting opinion, three constitutional judges said, *inter alia*, that it was not impermissible for the President to be required by statute to give reasons for his or her clemency decrees. Indeed, such reasons would show that those decrees were not arbitrary and would greatly facilitate their review by the Constitutional Court.

(b) Exercise of the presidential power of clemency during the period 2002-12

84. The previous President and Vice-President were in office for two terms, the first between 22 January 2002 and 22 January 2007 and the second between 22 January 2007 and 22 January 2012.

85. Between 1 January 2002 and 31 December 2009 the Vice-President received 6,967 applications for clemency. 477 of those were granted.

86. In practice a committee of officials from the President's administration examined requests for clemency and made proposals to the Vice-President. In forming its opinion in each case, the committee took into account the position of the President's legal advisers on criminal policy and relied on information about the convicted offender provided by the prison administration. Before reaching a decision, the Vice-President could also interview the prisoner.

87. According to a report by the Director-General of Prison Administration of 15 September 2009, approximately 100 applications for clemency had been submitted to the successive Vice-Presidents by prisoners serving a whole life sentence; none of those had been granted. According to the chief of the Vice-President's staff, between 21 January 2002 and 7 September 2009, the advisory committee had received 29 requests for clemency from 16 persons sentenced to whole life imprisonment; none of those had been granted. He further explained that the Vice-President was not required to give reasons for his or her refusal, but that the prisoners

concerned could renew their applications for clemency without limitations. In a report published in April 2010, the Bulgarian Helsinki Committee also mentioned that information and went on to say that its research had shown that even before January 2002 no persons serving a whole life sentence had benefited from presidential clemency (see paragraph 175 below).

88. The applicants submitted four letters dated 27 June 2006, 29 November 2007 and 17 February 2011, in which the presidential administration had informed two life prisoners in identical terms that their “applications for clemency [had been] duly considered and turned down”. The letters did not contain any further particulars.

(c) Parliament’s decision of 15 February 2012 to set up an *ad hoc* committee to inquire into, *inter alia*, the exercise of the presidential power of clemency between 22 January 2002 and 22 January 2012

89. On 15 February 2012 Parliament decided to set up an *ad hoc* committee mandated to conduct an inquiry into, *inter alia*, the way in which the former President and Vice-President had exercised the power of clemency during their two terms of office between 22 January 2002 and 22 January 2012 (see paragraph 84 above). Shortly after that, on 11 April 2012, the Constitutional Court declared that decision unconstitutional as *ultra vires* and in breach of the principle of the separation of powers (see paragraph 76 above). In response, on 16 May 2012, Parliament decided to set up an *ad hoc* committee mandated to conduct an inquiry into, *inter alia*, how officials from various executive departments had carried out their duties in connection with that matter. In its report, published on 1 November 2012, the committee observed, *inter alia*, that the former Vice-President, to whom the President had delegated the power of clemency, had been advised by a special commission. The practice of that commission had been to obtain from the respective prison governor, medical doctor and psychologist information, including psychological assessments, about the prisoners who had applied for clemency (see also paragraphs 85-88 above). However, it was impossible to say whether all the information in the prisoners’ personal files had been fully reflected in the data provided to that commission. It was also important to note that the presidential administration which had taken over in January 2012 had vastly increased the level of transparency of the clemency system (see also paragraphs 90-107 below). The committee went on to note that there were no statutory criteria governing the assessment of the conduct or the psychological profile of a convicted offender who applied for presidential clemency. As a result, the provision of information on those points was entirely within the discretion of the competent officials. It was therefore necessary to legislate on that point, and to introduce a

statutory requirement for the publication of presidential clemency decrees. The practice of the incumbent presidential administration of publishing reports was entirely appropriate, but could not bind future presidential administrations.

(d) Exercise of the presidential power of clemency during the period 2012-13

(i) Internal rules of procedure

90. In two decrees of 23 January 2012, the newly elected President, who had taken office the previous day, decided, like his predecessors, to delegate the power of clemency to the Vice-President. He also set up a Clemency Commission to advise the Vice-President in the exercise of that power, and laid down rules of procedure governing the work of the Commission.

91. Rule 1 § 3 of those Rules provides that in its work the Commission must take into account, *inter alia*, relevant case-law of international courts and other bodies on the interpretation and application of international human rights instruments in force in respect of Bulgaria. The Commission deliberates twice a month (Rule 5 § 2). Each request for clemency is allocated to one member of the Commission, who has to report on it (Rule 4 § 1 (1)) within two weeks (Rule 6). Decisions are taken by a majority, with the chairperson having the casting vote in the case of a tie (Rule 5 § 4). The chairperson then appraises the Vice-President of the Commission's recommendations (Rule 4 § 1 (5)). Prisoners who have requested clemency must be informed in writing of the Vice-President's decision, and every three months the Commission has to publish a report on its activities.

(ii) Work of the Clemency Commission in 2012

92. In practice, throughout 2012 the Clemency Commission published comprehensive monthly reports.

93. On 24 January 2013 the Commission published its first annual report, which was approved by the Vice-President. It is a comprehensive document containing information about the Commission's activities in 2012, analytical information about the types of ground on which requests for clemency made during the year had been based, statistical data, the Commission's approach to the examination of requests for clemency, the types of outcome suggested by the Commission (non-examination of the request, refusal, or full or partial pardon), and the Commission's conclusions and recommendations.

94. According to the report, 840 persons had filed 988 requests for presidential clemency in 2012. Sixty-five of those persons had filed more than one request. The vast majority of requests (98%) filed by prisoners

(as opposed to their relatives) had relied on one or a combination of the following reasons: 34% on the convicted offender's attitude to his or her offence, with some prisoners expressing regrets and others seeking to vindicate their acts or challenge their convictions or sentences; 18% on the convicted offender's rehabilitation following incarceration; 48% on humanitarian grounds (family difficulties, need to take care of children or elderly relatives, need to provide financial assistance to family members, need to be reunited with family members, ill health, old age); and 7% had sought to portray the prisoners as victims of the prison, the courts or the system, with some requests citing the ill effects of incarceration or the impossibility for personal development in prison. The remaining 2% of requests had not cited specific grounds. Only four requests had been filed not by the person concerned himself or herself, but by a legal representative.

95. In 2012 the Commission had held thirty-three rounds of deliberations, three to five times a month.

96. The practice of the Commission had been based on the idea that clemency was a subsidiary means of reduction of sentence, and was only applicable in situations in which, on the one hand, there were no other means of alleviating criminal repression, and on the other, the continued execution of the sentence was morally unjustifiable and against the spirit of the law in that, due to circumstances obtaining after conviction, the convicted offender's situation had become unusual, and the continued execution of the sentence did not have the intended beneficial effects but became unnecessarily repressive and ran counter to the humane goals of criminal policy.

97. In the examination of each request for clemency, the Commission had had regard to all of the prisoner's circumstances: the existence of a criminal model of conduct and its characteristics; the gravity of the offence; the particularities of the criminal environment; the motives underlying the offence; the post-offence conduct; the criminal record, including the effectiveness of previous criminal sanctions; the victims; the time elapsed since the commission of the offence and the time when the conviction and sentence had become final; any interruptions in the service of the sentence; the part of the sentence already served and the manner in which it had been served; the prisoner's prospects of personal development, including the risk of reoffending; whether the correctional process had been successful; the degree to which the aims of punishment had been attained; the availability of persons or institutions that could resocialise the prisoner; the prisoner's state of health and its effects on the service of the sentence; the prisoner's family situation and its effect on his or her legal or moral obligations (state of health and age of the members of the prisoner's family, or the existence

of any pregnancies, young children or unemployed family members); any post-conviction changes in the law abolishing or reducing criminal liability for the acts committed by the prisoner; and the availability of other means of alleviating criminal repression.

98. The Commission had proposed that the Vice-President pardon three prisoners.

99. One of them was a 58-year-old, sentenced to death in 1990 for murder, infliction of grievous bodily harm and rape, whose death sentence had been commuted to life imprisonment in 1999 following the abolition of capital punishment in Bulgaria (see paragraph 58 above). In 2012 he had requested that his sentence be commuted to life imprisonment, citing his repentance and good behaviour and the inhumanity of his sentence. The Commission had noted that he had already spent twenty-two years in prison, eighteen of which had been in solitary confinement, under the “special regime” applicable to life prisoners (see paragraphs 115-16, 118 and 121 below). The Commission had researched his case for six months and had found a special circumstance – sustainable positive changes in his personality – which made it intolerable for him to continue to serve a sentence of whole life imprisonment. That development had been unequivocally established on the basis of the available documents, the reports of the experts who had worked with the prisoner throughout his incarceration, a special expert psychologist’s report obtained by the Commission, and an assessment, based on a variety of methods, of the risk of his reoffending. All of those showed that the prisoner was very different from other life prisoners and prisoners serving long terms of imprisonment. He had renounced his criminal way of life and instead spent his time behaving compassionately towards other prisoners and reflecting on his crimes. The prisoner’s profile showed that the correctional process had been successful, which was rare even for persons convicted of similar offences and sentenced to much shorter terms of imprisonment than the period of time that he had already served. Those factors placed him outside the scope of application of Article 38 § 1 of the Criminal Code of 1968 (see paragraph 60 above).

100. The Commission had come to the view that the commutation of that prisoner’s sentence to life imprisonment would serve the aims of punishment and would not diminish the moral condemnation of his acts. Commutation would not be tantamount to forgiveness of his criminal past but would represent an acknowledgement of his efforts to distance himself from that past. It would also demonstrate to all other persons sentenced to whole life imprisonment that they could improve their situation because their efforts would be recognised by society, which continued to

consider them as members thereof. Lastly, the commutation of whole life imprisonment to life imprisonment did not give rise to a risk of reoffending.

101. The Commission had proposed that the Vice-President commute the prisoner's sentence on 20 December 2012, and the Vice-President had agreed with the proposal and done so by a decree of 21 January 2013.

102. On 11 February 2013 a national daily newspaper, *24 Hours*, published an article about that prisoner. The article said, *inter alia*, that the person who had been instrumental in reforming him had been a retired prison inspector who had worked with him for about fifteen years. The prisoner had thus been persuaded that anyone could change if he or she met the right people, and was for that reason helping other prisoners.

(iii) Work of the Clemency Commission in 2013

103. Throughout 2013 the Clemency Commission continued to publish monthly reports setting out statistical data and detailed information on the reasons underlying the proposals for clemency that it had made to the Vice-President. According to information on the Commission's website, 419 persons had filed 475 requests for clemency in 2013, and the Commission had proposed that the Vice-President pardon three prisoners. It had received six requests from persons serving a whole life sentence. In its report for the period July-August 2013, the Commission said that it had examined two of those requests and had recommended that they be refused because the persons concerned had not shown sufficient progress towards rehabilitation.

104. The Commission's annual report for 2013 was published in February 2014. Like the Commission's report for 2012, it is a comprehensive document containing information about the Commission's activities in 2013, analytical information regarding the grounds on which requests for clemency made during the year had been based, statistical data, the Commission's approach to the examination of requests for clemency, the types of outcome suggested by the Commission (non-examination of the request, refusal, or full or partial pardon), and the Commission's conclusions and recommendations.

105. According to the report, in 2013 the Commission had dealt with 587 requests for clemency (roughly 45 per month) filed by 420 persons. All but 23 of those requests had concerned prisoners. The requests had been filed personally by 387 convicts, in 34 cases the requests had been filed by relatives, and in 11 cases by legal representatives. 31% of the requests had relied on the alleged atonement of the convict; 33% on the alleged excessive harshness of the penalty, an alleged lack of recognition that the convict had reformed himself or herself, and an alleged lack of possibility of personal

development in prison; 68% on humanitarian grounds (old age, illness, need to take care of sick relatives, indigence, need to provide assistance to family members); 4% on alleged rehabilitation, work in prison, alleged good conduct, and the fact of having served more than half of the sentence; 16% on the alleged severity of the sentence, the alleged excessive length of the criminal proceedings, the alleged incorrectness of the conviction, etc.; and 8% on alleged actual innocence.

106. In 2013 the Commission had held thirty-two rounds of deliberations.

107. In 2013 the Commission had fully adhered to its earlier practice, and had had regard to identical factors (see paragraph 97 above) when examining requests for clemency. It had proposed that the Vice-President pardon nine prisoners; by 21 January 2014 the Vice-President had accepted seven of the proposals and rejected one. The report set out a summary of the reasons for each of the proposals.

C. General principles relating to conditions of imprisonment

108. Article 31 § 5 of the 1991 Constitution provides that prisoners must be kept in conditions allowing them to exercise those of their fundamental rights that have not been restricted by virtue of their sentence.

109. Section 8(2)(1) of the 1969 Execution of Punishments Act, as worded after June 2002, provided that prisoners were rehabilitated by, *inter alia*, ensuring that they were detained in conditions that safeguarded their physical and mental health and their human dignity.

110. Section 3(1) of the Execution of Punishments and Pre-Trial Detention Act of 1 June 2009, which superseded the 1969 Act, provides that prisoners may not be subjected to torture or cruel or inhuman treatment. Section 3(2) defines torture and inhuman and degrading treatment as (a) any intentional act or omission that causes strong physical pain or suffering, except those arising from the use of force, auxiliary means or firearms where allowed under the Act; (b) intentional placement in poor conditions of detention, consisting of insufficient living space, food, clothing, heating, light, ventilation, medical care, opportunities for physical exercise, prolonged isolation without human contact, or other culpable acts or omissions that are capable of damaging a person's health; and (c) humiliating treatment that diminishes the convicted offender's human dignity, coerces him to commit or suffer acts against his will, or arouses in him feelings of fear, vulnerability or inferiority. Section 3(3) provides that such acts or omissions include those committed by a public official or by any other person at the instigation or with the connivance, overt or tacit, of a public official.

111. Section 40(2)(1) provides that prisoners are rehabilitated by, *inter alia*, ensuring that they are detained in conditions that safeguard their physical and mental health and their human dignity.

112. Section 90(6) (subsection (5) before 1 January 2013) provides that prisoners cannot be held disciplinarily liable for making applications and complaints.

D. Risk assessments of prisoners

113. Section 47(1) of the 2009 Execution of Punishments and Pre-Trial Detention Act provides that incoming prisoners are to be placed in a reception ward, where they have to remain for between a fortnight and one month. Within two days of a prisoner's arrival in that ward, the prison administration has to compile a personal file for him or her (section 54(1) of the Act and regulation 31(1) of its implementing regulations, issued on 2 February 2010). Section 55(2) of the Act provides that before the prisoner leaves that ward, the social worker, medical doctor and psychologist attached to the prison must draw up an assessment of his or her personality, state of health and capacity to work, and give recommendations about group or individual work with the prisoner. With effect from 1 January 2013, that subsection was amended to provide that the assessment must also cover the risk of reoffending or damage. At the same time, a new subsection 3 was added to section 55, providing that prisoners serving sentences of life or whole life imprisonment, or more than ten years' imprisonment, or prisoners whose risk assessment was "very high" or "high", must in all cases be subjected to a psychological assessment. For other prisoners, such an assessment may be carried out at the request of the prison's social activities and re-education inspector.

E. The regime of life prisoners

1. The 1969 Execution of Punishments Act

114. Until 1 June 2009 the regime of life prisoners was governed by sections 127a to 127e of the 1969 Execution of Punishments Act, which were added in 1995 when life imprisonment was introduced as a form of punishment (see paragraph 56 above), and by the implementing regulations of that Act, issued in 1990 and subsequently amended several times. Following its amendment with effect from June 2002, the Act expressly provided that persons sentenced to whole life imprisonment were to be placed under the same prison regime as those serving a life sentence.

115. Section 127b(1) provided that when imposing a life sentence the court had to order the prisoner's placement under the strictest regime, the

so-called “special regime”. The other available prison regimes, applicable to fixed-term prison sentences, were the “light”, “general”, “strict” and “enhanced” regimes (section 43(1)); in contrast to life imprisonment, the sentencing court had a certain discretion in determining which one of these to impose (section 51). Prisoners serving life or whole life sentences placed under the “special regime” were to be kept in locked single cells and subjected to heightened security and supervision (regulations 56 § 1, 167c and 167d § 1). For its part, the “enhanced regime” entailed keeping prisoners in locked cells at night and not allowing them to carry out any maintenance work in prison or any work in external sites (regulation 55 §§ 1 and 4). Prisoners placed under the “enhanced regime” could, by order of the prison governor, be permanently kept in locked cells if, by reason of the seriousness of their offence or the length of their sentence, they could be regarded as dangerous, or if they manifestly and systematically failed to respect internal order or had a negative influence on other inmates (regulation 56 § 1).

116. Under section 127b(2) and regulation 167d § 2, after five years of imprisonment in execution of their sentence life prisoners could be placed under a more lenient regime for good conduct. Time spent in pre-trial detention did not count towards that period (regulation 167 § 2). The decision to place a life prisoner under a lighter regime was to be taken by a special commission comprising prison staff and various other officials (section 17(1) and (5)1); by contrast, the decision to place any prisoner under a harsher regime was to be taken by the regional court, on a proposal by that commission (section 17(5)2). All proposals in that respect were to be based on an assessment of the risk that the prisoner presented to himself or herself, other inmates and prison staff (section 17a). Under section 58, the commission’s decisions could be set aside by the Minister of Justice. Once placed under the “strict regime”, a life prisoner could, if considered not to pose a risk to himself or herself, other inmates or prison staff, be detained with the general prison population, by decision of the same commission (section 127b(4), added in June 2002).

2. The 2009 Execution of Punishments and Pre-Trial Detention Act

117. In June 2009 and February 2010 the 1969 Act and the implementing regulations were superseded by, respectively, the 2009 Execution of Punishments and Pre-Trial Detention Act and its implementing regulations, issued on 2 February 2010.

118. Section 61(1) of the 2009 Act provides that when sentencing an individual to whole life or life imprisonment the court must order that he or she be placed under the “special regime” (the three regimes applicable in prisons are the “special regime”, the “severe regime” and the “general regime” –

section 65(2)). Under section 71(2), persons placed under the “special regime” must be kept in permanently locked cells and under heightened supervision. Section 71(3), which was inserted in December 2012 and came into effect on 1 January 2013, provides that persons sentenced to whole life or life imprisonment and placed under the “severe regime” are likewise to be kept in permanently locked cells and under heightened supervision unless it is possible, having regard to the requirements of section 198(2) (see paragraph 121 below), to detain them with the general prison population. According to the explanatory note to that amendment, the new provision was necessary to fend off legal challenges brought by life prisoners to their being kept permanently under lock and key even though their regime had been changed from “special” to “severe” (see paragraphs 130-34 below).

119. Sections 197 to 199 deal specifically with the regime of whole life or life prisoners.

120. Section 197(1) provides that those two sentences are to be served in purpose-built prisons or, in the absence of such prisons, in separate units of other prisons. Section 197(2) provides that in the absence of special provisions applicable to life prisoners, the provisions governing other custodial sentences apply to them as well.

121. Section 198(1) provides that a life prisoner may be placed under a more lenient regime for good conduct and if he or she has served not less than five years of his or her sentence. Section 198(2) provides that life prisoners may be placed with the general prison population and take part in common work, training, educational activities, sport, or other activities by decision of the Execution of Punishments Commission on the basis of a personality assessment, provided that they have already been placed under the “severe regime”. That commission consists of the prison governor, a member of a supervisory board, the deputy prison governor in charge of security, the head of the prison’s social and educational department, and the prison psychologist (section 73(1)). It deliberates at least twice a month (regulation 55 § 1).

122. Section 199(1) provides that life prisoners cannot be placed under the “general regime” or given perks that cannot be used inside prison. Section 199(2) provides that persons who have been sentenced to life imprisonment and whose sentence has been commuted by a court to a fixed term of imprisonment (see paragraph 71 above) may be transferred from prison to an open penitentiary facility, where they may be placed under the “general regime” or the “light regime” (which is only available in open penitentiary facilities – section 65(3)).

123. The regime of life prisoners is also governed by regulations 213 to 220 of the implementing regulations of the 2009 Act. The regulations in

respect of whole life imprisonment are the same as for life imprisonment (regulation 220).

124. Regulation 213 provides that life prisoners must be kept in purpose-built prisons or separate high-security units in other prisons. It also provides that life prisoners must be kept in permanently locked cells under heightened supervision, and can only take part in communal activities with other prisoners of the same category.

125. Regulation 214 provides that life prisoners have to be kept isolated from other prisoners also during transfers, medical treatment, visits, open-air activities or other occasions when they leave their cells.

126. Regulation 216 § 1 provides that life prisoners may work in their cells or at purpose-built workstations, if available. By contrast, section 71(1) provides, with respect to other prisoners, that they can work in the area of the respective prison or dormitory and, in exceptional cases, on secure external sites. Records have to be kept of life prisoners' work days (regulation 216 § 2). However, under Article 38a § 4 of the 1968 Criminal Code, in force since 1995, work performed by a life prisoner does not generate early release credits; that is in marked contrast to the position in relation to prisoners serving determinate custodial sentences, in respect of whom two days of work count as three days of incarceration for the purposes of early release (Article 41 § 3 of the same Code).

127. Regulation 217, which echoes section 198(2) of the 2009 Act (see paragraph 121 above), provides that life prisoners may be placed with the general prison population and take part in common work, training, educational activities, sport, or other activities by decision of the Execution of Punishments Commission on the basis of a personality assessment, provided that they have already been placed under the "severe regime".

128. Regulation 218, which echoes section 198(1) of the 2009 Act (see paragraph 121 above), provides that a life prisoner may be placed under a more lenient regime for good conduct and if he or she has served not less than five years of his or her sentence (periods of pre-trial detention do not count).

129. Regulation 219 § 1, which echoes section 197(1) of the Act (see paragraph 120 above), provides that for a period of five years after their sentence has become final, life prisoners may be placed in special units of existing prisons or in a purpose-built prison determined by the Minister of Justice. During that period, a special team is in charge of the prisoner (regulation 219 § 2). After the expiry of that period, and following an overall assessment of the prisoner, he or she may be placed in another prison and under different conditions (regulation 219 § 3).

3. *The legal challenge to the implementing regulations of the 2009 Act*

130. In 2010 two life prisoners brought a legal challenge to regulations 213, 214 and 219 of the implementing regulations of the 2009 Act. They argued that these ran counter to the provisions of the Act.

131. In a judgment of 28 March 2011 (*реш. № 4373 от 28 март 2011 г. по адм. д. № 10758/2010 г., ВАС, I о.*), a three-member panel of the Supreme Administrative Court upheld the challenge. It found that the Minister of Justice had failed to follow the proper procedure for issuing the regulations. In particular, he had not published the draft regulations on the Ministry's website with a view to making them available to the public and obtaining comments, as required under section 26(2) of the 1973 Normative Acts Act. This had been a serious omission. The panel went on to find that regulation 213, in as much as it required that life prisoners be kept permanently under lock and key, ran counter to section 197(1) of the 2009 Act (see paragraphs 120 and 124 above) because it laid down a requirement that did not flow from the text of the statute: such a regulation could specify only the manner of application of requirements flowing from the text of the statute. Regulation 213 could not be regarded as based on any other section of the 2009 Act either. The remaining part of regulation 213, as well as regulations 214 and 219 (see paragraphs 124-25 and 129 above), were not contrary to the provisions of the 2009 Act.

132. On an appeal by the Minister, in a final judgment of 14 September 2011 (*реш. № 11411 от 14 септември 2011 г. по адм. д. № 6341/2011 г., ВАС, петчл. с-в*) a five-member panel of the Supreme Administrative Court overturned the three-member panel's judgment. It held that the failure to publish the draft regulations on the Ministry's website had not amounted to a material breach of the rules of procedure. It went on to state that regulation 213 did not run counter to the provisions of the 2009 Act because it could be regarded as based on section 197(1) read in conjunction with section 71(2) of the Act (see paragraphs 118 and 120 above). The latter applied to all prisoners placed under the "special regime" and required that they be kept in separate and permanently locked cells.

133. Two judges dissented, saying that the failure of the Ministry to publish the draft regulations on its website had indeed been a serious omission and had vitiated the process of adoption of the regulations.

134. As a result of the dismissal of that legal challenge, two claims for damages brought by the same life prisoners under section 1 of the State and Municipalities Liability for Damage Act 1988 ... and based on the suffering allegedly endured as a result of their impoverished regime were rejected by the Supreme Administrative Court as inadmissible (see *онп. № 3355 от*

7 март 2012 г. по адм. д. № 3154/2012 г., ВАС, петчл. с-в, and опр. № 5065 от 6 април 2012 г. по адм. д. № 14339/2011 г., ВАС, петчл. с-в). The court held that those claims could only be upheld if the statutory instrument against which they were directed had been set aside in prior proceedings, which was not the case.

4. *National standards for the treatment of life prisoners*

135. On 2 February 2007 the Director of the Directorate for the Execution of Sentences approved, for the first time in Bulgaria, “National standards for the treatment of life prisoners”. The purpose of these standards is to “lay down an effective model for the treatment of life prisoners that guarantees concrete support for their physical and mental preservation and ensures that society and prison staff are protected”. They set out, among other things, minimum requirements for the material conditions in which those prisoners are to be kept, the applicable security arrangements, and the manner in which life prisoners are to be treated. They call on the prison authorities to ensure, where possible and within the constraints flowing from the applicable security arrangements, that life prisoners are provided with suitable work, education (including, if possible, distance learning), social development, tutelage, programmes for the maintenance of their physical and mental health, and medical care. The standards state, *inter alia*, that all life prisoners are to be enrolled in adaptation programmes oriented towards enabling them to accept their situation, creating a sense of perspective, encouraging self-help, maintaining social contact, stimulating their participation in various activities, and neutralising any depressive and psychosomatic symptoms. The standards also state that life prisoners should have individual sentence plans and periodical assessments, as well as the possibility to discuss issues relating to the execution of their sentence with the prison administration. According to the standards, life prisoners should have access to cultural and sporting activities, the prison library, periodicals, television and radio, religious services and group activities. However, the standards do not appear to make any mention of correctional or rehabilitation programmes.

...

III. RELEVANT INTERNATIONAL MATERIALS

A. **The 1966 International Covenant on Civil and Political Rights**

157. Bulgaria signed the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights (999 UNTS 171) on 8 October 1968 and ratified it on 21 September 1970; it came into force, with the exception of Article 41,

on 23 March 1976. It was published in the Bulgarian State Gazette on 28 May 1976 (*обн., ДВ, бр. 43 от 28 май 1976 г.*), which means that under Article 5 § 4 of the 1991 Constitution it is part of domestic law. Article 10 of the Covenant provides, in so far as relevant:

“1. All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person.

...

3. The penitentiary system shall comprise treatment of prisoners the essential aim of which shall be their reformation and social rehabilitation. ...”

158. In its General Comment No. 21 on Article 10 (Humane Treatment of Persons Deprived of Their Liberty), adopted at its 1,141st meeting (44th session) on 10 April 1992, the Human Rights Committee said, in paragraph 10, that “[n]o penitentiary system should be only retributory; it should essentially seek the reformation and social rehabilitation of the prisoner”.

B. Council of Europe instruments

1. European Prison Rules

159. The European Prison Rules are recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member States on the minimum standards to be applied in prisons. The 1987 European Prison Rules (featuring as an appendix to Recommendation No. R (87) 3) were adopted on 12 February 1987. On 11 January 2006 the Committee of Ministers, noting that the 1987 Rules “need[ed] to be substantively revised and updated in order to reflect the developments which ha[d] occurred in penal policy, sentencing practice and the overall management of prisons in Europe”, adopted Recommendation Rec(2006)2 on the European Prison Rules. The new 2006 version of the Rules featured as an appendix to that Recommendation. The relevant parts read as follows:

“Part I

Basic principles

1. All persons deprived of their liberty shall be treated with respect for their human rights.

2. Persons deprived of their liberty retain all rights that are not lawfully taken away by the decision sentencing them or remanding them in custody.

3. Restrictions placed on persons deprived of their liberty shall be the minimum necessary and proportionate to the legitimate objective for which they are imposed.

4. Prison conditions that infringe prisoners' human rights are not justified by lack of resources.

...

6. All detention shall be managed so as to facilitate the reintegration into free society of persons who have been deprived of their liberty.

...

Part II

Conditions of imprisonment

...

Prison regime

25.1 The regime provided for all prisoners shall offer a balanced programme of activities.

25.2 This regime shall allow all prisoners to spend as many hours a day outside their cells as are necessary for an adequate level of human and social interaction.

25.3 This regime shall also provide for the welfare needs of prisoners.

...

Release of prisoners

...

33.3 All prisoners shall have the benefit of arrangements designed to assist them in returning to free society after release.

...

Security

51.1 The security measures applied to individual prisoners shall be the minimum necessary to achieve their secure custody.

...

51.3 As soon as possible after admission, prisoners shall be assessed to determine:

- a. the risk that they would present to the community if they were to escape;
- b. the risk that they will try to escape either on their own or with external assistance.

51.4 Each prisoner shall then be held in security conditions appropriate to these levels of risk.

51.5 The level of security necessary shall be reviewed at regular intervals throughout a person's imprisonment.

...

Part VIII*Sentenced prisoners**Objective of the regime for sentenced prisoners*

102.1 In addition to the rules that apply to all prisoners, the regime for sentenced prisoners shall be designed to enable them to lead a responsible and crime-free life.

102.2 Imprisonment is by the deprivation of liberty a punishment in itself and therefore the regime for sentenced prisoners shall not aggravate the suffering inherent in imprisonment.

Implementation of the regime for sentenced prisoners

103.1 The regime for sentenced prisoners shall commence as soon as someone has been admitted to prison with the status of a sentenced prisoner, unless it has commenced before.

103.2 As soon as possible after such admission, reports shall be drawn up for sentenced prisoners about their personal situations, the proposed sentence plans for each of them and the strategy for preparation for their release.

103.3 Sentenced prisoners shall be encouraged to participate in drawing up their individual sentence plans.

103.4 Such plans shall as far as is practicable include:

- a.* work;
- b.* education;
- c.* other activities; and
- d.* preparation for release.

103.5 Social work, medical and psychological care may also be included in the regimes for sentenced prisoners.

...

103.8 Particular attention shall be paid to providing appropriate sentence plans and regimes for life-sentenced and other long-term prisoners.

...

Release of sentenced prisoners

107.1 Sentenced prisoners shall be assisted in good time prior to release by procedures and special programmes enabling them to make the transition from life in prison to a law-abiding life in the community.

107.2 In the case of those prisoners with longer sentences in particular, steps shall be taken to ensure a gradual return to life in free society.

107.3 This aim may be achieved by a pre-release programme in prison or by partial or conditional release under supervision combined with effective social support.

107.4 Prison authorities shall work closely with services and agencies that supervise and assist released prisoners to enable all sentenced prisoners to re-establish themselves in the community, in particular with regard to family life and employment.

107.5 Representatives of such social services or agencies shall be afforded all necessary access to the prison and to prisoners to allow them to assist with preparations for release and the planning of after-care programmes.”

160. The commentary on the 2006 Rules (prepared by the European Committee on Crime Problems) says that Rule 102 is in line with the requirements of key international instruments including Article 10 § 3 of the International Covenant on Civil and Political Rights (see paragraph 157 above).

2. Resolution 76 (2)

161. Since 1976 the Committee of Ministers has adopted a series of resolutions and recommendations on long-term and life prisoners. The first was Resolution 76 (2) of 17 February 1976, which recommended to member States, *inter alia*, to:

“1. pursue a criminal policy under which long-term sentences are imposed only if they are necessary for the protection of society;

2. take the necessary legislative and administrative measures in order to promote appropriate treatment during the enforcement of such sentences;

...

6. encourage a sense of responsibility in the prisoner by the progressive introduction of systems of participation in all appropriate areas;

...

9. ensure that the cases of all prisoners will be examined as early as possible to determine whether or not a conditional release can be granted;

10. grant the prisoner conditional release, subject to the statutory requirements relating to time served, as soon as a favourable prognosis can be formulated; considerations of general prevention alone should not justify refusal of conditional release;

11. adapt to life sentences the same principles as apply to long-term sentences;

12. ensure that a review, as referred to in 9, of the life sentence should take place, if not done before, after eight to fourteen years of detention and be repeated at regular intervals;

...”

3. Recommendation Rec(2003)23 on the management by prison administrations of life sentence and other long-term prisoners

162. Recommendation Rec(2003)23 on the management by prison administrations of life sentence and other long-term prisoners was adopted by the Committee of Ministers on 9 October 2003. It recommended that in their legislation, policies and practice on the management of life sentence and other long-term prisoners the member States be guided by the principles contained in the appendix to the Recommendation. The relevant parts of those principles read as follows:

“Definition of life sentence and long-term prisoners

1. For the purposes of this recommendation, a life sentence prisoner is one serving a sentence of life imprisonment. A long-term prisoner is one serving a prison sentence or sentences totalling five years or more.

General objectives

2. The aims of the management of life sentence and other long-term prisoners should be:

- to ensure that prisons are safe and secure places for these prisoners and for all those who work with or visit them;
- to counteract the damaging effects of life and long-term imprisonment;
- to increase and improve the possibilities for these prisoners to be successfully resettled in society and to lead a law-abiding life following their release.

General principles for the management of life sentence and other long-term prisoners

3. Consideration should be given to the diversity of personal characteristics to be found among life sentence and long-term prisoners and account taken of them to make individual plans for the implementation of the sentence (individualisation principle).

4. Prison life should be arranged so as to approximate as closely as possible to the realities of life in the community (normalisation principle).

5. Prisoners should be given opportunities to exercise personal responsibility in daily prison life (responsibility principle).

6. A clear distinction should be made between any risks posed by life sentence and other long-term prisoners to the external community, to themselves, to other prisoners and to those working in or visiting the prison (security and safety principle).

7. Consideration should be given to not segregating life sentence and other long-term prisoners on the sole ground of their sentence (non-segregation principle).

8. Individual planning for the management of the prisoner’s life or long-term sentence should aim at securing progressive movement through the prison system (progression principle).

Sentence planning

9. In order to achieve the general objectives and comply with the principles mentioned above, comprehensive sentence plans should be developed for each individual prisoner. These plans should be prepared and developed as far as possible with the active participation of the prisoner and, particularly towards the end of a detention period, in close co-operation with post-release supervision and other relevant authorities.

10. Sentence plans should include a risk and needs assessment of each prisoner and be used to provide a systematic approach to:

- the initial allocation of the prisoner;
- progressive movement through the prison system from more to less restrictive conditions with, ideally, a final phase spent under open conditions, preferably in the community;
- participation in work, education, training and other activities that provide for a purposeful use of time spent in prison and increase the chances of a successful resettlement after release;
- interventions and participation in programmes designed to address risks and needs so as to reduce disruptive behaviour in prison and re-offending after release;
- participation in leisure and other activities to prevent or counteract the damaging effects of long terms of imprisonment;
- conditions and supervision measures conducive to a law-abiding life and adjustment in the community after conditional release.

11. Sentence planning should start as early as possible following entry into prison, be reviewed at regular intervals and modified as necessary.

...

Managing reintegration into society for life sentence and other long-term prisoners

33. In order to enable life sentence and other long-term prisoners to overcome the particular problem of moving from lengthy incarceration to a law-abiding life in the community, their release should be prepared well in advance and take particular account of the following:

- the need for specific pre-release and post-release plans which address relevant risks and needs;
- due consideration of the possibility of achieving release and the continuation post-release of any programmes, interventions or treatment undertaken by prisoners during detention;
- the need to achieve close collaboration between the prison administration and post-release supervising authorities, social and medical services.

34. The granting and implementation of conditional release for life sentence and other long-term prisoners should be guided by the principles set out in Recommendation Rec(2003)22 on conditional release.

...”

163. In respect of paragraph 34, the report accompanying the Recommendation states:

“131. Recommendation Rec(2003)23 contains the principle that conditional release should be possible for all prisoners except those serving extremely short sentences. This principle is applicable, under the terms of the Recommendation, even to life prisoners. Note, however, that it is the *possibility* of granting conditional release to life prisoners that is recommended, not that they should always be granted conditional release. ...”

...

IV. RELEVANT REPORTS OF THE EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT (CPT)

A. 11th General Report on the CPT’s activities

165. In its 11th General Report (CPT/Inf (2001) 16), published on 3 September 2001, the CPT noted the following in relation to life-sentenced and other long-term prisoners:

“33. In many European countries the number of life-sentenced and other long-term prisoners is on the increase. During some of its visits, the CPT has found that the situation of such prisoners left much to be desired in terms of material conditions, activities and possibilities for human contact. Further, many such prisoners were subject to special restrictions likely to exacerbate the deleterious effects inherent in long-term imprisonment; examples of such restrictions are permanent separation from the rest of the prison population, handcuffing whenever the prisoner is taken out of his cell, prohibition of communication with other prisoners, and limited visit entitlements. The CPT can see no justification for indiscriminately applying restrictions to all prisoners subject to a specific type of sentence, without giving due consideration to the individual risk they may (or may not) present.

Long-term imprisonment can have a number of desocialising effects upon inmates. In addition to becoming institutionalised, long-term prisoners may experience a range of psychological problems (including loss of self-esteem and impairment of social skills) and have a tendency to become increasingly detached from society; to which almost all of them will eventually return. In the view of the CPT, the regimes which are offered to prisoners serving long sentences should seek to compensate for these effects in a positive and proactive way.

The prisoners concerned should have access to a wide range of purposeful activities of a varied nature (work, preferably with vocational value; education; sport; recreation/association). Moreover, they should be able to exercise a degree of choice over the

manner in which their time is spent, thus fostering a sense of autonomy and personal responsibility. Additional steps should be taken to lend meaning to their period of imprisonment; in particular, the provision of individualised custody plans and appropriate psycho-social support are important elements in assisting such prisoners to come to terms with their period of incarceration and, when the time comes, to prepare for release. Further, the negative effects of institutionalisation upon prisoners serving long sentences will be less pronounced, and they will be better equipped for release, if they are able effectively to maintain contact with the outside world.”

...

V. REPORT OF THE BULGARIAN HELSINKI COMMITTEE ON WHOLE LIFE IMPRISONMENT

175. Having carried out research on the topic of whole life imprisonment in Bulgaria between June 2009 and February 2010, in April 2010 the Bulgarian Helsinki Committee published a report entitled “Life Without Parole – An Inhuman and Degrading Punishment”. The report only dealt with persons serving a whole life sentence, not those serving life imprisonment.

176. The report said, among other things, that at the time of the visits to individual prisons, all life prisoners in Plovdiv Prison had been in single cells. In Stara Zagora Prison, two life prisoners had shared a cell, but all the others had been in single cells as well. Save for Plovdiv Prison and some other prisons that did not include Stara Zagora Prison, the units housing life prisoners were in a very poor state of repair: the floors and walls were dirty, and the furniture, invariably attached to the floor, was very old. Some units had double bunk beds, which were seldom used, however. Life prisoners took their meals in their cells. Sunlight in the units earmarked for them was often insufficient. Windows typically measured 1 by 0.6-0.8 metres and were situated about 2 metres from the floor, which prevented the inmates from looking out of them. The window frames in the life prisoners’ unit of Plovdiv Prison – but not in that of Stara Zagora Prison – were new. Artificial lighting was never turned off, so as to make it possible for guards visually to inspect the cells at all times. Some inmates complained that that made it hard for them to go to sleep, especially if the lights were luminescent. No life prisoners’ unit had a ventilation system, and fresh air only came through the windows when they were open, which was a problem in winter because even on the coldest days heating was only turned on for one hour in the morning and one hour in the afternoon. Life prisoners had to wash their clothes during their visits to the toilet, and dry them in their cells. In-cell toilets had been built in several prisons, but not in Plovdiv or Stara Zagora

Prisons. Access to the common toilets was possible for thirty minutes in the morning, at lunch and in the evening. During that time, life prisoners also had to wash their buckets and eating utensils. The rest of the time, if they needed to go to the toilet, they had to call the guards. Since most prisons did not have a signalling system, prisoners had to bang on the doors of their cells or shout. That often caused conflicts with the guards, and prisoners therefore often preferred to relieve themselves in buckets in their cells. In all prisons except Pleven Prison, life prisoners remained permanently locked in their cells. In Plovdiv Prison, the one-hour daily walk had been extended by thirty minutes, and in Stara Zagora Prison by twenty minutes. In most prisons, life prisoners took their daily walks in separate yards. Those yards were quite small and in some prisons, such as Plovdiv Prison, did not allow a proper workout.

177. The report went on to say that in August 2009 only eight persons serving a whole life sentence had been provided work: seven inside their cells and one outside. Later, that number had fallen. Finding suitable work for such prisoners was not an easy task for the prison authorities and in Stara Zagora Prison, for instance, no life prisoner had ever been provided with work. In Plovdiv Prison life prisoners had for a period of time been given the job of packing surgical gloves.

178. The report also noted that most life prisoners had their own television sets, and some also had radios. Since most of those prisoners had lived in the same cells for a number of years, they had tried to arrange them in such a way as to resemble, as far as possible, home interiors. Plovdiv Prison and Stara Zagora Prison did not have clubs in their high-security units. Only a few life prisoners had been given the opportunity to engage in meaningful activities. Caring for them was very hard because of the lack of prospects of release. Nevertheless, in some prisons the teams working with life prisoners had made serious attempts to support them psychologically and give them a sense of perspective and the impetus to keep up their social contact, take part in activities, and counter any depressive or psychosomatic symptoms. In some prisons, however, the treatment of life prisoners fell short of the requirements of the “National standards for the treatment of life prisoners” (see paragraph 135 above), and some of the prisoners concerned had complained that no individual work was being carried out with them and that no cultural, informational or sporting activities were being organised for them.

THE LAW

I. REGIME AND CONDITIONS OF THE APPLICANTS' DETENTION

179. Mr Harakchiev and Mr Tolumov alleged that the prison regimes to which they were subjected as whole life and life prisoners respectively, coupled with the material conditions in which they were kept, amounted to either torture or inhuman and degrading treatment in breach of Article 3 of the Convention.

180. Article 3 of the Convention provides as follows:

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

...

B. Merits

...

III. WHOLE LIFE IMPRISONMENT

230. Mr Harakchiev also alleged that his sentence of whole life imprisonment had amounted, from the time of its imposition, to inhuman and degrading punishment in breach of Article 3 of the Convention.

231. The text of Article 3 of the Convention has been set out in paragraph 180 above.

A. The parties' submissions

1. The Government's observations

232. The Government submitted that the mere fact that Mr Harakchiev had been sentenced to whole life imprisonment did not amount to a breach of Article 3 of the Convention because he could seek presidential clemency at any time. There was already a precedent in which a person serving a whole life sentence had had his sentence commuted by the Vice-President. A ruling that that was not sufficient would not do justice to the work of the Clemency Commission attached to the Vice-President and would engender legal turmoil not only in Bulgaria but also in other member States. Whole life imprisonment, introduced in 1998 as a result of the abolition of the death penalty, was a very important component of the punitive system of Bulgarian criminal law. It was a penalty that was imposed very rarely and reserved for the most serious offences. There were at present 57 persons in Bulgaria serving a whole life sentence and 106 persons serving a life sentence.

233. The presidential power of clemency was a readily available means of adjusting a whole life sentence that gave all those serving such a sentence hope that they might one day regain their freedom. It was very significant in that connection that on 21 January 2013 the Vice-President had, in exercising that power, commuted a whole life sentence to a life sentence. The reasons underlying the decision to do so had been set out in the report of the Clemency Commission, which had moreover noted that the decision would demonstrate to all other persons sentenced to whole life imprisonment that they could improve their situation. The presidential power of clemency had been in place at the time when whole life imprisonment had been introduced as a penalty and had always been exercised in a way that gave those concerned hope that they could obtain a reduction of their sentence. That was evident from the reasons given for refusals to pardon persons serving a whole life sentence, which essentially relied on two arguments: lack of progress in the process of rehabilitation, or an insignificant portion of the sentence hitherto served. The procedure for examining requests for clemency was and always had been laid down in presidential decrees, such as the decree of 23 February 2012, which had the force of law. The latest version of the applicable rules had been intended to optimise the procedure and render it more transparent, and to formalise the standards that had already emerged in practice. The main emphasis had been on increasing the research and analytical capabilities of the Clemency Commission and harmonising the way in which it examined each request for clemency. That procedure could produce the same effect as judicial procedures for the commutation of sentence. The President and the Vice-President were not bound by any criteria and could exercise the power of clemency at any time and in respect of any person.

234. The detention regime of persons serving a sentence of life imprisonment did not prevent them from showing that they had reformed themselves. That was evident from the reasons for the decision of the Vice-President of 21 January 2013 to replace a whole life sentence with a life sentence, and from the conduct of Mr Tolumov and the change in his detention regime. Mr Harakchiev, for his part, had not shown any signs of rehabilitation. On the contrary, he had been subjected to a number of disciplinary punishments, and the risk of recidivism in his case had remained consistently high. There was, moreover, no indication that either of the two applicants had applied for clemency.

2. Mr Harakchiev's observations

235. Mr Harakchiev submitted that the whole life sentence that he was serving was incompatible with Article 3 of the Convention because

it presupposed that he would have to spend the rest of his life in prison. At the same time, an analysis of the relevant provisions of Bulgarian law showed that the purposes sought to be attained through the imposition of that penalty could also be realised through life imprisonment. Under the 1968 Criminal Code, whole life imprisonment was reserved for cases in which the aims of punishment could not be attained by means of a lesser penalty. It followed that it was intended for persons who could never be rehabilitated, whereas it was clear that the sentencing court was not in a position to say whether a prisoner would remain unreformed for twenty or thirty years.

236. While the judicial procedure governing the commutation of a life sentence was fully in line with the requirements of Article 3 of the Convention, the exercise of the presidential power of clemency was unclear and unpredictable. Article 98 of the 1991 Constitution and Article 74 of the 1968 Criminal Code did not lay down any rules of procedure or the conditions in which that power would be exercised. As a result, a life prisoner did not know what he or she had to do to stand a chance of obtaining clemency. The manner in which that power had been exercised until 23 February 2012 was also very unclear: there was no information on how many prisoners had sought clemency and on what grounds, on how many requests had been upheld and for what reasons, or on who had been the experts advising the Vice-President and in accordance with what rules they had carried out their duties. In support of that assertion, the applicants produced four letters sent between 2006 and 2011 by the presidential administration to persons serving a whole life sentence who had applied for clemency: all of them merely said that the request had been duly examined and turned down. Between 2002 and 2009 sixteen persons serving such a sentence had applied for clemency; all of their requests had been turned down. There had been no cases of clemency in respect of such persons before 2002 either.

237. The legal framework governing the exercise of the presidential power of clemency had not improved on 23 February 2012. The rules laid down by the President on that date, while being a step in the right direction, did not properly clarify the conditions under which a pardon could be sought. They were just internal instructions governing the work of the Clemency Commission, not the exercise of the powers of the President and the Vice-President. Moreover, those rules had not even been published in the State Gazette, and it was not clear whether the President was entitled under the Constitution and the law to make abstract rules. It was still the case that as a matter of law the President and the Vice-President were free to decide, without having to base their decision on any criteria, whether

or not to grant clemency. The decision on that point did not have to be reasoned, and was not open to legal challenge. In 2012, only three out of one hundred requests for clemency had been granted, whereas the number of life sentences remained high. Therefore, the clemency procedure was not a proper means of seeking commutation of a life sentence. The fact that the current Vice-President had, on the basis of her personal view that whole life sentences should be abolished, pardoned one person serving such a sentence did not give any real hope. While worthy of admiration, that position was personal to the Vice-President, was deeply unpopular, and would remain valid only as long as she held office. It could not have the lasting effect of a change in the law.

238. The detention regime of those who, like Mr Harakchiev, were serving a whole life sentence entailed complete isolation, even outside the cell and even while working. The only possibility of contact was with other prisoners under the same regime, and only during the one-hour daily walk. Those highly restrictive conditions made it almost impossible to find suitable work for life prisoners. That was borne out by the information set out in the April 2010 report of the Bulgarian Helsinki Committee. That report also showed that life prisoners were not provided with any resocialisation programmes, and were kept in extremely poor material conditions. All those factors made it impossible for them to show that they had reformed themselves and thus to persuade the President or the Vice-President to grant them clemency.

3. The Government's additional observations

239. In their additional observations, the Government submitted that the situation in the present case was clearly different from that obtaining in *Vinter and Others v. the United Kingdom* ([GC], nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10, 9 July 2013). Unlike the limited powers of the Secretary of State for Justice in the United Kingdom, the presidential power of clemency in Bulgaria was not fettered in any way. The President could commute any sentence, and that power was actually exercised. The procedure was sufficiently flexible, enabling prisoners to apply for a pardon without any time-limits and on any grounds. Any request for a pardon was subjected to a comprehensive assessment bearing upon the question whether incarceration continued to be justified on legitimate penological grounds. The monthly reports of the Clemency Commission attached to the Vice-President showed that it analysed those points in detail. In the one case in which it had recommended the commutation of a life prisoner's sentence, that Commission had had regard to exactly those factors. The possibility of

seeking presidential clemency was available from the beginning of a life prisoner's sentence, widely known and frequently used.

240. According to the Government, there was no need for more detailed rules on the exercise of that power. There was no uncertainty in relation to the manner of its exercise and any detailed rules would only circumscribe its ambit, which was at present very wide. In any event, States had a margin of appreciation in deciding on the way in which life sentences were to be reviewed. The fact that the presidential power of clemency was fully discretionary did not detract from its effectiveness. That had been demonstrated by its exercise in relation to a prisoner serving a whole life sentence at the beginning of 2013. Contrary to Mr Harakchiev's allegation, that had not been solely due to the personal views of the current Vice-President. The decision to commute that life prisoner's sentence had set a trend. As was evident from the Clemency Commission's report, it had been taken on the basis of a comprehensive assessment of all relevant factors. The trend was also evident from the draft Criminal Code, which envisaged the abolition of whole life imprisonment. However, the enactment of a complex piece of legislation such as a criminal code required time. Meanwhile, the possibility of seeking presidential clemency was a sufficiently effective means at the disposal of persons sentenced to whole life imprisonment.

241. Under the applicable regulations, life prisoners had to be informed in plain language upon their arrival in prison of their rights and obligations, and of prison order and discipline; they were also entitled to obtain that information in writing. That information included detailed explanations of prison rules and regulations, the right to work, the visiting regime, disciplinary sanctions, and the possibility of seeking a change in the prison regime and early release. Moreover, in 2007 the Director of the Directorate for the Execution of Sentences had issued "National standards for the treatment of life prisoners". Those standards expressly stated that the authorities had to enable life prisoners to discuss issues relating to the execution of their sentence. All life prisoners, regardless of whether they were serving commutable or non-commutable sentences, were informed of the period of time that they had to serve before they could seek a change in their prison regime, and of the conduct that they had to observe in order to increase their chances of obtaining a commutation of their sentence. In addition, each life prisoner had an individual sentence plan setting out the positive changes expected of him or her and the concrete steps leading to those changes. That plan was subject to periodic reassessments which had to be brought to the prisoner's attention. In Mr Harakchiev's case, the latest plan had not been signed by him, but that was only because he had refused to sign any documents emanating from the prison administration.

B. The Court's assessment

1. Admissibility

242. The complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention or inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

2. Merits

(a) General principles laid down in the Court's case-law

243. In *Kafkaris v. Cyprus* ([GC], no. 21906/04, § 97, ECHR 2008), the Grand Chamber of the Court held that, while a State's choice of criminal-justice system, including sentence review and release arrangements, was in principle outside the scope of the supervision carried out by the Court, and while the imposition of a sentence of life imprisonment on an adult offender was not in itself prohibited by or incompatible with Article 3 or any other Article of the Convention, the imposition of an irreducible life sentence could raise an issue under Article 3. The Grand Chamber was at the same time at pains to emphasise that a life sentence did not become "irreducible" by the mere fact that in practice it could be served in full, and that it was enough for the purposes of Article 3 of the Convention that such a sentence be *de jure* and *de facto* reducible (*ibid.*, § 98 *in fine*).

244. In that case, the Grand Chamber found no breach of Article 3 of the Convention because under the Constitution of Cyprus the President could at any point in time, subject to the agreement of the Attorney-General, commute a life sentence to one of a shorter duration and then remit it. It was true that there were certain shortcomings in the procedure: there were no published criteria indicating how the President exercised his or her discretion, no obligation to disclose to a prisoner the opinion of the Attorney-General on his or her application, no requirement for the President to give reasons and no such practice, and no possibility of judicial review. It was also true that the prospect of release for life prisoners was limited, since any adjustment of a life sentence fell within the President's discretion. However, there were a number of concrete examples in which the President had exercised that discretion and ordered the release of life prisoners. It could not therefore be said that Mr Kafkaris had been deprived of any prospect of release (*ibid.*, §§ 102-05).

245. The question of the compatibility of irreducible life sentences with Article 3 of the Convention was taken up once again by the Grand Chamber of the Court in the more recent case of *Vinter and Others* (cited above). The Grand Chamber reviewed in detail the relevant considerations flowing

from the Court's case-law and from recent comparative and international-law trends in respect of life sentences (*ibid.*, §§ 104-18). On that basis, it held that a life sentence could remain compatible with Article 3 of the Convention only if there was both a prospect of release and a possibility of review (*ibid.*, §§ 109-10), because a prisoner could not be detained unless there were legitimate penological grounds for incarceration. Those grounds included punishment, deterrence, public protection and rehabilitation. The Grand Chamber noted in particular that the balance between those justifications for incarceration was not necessarily static and could shift in the course of the sentence. What could be the primary justification for incarceration at the start of a sentence could cease to be so after a lengthy period into the service of that sentence. Therefore, it was only by carrying out a review of the justification for continued detention at an appropriate point in the sentence that those factors or shifts could be properly evaluated. If a prisoner was incarcerated without any prospect of release and without the possibility of having his life sentence reviewed, there was the risk that he could never atone for his offence: whatever he did in prison, however exceptional his progress towards rehabilitation, his punishment remained fixed and unreviewable (*ibid.*, §§ 111-12). The Grand Chamber therefore held that it would be incompatible with human dignity – which lay at the very essence of the Convention system – forcefully to deprive a person of his freedom without striving towards his rehabilitation and providing him with the chance to someday regain that freedom (*ibid.*, § 113). It went on to note that there was now clear support in European and international law for the principle that all prisoners, including those serving life sentences, be offered the possibility of rehabilitation and the prospect of release if that rehabilitation was achieved (*ibid.*, § 114). While punishment remained one of the aims of imprisonment, the emphasis in European penal policy, as expressed in Rules 6, 102.1 and 103.8 of the European Prison Rules, Resolution 76 (2) and Recommendations Rec(2003)23 and Rec(2003)22 of the Committee of Ministers, statements by the CPT, and the practice of a number of Contracting States, and in international law, as expressed, *inter alia*, in Article 10 § 3 of the International Covenant on Civil and Political Rights and the General Comment on that Article, was now on the rehabilitative aim of imprisonment, even in the case of life prisoners (*ibid.*, §§ 115-18).

246. Based on that analysis, the Grand Chamber decided to overrule the Chamber's judgment and to establish the following propositions in relation to life sentences:

(a) In the context of a life sentence, Article 3 of the Convention must be interpreted as requiring reducibility of the sentence, in the sense of a review

which allows the domestic authorities to consider whether any changes in the life prisoner are so significant, and such progress towards rehabilitation has been made in the course of the sentence, as to mean that continued detention can no longer be justified on legitimate penological grounds (*ibid.*, § 119);

(b) Having regard to the margin of appreciation which must be accorded to Contracting States in the matters of criminal justice and sentencing, it is not the Court's task to prescribe the form – executive or judicial – which that review should take, or to determine when that review should take place. However, the comparative and international-law materials show clear support for the institution of a dedicated mechanism guaranteeing a review no later than twenty-five years after the imposition of a life sentence, with further periodic reviews thereafter (*ibid.*, § 120);

(c) Where domestic law does not provide for the possibility of such a review, a whole life sentence will not measure up to the standards of Article 3 of the Convention (*ibid.*, § 121);

(d) Although the requisite review is a prospective event necessarily subsequent to the passing of the sentence, a whole life prisoner should not be obliged to wait and serve an indeterminate number of years of his sentence before he can raise the complaint that the legal conditions attaching to his sentence fail to comply with the requirements of Article 3 of the Convention in this regard. This would be contrary both to legal certainty and to the general principles on victim status within the meaning of that term in Article 34 of the Convention. Furthermore, in cases where the sentence, on imposition, is irreducible under domestic law, it would be capricious to expect the prisoner to work towards his own rehabilitation without knowing whether, at an unspecified future date, a mechanism might be introduced which would allow him, on the basis of that rehabilitation, to be considered for release. A whole life prisoner is entitled to know, at the outset of his sentence, what he must do to be considered for release and under what conditions, including when a review of his sentence will take place or may be sought. Consequently, where domestic law does not provide any mechanism or possibility for review of a whole life sentence, the incompatibility with Article 3 of the Convention on this ground already arises at the moment of the imposition of the whole life sentence and not at a later stage of incarceration (*ibid.*, § 122).

(b) Application of these principles in the present case

247. The Court notes at the outset that Mr Harakchiev did not seek to argue that his sentence was, as such, grossly disproportionate to the gravity of his offences, or that there were no longer any legitimate penological

grounds for his continued incarceration (see *Vinter and Others*, cited above, § 102). His grievance was rather directed against the effects of that sentence.

248. In Bulgaria, the penalty of whole life imprisonment – which had never previously existed in Bulgarian criminal law – was introduced in December 1998, when Parliament formally abolished the death penalty (see paragraphs 51, 52 and 58 above). That penalty is – as also confirmed by the Government’s observations in the present case – regarded as “provisional” and “exceptional”, and is reserved for offences that (a) “threaten the foundations of the Republic” or are particularly serious and intentional and (b) in respect of which “the aims [of the punishment] ... cannot be attained by means of a lesser penalty” (see paragraphs 59 and 60 above). It exists alongside the penalty of “simple” life imprisonment, put in place in 1995, which is commutable (see paragraphs 56, 65 and 71 above).

249. The Court further notes that the penalty of whole life imprisonment was regarded as “provisional” and “exceptional”, and that the new draft Criminal Code, laid by the Government before Parliament very recently, at the end of January 2014, only envisages the penalty of “simple”, that is, commutable, life imprisonment (see paragraph 67 above) because, according to the explanatory note to that draft Code, whole life imprisonment “is at present perceived as too inhuman on account of the lack of any hope for the persons sentenced to it” (see paragraph 68 above). It appears that, when adopted, this Code will provide the same prospects of hope for review of sentence to those currently serving whole life imprisonment as those serving life imprisonment.

250. A State’s choice of criminal-justice system, including sentence review and release arrangements, is, as already noted, in principle outside the scope of the supervision carried out by the Court, and the mere imposition of a sentence of life imprisonment on an adult offender is not in itself prohibited by Article 3 or any other Article of the Convention.

251. In the light of its case-law, the question for the Court is whether the penalty imposed on Mr Harakchiev could be classified as irreducible, that is, whether there was a prospect of release and a possibility of review. The Court notes in this connection that, while Bulgarian law does not permit Mr Harakchiev to be released on licence – a measure that only applies to prisoners serving fixed-term sentences (see paragraph 70 above) – and while Mr Harakchiev cannot hope for a court decision to convert his whole life sentence into a lesser penalty, the law envisages two measures of presidential clemency: either a full pardon or a commutation of his sentence (see paragraphs 72-74 above). In the event of a full pardon Mr Harakchiev would be released immediately and unconditionally. In the event of a commutation of his sentence, even if it were only replaced with a life

sentence, as happened in the case of another life prisoner in January 2013 (see paragraphs 99-101 above), it will be open to Mr Harakchiev to seek judicial commutation and then perhaps even release on licence.

252. In *Iorgov [v. Bulgaria] (no. 2)* ([no. 36295/02], §§ 48-60[, 2 September 2010]), decided after *Kafkaris* (cited above) but before *Vinter and Others* (cited above), a Chamber of the Fifth Section of the Court reviewed those constitutional and legislative arrangements and their application up to 2009. It noted that, even though between 2002 and 2009 the presidential power of clemency had been exercised in the cases of 477 prisoners, no one serving a whole life sentence had yet been granted such clemency. The Chamber nonetheless concluded that, as matters stood, it could not be said that Mr Iorgov, who had been sentenced to whole life imprisonment, had been deprived of all hope of being released from prison one day. Even though, by November 2009, no life prisoner had been granted presidential clemency, that was not enough to show that whole life imprisonment in Bulgaria was irreducible *de facto*. That penalty had been introduced into Bulgarian law fairly recently, in December 1998, following the formal abolition of the death penalty. That meant that it was unlikely that a large number of persons serving such a sentence, including Mr Iorgov, had spent a sufficiently lengthy period of time in prison to qualify for presidential clemency. There was nothing to suggest that if Mr Iorgov applied in due course for such clemency his application would not be properly considered by reference to a wide range of criteria. He could not therefore be regarded as having no hope of release, and there had therefore been no breach of Article 3 of the Convention (see *Iorgov (no. 2)*, cited above, §§ 52-60).

253. However, in the light of the Grand Chamber's later ruling, in paragraph 122 of *Vinter and Others* (cited in paragraph 246 (d) above), the Court cannot adopt the same approach in the present case. That approach is based on the assumption that the lack of a genuine possibility of obtaining commutation of a life sentence is only capable of infringing Article 3 of the Convention when a point is reached when the life prisoner has already served a sufficiently long period of time and has made sufficient progress to stand a realistic chance of persuading the competent authority to commute his sentence. That assumption underpinned the rulings of the domestic courts and the majority of the Chamber in *Vinter and Others*, who were essentially of the view that an irreducible life sentence did not entail a breach of Article 3 of the Convention unless and until the time came when the life prisoner's further incarceration would no longer be justified (see *Vinter and Others*, cited above, §§ 48-49, 56, 87 and 91). That line of reasoning was explicitly rejected by the Grand Chamber in that case (*ibid.*, § 122).

254. It follows that in the present case, in addition to scrutinising the present arrangements governing the possibility for those, such as Mr Harakchiev, serving a whole life sentence to seek an adjustment of that sentence, the Court must verify whether Bulgarian law provided an adequate possibility for a review of Mr Harakchiev's sentence at the time when it became final – November 2004 – and since then.

255. It is clear that the sentence is, at least since the amendment of Article 74 of the 1968 Criminal Code which came into force on 13 October 2006 (see paragraph 74 above), *de jure* reducible. However, it is not clear that this was the case before that amendment. As worded before 13 October 2006, Article 74, although it did not expressly exclude the possibility, did not state in clear terms that the presidential power of clemency was also applicable to whole life and life imprisonment (see paragraph 73 above). Since before October 2006 there were no instances in which the President or the Vice-President had exercised the power of clemency in relation to a prisoner serving a whole life sentence (see paragraph 87 above), and since there did not exist an authoritative contemporaneous interpretation of the law relating to presidential clemency, it is difficult to say whether that Article was capable of being construed – alone or in conjunction with Article 98, point 11, of the 1991 Constitution – to mean that that penalty came within the ambit of the presidential power of clemency even though it was not specifically mentioned in the text of the Article. That uncertainty transpires from statements made by members of parliament in the course of the debate accompanying the introduction of whole life imprisonment (see paragraphs 63-64 above), the very fact that the legislature subsequently found it necessary to clarify the point by way of a statutory amendment, and also from the fact that in 2012 a group of members of parliament sought a binding interpretation of Article 98, point 11, of the 1991 Constitution by the Constitutional Court, in particular on the point whether the presidential power of clemency embraced all types of criminal penalties (see paragraph 76 above). In those circumstances, the Court is not persuaded that it was clear at the time when Mr Harakchiev's sentence became final that it was *de jure* reducible.

256. Whatever the conclusion in relation to the *de jure* reducibility of the sentence, the Court is also not persuaded that throughout the relevant period Mr Harakchiev's sentence was *de facto* reducible, and that throughout his incarceration he could be regarded as knowing that a mechanism existed that would actually permit him to be considered for release.

257. Under the current system, which is based on decisions made by the President who took office in January 2012 and on the practice of the Clemency Commission set up by him at that time (see paragraphs 90-107

above) and, more importantly, on the binding interpretation of Article 98, point 11, of the 1991 Constitution given by the Constitutional Court in April 2012 (see paragraphs 76-83 above), there is considerable clarity regarding the manner of exercise of the presidential power of clemency.

258. In particular, the Constitutional Court defined the scope of that power, and held that it should be exercised in a non-arbitrary way, taking into account equity, humanity, compassion, mercy, and the health and family situation of the convicted offender, and any positive changes in his or her personality. That court went on to say that, while the President or the Vice-President could not be required to give reasons in individual cases, they were expected to make known the general criteria guiding them in the exercise of the power of clemency. Lastly, the court held that a clemency decree was open to legal challenge before it, albeit subject to some restrictive conditions, in particular relating to standing (see paragraphs 76-83 above). That ruling provides weighty guarantees that the presidential power of clemency will be exercised in a consistent and broadly predictable way.

259. In addition, the rules governing the work of the Clemency Commission attached to the Vice-President provide that in its work the Commission must take into account, *inter alia*, the relevant case-law of international courts and other bodies on the interpretation and application of international human rights instruments in force in respect of Bulgaria (see paragraph 91 above). The practices adopted by the Commission since the start of its work in early 2012 – especially those relating to the publication of the criteria that guide it in the examination of clemency requests, the reasons for its recommendations to the Vice-President to exercise the power of clemency in individual cases, and relevant statistical information (see paragraphs 94-107 above) – have also increased the transparency of the clemency procedure and constitute an additional guarantee of the consistent and transparent exercise of presidential powers in that respect.

260. Lastly, consideration should be given to the fact that, albeit only in December 2012, the Clemency Commission proposed that the Vice-President replace a prisoner's whole life sentence with a life sentence, based on the reformation of that prisoner, and that in January 2013 the Vice-President acceded to that proposal (see paragraphs 99-101 above). As noted by that Commission, and indeed by the Government in their observations, that case demonstrates to all other persons, such as Mr Harakchiev, sentenced to whole life imprisonment that they can improve their situation (see paragraph 100 above).

261. It therefore appears that if the current and future Presidents and Vice-Presidents continue to exercise the power of clemency in line with the precepts laid down by the Constitutional Court in 2012 and with the

practices adopted in the same year, Mr Harakchiev's whole life sentence can be regarded as *de facto* reducible, and that since that time he can be regarded as knowing that there exists a mechanism which allows him to be considered for release or commutation of sentence. It is true that some of the applicable rules are not laid down in the Constitution or in a statute, but in a presidential decree. However, as already noted, it is not the Court's task to prescribe the form which the requisite review should take.

262. However, the same cannot be said in respect of the period of time between the date when that sentence became final – November 2004 – and at least the early months of 2012. Under the previous presidential administration, which was in office for two terms, the first between 22 January 2002 and 22 January 2007 and the second between 22 January 2007 and 22 January 2012, the way in which the presidential power of clemency was being exercised was quite opaque, with no policy statements made publicly available and no reasons whatsoever provided for individual clemency decisions (see paragraph 87 above). Indeed, the Court cannot overlook the fact that during their debate in 1998 members of parliament sought reassurance that the President's discretion would not be exercised with regard to persons sentenced to whole life imprisonment, and that in 2012 Parliament found it necessary to set up an *ad hoc* committee to conduct an inquiry into the matter (see paragraph 89 above). Nor were there any concrete examples showing that persons in Mr Harakchiev's situation could hope to benefit from the exercise of that power (contrast *Kafkaris*, cited above, § 103). It is true that the lack of such examples could be explained by the fact that the penalty of whole life imprisonment had been introduced into Bulgarian law not long before that, in December 1998, and that it was therefore unlikely that a large number of persons serving such a sentence had spent a sufficiently long period of time in prison by then to qualify for clemency (see *Iorgov (no. 2)*, cited above, §§ 56-57). However, the combination of a complete lack of formal or even informal safeguards surrounding the exercise of the presidential power of clemency, coupled with the absence of any examples tending to suggest that a person serving a whole life sentence would be able to obtain an adjustment of that sentence and under what circumstances, leads the Court to conclude that between November 2004 and the beginning of 2012 Mr Harakchiev's sentence could not be regarded as *de facto* reducible. It necessarily follows from paragraph 122 of the Grand Chamber's judgment in *Vinter and Others* (cited in paragraph 246 (d) above) that in this type of case the breach of Article 3 of the Convention consists of depriving the prisoner, for any period of time, of any hope of release, however tenuous that hope may be.

263. That said, in the present case, in which the applicants have also made serious complaints concerning the regime and conditions of their detention (see paragraph 179 above), there is a further aspect to the Court's examination: whether, in view of the regime and conditions of Mr Harakchiev's incarceration, he could be regarded as having a genuine opportunity of reforming himself and thus trying to persuade the President or the Vice-President to exercise the power of clemency in his regard. It should also be noted in that connection that in *Vinter and Others* (cited above, § 122) the Grand Chamber held that a "life prisoner is entitled to know, at the outset of his sentence, what he must do to be considered for release and under what conditions" (see paragraph 246 (d) above).

264. While the Convention does not guarantee, as such, a right to rehabilitation, and while Article 3 cannot be construed as imposing on the authorities an absolute duty to provide prisoners with rehabilitation or reintegration programmes and activities, such as courses or counselling, it does require the authorities to give life prisoners a chance, however remote, to someday regain their freedom. For that chance to be genuine and tangible, the authorities must also give life prisoners a real opportunity to rehabilitate themselves. Indeed, the Court has already had occasion to note that in recent years there has been a trend towards placing more emphasis on rehabilitation, which constitutes the idea of resocialisation through the fostering of personal responsibility (see *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 28, ECHR 2007-V, and *Vinter and Others*, cited above, §§ 113-18). That appears fully consonant with the first aim of criminal punishment, as set out in Article 36 of the Bulgarian Criminal Code (see paragraph 53 above), as well as with Article 10 § 3 of the International Covenant on Civil and Political Rights, in force with respect to Bulgaria since 1970, which provides that the essential aim of the treatment of prisoners is their reformation and social rehabilitation (see paragraphs 157-58 above). It is also inherent in several instruments to which, as already mentioned, the Court attaches considerable importance despite their non-binding character (see, *mutatis mutandis*, *Rivière [v. France]*, no. 33834/03, § 72[, 11 July 2006], and *Dybeku [v. Albania]*, no. 41153/06, § 48[, 18 December 2007]): Rules 6, 33.3, 102.1 and 107.1 of the 2006 European Prison Rules; points 6 and 11 of Resolution 76 (2) of the Committee of Ministers; and paragraphs 2 *in fine*, 5 and 33 of Recommendation Rec(2003)23 on the management by prison administrations of life sentence and other long-term prisoners. All of these instruments emphasise that efforts need to be made by the prison authorities to promote the reintegration and rehabilitation of all prisoners, including those serving life sentences (see paragraphs 159, 161 and 162 above).

265. That is, of course, an area in which the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation. However, the regime and conditions of a life prisoner's incarceration cannot be regarded as a matter of indifference in that context. Those conditions and regime need to be such as to make it possible for the life prisoner to endeavour to reform himself or herself, with a view to being able one day to seek an adjustment of his or her sentence.

266. Even if a Bulgarian life prisoner now knows "what he must do to be considered for release and under what conditions" (see paragraph 246 (d) above), prisoners such as Mr Harakchiev are as a rule – unlike the situation of Mr Iorgov, whose regime was gradually relaxed by way of an "experiment" in Pleven Prison ... – subjected to a particularly severe prison regime, which entails almost complete isolation and very limited possibilities for social contact, work or education (see paragraphs 118 and 124-26 above). In the present case, in spite of some variations in his prison regime, in practice Mr Harakchiev remained in permanently locked cells and isolated from the rest of the prison community, with very limited possibilities to engage in social contact or work, throughout the entire period of his incarceration (see paragraphs 12, 23, ... and 177 above). In the Court's view, the deleterious effects of that impoverished regime, coupled with the unsatisfactory material conditions in which Mr Harakchiev was kept, must have seriously damaged his chances of reforming himself and thus entertaining a real hope that he might one day achieve and demonstrate his progress and obtain a reduction of his sentence. To that should be added the lack of consistent periodical assessment of his progress towards rehabilitation. It is true that Mr Harakchiev was the subject of annual psychological assessments ... However, it is noteworthy that the "National standards for the treatment of life prisoners", issued in 2007, appear to be geared towards helping life prisoners adapt to their sentence rather than working towards their rehabilitation (see paragraph 135 above). Nor do those standards make it clear whether any positive changes in life prisoners should be the result of their own efforts or of a proactive approach on the part of the prison authorities, as recommended by the CPT (see paragraph 165 above).

267. In view of the foregoing considerations, the Court concludes that there has been a breach of Article 3 of the Convention.

268. In reaching this conclusion, the Court would note that the nature of Mr Harakchiev's complaint (see paragraph 247 above) and the finding of a violation with respect to that complaint cannot be understood as giving him the prospect of imminent release.

...

V. APPLICATION OF ARTICLE 46 OF THE CONVENTION

278. The relevant parts of Article 46 of the Convention provide:

“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.

...”

279. By virtue of this Article, the Contracting Parties have undertaken to abide by the final judgments of the Court in any case to which they are parties, execution being supervised by the Committee of Ministers. It follows, *inter alia*, that a judgment in which the Court finds a breach of the Convention or the Protocols thereto imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded under Article 41 of the Convention by way of just satisfaction, but also to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in its domestic legal order to put an end to the breach found by the Court and to redress as far as possible its effects. It is primarily for the State concerned to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the means to be used in its domestic legal order to discharge that obligation. However, with a view to helping the respondent State to fulfil it, the Court may seek to indicate the type of individual and/or general measures that might be taken to put an end to the situation it has found to exist (see, as a recent authority, *Stanev v. Bulgaria* [GC], no. 36760/06, §§ 254-55, ECHR 2012).

280. The breach of Article 3 of the Convention found in the present case in relation to the regime and conditions of the applicants' detention flows in large part from the relevant provisions of the 2009 Execution of Punishments and Pre-Trial Detention Act and its implementing regulations ... It discloses a systemic problem that has already given rise to similar applications (see *Chervenkov v. Bulgaria*, no. 45358/04], §§ 50 and 69-70[, 27 November 2012], and *Sabev v. Bulgaria*, no. 27887/06], §§ 72 and 98-99[, 28 May 2013]), and may give rise to more such applications. The nature of the breach suggests that to execute this judgment properly, the respondent State would be required to reform, preferably by means of legislation, the legal framework governing the prison regime applicable to persons sentenced to life imprisonment with or without parole. That reform, invariably recommended by the CPT since 1999 ..., should entail (a) removing the automatic application of the highly restrictive prison regime currently applicable to all life prisoners for an initial period of at least five years, and (b) putting in place provisions envisaging that a special

security regime can only be imposed – and maintained – on the basis of an individual risk assessment of each life prisoner, and applied for no longer than strictly necessary.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

...

5. *Holds* that there has been a violation of Article 3 of the Convention in relation to Mr Harakchiev's inability to obtain a reduction of his whole life sentence from the time when it became final;
6. *Holds* that the finding of a violation of Article 3 of the Convention in relation to Mr Harakchiev's inability to obtain a reduction of his whole life sentence from the time when it became final constitutes in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage sustained by him on that account;

...

Done in English, and notified in writing on 8 July 2014, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Fatoş Aracı
Deputy Registrar

Ineta Ziemele
President

HARAKCHIEV ET TOLUMOV c. BULGARIE
(Requêtes n^{os} 15018/11 et 61199/12)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 8 JUILLET 2014¹

1. Traduction ; original anglais. Extraits.

SOMMAIRE¹**Régime de peine de perpétuité réelle n'offrant pas de possibilités adéquates de réinsertion pouvant aboutir à une réduction de peine**

Si la Convention ne garantit pas, en tant que tel, un droit à la réinsertion, et si l'article 3 ne peut être interprété comme imposant aux autorités une obligation absolue d'offrir aux détenus des programmes de réinsertion ou de rééducation et des activités telles que des cours ou une assistance, cette disposition exige néanmoins des autorités qu'elles donnent aux condamnés à la peine perpétuelle une chance, aussi lointaine soit-elle, de retrouver un jour la liberté. Pour que cette chance puisse passer pour tangible et véritable, les autorités doivent également donner aux condamnés à une peine perpétuelle une véritable opportunité de se réinsérer (paragraphe 264 de l'arrêt).

Article 3

Traitement inhumain – Peine dégradante – Régime de peine de perpétuité réelle n'offrant pas de possibilités adéquates de réinsertion pouvant aboutir à une réduction de peine – Peine de perpétuité non commuable – Compressibilité de peine de jure et de facto – Motif légitime d'ordre pénologique à la détention – Réinsertion – Régime appauvri n'offrant aucune possibilité de s'amender – Absence d'évaluation périodique des progrès accomplis

*

* *

En fait

La peine d'emprisonnement à perpétuité non commuable fut introduite en Bulgarie en décembre 1998, à la suite de l'abolition de la peine de mort. Il existe en parallèle une peine de perpétuité « simple », qui peut être commuée. Depuis le 13 octobre 2006, le droit de grâce, qui est discrétionnaire, inclut le pouvoir de commuer toutes les peines d'emprisonnement à perpétuité, y compris celles qui ont été infligées sans possibilité de commutation. Dans sa décision (n° 6) du 11 avril 2012, la Cour constitutionnelle bulgare a dit que le droit de grâce devait être exercé de manière non arbitraire et soumis au devoir de mettre en œuvre les valeurs et principes constitutionnels, et qu'il devait prendre en compte l'équité, l'humanité, la compassion, la pitié, l'état de santé et la situation familiale du condamné ainsi que les changements positifs dans la personnalité du condamné. Une commission

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

de grâce chargée de dispenser des conseils sur l'exercice du droit de grâce fut créée en 2012, et des règles de procédure régissant le travail de cette commission furent adoptées.

Le premier requérant purge une peine d'emprisonnement à perpétuité non commuable. Il est soumis au régime de détention strict applicable aux condamnés à perpétuité, qui implique l'isolement dans une cellule verrouillée pendant la majeure partie de la journée et la mise à l'écart d'avec les autres détenus. Dans sa requête auprès de la Cour, il alléguait que sa peine d'emprisonnement à perpétuité non commuable et sans perspective de réinsertion s'analysait en une peine inhumaine et dégradante au sens de l'article 3.

En droit

Article 3 (emprisonnement à perpétuité non commuable – premier requérant) : la Cour rappelle qu'infliger une peine perpétuelle incompressible peut soulever une question sous l'angle de l'article 3. Toutefois, une peine perpétuelle ne devient pas « incompressible » par le seul fait qu'elle risque en pratique d'être purgée dans son intégralité : il suffit aux fins de l'article 3 qu'elle soit *de jure* et *de facto* compressible. Pour demeurer compatible avec l'article 3, une peine d'emprisonnement à perpétuité doit offrir à la fois une chance d'élargissement et une possibilité de réexamen, car nul ne peut être détenu si aucun motif légitime d'ordre pénologique – ce qui inclut la réinsertion – ne le justifie. Un détenu condamné à la perpétuité réelle a le droit de savoir, dès le début de sa peine, ce qu'il doit faire pour que sa libération soit envisagée et quelles sont les conditions applicables. Il a le droit, notamment, de connaître le moment où le réexamen de sa peine aura lieu ou pourra être sollicité. Il est clair que la peine infligée au premier requérant est *de jure* compressible depuis la modification de la loi intervenue en 2006 ; cependant, la situation avant cette date était moins claire. Indépendamment de la question de la compressibilité *de jure*, la Cour n'est pas persuadée que la peine litigieuse ait été *de facto* compressible pendant toute la période pertinente ou que l'intéressé aurait pu connaître l'existence d'un mécanisme propre à déboucher sur un examen de l'opportunité d'une remise en liberté ou d'une commutation de peine.

Entre le moment où la peine infligée au premier requérant est devenue définitive (novembre 2004) et le début de 2012, les modalités d'exercice du droit de grâce présidentielle étaient opaques, sans déclarations politiques accessibles au public et sans motivation des décisions de grâce individuelles. Le processus manquait de garanties, formelles ou informelles, et il n'y avait pas d'exemples concrets montrant qu'une personne purgeant une peine d'emprisonnement à perpétuité non commuable pouvait à cette époque obtenir un aménagement de peine.

Depuis les réformes mises en œuvre en 2012 suivant les décisions du nouveau président, la pratique de la Commission de grâce et la décision de la Cour constitutionnelle du 11 avril 2012, les modalités d'exercice du droit de grâce présidentielle sont très claires, de sorte que l'intéressé sait à présent qu'il existe

un mécanisme lui permettant de faire examiner l'opportunité de le libérer ou de commuer sa peine.

Toutefois, la Cour doit aussi rechercher si le premier requérant s'est vu donner une véritable opportunité de s'amender. Si la Convention ne garantit pas, en tant que tel, un droit à la réinsertion, et si l'article 3 n'impose pas aux autorités une obligation absolue d'offrir aux détenus des programmes et des activités de réinsertion ou de rééducation, cette disposition exige néanmoins des autorités qu'elles donnent aux condamnés à la peine perpétuelle une chance, aussi lointaine soit-elle, de retrouver un jour la liberté. Pour que cette chance puisse passer pour tangible et véritable, les autorités doivent également donner aux condamnés à une peine perpétuelle une véritable opportunité de se réinsérer. Bien que les États jouissent en la matière d'une large marge d'appréciation, le régime et les conditions de détention d'un condamné à perpétuité ne peuvent laisser indifférent. Le premier requérant a été soumis à un régime de détention particulièrement rigoureux, dans un isolement presque complet et avec de très faibles possibilités de contacts sociaux. Les effets délétères de ce régime de détention appauvri, couplés avec des conditions matérielles de détention insatisfaisantes, peuvent avoir sérieusement amoindri les chances pour l'intéressé de s'amender et donc d'entretenir un véritable espoir d'y parvenir un jour, de démontrer ses progrès et d'obtenir une réduction de peine. Il convient d'ajouter à cela l'absence d'une évaluation périodique cohérente sur ses progrès en matière de réinsertion.

Partant, il y a eu violation de l'article 3.

Conclusion: violation (unanimité).

Article 46: pour exécuter correctement cet arrêt, la Bulgarie devrait réformer, de préférence par le biais de la loi, le cadre juridique régissant le régime de détention applicable aux personnes condamnées à la réclusion à perpétuité avec ou sans libération conditionnelle, en se penchant notamment sur l'application automatique à tous les détenus à vie d'un régime pénitentiaire et d'un isolement extrêmement restrictifs.

Jurisprudence citée par la Cour

Chervenkov c. Bulgarie, n° 45358/04, 27 novembre 2012

Dickson c. Royaume-Uni [GC], n° 44362/04, CEDH 2007-V

Dybeku c. Albanie, n° 41153/06, 18 décembre 2007

Iorgov c. Bulgarie (n° 2), n° 36295/02, 2 septembre 2010

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

Rivière c. France, n° 33834/03, 11 juillet 2006

Sabev c. Bulgarie, n° 27887/06, 28 mai 2013

Stanev c. Bulgarie [GC], n° 36760/06, CEDH 2012

Vinter et autres c. Royaume-Uni [GC], n^{os} 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013

En l'affaire Harakchiev et Tolumov c. Bulgarie,

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

Ineta Ziemele, *présidente*,

Päivi Hirvelä,

George Nicolaou,

Ledi Bianku,

Zdravka Kalaydjieva,

Paul Mahoney,

Krzysztof Wojtyczek, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 24 juin 2014,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouvent deux requêtes (n^{os} 15018/11 et 61199/12) dirigées contre la République de Bulgarie et dont deux ressortissants de cet État, M. Mitko Georgiev Harakchiev et M. Lyudvik Slavov Tolumov (« les requérants »), ont saisi la Cour les 22 février 2011 et 11 septembre 2012 respectivement, en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants ont été représentés par M^e M. Ekimdzhev et M^e S. Stefanova, avocats à Plovdiv. Le gouvernement bulgare (« le Gouvernement ») a été représenté par ses agents, M^{me} I. Stancheva-Chinova et M^{me} K. Radkova, du ministère de la Justice.

3. Les requérants alléguaient en particulier que la peine de perpétuité réelle (*доживотен затвор без замяна*) infligée à M. Harakchiev s'analysait en une peine inhumaine et dégradante, que le régime et les conditions matérielles de leur détention s'analysaient en un traitement inhumain et dégradant et qu'ils ne disposaient d'aucun recours interne effectif en la matière.

4. Le 19 février 2013, la Cour décida de joindre les deux requêtes, les déclara partiellement irrecevables et communiqua au Gouvernement les griefs concernant a) la peine de perpétuité réelle de M. Harakchiev; b) le régime et les conditions de détention des requérants; c) la surveillance alléguée de la correspondance de M. Tolumov en prison; et d) l'absence alléguée d'un recours interne effectif relativement aux conditions matérielles de la détention des requérants.

5. Le 17 juillet 2013, la Cour invita les parties à traiter un point supplémentaire dans leurs observations respectives.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. Le requérant dans la première affaire (n° 15018/11), M. Harakchiev, est né en 1968. Il purge actuellement une peine de perpétuité réelle à la prison de Stara Zagora (paragraphe 58-60 et 65 ci-dessous).

7. Le requérant dans la seconde affaire (n° 61199/12), M. Tolumov, est né en 1954. Il purge actuellement une peine de perpétuité à la prison de Plovdiv (paragraphe 56 et 65 ci-dessous).

A. M. Harakchiev

1. Le passé de M. Harakchiev et sa condamnation à vie

8. Entre 1992 et 2005, M. Harakchiev, chauffeur et mécanicien de profession, a été condamné huit fois pour des infractions sans violence: vol et vol aggravé (quatre condamnations), fraude et fraude aggravée (trois condamnations). Il a été condamné à des peines allant de deux à cinq ans d'emprisonnement.

9. Le 21 janvier 2003, le tribunal régional de Haskovo condamna M. Harakchiev pour détention illégale d'armes à feu et pour quatre vols à main armée de véhicules à moteur commis entre le 14 octobre et le 6 novembre 2001, dont deux accompagnés de tentative de meurtre et deux accompagnés de meurtre. Il le condamna à une peine de perpétuité réelle.

10. Le 26 juin 2003, la cour d'appel de Plovdiv confirma la condamnation et la peine infligée à M. Harakchiev.

11. Par un jugement définitif du 23 novembre 2004 (*реш. № 476 от 23 ноември 2004 г. по н. д. № 901/2003 г., ВКС, III н. о.*), la Cour suprême de cassation confirma à son tour la condamnation et la peine infligées à M. Harakchiev. Elle considéra, entre autres, qu'au vu de la gravité des infractions – en particulier de la détermination et de la cruauté avec lesquelles elles avaient été commises – une peine plus clémente telle que la peine de perpétuité commuable (*доживотен затвор със замяна*) n'était pas appropriée. Le fait que M. Harakchiev eût confessé et aidé les autorités chargées de l'enquête à mettre au jour ses activités criminelles ne pouvait avoir aucune influence.

2. Les conditions de détention à la prison de Stara Zagora et les régimes pénitentiaires appliqués à M. Harakchiev

12. M. Harakchiev est détenu à la prison de Stara Zagora depuis le 18 janvier 2002. Il fut initialement placé en « régime amélioré » (paragraphe 115 ci-dessous). Après l'entrée en vigueur de la loi sur l'exécution des peines et la détention préventive le 1^{er} juin 2009, ce régime fut remplacé de plein droit par le « régime sévère » (paragraphe 118 ci-dessous). Le 17 juin 2009, la Commission d'exécution des peines (paragraphe 121 ci-dessous) proposa au tribunal régional de Stara Zagora d'imposer à M. Harakchiev le « régime spécial », normalement applicable aux condamnés à perpétuité, invoquant son « attitude négative » et son manque de respect pour l'ordre intérieur, en plus du fait qu'il aurait en tout état de cause dû être soumis à ce régime dès le début. Le 21 juillet 2009, le tribunal régional de Stara Zagora accepta la proposition. Le recours de M. Harakchiev contre cette décision, déposé le 12 juillet 2010, fut rejeté par le tribunal régional de Stara Zagora et la cour d'appel de Plovdiv au motif qu'il était tardif. D'après le Gouvernement, les autorités pénitentiaires n'entendent apporter aucune autre modification au régime actuellement appliqué à M. Harakchiev.

13. Entre décembre 2005 et mars 2013, neuf sanctions disciplinaires ont été infligées à M. Harakchiev. Les dernières de ces sanctions, en août 2012 et mars 2013, ont été infligées pour a) une rixe avec un autre détenu pendant la promenade quotidienne le matin du 4 août 2012 et b) le vol, le 18 février 2013, de nourriture qu'un autre détenu avait laissée dans les toilettes communes. Pour les premiers faits, M. Harakchiev s'est vu infliger un blâme ; pour les faits suivants, un isolement en cellule disciplinaire d'une durée de trois jours.

14. La cellule de M. Harakchiev – qu'il occupe à présent seul, mais qu'il a apparemment partagée avec un autre détenu entre 2002 et 2007 – est située dans le quartier de haute sécurité de la prison, réservé aux condamnés à perpétuité. Selon M. Harakchiev, la cellule est plutôt petite, surtout si l'on considère que le mobilier occupe à lui seul 4,50 m², et elle est éclairée la nuit par une ampoule à incandescence de 60 W constamment allumée. Selon le Gouvernement, la cellule n'est pas sous-dimensionnée. Elle mesure 4,30 × 1,81 m et a une hauteur de plafond de 3,95 m, avec une surface totale au sol de 7,78 m². Elle est meublée d'un casier métallique, d'un lit superposé en métal, de deux chaises et d'une petite table, le tout attaché au sol pour des raisons de sécurité. Elle a une fenêtre orientée au sud qui mesure 1,76 × 1,25 m. L'éclairage artificiel dans la cellule consiste en deux

ampoules lumineuses de 36 W. Selon M. Harakchiev, les ampoules à incandescence n'ont été remplacées par des ampoules lumineuses qu'en 2012 et la cellule ne dispose pas d'un éclairage nocturne à faible intensité.

15. La prison de Stara Zagora n'a pas de système de ventilation ou de climatisation. Par conséquent, selon M. Harakchiev, les températures dans la cellule sont très élevées en été et il n'y a pas d'air frais. En hiver, le chauffage n'est allumé que pendant une heure le matin, à midi et le soir. Selon le Gouvernement, la fenêtre de la cellule peut être ouverte, ce qui permet d'aérer la cellule à tout moment. La prison a son propre système de chauffage avec deux chaudières et un échangeur de chaleur. Les chaudières ne sont allumées que neuf heures par jour, mais l'eau qu'elles chauffent circule constamment dans l'installation de chauffage. Selon M. Harakchiev, le radiateur dans sa cellule n'est chaud que trente minutes par jour et le mauvais état de la fenêtre et de la porte métallique contribue à la basse température dans sa cellule en hiver. M. Harakchiev explique par ailleurs que, comme il doit sécher ses vêtements dans la cellule, celle-ci est très humide. En conséquence, la peinture et le plâtre se décollent du mur.

16. Selon M. Harakchiev, les espaces communs de la prison ne peuvent être nettoyés que par blanchiment à l'hypochlorite de calcium, et les cellules ne sont lavées qu'à l'eau. À l'appui de cette affirmation, M. Harakchiev évoque le témoignage livré par l'un de ses codétenus dans le cadre de la procédure qu'il a engagée. Selon le Gouvernement, les espaces communs de la prison ne sont pas simplement nettoyés avec de l'eau de Javel, mais sont nettoyés tous les jours avec des détergents et soumis au moins deux fois par an à la dératisation et à la désinsectisation, comme cela ressort des quatorze factures pour ces services effectués au cours des quatre dernières années. M. Harakchiev rétorque que ces factures ne prouvent pas que les détergents aient effectivement été utilisés comme l'affirme le Gouvernement. Il allègue également que sa cellule est en permanence infestée de cafards et de souris, et que toutes les plaintes adressées par lui à l'administration pénitentiaire à cet égard sont restées sans réponse. Il ajoute que, la fenêtre de sa cellule n'étant pas recouverte d'un filet, des insectes entrent constamment dans la cellule, attirés par l'odeur des excréments et l'éclairage constant la nuit, et qu'ils le piquent.

17. M. Harakchiev explique en outre que, comme il n'y a ni toilettes ni eau courante dans la cellule, il est obligé, en dehors des trois visites quotidiennes aux toilettes communes, d'utiliser un seau en plastique pour se soulager. Pendant la période où il a dû partager sa cellule avec un autre détenu, il a dû le faire en sa présence. Faute d'eau courante, il lui est impossible de se laver les mains ou de laver le seau après s'être soulagé.

Selon le Gouvernement, les toilettes et la salle de bains dans le quartier de haute sécurité sont accessibles aux détenus trois fois par jour et chaque fois qu'ils le demandent aux gardiens. M. Harakchiev n'a donc pas raison quand il affirme être contraint d'utiliser un seau pour se soulager ; il s'agit là de son propre choix. En réalité, il a plus de dix seaux dans sa cellule, dans lesquels il entrepose des vêtements, du linge et d'autres objets. Selon M. Harakchiev, en dehors des trois visites quotidiennes aux toilettes, entre 5 h 30 et 20 heures, les gardiens n'ouvrent jamais sa cellule pour qu'il puisse se rendre aux toilettes. Recourir à des seaux pour ses besoins sanitaires ne relève donc pas de son propre choix.

18. À l'exception de sa promenade quotidienne d'une heure, M. Harakchiev peut sortir de sa cellule pour se rendre aux toilettes trois fois par jour. Au cours de chacune de ces visites, il peut également vider le seau, se laver les mains et remplir des bouteilles en plastique avec de l'eau pour boire et pour ses besoins sanitaires. Selon lui, les visites aux toilettes ne durent pas plus de trois minutes le matin et pas plus de dix minutes à midi et le soir, et elles ne coïncident pas avec les visites des autres détenus du même quartier.

19. Selon M. Harakchiev, les détenus de la prison de Stara Zagora ne peuvent prendre une douche qu'une fois tous les quatorze ou quinze jours. D'après le Gouvernement, tous les détenus du quartier de haute sécurité de la prison peuvent prendre une douche deux fois par semaine.

20. Selon M. Harakchiev, les visites des proches ou avocats ont lieu dans une pièce spécialement prévue à cet effet. Les détenus et les visiteurs sont séparés par un grillage et les détenus doivent rester assis. Un agent pénitentiaire est toujours présent. Selon le Gouvernement, le gardien présent lors des visites n'est là que pour assurer le bon ordre et ne peut pas entendre les conversations. Les visites des avocats ont lieu dans une pièce séparée, dans laquelle personne d'autre n'est présent. La seule forme de contrôle est une surveillance visuelle. Dans ce contexte, le Gouvernement insiste sur le fait qu'à la suite de ses nombreuses demandes M. Harakchiev a passé 97 jours à l'extérieur de la prison de Stara Zagora jusqu'à la mi-2009, et qu'entre le 1^{er} janvier 2010 et le 18 mai 2012 il a passé 255 jours hors de la prison, soit 54 % du temps.

21. Selon M. Harakchiev, la nourriture dans la prison est mal préparée, de mauvaise qualité, insipide, servie froide, dans de mauvaises conditions d'hygiène et en quantité insuffisante. La viande est servie une fois par semaine. Le reste du temps, la nourriture servie est composée de haricots, lentilles, choux et pommes de terre, en soupe ou en ragoût. Selon le Gouvernement, la quantité, la composition chimique et la teneur en calories de la nourriture sont tout à fait adéquates. La ration journalière s'élève à

2 662 calories et la viande est présente dans les repas au moins une fois par jour. Selon M. Harakchiev, «viande» signifie en réalité os bouillis ou viande en conserve. Les deux parties ont présenté des menus et tableaux à l'appui de leurs affirmations respectives.

22. Selon M. Harakchiev, les soins médicaux à la prison de Stara Zagora consistent à donner systématiquement à tous les détenus de l'Aspirine ou de l'Analgin et les détenus doivent acheter tous les autres médicaments eux-mêmes. Selon le Gouvernement, le centre médical de la prison est composé d'un médecin généraliste, de trois aides-médecins (*feldshers*) dont un pour le bâtiment principal de la prison et un pour chacun des deux bâtiments séparés, d'une infirmière, d'un psychiatre et d'un dentiste. Les visites médicales ont lieu tous les jours et, en cas d'urgence, les détenus peuvent être transportés aux urgences de l'hôpital de Stara Zagora. Les visites médicales dans le quartier de haute sécurité sont normalement effectuées le vendredi. Les détenus peuvent également consulter des spécialistes à l'extérieur ou être traités dans les hôpitaux pénitentiaires de Sofia et Lovetch. Les médicaments sont normalement fournis par le centre médical de la prison ou peuvent venir de l'extérieur. Le seul médicament que M. Harakchiev a dû se procurer lui-même, parce que le centre n'en avait pas en stock, est le Rivotril (clonazépam), à un coût unitaire de 7,31 levs bulgares (BGN). M. Harakchiev affirme quant à lui, sans donner plus de détails, qu'il doit systématiquement acheter ses médicaments lui-même. Il allègue par ailleurs que ses soins dentaires ont simplement consisté en l'extraction de dents; malgré son besoin évident de prothèses dentaires, les autorités pénitentiaires ont omis de prendre des mesures à cet égard. Selon le Gouvernement, les prothèses dentaires ne font pas partie de la couverture médicale standard des assurés sociaux en Bulgarie et ne peuvent donc pas être obtenues gratuitement.

23. D'après le Gouvernement, M. Harakchiev peut également rencontrer l'inspecteur social en charge de son quartier chaque jour. Il peut aussi demander à voir un psychologue, le directeur de la prison ou son adjoint, le conseiller juridique de la prison, ou tout autre membre du personnel pénitentiaire. Il peut également bavarder avec d'autres détenus de la même catégorie au cours de sa promenade quotidienne et pendant les heures de repas. Il a également accès à la télévision par câble, avec une cinquantaine de chaînes, à la bibliothèque de la prison, et aux services religieux. M. Harakchiev affirme pour sa part qu'il n'a aucune possibilité de travailler ou de participer à des activités sportives, culturelles ou éducatives, alors qu'il en a exprimé le souhait. Selon le Gouvernement, en novembre 2006 M. Harakchiev a été autorisé à participer à un cours de yoga afin de réduire son niveau de stress.

24. Les évaluations psychologiques annuelles de M. Harakchiev présentées par le Gouvernement pour 2009, 2010, 2011 et 2013 sont très similaires. Elles affirment toutes, souvent en utilisant le même langage, que sa conduite se distingue par la « campagne qu'il a montée » contre les institutions et les responsables de la prison avec lesquels il a été en contact, qui consiste principalement à engager des contentieux judiciaires et à inciter d'autres détenus à faire de « faux témoignages » en sa faveur. Le dialogue avec lui est très difficile, principalement à cause de son manque de respect pour l'autorité, la conscience aiguë de ses propres droits, l'entêtement, et la tendance à demander aux fonctionnaires concernés de témoigner dans les affaires engagées contre les autorités pénitentiaires. Le risque de préjudice grave est élevé en raison de sa personnalité, de la nature des infractions commises et de la rigidité de sa conduite. Il est agressif verbalement envers le personnel pénitentiaire.

(...)

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. L'emprisonnement à perpétuité

1. *Historique*

51. La loi pénale de 1896, première législation complète en matière pénale après que la Bulgarie eut retrouvé son indépendance en 1878, prévoyait l'emprisonnement à perpétuité comme forme de peine privative de liberté (chapitre 15 § 1). Les condamnés à l'emprisonnement à perpétuité pouvaient être libérés pour « bonne conduite » à condition d'avoir purgé au moins quinze ans de leur peine (chapitre 20 §§ 1 et 3).

52. La loi pénale de 1951, qui remplaça la loi de 1896 et fut rebaptisée code pénal en 1956, ne prévoyait pas l'emprisonnement à perpétuité comme forme de punition.

2. *Le système de sanction en vertu du code pénal de 1968*

53. L'article 36 du code pénal de 1968, qui a remplacé le code pénal de 1956, définit les buts de la sanction pénale. Son premier paragraphe affirme que la peine est infligée en vue de a) rééduquer le condamné et l'inciter à se conformer à la loi et à la bonne morale; b) dissuader le condamné de commettre d'autres infractions; et c) mettre en garde et dissuader les autres membres de la société. Le deuxième paragraphe énonce que la peine ne peut avoir pour objet d'infliger une souffrance physique ou de porter atteinte à la dignité humaine.

54. Les diverses sanctions pénales sont énumérées à l'article 37 du code, et les articles 38 à 52 en précisent les caractéristiques. Jusqu'en 1986, la plus longue peine possible était de vingt ans d'emprisonnement (article 39 §§ 2-3 du code, tel qu'il était libellé entre 1968 et 1986). En 1986, la peine maximale fut portée à trente ans d'emprisonnement.

55. En vertu des articles 37 § 2 et 38 du code, tels qu'ils étaient libellés avant l'abolition de la peine de mort en décembre 1998, les juridictions ne pouvaient prononcer la peine de mort que pour des infractions volontaires particulièrement graves et seulement si elles estimaient qu'une peine plus clémente ne pouvait permettre d'atteindre les objectifs de punition et de dissuasion poursuivis par la sanction pénale. En vertu de l'article 38 § 4 du code, la peine de mort ne pouvait pas être mise à exécution tant que le président n'avait pas examiné l'hypothèse de sa commutation.

56. Jusqu'en 1995, la sanction la plus sévère après la peine de mort était la peine d'emprisonnement jusqu'à trente ans dans des cas exceptionnels (article 39 § 2 du code, tel que libellé à partir de 1986). En 1995, une nouvelle sanction fut introduite : l'emprisonnement à perpétuité (*доживотен затвор*), défini par l'article 38 a) § 1 du code, nouvellement ajouté, comme le « confinement du condamné dans un établissement pénitentiaire jusqu'à la fin de sa vie ». Cette peine peut être commuée par un tribunal en une peine d'emprisonnement d'une durée de trente ans après que le condamné a purgé au moins vingt ans (article 38 a) § 3 du code).

57. Les dernières exécutions de condamnés à mort ont eu lieu en novembre 1989. Après un moratoire de fait sur les exécutions, un moratoire formel fut adopté par le Parlement le 20 juillet 1990. Pour plus de détails à ce sujet et sur les débats qui s'ensuivirent concernant l'abolition de la peine de mort, voir l'arrêt *Iorgov c. Bulgarie* (n° 40653/98, §§ 12-28, 11 mars 2004).

58. L'abolition de la peine de mort prit effet le 27 décembre 1998. Au même moment, une nouvelle sanction fut introduite : l'emprisonnement à perpétuité non commuable (*доживотен затвор без замяна*). Cette peine remplaça la peine capitale dans les dispositions du code pénal de 1968 relatives à certaines infractions.

59. L'article 37 § 2 du code, tel que libellé après modification, se lit comme suit :

« Les infractions les plus graves qui menacent les fondements de la République et certaines autres infractions volontaires particulièrement graves sont passibles, à titre provisoire et exceptionnel, de l'emprisonnement à perpétuité non commuable. »

60. L'article 38 du code, tel que libellé après modification, se lit ainsi :

« 1. La peine de perpétuité non commuable (...) ne peut être prononcée que si l'infraction est particulièrement grave et si les buts [de la peine tels que] mentionnés à l'article 36 ne peuvent être atteints au moyen d'une peine plus clémente. »

2. La peine de perpétuité non commuable ne peut être prononcée à l'égard d'une personne qui n'avait pas atteint l'âge de vingt ans au moment de la commission de l'infraction ou l'âge de dix-huit ans pour les personnes servant dans les forces armées ou en temps de guerre. La peine de perpétuité non commuable ne peut être prononcée à l'encontre d'une femme qui était enceinte au moment de la commission de l'infraction ou du prononcé de la peine.»

61. La partie pertinente de la note explicative qui accompagnait le projet de loi portant modification du code se lit comme suit :

«Le projet de loi propose de remplacer la peine de mort par une nouvelle sanction pénale: l'emprisonnement à perpétuité non commuable, qui diffère de l'emprisonnement à perpétuité. Cette sanction pénale écarte le détenu de la société, le privant ainsi de la possibilité de commettre d'autres infractions, et elle aura un effet dissuasif sur les auteurs d'infraction en puissance.»

62. Les débats parlementaires sur le projet de loi se tinrent le 27 novembre 1998 (première lecture) et le 10 décembre 1998 (deuxième lecture).

63. Au cours du premier de ces débats, nombre de parlementaires se prononcèrent en faveur de l'abolition de la peine de mort. Dans le même temps, un parlementaire déclara qu'il ne soutiendrait cette proposition que si elle était accompagnée de l'introduction d'une peine de perpétuité réelle. Il fut également proposé que l'irréversibilité d'une telle peine puisse être remise en cause par l'exercice du droit de grâce présidentielle. Un autre parlementaire souligna que l'opinion publique pouvait difficilement être considérée comme favorable à l'abolition de la peine de mort et qu'il fallait assurer à la société que ceux qui échapperaient à la peine de mort resteraient totalement isolés. Pour sa part, le ministre de la Justice promit de modifier substantiellement la législation relative à l'exécution des sanctions pénales en vue d'isoler les condamnés à la perpétuité réelle et d'éviter qu'ils ne commettent d'autres infractions en prison ou ne jouissent de conditions de détention confortables. Il ajouta que le degré d'isolement devait être calibré avec précaution afin de ne pas porter atteinte aux droits de l'homme des intéressés.

64. Au cours du deuxième de ces débats, un parlementaire observa qu'il serait paradoxal d'avoir deux types de peine de perpétuité, mais qu'il pouvait l'accepter à titre provisoire. Il ajouta que, de son point de vue, le droit de grâce présidentielle ne pouvait être restreint par la loi. Cependant, un autre parlementaire affirma qu'il convenait de prendre des dispositions, le cas échéant en limitant l'étendue du droit de grâce présidentielle, pour empêcher ceux qui, sans cet amendement, auraient été condamnés à la peine de mort de pouvoir retrouver un jour la liberté. Un autre membre du Parlement exprima le point de vue selon lequel le libellé des nouvelles

dispositions du code empêcherait l'exercice du droit de grâce présidentielle en faveur des condamnés à une peine de perpétuité réelle.

65. En conséquence, depuis l'abolition de la peine de mort, le code prévoit trois types de peines privatives de liberté: l'emprisonnement pour une durée déterminée pouvant aller jusqu'à trente ans, l'emprisonnement à perpétuité commuable et l'emprisonnement à perpétuité non commuable. Aucune infraction n'est passible du seul emprisonnement à perpétuité non commuable.

66. Par deux décrets des 25 janvier et 6 mars 1999, le vice-président de la République commua toutes les peines capitales qui étaient devenues définitives mais n'avaient pas encore été exécutées en peine de perpétuité commuable (dans un cas) ou non commuable (dans vingt et un cas).

3. Le système de condamnation dans le nouveau projet de code pénal

67. Le 31 janvier 2014, le gouvernement présenta au Parlement un projet de code pénal visant à remplacer le code pénal de 1968. Ce projet ne prévoit pas l'emprisonnement à perpétuité non commuable; il se limite à l'emprisonnement à perpétuité. Sa partie pertinente en l'espèce se lit ainsi:

Article 47 – Types de sanctions

«(...)

2. Les infractions volontaires particulièrement graves sont passibles de l'emprisonnement à perpétuité.»

Article 48 – Prison à vie

«1. La peine de perpétuité consiste en l'isolement du condamné dans un établissement pénitentiaire jusqu'à la fin de sa vie.

2. La peine de perpétuité peut être prononcée lorsque l'infraction est d'une particulière gravité par rapport à des infractions du même type et que les buts de la peine ne peuvent être atteints au moyen d'une peine plus clémente.

3. La prison à vie ne peut être prononcée à l'égard:

a) d'une personne qui n'avait pas atteint l'âge de vingt ans au moment de la commission de l'infraction;

b) d'une femme qui était enceinte au moment de la commission de l'infraction ou du prononcé de la peine.»

Article 49 – Commutation de l'emprisonnement à perpétuité en emprisonnement à temps

«1. La part restante de la peine de perpétuité peut être remplacée par un emprisonnement d'une durée de quinze ans si le condamné a purgé au moins quinze ans et qu'il a, à travers sa conduite, fait la preuve de son amendement.

(...)

3. Le terme de l'emprisonnement au titre du paragraphe 1 doit être purgé séparément de l'emprisonnement à perpétuité déjà purgé.»

68. La note explicative qui accompagnait le projet de code explique, en ce qui concerne l'emprisonnement à perpétuité (page 8) :

«L'emprisonnement à perpétuité non commuable doit être aboli en ce qu'il est désormais perçu comme trop inhumain en raison de l'absence d'espoir pour les personnes condamnées.

Il est, d'autre part, proposé de conserver la peine d'emprisonnement à perpétuité commuable. Compte tenu de la dureté exceptionnelle de cette peine, les cas dans lesquels elle peut être prononcée doivent être limités. Elle doit être réservée aux cas où l'infraction est d'une particulière gravité par rapport à des infractions du même type et lorsque les buts de la peine ne peuvent être atteints au moyen d'une peine plus clémente. Pour des raisons humanitaires, il est envisagé que cette sanction pénale ne puisse être prononcée à l'égard des condamnés qui n'avaient pas atteint l'âge de vingt ans au moment de la commission de l'infraction ou des femmes qui étaient enceintes au moment de la commission de l'infraction ou du prononcé de la peine.»

69. Le Parlement n'a pas encore débattu du projet.

B. La grâce, l'aménagement de la peine et l'applicabilité de ces mesures à l'emprisonnement à perpétuité

1. La libération conditionnelle

70. En vertu de l'article 70 § 1 du code pénal de 1968, la libération conditionnelle ne peut s'appliquer qu'aux peines d'emprisonnement à temps. Les condamnés à l'emprisonnement à perpétuité ne peuvent accéder à la libération conditionnelle.

2. La commutation de la peine par décision judiciaire

71. Le code de procédure pénale de 1974 et le code de procédure pénale de 2005 disposent qu'un tribunal régional peut, à la demande du procureur régional, commuer une peine de perpétuité en une peine d'emprisonnement à temps (articles 427-428 du code de 1974 et articles 449-450 du code de 2005). Le tribunal régional rend une décision motivée; en cas de décision négative, celle-ci peut être contestée devant les juridictions de deuxième instance. Si la proposition du procureur est rejetée, aucune autre demande de commutation ne pourra être présentée pendant deux ans. La législation ne prévoit pas que le procureur puisse demander un aménagement de peine pour les condamnés à la perpétuité réelle.

3. La grâce présidentielle

a) Le contexte juridique

i. Les dispositions constitutionnelles et légales

72. En vertu de l'article 98 point 11 de la Constitution de 1991, qui est entrée en vigueur le 13 juillet 1991, le droit de grâce est une prérogative du président de la République.

73. À cette date, l'article 74 du code pénal de 1968, qui délimite la portée de ce pouvoir présidentiel, se lisait ainsi :

« Le président peut utiliser son droit de grâce pour accorder la grâce relativement à tout ou partie d'une peine et, en cas de peine de mort, accorder la grâce ou commuer la peine. »

74. Depuis le 13 octobre 2006, date d'entrée en vigueur de l'amendement adopté à cet effet, l'article 74 du code prévoit que les pouvoirs du président relatifs à la peine de mort s'appliquent aussi aux peines de perpétuité, qu'elles soient commuables ou non.

75. Il s'agit là d'un pouvoir discrétionnaire que le président délègue traditionnellement depuis 1991 au vice-président de la République, conformément à l'article 104 de la Constitution de 1991. Son exercice n'est pas soumis au contrôle des juridictions ordinaires (*onp. № 2429 om 20 февруари 2012 г. no адм. д. № 817/2012 г., BAC, III о.*).

ii. La décision de la Cour constitutionnelle n° 6 de 2012

76. Dans sa décision n° 6 du 11 avril 2012 (*peu. № 6 om 11 април 2012 г. κ. д. № 3/2012 г., обн., ДВ, бр. 15 om 2012 г.*), rendue sur une requête qui émanait de soixante et un parlementaires, la Cour constitutionnelle a livré une interprétation contraignante de l'article 98 point 11 de la Constitution de 1991 (paragraphe 72 ci-dessus). Elle a déclaré inconstitutionnelle la décision du Parlement du 15 février 2012 d'établir un comité *ad hoc* chargé de conduire une enquête, entre autres, sur la manière dont le président et le vice-président précédents avaient exercé leur droit de grâce au cours de leurs deux mandats du 22 janvier 2002 au 22 janvier 2012, en ce qu'elle constituait un excès de pouvoir et violait le principe de séparation des pouvoirs (paragraphe 89 ci-dessous). Pour la haute juridiction, le droit de grâce tel qu'actuellement prévu est l'équivalent moderne du droit de grâce royale, basé sur un principe d'humanité. Pour cette raison, il ne peut être lié à des objectifs particuliers, mais doit être exercé par le président – ou le vice-président par délégation – sur la base des circonstances particulières de chaque affaire. Il peut être exercé dès le moment où la peine devient définitive et consister en une commutation totale ou partielle de la peine

ou son remplacement par une peine plus clément. Il ne porte pas atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire, en ce qu'il n'a pas d'influence sur la déclaration de culpabilité de la personne, mais se contente de la dispenser de purger une partie de la peine prononcée par les juridictions pénales. Les modalités d'exercice de ce droit peuvent être établies par la loi, mais le Parlement ne peut pas définir ou restreindre les bases de son exercice ni en influencer les motifs. De même qu'il n'est pas possible de limiter les types de sanctions pénales auxquelles ce droit pourrait s'appliquer ou d'exclure un certain type de condamnés de son champ d'application.

77. Le droit d'accorder la grâce, qui est, en quelque sorte, une exception au principe d'égalité devant la loi, est basé sur le besoin de mettre en œuvre certaines valeurs constitutionnelles prédominantes qui ne peuvent être protégées par le biais de dispositions de loi abstraites. Il est par conséquent implicite dans la Constitution que ce droit doit être exercé de manière non arbitraire et soumis au devoir de mettre en œuvre les valeurs et principes constitutionnels. Il en découle que la Constitution exige du président, dans l'exercice de ce droit, qu'il prenne en compte l'équité, l'humanité, la compassion, la pitié, mais aussi l'état de santé et la situation familiale du condamné. Dans les cas où l'exercice du droit de grâce ne concerne pas toute la peine, mais seulement une partie de celle-ci, il est très important de prendre en considération les changements positifs dans la personnalité du condamné. Le président n'a pas le devoir de motiver sa décision, de même que le pouvoir législatif ne peut en aucune manière restreindre son droit de grâce ou lui demander de motiver sa décision. En effet, si les décisions étaient motivées, le président ou le vice-président pourraient être contraints d'accorder par la suite la grâce dans des circonstances identiques et les condamnés pourraient se croire titulaires d'un droit à la grâce dès lors qu'ils rempliraient les conditions définies par les décrets de grâce précédents.

78. Parallèlement, le président a le devoir de respecter le droit de chacun à l'égalité devant la loi. Il est par conséquent nécessaire d'instaurer des garanties pour s'assurer que le président traite toutes les demandes de grâce de la même manière et applique le même critère à toutes. Naturellement, ce critère ne peut pas être imposé au président par le pouvoir législatif, car cela porterait atteinte au principe de la séparation des pouvoirs. En revanche, le président est en position de définir les modalités d'exercice de son droit de grâce et un critère général pour le guider. Une telle déclaration politique rendrait l'exercice pratique de ce droit transparent et stable. Le président ou le vice-président pourraient ainsi faire connaître, au début de leur mandat, les critères censés être appliqués dans le traitement des demandes de grâce.

79. Le président peut à tout moment – au début de son mandat ou plus tard – déléguer le droit d'accorder la grâce au vice-président, qui peut

l'exercer de la même manière que le président. La délégation peut être retirée à tout moment et elle n'empêche pas le président d'exercer lui-même le droit délégué. En cas de réélection du président et du vice-président pour un deuxième mandat, la délégation du premier mandat subsiste et ne doit pas être renouvelée.

80. Les décrets de grâce présidentielle ne sont pas assujettis à la cosignature d'un ministre du gouvernement. Ils entrent en vigueur dès leur signature et ne peuvent faire l'objet d'un contrôle par une autre autorité, de même qu'ils ne peuvent être retirés ou modifiés par le président après leur entrée en vigueur. En ce sens, une fois accordée, la grâce est irrévocable et le bénéficiaire ne peut être contraint de purger à nouveau sa peine en raison de sa conduite. La grâce, qu'elle soit totale ou partielle, ne peut pas non plus être soumise à conditions.

81. Aucune exigence constitutionnelle n'impose que les décrets de grâce soient publiés au Journal officiel. Ni la décision ni ces décrets ne doivent être rendus publics, compte tenu de l'équilibre délicat à trouver entre la vie privée, les données personnelles et la dignité du bénéficiaire d'une grâce, d'une part, et le droit de l'opinion publique à être informée de la manière dont les autorités publiques gèrent les questions d'intérêt public, d'autre part. La pratique au cours des vingt dernières années a été de ne pas publier les décrets de grâce à moins que la personne concernée ne consente à leur publication. Cependant, rien n'empêche de demander qu'ils soient publiés. Le pouvoir législatif est compétent pour décider sur cette question.

82. Les décrets de grâce, comme tous les autres décrets émanant du président ou du vice-président, ne constituent pas des décisions administratives et ne peuvent être assimilés à de tels actes. Partant, ils ne sont pas assujettis au contrôle juridictionnel et, en vertu de l'article 149 § 1 point 2 de la Constitution, ils ne peuvent être contestés, pour inconstitutionnalité, que devant la Cour constitutionnelle par toute autorité ou personne autorisée à saisir la haute juridiction au titre de l'article 150 de la Constitution : un cinquième des 240 parlementaires, le président, le Conseil des ministres, la Cour suprême de cassation, la Cour suprême administrative ou le procureur général.

83. Dans une opinion partiellement dissidente, trois juges constitutionnels ont estimé, entre autres, qu'il ne serait pas inacceptable que la loi demande au président de motiver ses décrets de clémence. En effet, une telle motivation montrerait que ces décrets ne sont pas arbitraires et faciliterait grandement leur contrôle par la Cour constitutionnelle.

b) L'exercice du droit de grâce présidentielle pendant la période 2002-2012

84. Le président et le vice-président précédents furent en poste durant deux mandats : le premier ayant couru du 22 janvier 2002 au 22 janvier 2007, le second du 22 janvier 2007 au 22 janvier 2012.

85. Entre le 1^{er} janvier 2002 et le 31 décembre 2009, le vice-président reçut 6 967 demandes de grâce, dont 477 furent accueillies favorablement.

86. Dans la pratique, un comité de fonctionnaires de l'administration présidentielle examinait les demandes de grâce et faisait des propositions au vice-président. Pour se faire une opinion sur chaque cas, le comité prenait en compte la position des conseillers juridiques du président sur la politique criminelle et s'appuyait sur les informations relatives au condamné fournies par l'administration pénitentiaire. Avant de prendre sa décision, le vice-président pouvait également entendre le détenu.

87. Selon un rapport établi par le directeur général de l'administration pénitentiaire en date du 15 septembre 2009, environ 100 demandes de grâce avaient été soumises aux vice-présidents successifs par des détenus purgeant une peine d'emprisonnement à perpétuité non commuable; aucune d'entre elles n'avait été accueillie favorablement. Le chef de cabinet du vice-président indiqua qu'entre le 21 janvier 2002 et le 7 septembre 2009, le comité avait reçu 29 demandes de grâce émanant de 16 personnes condamnées à l'emprisonnement à perpétuité; aucune d'entre elles n'avait été accueillie favorablement. Il expliqua, en outre, qu'il n'était pas demandé au vice-président de motiver sa décision de refus, mais que les détenus concernés pouvaient renouveler leurs demandes de grâce sans limitation. Dans un rapport publié en avril 2010, le Comité Helsinki de Bulgarie mentionna également cette information et ajouta que ses recherches avaient montré que même avant janvier 2002 aucune personne purgeant une peine d'emprisonnement à perpétuité non commuable n'avait bénéficié d'une grâce présidentielle (paragraphe 175 ci-dessous).

88. Les requérants ont présenté quatre lettres datées des 27 juin 2006, 29 novembre 2007 et 17 février 2011, dans lesquelles l'administration présidentielle informait deux condamnés à perpétuité, en des termes identiques, que leurs «demandes de grâce [avaient été] dûment prises en considération et rejetées». Les lettres ne contiennent aucun détail particulier.

c) La décision adoptée par le Parlement le 15 février 2012 de mettre en place un comité *ad hoc* pour enquêter, entre autres, sur l'exercice du droit de grâce présidentielle entre le 22 janvier 2002 et le 22 janvier 2012

89. Le 15 février 2012, le Parlement décida de mettre en place un comité *ad hoc* ayant pour mandat de conduire une enquête, entre autres, sur la manière dont les anciens président et vice-président avaient exercé leur

droit de grâce au cours de leurs deux mandats, entre le 22 janvier 2002 et le 22 janvier 2012 (paragraphe 84 ci-dessus). Peu de temps après, le 11 avril 2012, la Cour constitutionnelle déclara cette décision inconstitutionnelle en ce qu'elle constituait un excès de pouvoir et violait le principe de la séparation des pouvoirs (paragraphe 76 ci-dessus). En réponse, le Parlement décida, le 16 mai 2012, de mettre en place un comité *ad hoc* ayant pour mandat de conduire une enquête, entre autres, sur la manière dont les fonctionnaires des différents services avaient exercé leurs fonctions en la matière. Dans son rapport, publié le 1^{er} novembre 2012, le comité observa, entre autres, que l'ancien vice-président, auquel le président avait délégué le droit de grâce, avait été conseillé par une commission spéciale. La pratique de cette commission était d'obtenir du directeur de la prison, du médecin et du psychologue des informations, notamment des évaluations psychologiques, concernant les détenus qui avaient demandé la grâce (paragraphe 85-88 ci-dessus). Il est toutefois impossible de savoir si toutes les informations qui figuraient dans les dossiers personnels des détenus ont pleinement été prises en compte dans les données fournies à cette commission. Il importe également de noter que l'administration présidentielle arrivée au pouvoir en janvier 2012 a considérablement augmenté le niveau de transparence du système de grâce (paragraphe 90-107 ci-dessous). Selon le comité, aucun critère légal ne régit l'évaluation de la conduite ou du profil psychologique du condamné qui demande la grâce présidentielle. La fourniture d'informations sur ces points est par conséquent entièrement à la discrétion des fonctionnaires compétents. Il est donc nécessaire de légiférer sur ce point et d'introduire une obligation légale pour la publication des décrets de grâce présidentielle. La pratique de l'administration présidentielle en charge de la publication de rapports était tout à fait appropriée, mais elle ne peut pas lier les futures administrations présidentielles.

d) L'exercice du droit de grâce présidentielle pendant la période 2012-2013

i. Les règles de procédure internes

90. Par deux décrets en date du 23 janvier 2012, le président nouvellement élu, qui avait pris ses fonctions la veille, décida, comme ses prédécesseurs, de déléguer le droit d'accorder la grâce au vice-président. Il mit également en place une commission de grâce pour conseiller le vice-président dans l'exercice de ce droit et adopta des règles de procédure régissant le travail de la commission.

91. La règle 1 § 3 de ces règles dispose que, dans l'exercice de ses fonctions, la commission doit, entre autres, prendre en compte la jurisprudence pertinente des juridictions internationales et des autres organes sur

l'interprétation et l'application des instruments internationaux de protection des droits de l'homme applicables à la Bulgarie. La commission se réunit deux fois par mois (règle 5 § 2). Chacune des demandes de grâce est assignée à un membre de la commission, qui doit soumettre un rapport (règle 4 § 1 point 1) dans un délai de deux semaines (règle 6). Les décisions sont prises à la majorité, le président ayant une voix prépondérante en cas d'égalité (règle 5 § 4). Le président de la commission avise alors le vice-président des recommandations de cette dernière (règle 4 § 1 point 5). Les détenus qui ont sollicité la grâce doivent être informés par écrit de la décision du vice-président et, tous les trois mois, la commission doit publier un rapport sur ses activités.

ii. Le travail accompli par la Commission de grâce en 2012

92. Dans la pratique, tout au long de l'année 2012, la Commission de grâce publia des rapports mensuels.

93. Le 24 janvier 2013, la commission publia son premier rapport annuel, qui fut approuvé par le vice-président. Il s'agit d'un document complet contenant des informations sur les activités de la commission en 2012, des informations analytiques sur les types de motivation à l'appui des demandes de grâce au cours de l'année, des données statistiques, l'approche de la commission quant à l'examen des demandes de grâce, le type d'issue suggéré par la commission (non-examen de la demande, refus, grâce totale ou partielle) et les conclusions et recommandations de la commission.

94. D'après le rapport, 840 personnes ont soumis 988 demandes de grâce présidentielle en 2012. Soixante-cinq d'entre elles ont soumis plus d'une demande. La grande majorité des demandes (98 %) soumises par les détenus (par opposition à des demandes soumises par des proches) s'appuyaient sur une ou plusieurs des raisons suivantes: 34 % sur l'attitude du condamné par rapport à l'infraction commise, dont certains détenus exprimant leurs regrets et d'autres cherchant à justifier leurs actes ou contestant le bien-fondé de leur condamnation ou de leur peine; 18 % sur l'amendement du condamné à la suite de son incarcération; 48 % sur des motifs humanitaires (difficultés familiales, nécessité de s'occuper d'enfants ou de proches âgés, nécessité d'apporter une aide financière aux membres de leur famille, nécessité de se réconcilier avec les membres de leur famille, problèmes de santé, âge avancé); et 7 % cherchaient à décrire les détenus comme des victimes de la prison, des tribunaux ou du système, certains mentionnant les effets pathogènes de l'incarcération ou l'impossibilité d'un développement personnel en prison. Les 2 % restants n'indiquaient pas de motifs particuliers. Seules quatre requêtes ont été soumises non par la personne concernée elle-même mais par un représentant juridique.

95. En 2012, la commission s'est réunie 33 fois, à raison de trois à cinq fois par mois.

96. La pratique de la commission s'est appuyée sur l'idée que la grâce est un moyen subsidiaire de diminuer la peine et qu'elle n'est applicable que dans des situations où il n'y a pas d'autre moyen d'alléger la répression pénale et où la poursuite de l'exécution de la peine est par ailleurs moralement injustifiable et contraire à l'esprit de la loi en ce que, compte tenu de l'évolution intervenue après la condamnation, la situation du condamné est devenue anormale et la poursuite de l'exécution de la peine, loin des effets bénéfiques attendus, inutilement répressive et contraire aux objectifs humanistes de la politique pénale.

97. Lors de l'examen de chaque demande de grâce, la commission a pris en considération tous les aspects relatifs au détenu : l'existence d'un mode de conduite criminel et ses caractéristiques ; la gravité de l'infraction ; les particularités de l'environnement criminel ; les mobiles de l'infraction ; la conduite postérieure à la commission de l'infraction ; le casier judiciaire, y compris l'effectivité des sanctions pénales précédentes ; les victimes ; le temps écoulé depuis la commission de l'infraction et depuis que la condamnation et le prononcé de la peine étaient devenus définitifs ; les interruptions dans l'exécution de la peine ; la part de la peine déjà purgée et la manière dont elle avait été purgée ; les perspectives de développement personnel du condamné, y compris le risque de récidive ; la réussite du processus correctionnel ; le degré de réalisation des objectifs de la peine ; la disponibilité de personnes ou institutions pour resocialiser le détenu ; l'état de santé du détenu et ses effets sur l'exécution de la peine ; la situation familiale du détenu et ses effets sur ses obligations légales ou morales (état de santé et âge des membres de la famille du détenu ou existence de grossesses, enfants en bas âge ou membres de la famille sans emploi) ; les modifications de la loi, postérieures à la condamnation, ayant pu abolir ou réduire la responsabilité pénale pour les actes commis par le détenu ; et l'existence d'autres moyens pour alléger la répression pénale.

98. La commission a proposé au vice-président d'accorder la grâce à trois détenus.

99. L'un d'entre eux était âgé de cinquante-huit ans, il avait été condamné à mort en 1990 pour meurtre, infliction de lésions corporelles graves et viol, et sa condamnation à mort avait été commuée en emprisonnement à perpétuité en 1999 à la suite de l'abolition de la peine capitale en Bulgarie (paragraphe 58 ci-dessus). En 2012, il avait demandé que sa peine soit commuée en emprisonnement à perpétuité en invoquant son repentir, son bon comportement et l'inhumanité de sa peine. La commission nota qu'il avait déjà passé vingt-deux ans en prison, dont dix-

huit à l'isolement, sous le « régime spécial » applicable aux condamnés à perpétuité (paragraphe 115-116, 118 et 121 ci-dessous). La commission examina son cas pendant six mois et trouva une circonstance particulière – un changement positif et durable de sa personnalité – qui rendait intolérable pour lui de continuer à purger une peine d'emprisonnement à perpétuité non commuable. Ce développement fut établi de manière incontestable sur la base des documents disponibles, des rapports des experts qui avaient travaillé avec le détenu au cours de son incarcération, du rapport d'un expert psychologue obtenu par la commission et d'une évaluation, basée sur différentes méthodes, du risque de récidive. Tous ces éléments montraient que le détenu était très différent d'autres condamnés à perpétuité et détenus purgeant une longue peine. Ses penchants criminels avaient laissé la place à la compassion envers les autres détenus et à la reconsidération des infractions commises. Le profil du détenu montrait un processus correctionnel réussi, ce qui était rare même pour des personnes condamnées pour des infractions similaires et purgeant des peines bien plus courtes que la période qu'il avait déjà passée en prison. Ces facteurs le plaçaient hors du champ d'application de l'article 38 § 1 du code pénal de 1968 (paragraphe 60 ci-dessus).

100. La commission estima que la commutation de la peine du détenu en emprisonnement à perpétuité servirait les objectifs de la sanction pénale et ne diminuerait en rien la condamnation morale de ses actes. La commutation ne reviendrait pas à lui pardonner son passé criminel, mais représenterait une reconnaissance des efforts consentis par lui pour s'éloigner de son passé. Elle montrerait également aux autres condamnés à une peine de perpétuité non commuable qu'ils pouvaient améliorer leur situation, car leurs efforts seraient reconnus par la société, qui continuait à les considérer comme ses membres. Enfin, la commutation de l'emprisonnement à perpétuité non commuable en emprisonnement à perpétuité commuable n'augmenterait pas le risque de récidive.

101. La commission proposa au vice-président de commuer la peine du détenu le 20 décembre 2012, et le vice-président donna son accord qu'il formalisa par un décret en date du 21 janvier 2013.

102. Le 11 février 2013, un quotidien national, *24 Hours*, publia un article au sujet de ce détenu. L'article affirmait, entre autres, que la personne qui avait été l'instrument de sa réhabilitation était un inspecteur pénitentiaire à la retraite qui avait travaillé avec lui pendant près de quinze ans. Le détenu s'était ainsi convaincu que tout le monde pouvait changer à condition de rencontrer les bonnes personnes, raison pour laquelle il aidait les autres détenus.

iii. Le travail de la Commission de grâce en 2013

103. Tout au long de l'année 2013, la Commission de grâce continua à publier des rapports mensuels exposant des données statistiques et des informations détaillées sur les raisons sous-jacentes aux propositions de grâce faites au vice-président. Selon les informations figurant sur le site Internet de la commission, 419 personnes ont soumis 475 demandes de grâce en 2013, et la commission a proposé au vice-président d'accorder la grâce à trois détenus. Elle a reçu six demandes de personnes purgeant une peine de perpétuité réelle. Dans son rapport couvrant la période juillet-août 2013, la commission déclara avoir examiné deux de ces requêtes et recommandé leur rejet au motif que les personnes concernées n'avaient pas fait montre de suffisamment de progrès sur la voie de l'amendement.

104. Le rapport annuel de la commission pour 2013 fut publié en février 2014. À l'instar du rapport de 2012, il s'agit d'un document complet qui contient des informations sur les travaux menés par la commission en 2013, des informations analytiques sur les motifs invoqués à l'appui des demandes de grâce au cours de l'année, des données statistiques, une description de la démarche mise en œuvre par la commission pour l'examen des demandes de grâce, le type d'issue suggéré par la commission (non-examen de la demande, refus, grâce totale ou partielle) et les conclusions et recommandations de la commission.

105. Il ressort du rapport qu'en 2013 la commission a traité 587 demandes de grâce (environ 45 par mois), soumises par 420 personnes. À l'exception de 23 d'entre elles, toutes concernaient des détenus. Dans 387 cas les condamnés avaient soumis leur demande personnellement, dans 34 cas la demande avait été soumise par un proche et dans 11 cas elle l'avait été par des représentants juridiques. 31 % des demandes invoquaient le prétendu repentir du condamné; 33 % la dureté excessive de la peine, l'absence de reconnaissance de l'amendement du condamné et l'impossibilité d'un quelconque développement personnel en prison; 68 % des motifs humanitaires (âge avancé, maladie, nécessité de s'occuper de proches malades, indigence, nécessité d'apporter une aide financière aux membres de leur famille); 4 % un prétendu amendement, le travail effectué en prison, une prétendue bonne conduite et le fait d'avoir purgé plus de la moitié de la peine; 16 % le caractère prétendument excessif de la peine, la longueur prétendument excessive de la procédure pénale, la prétendue inexactitude de la condamnation, etc.; et 8 % la prétendue innocence du demandeur.

106. En 2013, la commission s'est réunie 32 fois.

107. En 2013, la commission a totalement adhéré à sa pratique antérieure et pris en considération les mêmes facteurs (paragraphe 97 ci-dessus) lors de l'examen des demandes de grâce. Elle a proposé au vice-président d'accorder la grâce à neuf prisonniers. Au 21 janvier 2014, le vice-président avait accepté sept des propositions et en avait rejeté une. Le rapport donne un résumé des motifs pour chacune des propositions.

C. Les principes généraux relatifs aux conditions de détention

108. L'article 31 § 5 de la Constitution de 1991 prévoit que les conditions de détention doivent permettre aux détenus d'exercer les droits fondamentaux qui n'ont pas été restreints en application de leur peine.

109. L'article 8 § 2 point 1 de la loi sur l'exécution des peines de 1969, tel que libellé après juin 2002, prévoyait que les détenus étaient réinsérés, entre autres, grâce à des conditions de détention préservant leur santé physique et mentale et leur dignité humaine.

110. L'article 3 § 1 de la loi de 2009 sur l'exécution des peines et la détention préventive, qui a remplacé la loi de 1969 le 1^{er} juin 2009, dispose que les détenus ne doivent pas être soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants. L'article 3 § 2 définit la torture et les traitements inhumains et dégradants comme étant a) tout acte ou omission intentionnels qui cause une douleur ou une souffrance physique graves, à l'exception de celles résultant de l'usage de la force, de moyens auxiliaires ou d'armes à feu autorisés par la loi; b) le placement intentionnel dans de mauvaises conditions de détention caractérisées par un manque d'espace vital, de nourriture, d'habillement, de chauffage, d'éclairage, de ventilation, de soins médicaux, d'exercice physique, par un isolement prolongé sans contacts humains ou par tout autre acte ou omission coupables de nature à porter atteinte à la santé de la personne; et c) un traitement humiliant qui diminue la dignité du condamné, l'oblige à commettre ou à subir des actes contre sa volonté, ou fait naître en lui des sentiments de peur, de vulnérabilité ou d'infériorité. L'article 3 § 3 prévoit que ces actes ou omissions incluent ceux commis par un fonctionnaire public ou par toute autre personne à l'instigation d'un fonctionnaire public, explicitement ou tacitement, ou de connivence avec celui-ci.

111. L'article 40 § 2 point 1 prévoit que les détenus sont réinsérés, entre autres, grâce à des conditions de détention préservant leur santé physique et mentale et leur dignité humaine.

112. L'article 90 § 6 (paragraphe 5 avant le 1^{er} janvier 2013) prévoit que les détenus ne peuvent être condamnés à une sanction disciplinaire pour avoir adressé des demandes ou des réclamations.

D. L'évaluation des risques des détenus

113. L'article 47 § 1 de la loi de 2009 sur l'exécution des peines et la détention préventive prévoit que les détenus entrants doivent être placés dans un quartier réservé aux nouveaux arrivants, où ils resteront entre quinze et trente jours. Dans les deux jours de l'arrivée du détenu dans ce quartier, l'administration de la prison doit compiler un dossier personnel (article 54 § 1 de la loi de 2009 et article 31 § 1 du règlement d'application de la loi, adopté le 2 février 2010). L'article 55 § 2 de la loi de 2009 prévoit qu'avant que le détenu ne quitte ce quartier, le travailleur social, le médecin et le psychologue attachés à la prison doivent établir une évaluation de sa personnalité, de son état de santé et de sa capacité à travailler, et faire des recommandations concernant le travail collectif ou individuel avec le détenu. À compter du 1^{er} janvier 2013, ce paragraphe a subi un ajout prévoyant que l'évaluation doit aussi concerner le risque de récidive ou de dommage. Dans le même temps, l'article 55 a été complété par un nouveau paragraphe 3 aux termes duquel les détenus qui purgent une peine perpétuelle, commuable ou non, ceux qui purgent une peine de plus de dix ans d'emprisonnement, ou ceux dont le risque est estimé « très élevé » ou « élevé », doivent dans tous les cas être soumis à une évaluation psychologique. Pour les autres détenus, une telle évaluation peut être réalisée à la demande de l'inspecteur pénitentiaire en charge des activités sociales et de la réinsertion.

E. Le régime des condamnés à perpétuité

1. La loi de 1969 sur l'exécution des peines

114. Jusqu'au 1^{er} juin 2009, le régime des condamnés à perpétuité était régi par les articles 127 a) à 127 e) de la loi de 1969 sur l'exécution des peines, ajoutés en 1995 lorsque l'emprisonnement à perpétuité fut introduit comme forme de sanction (paragraphe 56 ci-dessus), et par le règlement d'application de cette loi, adopté en 1990 puis amendé à plusieurs reprises. Après la réforme de juin 2002, la loi prévoyait expressément que les condamnés à une peine de perpétuité non commuable étaient soumis au même régime de détention que ceux purgeant une peine de perpétuité commuable.

115. L'article 127 b) § 1 prévoyait que, lorsqu'il prononçait une peine de perpétuité, le tribunal devait ordonner que le régime le plus strict, dit « spécial », soit appliqué au condamné. En revanche, s'il prononçait une peine d'emprisonnement à temps, le tribunal disposait d'une certaine marge d'appréciation (article 51) pour choisir entre les différents régimes disponibles : « léger », « général », « strict » ou « amélioré » (article 43 § 1).

Les détenus purgeant une peine perpétuelle non commuable sous le régime « spécial » étaient placés dans des cellules individuelles verrouillées et soumis à une sécurité et à une surveillance renforcées (articles 56 § 1, 167 c) et 167 d) § 1 du règlement d'application). Ceux placés en « régime amélioré » étaient dans des cellules verrouillées la nuit et ne pouvaient effectuer de travaux d'entretien en prison ni aucun autre type de travail extérieur (article 55 §§ 1 et 4 du règlement d'application). Les détenus placés en « régime amélioré » pouvaient, sur décision du directeur de la prison, être placés dans des cellules verrouillées en permanence si, en raison de la gravité de l'infraction commise ou de la longueur de leur peine, ils pouvaient être considérés comme dangereux ou s'ils contrevenaient manifestement et systématiquement à l'ordre interne ou avaient une influence négative sur les autres détenus (article 56 § 1 du règlement d'application).

116. En vertu de l'article 127 b) § 2 et de l'article 167 d) § 2 du règlement d'application, après cinq ans d'emprisonnement en exécution de leur peine, les condamnés à perpétuité pouvaient être soumis à un régime plus clément en cas de bonne conduite. Le temps passé en détention préventive ne comptait pas aux fins du calcul de cette période (article 167 § 2 du règlement d'application). La décision de soumettre un condamné à perpétuité à un régime plus clément devait être prise par une commission spéciale composée de membres du personnel pénitentiaire et de divers autres fonctionnaires (article 17 §§ 1 et 5 point 1); en revanche, la décision de le soumettre à un régime plus dur devait être prise par le tribunal régional, sur proposition de cette commission (article 17 § 5 point 2). Toutes les propositions en ce sens devaient être basées sur une évaluation du risque que le détenu présentait pour lui-même, pour les autres détenus et pour les membres du personnel pénitentiaire (article 17 a)). En vertu de l'article 58, les décisions de la commission pouvaient être annulées par le ministre de la Justice. Lorsqu'un condamné à perpétuité était placé en « régime strict », la commission pouvait décider de le placer avec la population pénitentiaire générale si elle estimait qu'il ne présentait pas de risque pour lui-même, pour les autres détenus ou pour les membres du personnel pénitentiaire (article 127 b) § 4, ajouté en juin 2002).

2. La loi de 2009 sur l'exécution des peines et la détention préventive

117. En juin 2009 et février 2010, la loi de 1969 et son règlement d'application furent remplacés respectivement par la loi de 2009 sur l'exécution des peines et la détention préventive et son règlement d'application, adopté le 2 février 2010.

118. L'article 61 § 1 de la loi de 2009 prévoit que, lorsqu'il prononce une peine de perpétuité, commuable ou non, le tribunal doit ordonner le

placement du condamné en « régime spécial » (les trois régimes applicables en prison sont le « régime spécial », le « régime sévère » et le « régime général » – article 65 § 2). En vertu de l'article 71 § 2, les personnes placées en « régime spécial » doivent être enfermées dans des cellules verrouillées en permanence et soumises à une surveillance renforcée. L'article 71 § 3, ajouté en décembre 2012 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013, prévoit que les condamnés à une peine de perpétuité non commuable et placés en « régime sévère » doivent de préférence être enfermés dans des cellules verrouillées en permanence et sous une surveillance renforcée, à moins qu'il ne soit possible, au regard des conditions de l'article 198 § 2 (paragraphe 121 ci-dessous), de les détenir avec la population pénitentiaire générale. Selon la note explicative qui accompagnait cet amendement, la nouvelle disposition était nécessaire pour éviter que des condamnés à perpétuité dont le régime serait passé de « spécial » à « sévère » ne pussent introduire des recours contre le fait qu'on les maintint constamment enfermés à clé (paragraphe 130-134 ci-dessous).

119. Les articles 197 à 199 concernent spécifiquement le régime applicable aux condamnés à une peine de perpétuité, commuable ou non.

120. L'article 197 § 1 prévoit que ces deux peines doivent être purgées dans des établissements prévus à cet effet ou, à défaut, dans des quartiers séparés d'autres prisons. L'article 197 § 2 prévoit qu'en l'absence de dispositions spécialement applicables aux condamnés à perpétuité, les dispositions régissant les autres peines privatives de liberté s'appliquent.

121. L'article 198 § 1 prévoit qu'un condamné à perpétuité qui fait preuve de bonne conduite peut être soumis à un régime plus clément une fois qu'il a purgé au moins cinq ans de sa peine. Aux termes de l'article 198 § 2, les condamnés à perpétuité peuvent être placés avec la population pénitentiaire générale et prendre part au travail en commun, à la formation, aux activités éducatives, au sport ou à d'autres activités sur décision de la Commission d'exécution des peines, prise sur la base d'une évaluation de la personnalité des individus concernés, à condition qu'ils aient déjà été placés en « régime sévère ». Cette commission est composée du directeur de la prison, d'un membre du conseil d'administration, du chef du service social et éducatif de la prison et du psychologue pénitentiaire (article 73 § 1). Elle se réunit au moins deux fois par mois (article 55 § 1 du règlement d'application).

122. L'article 199 § 1 prévoit que les condamnés à perpétuité ne peuvent pas être placés en « régime général » ou bénéficier d'avantages qui ne peuvent pas être utilisés à l'intérieur de la prison. L'article 199 § 2 prévoit que les condamnés à perpétuité et ceux dont la peine a été commuée par un tribunal en une peine d'emprisonnement à temps (paragraphe 71 ci-dessus) peuvent

être transférés d'une prison à un établissement pénitentiaire ouvert, où ils pourront être placés en « régime général » ou « régime léger » (qui n'existe que dans les établissements pénitentiaires ouverts – article 65 § 3).

123. Le régime des condamnés à perpétuité est également régi par les articles 213 à 220 du règlement d'application de la loi de 2009. Les dispositions applicables à la perpétuité non commuable sont les mêmes que pour la perpétuité commuable (article 220 du règlement d'application).

124. L'article 213 du règlement d'application prévoit que les condamnés à perpétuité doivent être incarcérés dans des prisons prévues à cet effet ou des quartiers de haute sécurité dans d'autres prisons. Il prévoit également qu'ils doivent être placés dans des cellules verrouillées en permanence et sous une surveillance renforcée et qu'ils ne peuvent prendre part aux activités communes qu'avec des détenus de la même catégorie.

125. L'article 214 du règlement d'application prévoit que les condamnés à perpétuité doivent être isolés des autres détenus, même lors des transfèrements, des soins médicaux, des visites, des activités de plein air ou lorsqu'ils quittent leur cellule à d'autres occasions.

126. L'article 216 § 1 du règlement d'application prévoit que les condamnés à perpétuité peuvent travailler dans leur cellule ou à des postes de travail spécialement prévus à cet effet, s'ils existent. En revanche, l'article 71 § 1 de la loi de 2009 prévoit que les autres détenus peuvent travailler dans la zone de la prison ou du dortoir prévue à cet effet et, exceptionnellement, dans des sites externes protégés. Les jours de travail des condamnés à perpétuité doivent être enregistrés (article 216 § 2 du règlement d'application). Toutefois, en vertu de l'article 38 a) § 4 du code pénal de 1968, en vigueur depuis 1995, le travail effectué par un condamné à perpétuité n'engendre pas de remise de peine; cette règle est différente pour les détenus qui purgent une peine privative de liberté à temps, pour lesquels deux jours de travail comptent comme trois jours d'incarcération aux fins de la libération anticipée (article 41 § 3 du même code).

127. L'article 217 du règlement d'application, qui reprend l'article 198 § 2 de la loi de 2009 (paragraphe 121 ci-dessus), prévoit que les condamnés à perpétuité peuvent être placés avec la population pénitentiaire générale et prendre part au travail en commun, à la formation, aux activités éducatives, au sport ou à d'autres activités, sur décision de la Commission d'exécution des peines prise sur la base d'une évaluation de la personnalité des intéressés, à condition qu'ils aient déjà été placés en « régime sévère ».

128. L'article 218 du règlement d'application, qui reprend l'article 198 § 1 de la loi de 2009 (paragraphe 121 ci-dessus), prévoit qu'un condamné à perpétuité qui fait preuve de bonne conduite peut bénéficier d'un régime

plus clément une fois qu'il a purgé au moins cinq ans de sa peine (les périodes de détention préventive ne comptent pas).

129. L'article 219 § 1 du règlement d'application, qui reprend l'article 197 § 1 de la loi de 2009 (paragraphe 120 ci-dessus), prévoit que, pendant les cinq ans suivant la date où leur condamnation est devenue définitive, les condamnés à perpétuité doivent être placés dans des quartiers spéciaux de prisons existantes ou dans des établissements spécialement prévus à cet effet désignés par le ministère de la Justice. Pendant cette période, une équipe spéciale est en charge du détenu (article 219 § 2 du règlement d'application). Au terme de cette période, et après une évaluation générale de sa situation, le détenu peut être placé dans une autre prison et soumis à des conditions différentes (article 219 § 3 du règlement d'application).

3. Les recours intentés contre le règlement d'application de la loi de 2009

130. En 2010, deux condamnés à perpétuité formèrent un recours contre les articles 213, 214 et 219 du règlement d'application de la loi de 2009. Ils alléguaient qu'ils étaient contraires aux dispositions de la loi.

131. Dans un arrêt du 28 mars 2011 (*реу. № 4373 от 28 март 2011 г. по адм. д. № 10758/2010 г., ВАС, I о.*), une chambre de la Cour suprême administrative composée de trois juges accueillit le recours. Elle considéra que le ministre de la Justice n'avait pas suivi la bonne procédure pour l'adoption du règlement. En particulier, contrairement à ce qu'exigeait l'article 26 § 2 de la loi de 1973 sur les actes normatifs, il n'avait pas publié le projet de règlement sur le site du ministère aux fins de le rendre public et de recueillir des observations, ce qui constituait une grave omission. Elle constata ensuite que l'article 213 du règlement d'application était contraire à l'article 197 § 1 de la loi de 2009 (paragraphe 120 et 124 ci-dessus) en ce qu'il imposait que les condamnés à perpétuité soient en permanence enfermés à clé, ajoutant ainsi une condition qui ne découlait pas du texte de loi. Or une telle disposition réglementaire ne pouvait que préciser les modalités d'application des obligations découlant du texte de loi. L'article 213 du règlement d'application ne pouvait être considéré comme s'appuyant sur un autre article de la loi de 2009. Le reste de l'article 213 du règlement d'application, tout comme les articles 214 et 219 (paragraphe 124-125 et 129 ci-dessus), n'étaient pas contraires aux dispositions de la loi de 2009.

132. Par un arrêt définitif du 14 septembre 2011 (*реу. № 11411 от 14 септември 2011 г. по адм. д. № 6341/2011 г., ВАС, петчл. с-в*), rendu sur un recours du ministre, une chambre de la Cour suprême administrative composée de cinq juges infirma l'arrêt précédent. Elle estima que l'absence de publication du projet de règlement sur le site Internet du ministère ne constituait pas une violation substantielle des règles de procédure. Elle

déclara ensuite que l'article 213 n'était pas contraire aux dispositions de la loi de 2009, car on pouvait considérer qu'il s'appuyait sur l'article 197 § 1 lu en combinaison avec l'article 71 § 2 de la loi (paragraphe 118 et 120 ci-dessus). Ce dernier s'appliquait à tous les détenus placés en « régime spécial » et exigeait qu'ils soient placés dans des cellules séparées et verrouillées en permanence.

133. Deux juges émirent une opinion dissidente, affirmant que l'absence de publication du projet de règlement sur le site du ministère de la Justice constituait une grave omission qui avait entaché la procédure d'adoption du règlement d'un vice de procédure.

134. À la suite du rejet du recours, deux demandes de dédommagement introduites par les mêmes condamnés à perpétuité au titre de l'article 1 de la loi de 1988 sur la responsabilité pour dommage de l'État et des municipalités (...) et basées sur la souffrance prétendument subie par eux du fait de leur régime appauvri, furent rejetées par la Cour suprême administrative pour irrecevabilité (*onp. № 3355 от 7 март 2012 г. по адм. д. № 3154/2012 г., BAC, петчл. с-в* et *онр. № 5065 от 6 април 2012 г. по адм. д. № 14339/2011 г., BAC, петчл. с-в*). La Cour estima que ces demandes ne pouvaient être accueillies que si le texte de loi contre lequel elles étaient dirigées avait été annulé lors d'une procédure antérieure, ce qui n'était pas le cas.

4. Les normes nationales pour le traitement des prisonniers à vie

135. Le 2 février 2007, le directeur de la Direction de l'exécution des peines approuva, pour la première fois en Bulgarie, les « Normes nationales pour le traitement des prisonniers à vie ». Le but de ces normes est de « fixer un modèle efficace pour le traitement des condamnés à perpétuité qui garantisse une aide concrète à leur préservation physique et mentale et veille à ce que la société et le personnel pénitentiaire soient protégés ». Elles définissent, entre autres, des exigences minimales pour les conditions matérielles de détention, les dispositifs de sécurité applicables et les modalités de traitement des condamnés à perpétuité. Elles appellent les autorités pénitentiaires à s'assurer, lorsque cela est possible et dans le cadre des contraintes découlant des dispositifs de sécurité applicables, que les condamnés à perpétuité aient accès à un travail convenable, à l'éducation (y compris, si possible, à l'apprentissage à distance), au développement social, au tutorat, à des programmes pour la préservation de leur santé physique et mentale, et aux soins médicaux. Les normes prévoient, entre autres, que tous les condamnés à perpétuité doivent être inscrits à des programmes d'adaptation tendant à leur permettre d'accepter leur situation, à créer une perspective, à encourager l'auto-assistance, à maintenir les contacts sociaux, à stimuler leur participation à diverses activités et à neutraliser les

symptômes dépressifs et psychosomatiques. Les normes indiquent aussi que les condamnés à perpétuité devraient bénéficier d'un plan individualisé d'exécution de leur peine et d'évaluations périodiques, ainsi que de la possibilité de discuter de questions relatives à l'exécution de leur peine avec l'administration pénitentiaire. Selon ces normes, les condamnés à perpétuité doivent avoir accès à des activités culturelles et sportives, à la bibliothèque de la prison, à des périodiques, à la télévision et la radio, aux services religieux et aux activités de groupe. Cependant, les normes ne semblent pas mentionner de programmes correctionnels ou de réinsertion.

(...)

III. LES DOCUMENTS INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966

157. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (999 UNTS 171) fut signé par la Bulgarie le 8 octobre 1968 et ratifié par elle le 21 septembre 1970; il entra en vigueur à son égard, à l'exception de l'article 41, le 23 mars 1976. Il fut publié au Journal officiel de la Bulgarie le 28 mai 1976 (*обн., ДВ, бр. 43 от 28 май 1976 г.*), ce qui signifie qu'aux termes de l'article 5 § 4 de la Constitution de 1991, il fait partie du droit interne. L'article 10 du pacte dispose, dans ses parties pertinentes:

« 1. Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine.

(...)

3. Le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social. (...)»

158. Au paragraphe 10 de l'Observation générale n° 21 sur l'article 10 (Droit des personnes privées de liberté d'être traitées avec humanité) adoptée par le Comité des droits de l'homme à sa 1141^e réunion (44^e session) le 10 avril 1992 il est dit qu'« aucun système pénitentiaire ne saurait être axé uniquement sur le châtement; il devrait essentiellement viser le redressement et la réadaptation sociale du prisonnier ».

B. Les instruments du Conseil de l'Europe

1. Les règles pénitentiaires européennes

159. Les règles pénitentiaires européennes sont des recommandations du Comité des Ministres aux États membres du Conseil de l'Europe concernant les normes minimales à appliquer en prison. Les règles pénitentiaires européennes de 1987 (qui figuraient en annexe à la

Recommandation n° R (87) 3) furent adoptées le 12 février 1987. Le 11 janvier 2006 le Comité des Ministres, notant que les règles de 1987 « [devaient] être révisée[s] et mise[s] à jour de façon approfondie pour pouvoir refléter les développements (...) survenus dans le domaine de la politique pénale, les pratiques de condamnation ainsi que de gestion des prisons en général en Europe », adopta la Recommandation Rec(2006)2 sur les règles pénitentiaires européennes. La nouvelle version de 2006 des règles pénitentiaires figurait en annexe à cette recommandation. Elles disposent dans leurs parties pertinentes :

«Partie I

Principes fondamentaux

1. Les personnes privées de liberté doivent être traitées dans le respect des droits de l'homme.

2. Les personnes privées de liberté conservent tous les droits qui ne leur ont pas été retirés selon la loi par la décision les condamnant à une peine d'emprisonnement ou les plaçant en détention provisoire.

3. Les restrictions imposées aux personnes privées de liberté doivent être réduites au strict nécessaire et doivent être proportionnelles aux objectifs légitimes pour lesquelles elles ont été imposées.

4. Le manque de ressources ne saurait justifier des conditions de détention violant les droits de l'homme.

(...)

6. Chaque détention est gérée de manière à faciliter la réintégration dans la société libre des personnes privées de liberté.

(...)

Partie II

Conditions de détention

(...)

Régime pénitentiaire

25.1 Le régime prévu pour tous les détenus doit offrir un programme d'activités équilibré.

25.2 Ce régime doit permettre à tous les détenus de passer chaque jour hors de leur cellule autant de temps que nécessaire pour assurer un niveau suffisant de contacts humains et sociaux.

25.3 Ce régime doit aussi pourvoir aux besoins sociaux des détenus.

(...)

Libération des détenus

(...)

33.3 Tout détenu doit bénéficier de dispositions visant à faciliter son retour dans la société après sa libération.

(...)

Sécurité

51.1 Les mesures de sécurité appliquées aux détenus individuels doivent correspondre au minimum requis pour assurer la sécurité de leur détention.

(...)

51.3 Aussi rapidement que possible après son admission, chaque détenu doit être évalué afin de déterminer :

- a. le risque qu'il ferait peser sur la collectivité en cas d'évasion ;
- b. la probabilité qu'il tente de s'évader seul ou avec l'aide de complices extérieurs.

51.4 Chaque détenu est ensuite soumis à un régime de sécurité correspondant au niveau de risque identifié.

51.5 Le niveau de sécurité nécessaire doit être réévalué régulièrement pendant la détention de l'intéressé.

(...)

Partie VIII*Détenus condamnés**Objectif du régime des détenus condamnés*

102.1 Au-delà des règles applicables à l'ensemble des détenus, le régime des détenus condamnés doit être conçu pour leur permettre de mener une vie responsable et exempte de crime.

102.2 La privation de liberté constituant une punition en soi, le régime des détenus condamnés ne doit pas aggraver les souffrances inhérentes à l'emprisonnement.

Application du régime des détenus condamnés

103.1 Le régime des détenus condamnés doit commencer aussitôt qu'une personne a été admise en prison avec le statut de détenu condamné, à moins qu'il n'ait déjà été entamé avant.

103.2 Dès que possible après l'admission, un rapport complet doit être rédigé sur le détenu condamné décrivant sa situation personnelle, les projets d'exécution de peine qui lui sont proposés et la stratégie de préparation à sa sortie.

103.3 Les détenus condamnés doivent être encouragés à participer à l'élaboration de leur propre projet d'exécution de peine.

103.4 Ledit projet doit prévoir dans la mesure du possible :

- a. un travail ;
- b. un enseignement ;
- c. d'autres activités ; et
- d. une préparation à la libération.

103.5 Le régime des détenus condamnés peut aussi inclure un travail social, ainsi que l'intervention de médecins et de psychologues.

(...)

103.8 Une attention particulière doit être apportée au projet d'exécution de peine et au régime des détenus condamnés à un emprisonnement à vie ou de longue durée.

(...)

Libération des détenus condamnés

107.1 Les détenus condamnés doivent être aidés, au moment opportun et avant leur libération, par des procédures et des programmes spécialement conçus pour leur permettre de faire la transition entre la vie carcérale et une vie respectueuse du droit interne au sein de la collectivité.

107.2 Concernant plus spécialement les détenus condamnés à des peines de plus longue durée, des mesures doivent être prises pour leur assurer un retour progressif à la vie en milieu libre.

107.3 Ce but peut être atteint grâce à un programme de préparation à la libération, ou à une libération conditionnelle sous contrôle, assortie d'une assistance sociale efficace.

107.4 Les autorités pénitentiaires doivent travailler en étroite coopération avec les services sociaux et les organismes qui accompagnent et aident les détenus libérés à retrouver une place dans la société, en particulier en renouant avec la vie familiale et en trouvant un travail.

107.5 Les représentants de ces services ou organismes sociaux doivent pouvoir se rendre dans la prison autant que nécessaire et s'entretenir avec les détenus afin de les aider à préparer leur libération et à planifier leur assistance postpénale.»

160. Le commentaire des règles de 2006 (rédigé par le Comité européen pour les problèmes criminels) précise que la règle 102 est conforme aux exigences des instruments internationaux essentiels, y compris l'article 10 § 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (paragraphe 157 ci-dessus).

2. *La Résolution 76 (2)*

161. Depuis 1976, le Comité des Ministres a adopté une série de résolutions et de recommandations sur les condamnés à de longues peines ou à la prison à vie. La première d'entre elles fut la Résolution (76) 2 du 17 février 1976, qui recommandait aux États membres, entre autres :

« 1. de poursuivre une politique criminelle selon laquelle de longues peines ne doivent être infligées que si elles sont nécessaires à la protection de la société ;

2. d'adopter les mesures législatives et administratives propres à favoriser un traitement adéquat pendant l'exécution de ces peines ;

(...)

6. d'encourager le sens de la responsabilité des détenus par l'introduction progressive dans tous les domaines appropriés de systèmes de participation ;

(...)

9. de s'assurer que les cas de tous les détenus seront examinés aussitôt que possible pour voir si une libération conditionnelle peut leur être accordée ;

10. d'accorder au détenu la libération conditionnelle, sous réserve des exigences légales concernant les délais, dès le moment où un pronostic favorable peut être formulé, la seule considération de prévention générale ne pouvant justifier le refus de la libération conditionnelle ;

11. d'adapter aux peines de détention à vie les mêmes principes que ceux régissant les longues peines ;

12. de s'assurer que pour les peines de détention à vie l'examen prévu sous 9 ait lieu si un tel examen n'a pas déjà été effectué au plus tard après huit à quatorze ans de détention et soit répété périodiquement ;

(...)»

3. *La Recommandation Rec(2003)23 concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée*

162. La Recommandation Rec(2003)23 concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée fut adoptée par le Comité des Ministres le 9 octobre 2003. Elle recommandait aux gouvernements des États membres de s'inspirer dans leur législation, leur politique et leur pratique en matière de gestion des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée, des principes qui figurent dans l'annexe à la présente recommandation. Ces principes se lisaient ainsi dans leurs parties pertinentes :

« Définition d'un condamné à une peine d'emprisonnement à perpétuité et d'un détenu de longue durée »

1. Aux fins de la présente recommandation, un condamné à perpétuité est une personne purgeant une peine de prison à perpétuité. Un détenu de longue durée est une personne purgeant une ou plusieurs peines de prison d'une durée totale de cinq ans ou plus.

Objectifs généraux

2. Les buts de la gestion des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée devraient être :

- de veiller à ce que les prisons soient des endroits sûrs et sécurisés pour les détenus et les personnes qui travaillent avec eux ou qui les visitent ;
- d'atténuer les effets négatifs que peut engendrer la détention de longue durée et à perpétuité ;
- d'accroître et d'améliorer la possibilité pour ces détenus de se réinsérer avec succès dans la société et de mener à leur libération une vie respectueuse des lois.

Principes généraux concernant la gestion des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée

3. Il faudrait prendre en considération la diversité des caractéristiques individuelles des condamnés à perpétuité et des détenus de longue durée, et en tenir compte pour établir des plans individuels de déroulement de la peine (principe d'individualisation).

4. La vie en prison devrait être aménagée de manière à être aussi proche que possible des réalités de la vie en société (principe de normalisation).

5. Il faudrait donner aux détenus l'occasion d'exercer des responsabilités personnelles dans la vie quotidienne en prison (principe de responsabilisation).

6. Une distinction claire devrait être faite entre les risques que les condamnés à perpétuité et les autres détenus de longue durée présentent pour la société, pour eux-mêmes, pour les autres détenus et pour les personnes qui travaillent dans la prison ou qui la visitent (principe de sécurité et de sûreté).

7. Il faudrait prendre en considération le fait que les condamnés à perpétuité et les autres détenus de longue durée ne devraient pas être séparés des autres prisonniers selon le seul critère de leur peine (principe de non-séparation).

8. La planification individuelle de la gestion de la peine à perpétuité ou de longue durée d'un détenu devrait viser à assurer une évolution progressive à travers le système pénitentiaire (principe de progression).

Planification de la peine

9. Pour atteindre les objectifs et principes généraux cités précédemment, il conviendrait d'élaborer des plans complets de déroulement de la peine pour chaque détenu. Ces plans devraient être préparés et élaborés dans la mesure du possible avec la participation active du détenu et, particulièrement vers la fin de la période de détention,

en collaboration étroite avec les autorités assurant la prise en charge après la libération et les autres instances concernées.

10. Les plans de déroulement de la peine devraient comporter une évaluation des risques et des besoins de chaque détenu, et servir d'approche systématique pour :

- l'affectation initiale du détenu ;
- l'évolution progressive du détenu à travers le système pénitentiaire dans des conditions progressivement moins restrictives jusqu'à une étape finale, qui, idéalement se passerait en milieu ouvert, de préférence au sein de la société ;
- la participation au travail, à l'éducation, à la formation et à d'autres activités qui permettent de mettre à profit le temps en prison et de promouvoir les opportunités d'une bonne réinsertion après la libération ;
- l'intervention et la participation à des programmes conçus pour faire face aux risques et aux besoins, de manière à réduire les comportements perturbateurs en prison et la récidive après la libération ;
- la participation à des activités de loisirs et autres pour prévenir ou atténuer les effets néfastes de l'emprisonnement de longue durée ;
- les conditions et les mesures de prises en charge favorisant un mode de vie respectueux des lois, et l'adaptation à la communauté après une libération conditionnelle.

11. La planification de la peine devrait commencer aussi tôt que possible après l'entrée en prison et devrait être revue régulièrement et modifiée si nécessaire.

(...)

Préparation du retour à la société des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée

33. Pour aider les condamnés à la perpétuité et les autres détenus de longue durée à surmonter le problème particulier du passage d'une incarcération prolongée à un mode de vie respectueux des lois au sein de la société, leur libération devrait être préparée suffisamment à l'avance et prendre en considération les points suivants :

- la nécessité d'élaborer des plans spécifiques concernant la prélibération et la postlibération, prenant en compte des risques et des besoins pertinents ;
- la prise en compte attentive des possibilités favorisant une libération et la poursuite après la libération de tous programmes, interventions ou traitement dont les détenus auraient fait l'objet pendant leur détention ;
- la nécessité d'assurer une collaboration étroite entre l'administration pénitentiaire, les autorités assurant la prise en charge après la libération et les services sociaux et médicaux.

34. L'octroi et la mise en application de la libération conditionnelle pour les condamnés à la perpétuité et les autres détenus de longue durée devraient être guidés

par les principes contenus dans la Recommandation Rec(2003)22 sur la libération conditionnelle.

(...)»

163. Le rapport joint à la recommandation apporte à propos du paragraphe 34 de celle-ci la précision suivante :

« 131. La Recommandation Rec(2003)23 énonce le principe selon lequel tous les détenus, à l'exception de ceux purgeant des peines extrêmement courtes, devraient avoir la possibilité de bénéficier d'une libération conditionnelle. Ce principe s'applique aussi, selon les termes de la recommandation, aux condamnés à perpétuité. Il convient cependant de noter qu'il s'agit seulement de la *possibilité* d'octroyer une libération conditionnelle aux condamnés à perpétuité, et que cela ne doit pas être systématique. (...)»

(...)

IV. LES RAPPORTS PERTINENTS DU COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS (CPT)

A. Onzième rapport général d'activités du CPT

165. Dans son 11^e rapport général (CPT/Inf (2001) 16), publié le 3 septembre 2001, le CPT relevait ce qui suit, eu égard aux détenus condamnés à perpétuité et aux autres détenus purgeant de longues peines :

« 33. Dans de nombreux pays européens, le nombre de détenus condamnés à perpétuité et d'autres détenus purgeant de longues peines est en augmentation. Au cours de certaines de ses visites, le CPT a constaté que la situation de ces détenus laissait beaucoup à désirer au niveau des conditions matérielles, des programmes d'activités et des possibilités de contacts humains. En outre, nombre de ces détenus étaient soumis à des restrictions spéciales de nature à exacerber les effets délétères associés à un emprisonnement de longue durée ; des exemples de ces restrictions sont la séparation permanente du reste de la population pénitentiaire, le menottage du détenu à chaque extraction de cellule, l'interdiction de communiquer avec les autres détenus, et des droits de visite limités. Le CPT n'entrevoit aucune justification pour une application de restrictions indifféremment à tous les détenus soumis à un type donné de peines, sans que l'on tienne dûment compte des risques qu'ils peuvent (ou ne peuvent pas) présenter à titre individuel.

Tout emprisonnement de longue durée peut entraîner des effets désocialisants sur les détenus. Outre le fait qu'ils s'institutionnalisent, de tels détenus peuvent être affectés par une série de problèmes psychologiques (dont la perte d'estime de soi et la détérioration des capacités sociales) et tendent à se détacher de plus en plus de la société vers laquelle la plupart d'entre eux finiront par retourner. De l'avis du CPT, les régimes proposés aux détenus purgeant de longues peines devraient être de nature à compenser ces effets de manière positive et proactive.

Les détenus concernés devraient avoir accès à un large éventail d'activités motivantes et de nature variée (travail ayant de préférence une valeur sur le plan de la formation professionnelle; études; sport; loisirs/activités en commun). De plus, ils devraient pouvoir être en mesure d'exercer un certain degré de choix quant à la manière d'occuper leur temps, ce qui stimulerait leur sens de l'autonomie et de la responsabilité personnelle. Des mesures supplémentaires devraient être prises afin de conférer un sens à leur incarcération; plus précisément, la mise en place de programmes de traitement individualisés et un soutien psychosocial approprié sont importants pour aider ces condamnés à affronter leur incarcération et, le temps venu, à se préparer à leur libération. En outre, les effets négatifs de l'institutionnalisation sur les détenus purgeant de longues peines seront moins prononcés, et ils seront mieux préparés à leur libération, s'ils ont effectivement la possibilité de rester en contact avec le monde extérieur.»

(...)

V. LE RAPPORT DU COMITÉ HELSINKI DE BULGARIE SUR L'EMPRISONNEMENT À VIE

175. Après avoir mené une recherche sur la question de l'emprisonnement à vie non commuable en Bulgarie de juin 2009 à février 2010, le Comité Helsinki de Bulgarie publia en avril 2010 un rapport intitulé « Emprisonnement à vie non commuable – une peine inhumaine et dégradante ». Ce dernier ne concernait que les condamnés à une peine de perpétuité non commuable, pas ceux purgeant une peine commuable.

176. D'après ce rapport, au moment des visites tous les condamnés à perpétuité de la prison de Plovdiv étaient en cellule individuelle. À la prison de Stara Zagora, deux condamnés à perpétuité partageaient leur cellule, mais tous les autres étaient en cellule individuelle. À l'exception de la prison de Plovdiv et de quelques autres prisons, dont la prison de Stara Zagora ne faisait pas partie, les quartiers accueillant les condamnés à perpétuité étaient en très mauvais état: les sols et les murs étaient sales et le mobilier, invariablement attaché au sol, était très ancien. Certains quartiers disposaient de lits superposés, qui étaient toutefois rarement utilisés. Les condamnés à perpétuité prenaient leurs repas en cellule. L'éclairage naturel dans les quartiers qui leur étaient réservés était souvent insuffisant. Les fenêtres mesuraient en général 1 × 0,6-0,8 m et étaient situées à environ 2 m du sol, ce qui empêchait les détenus de regarder par la fenêtre. Les châssis des fenêtres étaient neufs dans le quartier réservé aux condamnés à perpétuité de la prison de Plovdiv, mais pas dans celle de Stara Zagora. Afin de permettre aux gardiens d'inspecter visuellement les cellules à tout moment, l'éclairage artificiel n'était jamais éteint. Certains détenus se plaignaient que cela les empêchait de dormir, surtout si les lampes étaient à luminescence. Aucun quartier réservé aux condamnés à perpétuité n'avait

de système de ventilation et l'air frais ne pouvait entrer que par les fenêtres, ce qui était problématique en hiver, car, même les jours les plus froids, le chauffage n'était allumé qu'une heure le matin et une heure l'après-midi. Les condamnés à perpétuité devaient laver leurs vêtements pendant leurs visites aux toilettes et les sécher dans leur cellule. Dans de nombreuses prisons, des toilettes avaient été construites dans les cellules, mais pas dans les prisons de Plovdiv ou de Stara Zagora. L'accès aux toilettes communes était possible pendant trente minutes le matin, à midi et le soir. Pendant ce temps, les détenus devaient également laver leurs seaux et leurs couverts. Le reste du temps, ils devaient appeler les gardiens pour se soulager. La plupart des prisons n'ayant pas de système d'appel, ils devaient frapper à la porte de leur cellule ou crier, ce qui était souvent une cause de conflits avec les gardiens. Les détenus préféraient donc souvent se soulager dans les seaux qu'ils avaient dans leur cellule. Dans toutes les prisons, sauf dans celle de Pleven, les condamnés à perpétuité étaient en permanence enfermés en cellule. La promenade quotidienne d'une heure avait été allongée d'une demi-heure à la prison de Plovdiv et de vingt minutes à celle de Stara Zagora. Dans la plupart des prisons, les condamnés à perpétuité faisaient leur promenade quotidienne dans des cours séparées. Ces cours étaient plutôt petites, et dans certaines prisons, comme celle de Plovdiv, elles ne permettaient pas de faire vraiment de l'exercice.

177. D'après le rapport, en août 2009 seules huit personnes condamnées à perpétuité s'étaient vu offrir du travail : sept à l'intérieur de leur cellule et une à l'extérieur. Ce chiffre avait ensuite chuté. Il n'était pas aisé pour les autorités pénitentiaires de trouver un travail adapté à ces détenus ; à la prison de Stara Zagora, par exemple, aucun condamné à perpétuité ne s'était jamais vu offrir un travail. À la prison de Plovdiv, les condamnés à perpétuité avaient, pendant quelque temps, eu pour travail d'emballer des gants chirurgicaux.

178. D'après le rapport, la plupart des condamnés à perpétuité avaient leur propre poste de télévision, et quelques-uns disposaient de postes de radio. La plupart des détenus ayant vécu dans la même cellule pendant plusieurs années, ils avaient essayé de l'arranger de manière à ce qu'elle ressemble le plus possible à l'intérieur d'une maison. Les prisons de Plovdiv et de Stara Zagora n'avaient pas de clubs dans leurs quartiers de haute sécurité. Seuls quelques condamnés à perpétuité avaient la possibilité de s'engager dans des activités sérieuses. Leur prise en charge était très difficile en raison de l'absence de perspective de libération. Néanmoins, dans certaines prisons, les équipes travaillant avec les condamnés à perpétuité avaient fait de sérieuses tentatives pour les soutenir psychologiquement et leur donner une perspective, les inciter à maintenir des contacts sociaux, participer à

des activités et lutter contre tout symptôme dépressif ou psychosomatique. Dans certaines prisons, cependant, le traitement des condamnés à perpétuité ne respectait pas les « Normes nationales pour le traitement des prisonniers à vie » (paragraphe 135 ci-dessus) et certains des détenus concernés s'étaient plaints qu'aucun travail individuel n'était fait avec eux et qu'aucune activité culturelle, informative ou sportive n'était organisée pour eux.

EN DROIT

I. LE RÉGIME PÉNITENTIAIRE ET LES CONDITIONS DE DÉTENTION DES REQUÉRANTS

179. MM. Harakchiev et Tolumov allèguent qu'associés aux conditions matérielles de leur incarcération, les régimes de détention auxquels ils sont assujettis en tant que condamnés à une peine de perpétuité réelle et une peine de perpétuité commuable respectivement s'analysent soit en de la torture soit en un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de la Convention.

180. L'article 3 de la Convention énonce :

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

(...)

B. Sur le fond

(...)

III. L'EMPRISONNEMENT À VIE

230. M. Harakchiev allègue également que sa condamnation à la perpétuité réelle a, dès son prononcé, emporté violation de l'article 3 de la Convention, qui prohibe les traitements inhumains et dégradants.

231. Le texte de l'article 3 a été repris au paragraphe 180 ci-dessus.

A. Les thèses des parties

1. Les observations du Gouvernement

232. Le Gouvernement affirme que le simple fait que M. Harakchiev ait été condamné à une peine de perpétuité réelle ne s'analyse pas en une violation de l'article 3 de la Convention en ce qu'il peut demander la grâce présidentielle à tout moment. Il y a déjà eu un cas de condamné purgeant une peine de perpétuité réelle qui a vu sa condamnation commuée par le vice-président. Juger que cela n'est pas suffisant ne rendrait pas justice au

travail de la Commission de grâce attachée au vice-président et plongerait la Bulgarie, mais aussi d'autres États membres, dans la tourmente juridique. La peine de perpétuité réelle, introduite en 1998 à la suite de l'abolition de la peine de mort, est un élément très important du système punitif du droit pénal bulgare. Cette peine n'a été que rarement prononcée et elle est réservée aux infractions les plus graves. À l'heure actuelle en Bulgarie, seules 57 personnes purgent une peine de perpétuité réelle et 106 une peine de perpétuité commuable.

233. Le droit de grâce présidentielle est un moyen facile d'accès pour aménager une peine de perpétuité réelle et donne à tous les condamnés à cette peine l'espoir de pouvoir un jour retrouver la liberté. Il est très significatif à cet égard que, le 21 janvier 2013, le vice-président, dans l'exercice de ce droit, ait commué une peine de perpétuité réelle. Les motifs sous-jacents à cette décision ont été exposés dans le rapport de la Commission de grâce qui a, de plus, noté qu'une telle décision démontrerait à tous les autres condamnés à une peine de perpétuité réelle qu'ils pouvaient améliorer leur situation. Le droit de grâce présidentielle était déjà en place au moment où la peine de perpétuité réelle a été introduite dans le système punitif et il a toujours été exercé de manière à donner aux personnes concernées l'espoir d'obtenir une réduction de peine. Cela ressort de manière évidente des raisons invoquées pour refuser la grâce à des personnes condamnées à une peine de perpétuité réelle, qui s'appuient essentiellement sur deux éléments: l'absence de progrès dans le processus d'amendement ou le caractère insignifiant de la part de la peine purgée jusqu'alors. La procédure d'examen des demandes de grâce est et a toujours été définie dans des décrets présidentiels, comme le décret du 23 février 2012, qui a force de loi. La version la plus récente des règles applicables entend optimiser la procédure, la rendre plus transparente et formaliser les normes qui avaient déjà émergé de la pratique. L'accent a été mis sur l'augmentation des capacités de recherche et d'analyse de la Commission de grâce et l'harmonisation des modalités d'examen des demandes. Cette procédure pourrait produire le même effet que les procédures judiciaires pour la commutation de la peine. Le président et le vice-président ne sont liés par aucun critère, et ils peuvent exercer leur droit de grâce à tout moment et à l'égard de toute personne.

234. Le régime de détention des condamnés à une peine de perpétuité réelle ne les empêche pas de montrer qu'ils se sont amendés. Cela ressort de manière évidente de la motivation de la décision du vice-président du 21 janvier 2013 de commuer une peine de perpétuité réelle en une peine de perpétuité commuable, mais aussi de la conduite de M. Tolumov et des changements intervenus dans son régime de détention. M. Harakchiev, pour sa part, n'a montré aucun signe d'amendement. Au contraire, il a fait l'objet

de plusieurs sanctions disciplinaires, et le risque de récidive demeure très élevé dans son cas. De plus, rien n'indique que l'un ou l'autre des requérants ait introduit une demande de grâce.

2. Les observations de M. Harakchiev

235. M. Harakchiev affirme que la peine d'emprisonnement à vie non commuable qu'il purge est incompatible avec l'article 3 de la Convention en ce qu'elle suppose qu'il passe le reste de sa vie en prison. Dans le même temps, une analyse des dispositions législatives bulgares pertinentes montre que les objectifs poursuivis par cette peine pourraient également être atteints par la peine de perpétuité commuable. En vertu du code pénal de 1968, la peine de perpétuité réelle est réservée aux cas où les buts de la sanction pénale ne pourraient être atteints au moyen d'une peine plus clémentielle. Il s'ensuit qu'une telle peine s'adresse à des personnes qui ne pourront jamais être réinsérées, alors même que le tribunal chargé du prononcé de la peine n'est pas en mesure de savoir si le détenu restera inchangé pendant vingt ou trente ans.

236. Alors que la procédure judiciaire régissant la commutation de la peine de perpétuité est conforme aux exigences de l'article 3 de la Convention, l'exercice du droit de grâce présidentielle manque de clarté et de prévisibilité. L'article 98 de la Constitution de 1991 et l'article 74 du code pénal de 1968 n'établissent ni règles de procédure ni conditions dans lesquelles ce droit devrait être exercé. Par conséquent, un condamné à perpétuité ne sait pas ce qu'il doit faire pour obtenir la grâce. Les modalités d'exercice de ce droit jusqu'au 23 février 2012 sont elles aussi très vagues : il n'y a aucune information concernant le nombre de détenus ayant sollicité la grâce ou les motifs de leur requête, le nombre de requêtes rejetées et les raisons de leur refus, les experts ayant conseillé le vice-président ou les règles sur la base desquelles ils ont exercé leur fonction. À l'appui de leur affirmation, les requérants ont produit quatre lettres envoyées entre 2006 et 2011 par l'administration à des condamnés purgeant une peine de perpétuité qui avaient sollicité la grâce : toutes indiquent simplement que la requête a été dûment examinée et rejetée. Entre 2002 et 2009, seize personnes purgeant une telle peine ont sollicité la grâce ; toutes les requêtes ont été rejetées. Il n'y a pas non plus eu de cas de grâce en faveur de tels détenus avant 2002.

237. Le cadre juridique régissant l'exercice du droit de grâce présidentielle ne s'est pas amélioré le 23 février 2012. Les règles fixées par le président à cette date, bien que représentant un pas en avant, ne clarifient pas réellement les conditions dans lesquelles la grâce peut être demandée. Il s'agit seulement d'instructions internes régissant le travail de la Commission de grâce, mais

pas l'exercice des pouvoirs du président et du vice-président. En outre, ces règles n'ont pas été publiées au Journal officiel et on peut douter que le président soit habilité, en vertu de la Constitution et des lois, à adopter des règles abstraites. Le président et le vice-président sont toujours libres d'accorder ou non la grâce sans aucun critère sur lequel fonder leur décision. La décision sur ce point ne doit pas être motivée et n'est pas susceptible de recours. En 2012, seules trois demandes de grâce sur cent ont été accueillies, tandis que le nombre de condamnations à vie demeure élevé. La procédure de grâce n'est donc pas un moyen approprié de demander la commutation d'une peine de perpétuité. Le fait que la vice-présidente actuelle ait accordé la grâce à une personne purgeant une telle peine au motif que, de son point de vue personnel, la peine de perpétuité réelle devrait être abolie, ne constitue pas réellement un espoir. Bien qu'admirable, cette position n'appartient qu'à la vice-présidente, elle est très impopulaire et elle ne sera valable que tant que cette dernière restera en fonction. Elle ne peut pas avoir le même effet à long terme qu'une réforme législative.

238. Le régime de détention de ceux qui, comme M. Harakchiev, purgent une peine de perpétuité suppose un isolement total, même à l'extérieur de la cellule et durant le travail. Les intéressés ne peuvent avoir de contacts qu'avec d'autres détenus soumis au même régime, et uniquement durant la promenade quotidienne d'une heure. À cause de ces conditions extrêmement restrictives, il est presque impossible de trouver un travail adapté aux condamnés à perpétuité. C'est ce qu'ont confirmé les informations exposées dans le rapport du Comité Helsinki de Bulgarie d'avril 2010. Ce rapport a également montré que les condamnés à perpétuité n'ont accès à aucun programme de resocialisation et vivent dans de très mauvaises conditions matérielles de détention. Tous ces facteurs les empêchent de montrer qu'ils ont changé et ainsi de persuader le président ou le vice-président de leur accorder la grâce.

3. *Les observations complémentaires du Gouvernement*

239. Dans ses observations complémentaires, le Gouvernement affirme que la situation dans la présente affaire est très différente de celle à l'origine de l'arrêt *Vinter et autres c. Royaume-Uni* ([GC], n^{os} 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013). Contrairement aux pouvoirs limités du ministre de la Justice au Royaume-Uni, le droit de grâce présidentielle en Bulgarie n'est restreint en aucune manière. Le président peut commuer toute peine, et il exerce effectivement ce droit. La procédure est suffisamment flexible pour permettre aux détenus de demander la grâce sans aucune contrainte de temps et quelles que soient les raisons. Toute demande de grâce fait l'objet d'une évaluation complète portant sur la question de savoir si l'incarcération

continue à être justifiée par des motifs pénologiques légitimes. Les rapports mensuels de la Commission de grâce attachée au vice-président montrent qu'elle analyse ces points en détail. Dans l'un des cas où elle a recommandé la commutation d'une peine de perpétuité, elle a pris en considération précisément ces facteurs. La possibilité de demander la grâce présidentielle est ouverte dès le début d'une peine de perpétuité, elle est très connue et fréquemment utilisée.

240. D'après le Gouvernement, il n'est pas nécessaire d'adopter des règles plus détaillées sur l'exercice de ce droit. Il n'y a aucune incertitude quant aux modalités de son exercice, et des règles détaillées ne feraient que circonscrire son champ d'application, qui est à l'heure actuelle très large. En tout état de cause, les États ont une marge d'appréciation pour décider des modalités de réexamen des peines de perpétuité. Le fait que le droit de grâce présidentielle soit totalement discrétionnaire n'a pas nui à son efficacité; la preuve en est qu'il a été exercé au début de 2013 à l'égard d'un détenu purgeant une peine de perpétuité. Contrairement à ce qu'allègue M. Harakchiev, cette décision n'était pas uniquement l'expression de l'opinion personnelle de l'actuelle viceprésidente. La décision de commuer la peine de perpétuité de ce détenu a lancé une tendance. Comme le montre le rapport de la Commission de grâce, elle a été prise sur la base d'une évaluation globale de tous les facteurs pertinents. La tendance est également évidente dans le projet de code pénal, qui prévoit l'abolition de la peine de perpétuité réelle. Cependant, l'adoption d'une loi aussi complexe qu'un code pénal demande du temps. En attendant, la possibilité de demander la grâce présidentielle est un moyen suffisamment efficace à la disposition des condamnés purgeant une peine de perpétuité réelle.

241. En vertu des règles en vigueur, les condamnés à perpétuité doivent être informés dès leur arrivée en prison de leurs droits et obligations, ainsi que de l'ordre et de la discipline dans la prison, le tout dans un langage clair; ils ont également le droit d'obtenir ces informations par écrit. Elles comprennent des explications détaillées sur les règles et règlements de la prison, le droit au travail, le régime de visites, les sanctions disciplinaires, la possibilité de demander un changement dans le régime de détention et la libération anticipée. En outre, en 2007, la Direction générale de l'exécution des peines a adopté des « Normes nationales pour le traitement des prisonniers à vie », qui affirment expressément que les autorités doivent permettre aux condamnés à perpétuité de discuter de questions relatives à l'exécution de leur peine. Tous les condamnés à perpétuité, indépendamment du point de savoir s'ils purgent une peine commuable ou non, sont informés de la période à purger avant de pouvoir demander une modification de leur régime de détention, ainsi que de la conduite qu'ils doivent observer pour augmenter

leurs chances d'obtenir une commutation de leur peine. En outre, chaque condamné à perpétuité dispose d'un plan individuel d'exécution de la peine énonçant les changements positifs attendus et les étapes concrètes menant à ces changements. Ce plan fait l'objet de réévaluations périodiques qui doivent être portées à l'attention du détenu. Si M. Harakchiev n'a pas signé le dernier plan, c'est uniquement parce qu'il refuse de signer tout document émanant de l'administration pénitentiaire.

B. L'appréciation de la Cour

1. Sur la recevabilité

242. Le grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

2. Sur le fond

a) Les principes généraux établis par la jurisprudence de la Cour

243. Dans l'affaire *Kafkaris c. Chypre* ([GC], n° 21906/04, § 97, CEDH 2008), la Grande Chambre de la Cour a déclaré que si le choix d'un régime de justice pénale fait par un État, y compris le réexamen de la peine et les modalités de libération, échappe en principe au contrôle qu'elle exerce et si le prononcé d'une peine d'emprisonnement perpétuel à l'encontre d'un délinquant adulte n'est pas en soi prohibé ou incompatible avec l'article 3 ou toute autre disposition de la Convention, infliger à un adulte une peine perpétuelle incompressible pourrait soulever une question sous l'angle de l'article 3. La Grande Chambre a en même temps tenu à souligner qu'une peine perpétuelle ne devient pas « incompressible » par le seul fait qu'elle risque en pratique d'être purgée dans son intégralité et qu'il suffit au regard de l'article 3 de la Convention qu'elle soit *de jure* et *de facto* compressible (*ibidem*, § 98 *in fine*).

244. Dans ladite affaire, la Grande Chambre a conclu à la non-violation de l'article 3 de la Convention au motif qu'en vertu de la Constitution de Chypre, le président de la République pouvait à tout moment, sur recommandation de l'*Attorney-General*, commuer une peine perpétuelle en une peine plus brève et la remettre. La procédure présentait certes diverses lacunes : il n'y avait pas eu de publication de critères censés encadrer la manière dont le président devait exercer son pouvoir discrétionnaire, l'*Attorney-General* n'avait pas l'obligation de publier son avis sur la demande, le président n'avait pas l'obligation de motiver sa décision, et celle-ci ne pouvait faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. En outre, la perspective

de libération des condamnés à une peine perpétuelle était limitée, dans la mesure où tout aménagement de la peine relevait exclusivement du pouvoir discrétionnaire du président. Mais il existait un nombre significatif d'exemples dans lesquels le président avait exercé ce pouvoir discrétionnaire et décidé la libération de condamnés à une peine perpétuelle. M. Kafkaris ne pouvait donc pas prétendre avoir été privé de toute perspective de libération (*ibidem*, §§ 102105).

245. La question de la compatibilité des peines perpétuelles incompatibles avec l'article 3 de la Convention a également été abordée par la Grande Chambre de la Cour dans la plus récente affaire *Vinter et autres* (précitée). La Grande Chambre a examiné en détail les considérations pertinentes issues de la jurisprudence de la Cour et des tendances récentes concernant les peines perpétuelles en droit comparé et international (*ibidem*, § 104-118). Sur cette base, elle a considéré qu'une peine perpétuelle n'est compatible avec l'article 3 de la Convention que s'il existe à la fois une chance d'élargissement et une possibilité de réexamen (*ibidem*, § 109-110), car nul ne peut être détenu si aucun motif légitime d'ordre pénologique ne le justifie. Les impératifs de châtement, de dissuasion, de protection du public et de réinsertion figurent au nombre des motifs propres à justifier une détention. La Grande Chambre a en particulier observé que l'équilibre entre eux n'est pas forcément immuable et peut évoluer au cours de l'exécution de la peine. La justification première de la détention au début de la peine ne sera peut-être plus une fois purgée une bonne partie de celle-ci. Par conséquent, c'est seulement par un réexamen de la justification du maintien en détention à un stade approprié de l'exécution de la peine que ces facteurs ou évolutions peuvent être correctement appréciés. Une personne incarcérée sans aucune perspective d'élargissement ni possibilité de faire réexaminer sa peine perpétuelle risque de ne jamais pouvoir se racheter : quoi qu'elle fasse en prison, aussi exceptionnels que puissent être ses progrès sur la voie de l'amendement, son châtement demeure immuable et insusceptible de contrôle (*ibidem*, § 111-112). La Grande Chambre a donc estimé qu'il serait incompatible avec la dignité humaine – qui est l'essence même de la Convention – de priver une personne de sa liberté par la contrainte, sans tendre vers sa réinsertion et lui donner au moins une chance de recouvrer un jour la liberté (*ibidem*, § 113). Elle a ajouté que le droit européen et le droit international confortent aujourd'hui clairement le principe selon lequel tous les détenus, y compris ceux purgeant des peines perpétuelles, doivent avoir la possibilité de s'amender et la perspective d'être remis en liberté s'ils y parviennent (*ibidem*, § 114). Même si la sanction reste l'un des buts de l'emprisonnement, l'accent, dans la politique pénale européenne, ainsi que cela ressort des règles 6, 102.1 et 103.8 des règles pénitentiaires

européennes, de la Résolution 76 (2) et des Recommandations Rec(2003)23 et Rec(2003)22 du Comité des Ministres, des déclarations du CPT, et de la pratique d'un certain nombre d'États contractants, et en droit international, comme indiqué, entre autres, dans l'article 10 § 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et au commentaire général sur cet article, est désormais mis sur le but de réinsertion de l'emprisonnement, même dans le cas de détenus à vie (*ibidem*, §§ 115-118).

246. Sur la base de cette analyse, la Grande Chambre décida d'annuler l'arrêt de la chambre et proposa ce qui suit concernant les peines perpétuelles :

a) En ce qui concerne les peines perpétuelles l'article 3 doit être interprété comme exigeant qu'elles soient compressibles, c'est-à-dire soumises à un réexamen permettant aux autorités nationales de rechercher si, au cours de l'exécution de sa peine, le détenu a tellement évolué et progressé sur le chemin de l'amendement qu'aucun motif légitime d'ordre pénologique ne permet plus de justifier son maintien en détention (*ibidem*, § 119).

b) Compte tenu de la marge d'appréciation qu'il faut accorder aux États contractants en matière de justice criminelle et de détermination des peines, la Cour n'a pas pour tâche de dicter la forme (administrative ou judiciaire) que doit prendre un tel réexamen. Pour la même raison, elle n'a pas à dire à quel moment ce réexamen doit intervenir. Cela étant, elle constate aussi qu'il se dégage des éléments de droit comparé et de droit international produits devant elle une nette tendance en faveur de l'instauration d'un mécanisme spécial garantissant un premier réexamen dans un délai de vingt-cinq ans au plus après l'imposition de la peine perpétuelle, puis des réexamens périodiques par la suite (*ibidem*, § 120).

c) Là où le droit national ne prévoit pas la possibilité d'un tel réexamen, une peine de perpétuité réelle méconnaît les exigences découlant de l'article 3 de la Convention (*ibidem*, § 121).

d) Même si le réexamen requis est un événement qui par définition ne peut avoir lieu que postérieurement au prononcé de la peine, un détenu condamné à la perpétuité réelle ne doit pas être obligé d'attendre d'avoir passé un nombre indéterminé d'années en prison avant de pouvoir se plaindre d'un défaut de conformité des conditions légales attachées à sa peine avec les exigences de l'article 3 en la matière. Cela serait contraire non seulement au principe de la sécurité juridique mais aussi aux principes généraux relatifs à la qualité de victime, au sens de ce terme tiré de l'article 34 de la Convention. De plus, dans le cas où la peine est incompressible en vertu du droit national à la date de son prononcé, il serait inconséquent d'attendre du détenu qu'il œuvre à sa propre réinsertion alors qu'il ne sait pas si, à une date future inconnue, un mécanisme permettant d'envisager son élargissement eu égard à ses efforts de réinsertion sera ou non instauré. Un

détenu condamné à la perpétuité réelle a le droit de savoir, dès le début de sa peine, ce qu'il doit faire pour que sa libération soit envisagée et ce que sont les conditions applicables. Il a le droit, notamment, de connaître le moment où le réexamen de sa peine aura lieu ou pourra être sollicité. Dès lors, dans le cas où le droit national ne prévoit aucun mécanisme ni aucune possibilité de réexamen des peines de perpétuité réelle, l'incompatibilité avec l'article 3 en résultant prend naissance dès la date d'imposition de la peine perpétuelle et non à un stade ultérieur de la détention (*ibidem*, § 122).

b) L'application de ces principes au cas d'espèce

247. La Cour note d'emblée que M. Harakchiev n'a pas cherché à la convaincre que sa condamnation était, en tant que telle, exagérément disproportionnée par rapport à la gravité de ses infractions, ou qu'aucune raison pénologique légitime ne justifie que son incarcération se poursuive (*ibidem*, § 102). Son grief est plutôt dirigé contre les effets de cette peine.

248. En Bulgarie, la peine de perpétuité réelle – qui n'avait jamais existé auparavant en droit pénal bulgare – a été introduite en décembre 1998, lorsque le Parlement a officiellement aboli la peine de mort (paragraphe 51-52 et 58 ci-dessus). Cette peine est considérée comme « provisoire » et « exceptionnelle » – comme l'a confirmé le Gouvernement dans ses observations dans la présente affaire – et elle est réservée aux infractions a) qui « menacent les fondements de la République » ou sont particulièrement graves et intentionnelles et b) pour lesquelles « les buts [de la peine] (...) ne peuvent être atteints au moyen d'une peine plus clémentine » (paragraphe 59-60 ci-dessus). Il existe, parallèlement, une peine de perpétuité « simple », instaurée en 1995, et qui peut être commuée (paragraphe 56, 65 et 71 ci-dessus).

249. La Cour note en outre que la peine de perpétuité réelle est considérée comme « provisoire » et « exceptionnelle » et que le nouveau projet de code pénal, présenté très récemment par le Gouvernement au Parlement, fin janvier 2014, n'envisage que la peine de perpétuité « simple », c'est-à-dire commuable (paragraphe 67 ci-dessus), car, selon la note explicative accompagnant le projet de code, l'emprisonnement à perpétuité non commuable « est désormais perçu comme trop inhumain en raison de l'absence d'espoir pour les personnes condamnées » (paragraphe 68 ci-dessus). Il apparaît donc que, lorsqu'il sera adopté, ce code prévoira les mêmes perspectives d'espoir de réexamen de la peine tant pour les condamnés à une peine de perpétuité réelle que pour ceux purgeant une peine de perpétuité commuable.

250. Comme cela a déjà été observé, le choix par un État d'un système de justice pénale, y compris le réexamen de la peine et les modalités de

libération, échappe en principe au contrôle exercé par la Cour, et le prononcé d'une peine d'emprisonnement perpétuel à l'encontre d'un délinquant adulte n'est pas en soi prohibé par l'article 3 ou toute autre disposition de la Convention.

251. À la lumière de sa jurisprudence, la question qui se pose à la Cour est de savoir si la peine infligée à M. Harakchiev peut être qualifiée d'incompressible, autrement dit s'il existe une perspective de libération et une possibilité de réexamen. La Cour note à cet égard que si le droit bulgare ne permet pas à M. Harakchiev d'accéder à la libération conditionnelle – mesure qui ne s'applique qu'aux condamnés purgeant une peine d'emprisonnement à temps (paragraphe 70 ci-dessus) – et si M. Harakchiev ne peut pas espérer une décision judiciaire qui convertisse sa peine perpétuelle en une peine plus clémente, le droit bulgare prévoit deux mesures de grâce présidentielle: une grâce totale ou une commutation de la peine (paragraphe 72-74 ci-dessus). Dans l'éventualité d'une grâce totale, M. Harakchiev pourrait être immédiatement libéré sans condition. Dans l'éventualité d'une commutation de la peine, même si celle-ci était remplacée par une peine de perpétuité « simple », comme dans le cas d'un autre condamné à perpétuité en janvier 2013 (paragraphe 99-101 ci-dessus), M. Harakchiev pourrait alors demander une commutation judiciaire, voire une libération conditionnelle.

252. Dans l'affaire *Iorgov [c. Bulgarie]* (n° 2) ([n° 36295/02], §§ 48-60[, 2 septembre 2010]), tranchée après l'affaire *Kafkaris* (précitée) mais avant l'affaire *Vinter et autres* (précitée), une chambre de la cinquième section de la Cour a examiné ces dispositions constitutionnelles et législatives et leur application jusqu'en 2009. Elle a noté que même si, entre 2002 et 2009, le droit de grâce présidentielle avait été exercé à l'égard de 477 détenus, aucun détenu purgeant une peine perpétuelle ne s'était vu accorder une telle grâce. Néanmoins, la chambre a conclu qu'en l'état actuel des choses, M. Iorgov, condamné à une peine de perpétuité réelle, ne pouvait se dire privé de tout espoir d'être un jour libéré de prison. Même si au moment considéré (novembre 2009) aucun condamné à la peine de perpétuité réelle n'avait encore été gracié, cela ne suffisait pas à prouver que cette peine fût *de facto* incompressible en Bulgarie. Cette peine n'ayant été introduite dans le droit bulgare que peu de temps auparavant, en décembre 1998, à la suite de l'abolition de la peine capitale, il apparaissait en effet peu probable qu'un nombre important de prisonniers purgeant une telle peine, dont M. Iorgov, eussent déjà passé suffisamment de temps en détention pour pouvoir accéder à la grâce présidentielle. Par conséquent, rien n'indiquait que si M. Iorgov présentait en temps voulu une demande de grâce, elle ne serait pas dûment examinée sur la base d'une large gamme de critères. On ne pouvait donc pas

considérer qu'il était privé de tout espoir de libération. En conséquence, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 3 de la Convention (*Iorgov* (n° 2), précité, §§ 52-60).

253. À la lumière, toutefois, du paragraphe 122 de l'arrêt de Grande Chambre *Vinter et autres* (précité au paragraphe 246 d) ci-dessus) rendu ultérieurement, la Cour ne peut pas adopter la même approche dans la présente affaire. Cette approche est basée sur l'hypothèse que l'absence d'une véritable possibilité d'obtenir la commutation de la peine de perpétuité ne peut constituer une violation de l'article 3 de la Convention que lorsque le condamné a déjà purgé une part suffisamment longue de sa peine et qu'il a fait des progrès suffisants pour avoir une chance réaliste de convaincre l'autorité compétente de commuer sa peine. C'est cette hypothèse qui sous-tendait les décisions des juridictions nationales et le raisonnement de la majorité des juges de la chambre dans l'affaire *Vinter et autres* (précitée), pour lesquels, en substance, une peine perpétuelle incompressible ne pourrait s'analyser en une violation de l'article 3 de la Convention que dans l'hypothèse et à partir du moment où l'incarcération du condamné cesserait d'apparaître justifiée (*ibidem*, §§ 48-49, 56, 87 et 91). Ce raisonnement a été explicitement rejeté par la Grande Chambre dans ladite affaire (*ibidem*, § 122).

254. Il s'ensuit qu'en l'espèce la Cour doit non seulement examiner les dispositions régissant actuellement la possibilité pour les condamnés qui, tel M. Harakchiev, purgent une peine perpétuelle incompressible de demander un aménagement de leur peine, mais aussi rechercher si au moment où la peine de M. Harakchiev est devenue définitive (novembre 2004) le droit bulgare prévoyait une possibilité appropriée de réexamen de celle-ci ou si des dispositions prévoyant pareille possibilité y ont été introduites depuis lors.

255. Il est clair que la peine est *de jure* compressible, au moins depuis la modification de l'article 74 du code pénal de 1968, entrée en vigueur le 13 octobre 2006 (paragraphe 74 ci-dessus). Cependant, il n'est pas sûr qu'elle le fût avant cette modification. Tel qu'il était libellé avant le 13 octobre 2006, l'article 74, bien que n'excluant pas expressément cette possibilité, n'établissait pas en termes clairs si le droit de grâce présidentielle était également applicable aux peines perpétuelles, commuables ou non (paragraphe 73 ci-dessus). Étant donné qu'avant octobre 2006 le président ou le vice-président n'ont pas eu à exercer le droit de grâce pour des condamnés purgeant une peine perpétuelle non commuable (paragraphe 87 ci-dessus) et qu'il n'existait aucune interprétation de la loi faisant autorité concernant la grâce présidentielle, il est difficile de dire si cet article était susceptible d'être interprété, seul ou en combinaison avec l'article 98 point 11 de la Constitution de 1991, de manière à faire relever la peine

en question du champ d'application du droit de grâce présidentielle même si elle n'était pas spécifiquement mentionnée dans le texte de l'article. Cette incertitude ressort des déclarations faites par des parlementaires au cours du débat ayant accompagné l'introduction de la peine perpétuelle non commuable (paragraphe 63-64 ci-dessus), du fait que le pouvoir législatif jugea ensuite nécessaire de clarifier ce point par une modification législative et également du fait qu'en 2012 un groupe de parlementaires demanda à la Cour constitutionnelle une interprétation contraignante de l'article 98 point 11 de la Constitution de 1991, en particulier sur le point de savoir si le droit de grâce présidentielle incluait tous les types de sanctions pénales (paragraphe 76 ci-dessus). Dans ces circonstances, la Cour n'est pas persuadée qu'il fût clair, au moment où la peine de M. Harakchiev est devenue définitive, que celle-ci était *de jure* compressible.

256. La Cour n'est pas non plus persuadée que la peine de M. Harakchiev fût *de facto* compressible pendant toute la période pertinente et que l'intéressé puisse passer pour avoir su, tout au long de sa détention, qu'il existait un mécanisme propre à déboucher sur un examen concret de l'opportunité de le libérer.

257. En vertu du système actuel, qui est basé sur les décisions prises par le président entré en fonction en janvier 2012 et sur la pratique de la Commission de grâce instaurée par lui à la même époque (paragraphe 90-107 ci-dessus) et, surtout, sur l'interprétation contraignante de l'article 98 point 11 de la Constitution de 1991 donnée par la Cour constitutionnelle en avril 2012 (paragraphe 76-83 ci-dessus), les modalités d'exercice du droit de grâce présidentielle sont très claires.

258. En particulier, la Cour constitutionnelle a défini l'étendue de ce pouvoir et a estimé qu'il fallait l'exercer de manière non arbitraire, en prenant en compte l'équité, l'humanité, la compassion, la pitié, ainsi que l'état de santé et la situation familiale du condamné, ainsi que tous les changements positifs de sa personnalité. La Cour constitutionnelle a ajouté que, même si l'on ne pouvait demander au président ou au vice-président de motiver leurs décisions dans des cas individuels, on pouvait s'attendre à ce qu'ils fassent connaître les critères généraux les guidant dans l'exercice du droit de grâce. Enfin, la haute juridiction a précisé que les décrets de grâce pouvaient être attaqués devant elle, sous réserve du respect de diverses conditions restrictives, notamment en matière de qualité pour agir (paragraphe 76-83 ci-dessus). Les principes énoncés par la Cour constitutionnelle dans sa décision offrent ainsi des garanties importantes que le droit de grâce présidentielle sera exercé d'une manière cohérente et largement prévisible.

259. En outre, les règles régissant le travail de la Commission de grâce attachée au vice-président prévoient que la commission doit notamment prendre en compte, dans le cadre de son travail, la jurisprudence pertinente des juridictions internationales et d'autres organes sur l'interprétation et l'application des instruments internationaux de protection des droits de l'homme applicables à la Bulgarie (paragraphe 91 ci-dessus). Les pratiques adoptées par la commission dès le commencement de son travail, au début de 2012 – notamment celles concernant la publication des critères qui la guident dans l'examen des demandes de grâce, des motifs des recommandations adressées par elle au vice-président relativement à l'exercice du droit de grâce dans les cas individuels et des informations statistiques pertinentes (paragraphe 94-107 ci-dessus) – ont également accru la transparence de la procédure de grâce et constitué une autre garantie d'un exercice cohérent et transparent des pouvoirs présidentiels à cet égard.

260. Enfin, il convient de tenir compte du fait que, même s'il a fallu attendre pour cela décembre 2012, la Commission de grâce a proposé au vice-président de convertir une peine de perpétuité non commuable en une peine de perpétuité commuable en se fondant sur l'amendement du condamné, et qu'en janvier 2013, le vice-président a accepté cette proposition (paragraphe 99-101 ci-dessus). Comme l'ont noté la commission et le Gouvernement dans ses observations, ce cas démontre à tous les détenus qui, comme M. Harakchiev, ont été condamnés à une peine de perpétuité non commuable qu'ils peuvent améliorer leur situation (paragraphe 100 ci-dessus).

261. Il apparaît donc que si les présidents et vice-présidents actuels et futurs continuent d'exercer leur droit de grâce conformément aux principes établis par la Cour constitutionnelle en 2012 et aux pratiques adoptées la même année, on peut considérer que la peine de perpétuité non commuable de M. Harakchiev est compressible *de facto* et que l'intéressé sait depuis 2012 qu'il existe un mécanisme lui permettant de faire examiner l'opportunité de le libérer ou de commuer sa peine. Il est vrai que certaines des règles applicables ne sont prévues ni par la Constitution ni par la loi, mais par un décret présidentiel. La Cour n'a toutefois pas vocation, elle l'a déjà noté, à prescrire la forme que doit prendre le réexamen.

262. En revanche, la Cour ne peut conclure de même relativement au laps de temps qui s'est écoulé entre le moment où la peine est devenue définitive (novembre 2004) et les premiers mois de 2012. Sous l'administration présidentielle précédente, qui a été en fonction pendant deux mandats, du

22 janvier 2002 au 22 janvier 2007, puis du 22 janvier 2007 au 22 janvier 2012, les modalités d'exercice du droit de grâce présidentielle étaient plutôt opaques, sans déclarations politiques accessibles au public et sans motivation des décisions de grâce individuelles (paragraphe 87 ci-dessus). À cet égard, la Cour ne peut pas négliger le fait que pendant le débat de 1998 des parlementaires ont demandé la confirmation que le pouvoir discrétionnaire du président ne s'exercerait pas à l'égard des condamnés à une peine de perpétuité réelle, et qu'en 2012 le Parlement a jugé nécessaire d'instaurer un comité *ad hoc* pour enquêter sur la question (paragraphe 89 ci-dessus). De même, il n'y a pas d'exemples concrets montrant que des personnes dans la même situation que M. Harakchiev pouvaient espérer bénéficier de l'exercice de ce droit (voir, par contraste, *Kafkaris*, précité, § 103). Il est vrai que l'absence de tels exemples pourrait s'expliquer par le fait que la peine de perpétuité réelle n'avait été introduite en droit bulgare que depuis peu, en décembre 1998, et qu'il était donc peu probable qu'un grand nombre de personnes purgeant une telle peine eussent passé suffisamment de temps en prison pour justifier une grâce (*Iorgov (n° 2)*, précité, §§ 56-57). Cependant, l'absence totale à l'époque de garanties formelles ou même informelles entourant l'exercice du droit de grâce présidentielle, couplée à l'absence d'exemples tendant à suggérer qu'une personne purgeant une peine de perpétuité réelle pouvait, à certaines conditions bien définies, obtenir un aménagement de peine, conduit la Cour à conclure qu'entre novembre 2004 et début 2012, la peine de M. Harakchiev ne pouvait être considérée comme compressible *de facto*. Il découle nécessairement du paragraphe 122 de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Vinter et autres* (précitée au paragraphe 246 d) ci-dessus) que, dans de tels cas, la violation de l'article 3 de la Convention consiste à priver le détenu, pour quelque durée que ce soit, de tout espoir de libération, si tenu qu'il puisse être.

263. Cela étant dit, dans la présente affaire, où les requérants invoquent aussi de sérieux griefs à l'égard de leurs régime et conditions de détention (paragraphe 179 ci-dessus), un autre point doit être examiné par la Cour : celui de savoir si le régime et les conditions de détention de M. Harakchiev lui ont laissé une véritable opportunité de s'amender et d'essayer ainsi de convaincre le président ou le vice-président d'exercer leur droit de grâce à son endroit. Il convient également de noter à cet égard que dans l'affaire *Vinter et autres* (précitée, § 122) la Cour a dit qu'« [u]n détenu condamné à la perpétuité réelle a le droit de savoir, dès le début de sa peine, ce qu'il doit faire pour que sa libération soit envisagée et ce que sont les conditions applicables » (paragraphe 246 d) ci-dessus).

264. Si la Convention ne garantit pas, en tant que tel, un droit à la réinsertion, et si l'article 3 ne peut être interprété comme imposant aux autorités une obligation absolue d'offrir aux détenus des programmes de réinsertion ou de rééducation et des activités telles que des cours ou une assistance, cette disposition exige néanmoins des autorités qu'elles donnent aux condamnés à la peine perpétuelle une chance, aussi lointaine soit-elle, de retrouver un jour la liberté. Pour que cette chance puisse passer pour tangible et véritable, les autorités doivent également donner aux condamnés à une peine perpétuelle une véritable opportunité de se réinsérer. En effet, la Cour a déjà eu l'occasion de noter le développement ces dernières années d'une tendance à mettre l'accent sur la réinsertion, qui constitue l'idée de la resocialisation par la stimulation de la responsabilité personnelle (*Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, § 28, CEDH 2007-V, et *Vinter et autres*, précité, §§ 113-118). Cette évolution est tout à fait en accord avec le but premier de la sanction pénale, tel qu'il est exposé à l'article 36 du code pénal bulgare (paragraphe 53 ci-dessus), et à l'article 10 § 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, en vigueur à l'égard de la Bulgarie depuis 1970, qui prévoit que le but principal du traitement pénitentiaire est l'amendement et la resocialisation des détenus (paragraphe 157-158 ci-dessus). Elle est également inhérente à différents instruments auxquels la Cour, ainsi qu'elle l'a déjà indiqué, attache une importance considérable malgré leur caractère non contraignant (voir, *mutatis mutandis*, *Rivière [c. France]*, n° 33834/03, § 72, [11 juillet 2006,] et *Dybeku [c. Albanie]*, n° 41153/06, § 48, [18 décembre 2007]): règles 6, 33.3, 102.1 et 107.1 des règles pénitentiaires européennes de 2006, points 6 et 11 de la Résolution 76 (2) du Comité des Ministres et paragraphes 2 *in fine*, 5 et 33 de la Recommandation Rec(2003)23 concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée, qui tous mettent l'accent sur les efforts que doivent faire les autorités pénitentiaires pour promouvoir la resocialisation et la réinsertion de tous les détenus, y compris ceux purgeant des peines perpétuelles (paragraphe 159, 161 et 162 ci-dessus).

265. Il s'agit là, bien entendu, d'un domaine dans lequel les États contractants jouissent d'une large marge d'appréciation. Le régime et les conditions de détention d'un condamné à perpétuité ne peuvent toutefois laisser indifférent dans ce contexte. Ils doivent permettre à la personne concernée de chercher à s'amender en vue de pouvoir un jour demander un aménagement de peine.

266. Même si un détenu bulgare sait «ce qu'il doit faire pour que sa libération soit envisagée et ce que sont les conditions applicables» (paragraphe 246 d) ci-dessus), des détenus comme M. Harakchiev sont

généralement soumis à un régime de détention particulièrement rigoureux – contrairement à la situation de M. Iorgov, dont le régime était graduellement assoupli en raison d'une « expérience » à la prison de Pleven (...) – qui implique un isolement presque complet et de très faibles possibilités de contacts sociaux, de travail ou d'éducation (paragraphe 118 et 124-126 ci-dessus). En l'espèce, malgré certaines variations dans son régime de détention, M. Harakchiev est en pratique resté dans des cellules verrouillées en permanence et il a été isolé du reste de la population pénitentiaire, avec très peu de possibilités de contacts sociaux ou de travail tout au long de son incarcération (paragraphe 12, 23 (...) et 177 ci-dessus). Selon la Cour, les effets délétères de ce régime de détention appauvri, couplés avec des conditions matérielles de détention insatisfaisantes, peuvent avoir sérieusement amoindri les chances pour l'intéressé de s'amender et donc d'entretenir un véritable espoir d'y parvenir un jour, de démontrer ses progrès et d'obtenir une réduction de peine. Il convient d'ajouter à cela l'absence d'une évaluation périodique cohérente sur ses progrès en matière de réinsertion. Certes, M. Harakchiev a fait l'objet d'évaluations psychologiques annuelles (...) Il convient toutefois de noter que les « Normes nationales pour le traitement des prisonniers à vie », adoptées en 2007, semblent être conçues pour aider les condamnés à perpétuité à s'adapter à leur peine plutôt qu'à travailler à leur réinsertion (paragraphe 135 ci-dessus). Ces normes n'établissent pas non plus clairement si les éventuels changements positifs dans la vie des détenus sont censés résulter de leurs propres efforts ou plutôt, comme le recommande le CPT (paragraphe 165 ci-dessus), d'une approche proactive de la part des autorités pénitentiaires.

267. Eu égard à ces considérations, la Cour conclut à la violation de l'article 3 de la Convention.

268. La Cour précise à cet égard que la nature du grief de M. Harakchiev (paragraphe 247 ci-dessus) et le constat d'une violation concernant ce grief ne peuvent être compris comme lui donnant une perspective de libération imminente.

(...)

V. APPLICATION DE L'ARTICLE 46 DE LA CONVENTION

278. L'article 46 de la Convention dispose, en ses parties pertinentes :

« 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.

(...)

279. Au titre de cet article, les Parties contractantes se sont engagées à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels ils sont parties, l'exécution étant supervisée par le Comité des Ministres. Il en résulte, entre autres, qu'un arrêt dans lequel la Cour constate une violation de la Convention ou de ses Protocoles impose à l'État défendeur l'obligation juridique non seulement de verser aux intéressés les sommes qui leur ont été allouées à titre de satisfaction équitable en vertu de l'article 41 de la Convention, mais aussi de choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou (le cas échéant) individuelles qu'il lui paraît approprié d'inscrire dans son droit interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en réparer autant que possible les effets. C'est au premier chef à l'État concerné qu'il revient de choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les moyens à utiliser dans son droit interne pour remplir cette obligation. Afin d'aider l'État défendeur dans cette tâche, la Cour peut toutefois chercher à lui indiquer le type de mesures individuelles et/ou générales qui pourraient être prises pour mettre un terme à la situation constatée (voir, pour un exemple récent, *Stanev c. Bulgarie* [GC], n° 36760/06, §§ 254-255, CEDH 2012).

280. La violation de l'article 3 de la Convention constatée en l'espèce relativement au régime et aux conditions de détention des requérants résulte en grande partie des dispositions pertinentes de la loi de 2009 sur l'exécution des peines et la détention préventive et de son règlement d'application (...) Il s'agit en réalité d'un problème systémique, qui a déjà donné lieu à des requêtes similaires (*Chervenkov c. Bulgarie*, n° 45358/04, §§ 50 et 69-70, [27 novembre 2012], et *Sabev c. Bulgarie*, n° 27887/06, §§ 72 et 9899, [28 mai 2013]) et qui pourrait en amener d'autres. La nature de la violation ici constatée indique que, pour exécuter correctement cet arrêt, l'État défendeur devrait réformer, de préférence par le biais de la loi, le cadre juridique régissant le régime de détention applicable aux personnes condamnées à la réclusion à perpétuité avec ou sans libération conditionnelle. Cette réforme, invariablement recommandée par le CPT depuis 1999 (...), devrait entraîner a) la suppression de l'application automatique du régime pénitentiaire le plus restrictif actuellement applicable, en règle générale, à tous les détenus à vie pour une période initiale de cinq ans au moins et b) mettre en place des dispositions prévoyant que le régime spécial de sécurité ne peut être imposé – et maintenu – sur la base d'une évaluation du risque individuel de chaque détenu à vie que pour la durée strictement nécessaire.

(...)

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

(...)

5. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention relativement à l'impossibilité pour M. Harakchiev d'obtenir une réduction de sa peine à partir du moment où elle était devenue définitive;
6. *Dit* que le constat d'une violation de l'article 3 de la Convention relativement à l'impossibilité pour M. Harakchiev d'obtenir une réduction de sa peine à partir du moment où elle était devenue définitive constitue en soi une satisfaction équitable suffisante;

(...)

Fait en anglais puis communiqué par écrit le 8 juillet 2014, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Fatoş Aracı
Greffière de section

Ineta Ziemele
Présidente

