

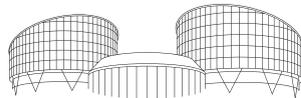
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME



REPORTS  
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL  
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2014-IV



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

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

 WOLF LEGAL PUBLISHERS

**Reports of Judgments and Decisions/Recueil des arrêts et décisions**  
**Volume 2014-IV**



Published by/Publié par

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

Printed on demand by Digiforce (Vianen, the Netherlands) on FSC paper  
([www.fsc.org](http://www.fsc.org))

Imprimé sur demande par Digiforce (Vianen, the Netherlands) sur papier FSC  
([www.fsc.org](http://www.fsc.org))

For publication updates please follow the Court's Twitter account at  
[twitter.com/echrpublication](https://twitter.com/echrpublication)

Pour toute nouvelle information relative aux publications, veuillez consulter le  
compte Twitter de la Cour: [twitter.com/echrpublication](https://twitter.com/echrpublication)

ISBN: 978-9-462-40352-9

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2017

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2017

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

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

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

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

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

### *Examples*

Judgment on the merits delivered by a Chamber

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

Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber

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

Decision on admissibility delivered by a Chamber

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

Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber

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

Judgment striking the case out delivered by a Chamber

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

Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

#### *Exemples*

Arrêt rendu par une chambre sur le fond

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

Arrêt rendu par la Grande Chambre sur le fond

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

Décision rendue par une chambre sur la recevabilité

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

Décision rendue par la Grande Chambre sur la recevabilité

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

Arrêt rendu par une chambre rayant l'affaire du rôle

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

Arrêt rendu par une chambre sur un règlement amiable

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

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

---

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

2. Le juriconsulte 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>Géorgie c. Russie (I)</i> [GC], n° 13255/07, arrêt du 3 juillet 2014 (extraits) .....	1
<i>Georgia v. Russia (I)</i> [GC], no. 13255/07, judgment of 3 July 2014 (extracts) .....	109
<i>Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the former Yugoslav republic of Macedonia</i> [GC], no. 60642/08, judgment of 16 July 2014 .....	213
<i>Ališić et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l'ex- République yougoslave de Macédoine</i> [GC], n° 60642/08, arrêt du 16 juillet 2014.....	289
<i>Hämäläinen v. Finland</i> [GC], no. 37359/09, judgment of 16 July 2014.....	369
<i>Hämäläinen c. Finlande</i> [GC], n° 37359/09, arrêt du 16 juillet 2014	415
<i>Gross v. Switzerland</i> [GC], no. 67810/10, judgment of 30 September 2014.....	463
<i>Gross c. Suisse</i> [GC], n° 67810/10, arrêt du 30 septembre 2014 .....	483



## Subject matter/Objet des affaires

### Article 8

Refusal to give applicant female identity number following sex change unless marriage was transformed into a civil partnership

*Hämäläinen v. Finland* [GC], p. 369

Refus d'octroyer à la requérante un numéro d'identité féminin à la suite de son changement de sexe, sauf transformation de son mariage en partenariat enregistré

*Hämäläinen c. Finlande* [GC], p. 415

### Article 35

#### Article 35 § 1

Inapplicability of obligation to exhaust owing to administrative practice of arresting, detaining and expelling Georgian nationals

*Georgia v. Russia (I)* [GC], p. 109

Inapplicabilité de l'obligation d'épuisement en raison de la pratique administrative d'arrestations, de détentions et d'expulsions de ressortissants géorgiens

*Géorgie c. Russie (I)* [GC], p. 1

#### Article 35 § 3 (a)

Failure to inform the Court of applicant's death during proceedings concerning her ability to obtain substance permitting her to commit suicide

*Gross v. Switzerland* [GC], p. 463

Défaut d'informer la Cour du décès de la requérante lors d'une procédure portant sur sa capacité à obtenir la substance nécessaire à son suicide

*Gross c. Suisse* [GC], p. 483

### Article 38

Government refusal to comply with Court request for disclosure of classified materials

*Georgia v. Russia (I)* [GC], p. 109

Refus du Gouvernement de se conformer à la demande de la Cour tendant à la divulgation de documents secrets

*Géorgie c. Russie (I)* [GC], p. 1

### Article 46

Slovenia and Serbia within one year to allow all persons in the applicants' position to recover their "old" foreign-currency savings under the same conditions as their nationals

*Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], p. 213

Délai d'un an accordé à la Slovénie et à la Serbie pour permettre à toutes les personnes qui se trouvent dans la même situation que les requérants de recouvrer leurs « anciens » fonds d'épargne en devises dans les mêmes conditions que leurs ressortissants respectifs

*Ališić et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], p. 289

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

Inability to recover "old" foreign-currency savings following dissolution of former Socialist Federal Republic of Yugoslavia

*Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], p. 213

Impossibilité, après la dissolution de la République socialiste fédérative de Yougoslavie, de recouvrer les « anciens » fonds d'épargne en devises étrangères

*Ališić et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], p. 289

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

Collective expulsion of Georgian nationals by Russian authorities from October 2006 to January 2007

*Georgia v. Russia (I)* [GC], p. 109

Expulsion collective de ressortissants géorgiens par les autorités russes d'octobre 2006 à janvier 2007

*Géorgie c. Russie (I)* [GC], p. 1

GÉORGIE c. RUSSIE (I)  
*(Requête n° 13255/07)*

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 3 JUILLET 2014<sup>1</sup>

---

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



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Expulsion collective de ressortissants géorgiens par les autorités russes**

Une politique coordonnée d'arrestation, de détention et d'expulsion d'un grand nombre de ressortissants d'un pays étranger sur une période limitée et dans des conditions ne permettant pas un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun d'entre eux constitue une pratique administrative d'expulsion collective contraire à l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention (paragraphe 175-178 de l'arrêt).

**Article 4 du Protocole n° 4**

*Interdiction des expulsions collectives d'étrangers – Expulsion collective de ressortissants géorgiens par les autorités russes d'octobre 2006 à janvier 2007 – Signification de l'expression « expulsion collective » – Absence d'examen raisonnable et objectif de chaque cas individuel – Politique coordonnée d'arrestation, de détention et d'expulsion de ressortissants géorgiens – Pratique administrative*

**Article 38 de la Convention**

*Obligation de fournir toutes facilités nécessaires – Refus du Gouvernement de se conformer à la demande de la Cour tendant à la divulgation de documents secrets – Refus de divulgation fondé sur le droit national – Dispositions du règlement de la Cour garantissant la confidentialité*

**Article 35 § 1 de la Convention**

*Épuisement des voies de recours internes – Pratique administrative – Inapplicabilité de l'obligation d'épuisement en raison de la pratique administrative d'arrestations, de détentions et d'expulsions de ressortissants géorgiens – Effectivité – Accessibilité*

\*

\* \*

*En fait*

L'affaire concerne l'arrestation, la détention et l'expulsion de Russie d'un grand nombre de ressortissants géorgiens de la fin de septembre 2006 à la fin de janvier 2007. Les faits de l'espèce sont controversés.

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

Selon le gouvernement géorgien, pendant la période susmentionnée, les autorités russes ont rendu plus de 4 600 décisions d'expulsion concernant des ressortissants géorgiens, dont plus de 2 300 ont été mis en détention et expulsés par la force, les autres ayant quitté la Russie par leurs propres moyens. Le gouvernement géorgien assure que cela représente une augmentation flagrante du nombre mensuel d'expulsions de ressortissants géorgiens.

À l'appui de ses allégations selon lesquelles l'augmentation des expulsions était la conséquence d'une politique visant spécifiquement ses ressortissants, le gouvernement géorgien a produit un certain nombre de documents émis dans la première quinzaine d'octobre 2006 par les autorités russes. Selon lui, ces documents, qui renvoient à deux circulaires diffusées à la fin de septembre 2006, ordonnaient aux agents russes de prendre des mesures à grande échelle pour détecter un maximum de citoyens de la République de Géorgie se trouvant en situation irrégulière sur le territoire russe, en vue de les mettre en détention puis de les expulser. Le gouvernement géorgien a également soumis deux lettres émanant d'autorités régionales russes adressées au début d'octobre 2006 à des écoles, demandant à celles-ci d'identifier les élèves de nationalité géorgienne.

Le gouvernement russe conteste ces allégations. Il dit avoir simplement appliqué la législation visant à prévenir l'immigration illégale, et dément avoir pris des mesures de représailles. Quant au nombre d'expulsions, le gouvernement russe soutient ne disposer que de statistiques annuelles ou semestrielles, et indique qu'en 2006 environ 4 000 décisions d'expulsion administrative ont été prononcées contre des ressortissants géorgiens, ce chiffre s'élevant approximativement à 2 800 sur la période allant du 1<sup>er</sup> octobre 2006 au 1<sup>er</sup> avril 2007. Quant aux documents évoqués par le gouvernement géorgien, le gouvernement russe affirme que les instructions ont été falsifiées. Tout en confirmant l'existence des deux circulaires, il en conteste le contenu. Cependant, il indique qu'elles ne peuvent être transmises à la Cour européenne des droits de l'homme car elles sont classées « secret d'État ». Enfin, le gouvernement russe ne conteste pas que les autorités régionales ont envoyé des lettres à des écoles en vue d'identifier les élèves géorgiens, mais affirme que ces lettres ont été le fait de fonctionnaires isolés qui ont agi par excès de zèle et qui ont par la suite été sanctionnés.

Diverses organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales, en particulier la commission de suivi de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE), ont rendu compte en 2007 des expulsions de ressortissants géorgiens, évoquant une action coordonnée entre les pouvoirs administratifs et judiciaires russes.

#### *En droit*

1. Article 38 de la Convention: le Gouvernement a refusé de communiquer à la Cour des copies de deux circulaires émises par les autorités russes à la fin de septembre 2006 au motif qu'il s'agissait de documents confidentiels dont la divulgation était interdite par le droit russe. La Cour a déjà conclu dans une

série d'affaires antérieures concernant des documents classés « secret d'État » que le gouvernement défendeur ne pouvait se fonder sur les dispositions du droit interne pour justifier son refus de communiquer à la Cour une preuve documentaire qu'elle avait requise. Quoi qu'il en soit, le gouvernement russe ne donne pas d'explications précises justifiant la nature secrète des circulaires litigieuses et, à supposer même qu'il existât des intérêts sécuritaires légitimes à la non-divulgateion, l'article 33 § 2 du règlement de la Cour offrait des possibilités de limiter l'accès du public aux documents concernés à travers, par exemple, des assurances de confidentialité. Dès lors, la Cour estime que la Russie a failli à son obligation de lui fournir toutes facilités nécessaires afin qu'elle puisse établir les faits de la cause.

*Conclusion*: non-respect de l'article 38 (seize voix contre une).

2. Article 35 § 1 de la Convention (épuiement des voies de recours internes) : il y a eu à compter d'octobre 2006 la mise en place en Fédération de Russie d'une politique coordonnée d'arrestation, de détention et d'expulsion de ressortissants géorgiens qui a constitué une pratique administrative, ce qui signifie que, conformément à la jurisprudence établie de la Cour, la condition d'épuisement des voies de recours internes ne s'applique pas.

Pour parvenir à cette conclusion, la Cour relève que rien n'établit que les chiffres indiqués par le gouvernement géorgien – plus de 4 600 ordonnances d'expulsion visant des ressortissants géorgiens, dont environ 2 380 ont été mis en détention et expulsés de force – ne seraient pas crédibles. Les événements en question – l'émission de circulaires et d'instructions, les arrestations et expulsions en masse de ressortissants géorgiens, les vols remplis de groupes de ressortissants géorgiens de Moscou à Tbilissi et les lettres envoyées à des écoles par des fonctionnaires russes en vue d'identifier les élèves géorgiens – se sont tous produits pendant la même période, à savoir à la fin de septembre/au début d'octobre 2006.

La concordance dans la description du déroulement des événements litigieux par les organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales est également significative à cet égard. De plus, compte tenu du constat de violation de l'article 38 de la Convention par la Cour, il existe une forte présomption que les allégations du gouvernement requérant quant au contenu des circulaires litigieuses ordonnant d'expulser spécifiquement les ressortissants géorgiens soient crédibles.

Pour ce qui est de l'effectivité et de l'accessibilité des recours internes, eu égard aux éléments dont elle dispose, la Cour considère que les ressortissants géorgiens se sont heurtés à des obstacles réels s'agissant de saisir ces voies de recours, aussi bien au cours de la procédure devant les tribunaux russes qu'après leur expulsion vers la Géorgie. Ils ont été emmenés par groupes devant les tribunaux. Certains ont dit ne pas avoir été admis dans la salle d'audience, alors que d'autres ont évoqué un entretien avec un juge, d'une durée de cinq minutes en moyenne et sans vrai examen des circonstances de l'espèce. Ils ont indiqué avoir ensuite été sommés de signer les décisions de justice sans avoir eu la possibilité d'en lire le contenu ni de pouvoir obtenir une copie de la décision. Ils n'ont pu disposer ni d'un interprète ni

d'un avocat. En règle générale, aussi bien les juges que les officiers de police les ont découragés de faire appel.

*Conclusion*: existence d'une pratique administrative (seize voix contre une); exception préliminaire rejetée (seize voix contre une).

3. Article 4 du Protocole n° 4: le gouvernement géorgien soutient que ses ressortissants ont fait l'objet d'une expulsion collective du territoire de la Fédération de Russie. La Cour rappelle qu'il faut entendre par expulsion collective, au sens de l'article 4 du Protocole n° 4, toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans les cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe. Contrairement à la situation au regard de l'article 1 du Protocole n° 7, l'article 4 du Protocole n° 4 s'applique même si les personnes expulsées ne résidaient pas légalement sur le territoire de l'État concerné. La Cour prend note de la description concordante du déroulement des procédures sommaires devant les tribunaux russes donnée par les témoins géorgiens et les organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales. Elle observe en particulier que selon la commission de suivi de l'APCE la routine des expulsions suivait un schéma récurrent dans l'ensemble du pays et que les organisations internationales ont évoqué dans leurs rapports une coordination entre les pouvoirs administratif et judiciaire.

Au cours de la période litigieuse, les tribunaux russes ont rendu des milliers de décisions d'expulsion de ressortissants géorgiens. Même si, formellement, chaque ressortissant géorgien a bénéficié d'une décision de justice, la Cour estime que le déroulement des procédures d'expulsion au cours de cette période à la suite de l'émission des circulaires et instructions litigieuses ainsi que le nombre de ressortissants géorgiens expulsés à compter du mois d'octobre 2006 rendaient impossible un examen raisonnable et objectif de la situation individuelle de chacun d'entre eux.

Si les États ont le droit d'établir souverainement leurs politiques d'immigration, des difficultés dans la gestion des flux migratoires ne peuvent justifier qu'ils aient recours à des pratiques incompatibles avec leurs obligations conventionnelles.

Les expulsions de ressortissants géorgiens au cours de la période en question n'ont pas été prises à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun d'entre eux. Elles ont constitué une pratique administrative contraire à l'article 4 du Protocole n° 4.

*Conclusion*: existence d'une pratique administrative contraire à l'article 4 du Protocole n° 4 (seize voix contre une).

La Grande Chambre conclut également, par seize voix contre une, que les arrestations et incarcérations de ressortissants géorgiens en Russie pendant la période en question participaient d'une politique coordonnée d'arrestation, de détention et d'expulsion de ressortissants géorgiens, et étaient donc arbitraires. Dès lors, elles s'analysent en une pratique administrative contraire à l'article 5 § 1 de la Convention. La

Cour a estimé à la même majorité que le fait que les ressortissants géorgiens n'aient disposé d'aucune voie de recours effective et accessible contre les arrestations, les mises en détention et les décisions d'expulsion avait emporté violation de l'article 5 § 4. Par ailleurs, les conditions dans lesquelles les ressortissants géorgiens ont été détenus (surpeuplement, conditions de santé et d'hygiène insuffisantes et manque d'intimité) s'analysent en une pratique administrative contraire à l'article 3. La Cour constate également des violations de l'article 13 combiné avec l'article 5 § 1 (treize voix à quatre) et avec l'article 3 (seize voix à une).

La Cour conclut (par seize voix contre une) à la non-violation de l'article 1 du Protocole n° 7 (garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers), étant donné que cette disposition vise expressément les étrangers « résidant régulièrement sur le territoire d'un État ». Or il n'est pas établi qu'il y ait eu également, au cours de la période litigieuse, des arrestations et expulsions de ressortissants géorgiens résidant régulièrement sur le territoire de la Fédération de Russie. Enfin, la Cour conclut unanimement à la non-violation de l'article 8 et des articles 1 et 2 du Protocole n° 1. Article 41 : question réservée.

### Jurisprudence citée par la Cour

- Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV  
*Ananyev et autres c. Russie*, nos 42525/07 et 60800/08, 10 janvier 2012  
*Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, *Recueil* 1996-V  
*Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, n° 36378/02, CEDH 2005-III  
*Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, CEDH 2001-IV  
*Čonka c. Belgique*, n° 51564/99, CEDH 2002-I  
*Davydov et autres c. Ukraine*, nos 17674/02 et 39081/02, 1<sup>er</sup> juillet 2010  
*France, Norvège, Danemark, Suède et Pays-Bas c. Turquie*, nos 9940-9944/82, décision de la Commission du 6 décembre 1983, *Décisions et rapports* 35  
*Géorgie c. Russie (I)* (déc.), n° 13255/07, 30 juin 2009  
*Goussinski c. Russie*, n° 70276/01, CEDH 2004-IV  
*Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], n° 27765/09, CEDH 2012  
*Idalov c. Russie* [GC], n° 5826/03, 22 mai 2012  
*Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, CEDH 2004-VII  
*Imakaïeva c. Russie*, n° 7615/02, CEDH 2006-XIII  
*Irlande c. Royaume-Uni* 18 janvier 1978, série A n° 25  
*Janowiec et autres c. Russie* [GC], nos 55508/07 et 29520/09, CEDH 2013  
*Kalachnikov c. Russie*, n° 47095/99, CEDH 2002-VI  
*Khoudoyorov c. Russie*, n° 6847/02, CEDH 2005-X  
*Lutsenko c. Ukraine*, n° 6492/11, 3 juillet 2012  
*Mathew c. Pays-Bas*, n° 24919/03, CEDH 2005-IX  
*M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, CEDH 2011  
*Mudayevy c. Russie*, n° 33105/05, 8 avril 2010  
*NA. c. Royaume-Uni*, n° 25904/07, 17 juillet 2008

*Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], n<sup>os</sup> 43577/98 et 43579/98, CEDH 2005-VII  
*Niyazov c. Russie*, n<sup>o</sup> 27843/11, 16 octobre 2012  
*Nolan et K. c. Russie*, n<sup>o</sup> 2512/04, 12 février 2009  
*Saadi c. Italie* [GC], n<sup>o</sup> 37201/06, CEDH 2008  
*Solovyevy c. Russie*, n<sup>o</sup> 918/02, 24 avril 2012  
*Stanev c. Bulgarie* [GC], n<sup>o</sup> 36760/06, CEDH 2012  
*Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 8319/07 et 11449/07, 28 juin 2011  
*Sultani c. France*, n<sup>o</sup> 45223/05, CEDH 2007-IV  
*Tymoshenko c. Ukraine*, n<sup>o</sup> 49872/11, 30 avril 2013

**En l'affaire Géorgie c. Russie (I),**

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

Josep Casadevall, *président*,  
 Nicolas Bratza,  
 Mark Villiger,  
 Isabelle Berro,  
 Corneliu Bîrsan,  
 Peer Lorenzen,  
 Elisabeth Steiner,  
 Khanlar Hajiyev,  
 Päivi Hirvelä,  
 Luis López Guerra,  
 Mirjana Lazarova Trajkovska,  
 Nona Tsotsoria,  
 Ann Power-Forde,  
 Zdravka Kalaydjieva,  
 Vincent A. De Gaetano,  
 André Potocki,  
 Dmitry Dedov, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 13 et 14 juin 2012, et le 26 mars 2014,

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

**PROCÉDURE****I. INTRODUCTION**

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 13255/07) dirigée contre la Fédération de Russie et dont la Géorgie a saisi la Cour le 26 mars 2007 en vertu de l'article 33 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). Le gouvernement géorgien (« le gouvernement requérant ») est représenté devant la Cour par son agent, M. L. Meskhoradze. Il l'a été auparavant successivement par ses anciens agents, M. B. Bokhashvili et M. D. Tomadze.

2. Le gouvernement russe (« le gouvernement défendeur ») est représenté par son représentant, M. G. Matyushkin. Il l'a été auparavant par son ancien représentant, M<sup>me</sup> V. Milinchuk.

3. Le gouvernement requérant alléguait que l'État défendeur avait permis ou causé l'existence d'une pratique administrative portant notamment sur

l'arrestation, la détention et l'expulsion collective de ressortissants géorgiens de la Fédération de Russie à l'automne 2006 et entraînant la violation des articles 3, 5, 8, 13, 14 et 18 de la Convention, ainsi que des articles 1 et 2 du Protocole n° 1, de l'article 4 du Protocole n° 4 et de l'article 1 du Protocole n° 7.

## II. PROCÉDURE SUR LA RECEVABILITÉ DEVANT LA CHAMBRE

4. La requête a été attribuée à la cinquième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour).

5. Le 13 avril 2007, le président de la chambre a décidé de communiquer la requête au gouvernement défendeur, qu'il a invité à soumettre des observations sur la recevabilité des griefs. Après une prorogation du délai imparti à cet effet, le gouvernement défendeur a déposé ses observations, accompagnées d'annexes, le 26 décembre 2007.

6. Le 4 janvier 2008, le gouvernement requérant a été invité à soumettre ses observations en réponse. Après une prorogation du délai imparti à cet effet, il a déposé ses observations, accompagnées d'annexes, le 5 mai 2008.

7. Le gouvernement défendeur a présenté des observations complémentaires le 23 septembre 2008.

8. La Cour s'est penchée sur l'état de la procédure le 25 novembre 2008 et a décidé de recueillir les observations verbales des parties sur la recevabilité de la requête. Elle a également décidé d'inviter les parties à répondre par écrit à une liste de questions avant la date de l'audience.

9. Le 18 mars 2009, les parties ont déposé leurs observations écrites aux questions posées par la Cour.

10. Le 30 juin 2009, après une audience portant sur les questions de recevabilité (article 54 § 3 du règlement) tenue le 16 avril 2009, une chambre de ladite section, composée des juges dont le nom suit : Peer Lorenzen, président, Rait Maruste, Karel Jungwiert, Anatoly Kovler, Renate Jaeger, Mark Villiger et Nona Tsotsoria, ainsi que de Claudia Westerdiek, greffière de section, a déclaré la requête recevable.

## III. PROCÉDURE SUR LE FOND DEVANT LA GRANDE CHAMBRE

11. Le 15 décembre 2009, la chambre 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).

12. Le 8 janvier 2010, la composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement comme suit : Jean-Paul Costa, président, Christos Rozakis, Nicolas Bratza, Peer Lorenzen, Françoise Tulkens, Josep Casadevall, Karel Jungwiert, Rait Maruste, Anatoly Kovler, Renate Jaeger, Mark Villiger, Isabelle Berro-

Lefèvre, Luis López Guerra, Mirjana Lazarova Trajkovska, Nona Tsotsoria, Ann Power et Zdravka Kalaydjieva, juges, et Michael O'Boyle, greffier adjoint de la Cour. Le 3 novembre 2011, le mandat du président de la Cour Jean-Paul Costa a pris fin. Nicolas Bratza lui a succédé en cette qualité et a assuré à partir de cette date la présidence de la Grande Chambre en l'espèce (article 9 § 2 du règlement). Le 31 octobre 2012, le mandat du président de la Cour Nicolas Bratza a pris fin. Josep Casadevall, vice-président de la Cour, a assuré à partir de cette date la présidence de la Grande Chambre en l'espèce. Nicolas Bratza a continué de siéger après l'expiration de son mandat, en vertu des articles 23 § 3 de la Convention et 24 § 4 du règlement. La nouvelle composition de la Grande Chambre au 26 mars 2014, date de l'adoption du présent arrêt, figure ci-dessus en début de texte.

13. Afin d'éclaircir certaines questions notamment sur les conditions d'arrestation, de détention et d'expulsion des ressortissants géorgiens, la Cour a décidé de recueillir oralement des preuves supplémentaires, conformément à l'article 38 de la Convention et à l'article A1 de l'annexe au règlement. Elle a désigné une délégation de cinq juges de la Grande Chambre composée de Josep Casadevall, Anatoly Kovler, Mark Villiger, Isabelle Berro-Lefèvre et Nona Tsotsoria à cet effet.

14. Le 28 juin 2010, le président de la Grande Chambre a invité chaque partie à soumettre une liste de témoins (allant jusqu'à dix) qu'elle souhaitait voir entendre par la délégation de juges. Il a également invité cinq témoins supplémentaires choisis par la Cour. Le gouvernement requérant a adressé sa liste de témoins le 11 août 2010 et le gouvernement défendeur le 14 août 2010.

15. Du 31 janvier au 4 février 2011, la délégation de juges de la Grande Chambre a procédé à une audition de témoins à huis clos en présence des représentants des parties au Palais des droits de l'homme à Strasbourg.

16. La délégation a entendu en tout vingt et un témoins, dont neuf proposés par le gouvernement requérant, dix par le gouvernement défendeur et deux choisis par la Cour.

17. La liste des témoins, qui ont comparu devant la délégation, ainsi que le résumé de leurs dépositions se trouvent en annexe au présent arrêt [voir la version intégrale de l'arrêt, disponible dans Hudoc]. Un compte rendu intégral (*verbatim record*) des dépositions des témoins devant la délégation a également été établi par le greffe de la Cour et inclus dans le dossier de la présente affaire.

18. Par des lettres des 28 juin 2010 et 8 mars 2011, le président a invité le gouvernement défendeur à soumettre des documents supplémentaires à la Cour; celui-ci a adressé ses réponses les 14 août 2010 et 15 avril 2011 respectivement.

19. Le 18 juillet 2011, le président a invité les parties à déposer des observations sur le fond de l'affaire ainsi que sur le compte rendu intégral des dépositions des témoins qui leur avait été adressé auparavant (article 58 § 1 du règlement et article A8 § 3 à l'annexe au règlement) au plus tard le 30 novembre 2011. Les observations des parties sont parvenues à la Cour à cette date.

20. Une audience sur le fond s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 13 juin 2012 (article 58 § 2 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le gouvernement requérant*

M<sup>me</sup> T. Burjaliani, premier vice-ministre de la Justice,  
 M. L. Meskhoradze, *agent*,  
 M<sup>mes</sup> K. Tskhomelidze,  
 M. Vashakidze,  
 N. Abramishvili, *conseillers*;

– *pour le gouvernement défendeur*

M. G. Matyushkin, vice-ministre de la Justice, *représentant*,  
 M<sup>mes</sup> N. Zyabkina, *premier adjoint du représentant*,  
 A. Zemskova,  
 I. Korieva,  
 M. Y. Petukhov,  
 M<sup>mes</sup> G. Khokhrina,  
 Y. Tsimbalova,  
 M. E. Shipitsyn, *conseillers*.

La Cour a entendu en leurs déclarations M<sup>me</sup> Burjaliani et M. Matyushkin.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

21. Les faits de l'espèce peuvent se résumer comme suit.

#### A. Vue d'ensemble

22. Au vu de tous les éléments soumis à la Cour, il ressort qu'à la fin de l'été 2006 les tensions politiques entre la Fédération de Russie et la Géorgie ont atteint leur paroxysme avec l'arrestation le 27 septembre 2006 de quatre officiers russes à Tbilissi et la suspension le 3 octobre 2006 par la Fédération de Russie de toutes les liaisons aériennes, routières, maritimes, ferroviaires,

postales et financières avec la Géorgie. Des médias internationaux ont fait état d'expulsions de ressortissants géorgiens par la Fédération de Russie dès la fin du mois de septembre 2006, relayés en cela par différentes organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales (voir notamment le rapport du 22 janvier 2007 de la commission de suivi de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) «Tensions actuelles entre la Géorgie et la Russie», AS/Mon (2006) 40 rév. (ci-après le «rapport de l'APCE»), le rapport d'octobre 2007 de Human Rights Watch «*Singled Out. Russia's detention and expulsion of Georgians*», vol. 19 n° 5 (D) (ci-après le «rapport de Human Rights Watch»), et celui d'avril 2007 de la Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH) «Les migrants en Russie», n° 472 (ci-après le «rapport de la FIDH»)).

23. Il a été établi que pendant la période en question (à compter de la fin de septembre 2006 jusqu'à la fin de janvier 2007) des ressortissants géorgiens ont été arrêtés, détenus, puis expulsés du territoire de la Fédération de Russie.

24. Le gouvernement requérant considère qu'il s'agissait de mesures de rétorsion à la suite de l'arrestation des officiers russes à Tbilissi et que les ressortissants géorgiens ont été expulsés indépendamment de la question de savoir s'ils séjournèrent régulièrement ou irrégulièrement en Fédération de Russie, simplement parce qu'ils étaient Géorgiens.

25. D'après le gouvernement défendeur, les événements liés à l'arrestation à Tbilissi de quatre officiers russes n'ont aucun rapport avec les faits exposés par le gouvernement requérant dans sa requête. Les autorités russes n'auraient pas adopté de mesures de riposte à l'encontre de ressortissants géorgiens, mais auraient simplement continué à appliquer la législation visant à prévenir l'immigration illégale dans le respect des exigences de la Convention et des obligations internationales de la Fédération de Russie.

26. Les parties soumettent des statistiques divergentes quant au nombre de ressortissants géorgiens expulsés au cours de cette période.

27. Le gouvernement requérant soutient notamment que de fin septembre 2006 à fin janvier 2007, 4 634 décisions d'expulsion ont été rendues à l'encontre de ressortissants géorgiens, dont 2 380 ont été détenus et expulsés par la force, et les 2 254 restants ont quitté le pays par leurs propres moyens. Il précise que d'octobre 2006 à janvier 2007 il y a eu une augmentation flagrante du nombre d'expulsions de ressortissants géorgiens qui sont passées d'environ 80-100 personnes par mois de juillet à septembre 2006 à environ 700-800 personnes par mois d'octobre 2006 à janvier 2007. À l'audition de témoins, M. Pataridze, consul de Géorgie en Fédération de Russie à l'époque des faits, a indiqué qu'à compter de la fin de septembre 2006 le consulat géorgien à Moscou a été submergé d'appels téléphoniques,

de demandes d'assistance de membres de la famille de personnes détenues et qu'environ 200 à 300 ressortissants géorgiens se rendaient au consulat tous les jours; il a également fait état d'un accroissement du nombre de documents de voyage (nécessaires à l'expulsion des ressortissants géorgiens) émis au cours de cette période et qui était passé de 10 à 15 documents par jour en moyenne à 150 par jour (...)

28. Le gouvernement défendeur, qui dit ne disposer que de statistiques annuelles ou semestrielles, indique qu'en 2006, 4 022 décisions d'expulsion administrative ont été prononcées à l'encontre de ressortissants géorgiens, ce qui représente une augmentation de 39,7 % par rapport à 2005. Cependant, au cours de cette année, ce sont les ressortissants d'Ouzbékistan qui auraient fait l'objet du plus grand nombre de mesures d'expulsion administrative (6 089), devant les ressortissants du Tadjikistan (4 960) et les ressortissants géorgiens (4 022) qui n'arrivent en réalité qu'en troisième position. Du 1<sup>er</sup> octobre 2006 au 1<sup>er</sup> avril 2007, 2 862 ressortissants géorgiens auraient fait l'objet de décisions d'expulsion. De plus, il indique qu'au cours du mois d'octobre 2006, 4 avions affrétés par la Fédération de Russie ont transporté en tout 445 ressortissants géorgiens de Moscou à Tbilissi et qu'à la fin d'octobre et au début de décembre 2006, 2 avions affrétés par la Géorgie ont transporté 220 ressortissants géorgiens de Moscou à Tbilissi. À l'audition de témoins, M. Shevchenko, chef adjoint du département de contrôle de l'immigration du service fédéral migrations à l'époque des faits, a précisé que le 6 octobre 2006 il s'agissait d'un avion-cargo du ministère des situations d'urgence (Il-76), les 10, 11 et 17 octobre 2006 d'un avion de ligne russe (Il-62M), et les 28 octobre et 6 décembre 2006 d'avions de ligne géorgiens (...)

29. Quant aux organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales, elles reprennent en partie les chiffres soumis par le gouvernement requérant (voir notamment le rapport de l'APCE, précité, § 56). De son côté, Human Rights Watch se réfère également dans son rapport à une note d'information du 1<sup>er</sup> novembre 2006 du service fédéral des migrations de la Fédération de Russie (rapport de Human Rights Watch, précité, p. 37). Celle-ci indiquerait que du 29 septembre au 1<sup>er</sup> novembre 2006, 2 681 décisions d'expulsions administratives de ressortissants géorgiens ont été prononcées et 1 194 ressortissants géorgiens ont été expulsés. Quant à la FIDH, elle parle dans son rapport de «milliers d'arrestations [de ressortissants géorgiens], de centaines de mises en détention et expulsions vers la Géorgie» après l'incident du 27 septembre 2006 (rapport de la FIDH, précité, p. 23).

## B. Existence alléguée d'une politique d'expulsion visant spécifiquement les ressortissants géorgiens

### 1. Instructions et circulaires

30. Pour soutenir ses allégations, le gouvernement requérant a soumis un certain nombre de documents émanant du département central des affaires internes (GUVI) de Saint-Petersbourg et de la région de Leningrad ainsi que du service fédéral des migrations de la Fédération de Russie. Ceux-ci se réfèrent à deux circulaires : la circulaire – *приказ* – n° 0215 du 30 septembre 2006 du département central des affaires internes de Saint-Petersbourg et de la région de Leningrad et la circulaire – *указание* – n° 849 du 29 septembre 2006 du ministère de l'Intérieur de la Fédération de Russie.

31. Ces documents sont les suivants :

i. Trois instructions des 2 et 3 octobre 2006 émanant du département central des affaires internes de Saint-Petersbourg et de la région de Leningrad :

– La première instruction du 2 octobre 2006 (n° 122721/08) émanant de M. V.J. Piotrovskiy, chef par intérim du département central des affaires internes de Saint-Petersbourg et de la région de Leningrad, général de police à l'époque des faits, adressée aux chefs de division de ce département, est ainsi intitulée « pour améliorer l'effectivité de la mise en œuvre de la circulaire n° 0215 du 30 septembre 2006 du département central des affaires internes (GUVI) (§§ 6.1, 6.2 et 7) », et ordonne

« 1. pendant la période du 2 au 4 octobre 2006, en coopération avec les antennes territoriales du département du service fédéral des migrations de Saint-Petersbourg et de la région de Leningrad et des effectifs de toutes les unités, de prendre des mesures à grande échelle pour détecter un maximum de citoyens [*граждане*] de la République de Géorgie qui sont en situation irrégulière sur le territoire russe et de les expulser ;

2. « d'initier » [*инициировать*] devant les tribunaux qui examinent les cas de violations des règles de séjour des citoyens étrangers l'adoption de décisions d'expulser uniquement la catégorie de citoyens mentionnés ci-dessus en les mettant en détention dans le centre d'accueil et de détention du département central des affaires internes (GUVI). La mise en œuvre de ces mesures est approuvée par le département du service fédéral des migrations de Saint-Petersbourg et de la région de Leningrad (UFMS), et l'adoption des décisions est faite en coordination avec le tribunal de Saint-Petersbourg et le tribunal de la région de Leningrad ; » (l'instruction en question figure également en annexe au rapport de l'APCE, au rapport de Human Rights Watch et est mentionnée dans le rapport de la FIDH, p. 26 b) *in fine*)

– La deuxième instruction du 2 octobre 2006 (n° 122721/13) et la troisième (n° 122721/17) du 3 octobre 2006 complètent la première. La deuxième émanant de M. S.N. Storozhenko, chef d'une division du département central des affaires internes de Saint-Petersbourg et de la région de Leningrad à l'époque des faits, adressée aux chefs de police de

district du service de lutte contre la criminalité économique et du service des transports de Saint-Petersbourg, se réfère également à la circulaire n° 0215. La troisième émanant de M. V.D. Koudriavtsev, chef par intérim de la police de Saint-Petersbourg et de la région de Leningrad à l'époque des faits, adressée aux chefs de police de district, ordonne notamment aux autorités compétentes de présenter quotidiennement des rapports sur le nombre de ressortissants géorgiens arrêtés pour « infractions administratives (...) et violations des règles relatives à l'enregistrement du lieu du domicile » ;

ii. Un ordre du 2 octobre 2006 (n° 122721/11) de M. Koudriavtsev se référant à la mise en œuvre du paragraphe 3 de la circulaire n° 0215 ;

iii. Une note d'information du 18 octobre 2006 du service fédéral des migrations, rédigée en application de la circulaire n° 849 du 29 septembre 2006, indiquant les mesures prises pour renforcer le contrôle de la légalité du séjour des Géorgiens vivant en Fédération de Russie : notamment le contrôle d'employeurs recrutant des citoyens géorgiens, le contrôle de citoyens géorgiens ayant commis des infractions aux articles 18.8.-18.11 du code des infractions administratives, la suspension de l'attribution de certains documents aux citoyens géorgiens (acquisition de la nationalité russe, attestations d'enregistrement, titres de séjour temporaires et permanents) et la vérification de la légalité de l'attribution de ces documents (la note d'information figure aussi en annexe au rapport de Human Rights Watch).

32. Le gouvernement défendeur soutient que toutes ces instructions, l'ordre et la note d'information ont été falsifiés et conteste le contenu tel qu'allégué par le gouvernement requérant des deux circulaires n°s 0215 et 849 auxquelles se réfèrent ces documents. Cependant, il confirme l'existence de ces deux circulaires, mais indique qu'elles ne peuvent être remises à la Cour car elles sont classées « secret d'État ». Lors de l'audition de témoins, M. Nikishkin, chef adjoint du département juridique au ministère de l'Intérieur à Moscou à l'époque de l'audition, a confirmé que l'instruction du 2 octobre 2006 (n° 122721/08) (paragraphe 31 ci-dessus) qui aurait émané du département central des affaires internes de Saint-Petersbourg et de la région de Leningrad était un faux, que les deux circulaires n°s 0215 et 849 (cette dernière étant en réalité un télégramme) étaient classées « secret d'État » et qu'elles contenaient une référence à différents groupes criminels nationaux, mais pas de référence sélective à des ressortissants géorgiens. Elles ne pourraient être divulguées car la législation russe l'interdit (...)

33. Dans son rapport annuel de 2006, M. V.P. Lukin, Commissaire aux droits de l'homme de la Fédération de Russie (Ombudsman russe) à l'époque des faits, publie l'intégralité de l'instruction du 2 octobre 2006 (n° 122721/08), où le nom de M. Piotrovskiy apparaît en tant que signataire. Le Commissaire indique que cette instruction lui a été adressée

par des militants des droits de l'homme de Saint-Petersbourg et qu'elle a été publiée par les médias locaux. Son commentaire se lit comme suit : « pour nommer les choses telles qu'elles sont, ce document sans précédent montre qu'un officier de police haut placé a conclu un arrangement avec les autorités judiciaires dans le but d'obtenir des décisions injustifiées concernant des personnes – pas encore identifiées – qui n'ont pas respecté les procédures d'enregistrement temporaires, en ignorant les circonstances particulières de chacune d'entre elles et pour le seul motif qu'il s'agissait de citoyens géorgiens. » Par la suite, il indique avoir demandé au procureur général de la Fédération de Russie de vérifier l'authenticité de ce document et dans l'affirmative « d'engager les poursuites contre les responsables et d'annuler les instructions clairement illégales qu'il contient » (rapport annuel de 2006 du Commissaire aux droits de l'homme de la Fédération de Russie, point 7 « Inter-ethnic relations and human rights »).

34. Dans sa lettre en réponse du 8 décembre 2006, M. A.E. Buksman, procureur général adjoint de la Fédération de Russie à l'époque des faits, a notamment indiqué qu'il « était établi que les autorités de Saint-Petersbourg et de la région de Leningrad chargées d'appliquer la loi prenaient régulièrement des mesures destinées à repérer les étrangers résidant de manière irrégulière à Saint-Petersbourg et dans la région de Leningrad. Ces mesures étaient mises en œuvre conformément aux articles du code de procédure pénale russe, à la loi fédérale russe sur « l'activité d'enquête » (« *Об оперативно-розыскной деятельности РФ* ») et aux circulaires administratives y compris celles relevant du secret d'État. Dans le courant de cette année, 1 069 étrangers ont été renvoyés de Saint-Petersbourg vers leurs pays d'origine ; 131 d'entre eux avaient la nationalité géorgienne. Il n'y a pas eu de cas d'abus de pouvoir de la part des officiers de la milice ».

35. Dans son rapport, le Commissaire qualifie ainsi la réponse donnée par le procureur général adjoint :

« dans la plus pure tradition bureaucratique, le document reçu n'a répondu à aucune des questions posées par le Commissaire. Au lieu de cela, la « réponse » du procureur général adjoint de Russie contenait une courte énumération des succès des forces de l'ordre de Saint-Petersbourg et, faisant référence à des circulaires administratives classées « secret », a confirmé qu'il n'y avait pas eu d'éléments prouvant des cas d'abus de pouvoir de la part des fonctionnaires de ce service. La question de savoir si cela signifiait que des divisions appartenant au département des affaires internes de Saint-Petersbourg et de la région de Leningrad n'avaient en définitive suivi aucune des instructions manifestement illégales de leur supérieur n'a pas été éclaircie. »

2. *Demandes de renseignement adressées à différentes écoles et réponses des autorités russes*

36. Le gouvernement requérant a également soumis deux lettres émanant des départements des affaires internes de deux districts de Moscou – Taganskiy (chef à l'époque des faits, M. G.S. Zakharov) et Zapadnyy (chef adjoint à l'époque des faits, M. A.V. Komarov) – adressées les 2 et 3 octobre 2006 à des écoles afin d'identifier des élèves de nationalité géorgienne au motif notamment « d'assurer l'ordre public et le respect de la loi, de prévenir des actes terroristes et des tensions entre les enfants résidant à Moscou et les enfants de nationalité (*национальность*) géorgienne » (lettre de M. Zakharov). Dans une lettre en réponse du 4 octobre 2006, le directeur de l'un de ces établissements (M. Engels) à l'époque des faits a indiqué qu'il n'existait pas de registre recensant les enfants selon leur nationalité (les lettres de M. Zakharov et M. Engels figurent également en annexe aux rapports de l'APCE et de Human Rights Watch). L'envoi de ces demandes de renseignement a été amplement commenté dans les médias russes.

37. Le gouvernement défendeur ne conteste pas l'existence de ces lettres et reconnaît même que deux autres demandes du même genre ont été adressées à différentes écoles au début d'octobre 2006, l'une par la chef du département des affaires internes du district de Butyrskiy de Moscou (M<sup>me</sup> N.V. Markova à l'époque des faits), au motif qu'elle voulait identifier des cas de pots-de-vin versés aux écoles par des immigrants illégaux, et l'autre par la chef du département des mineurs du district de Togliatti dans la région de Samara (M<sup>me</sup> S.V. Volkova à l'époque des faits), au motif qu'elle voulait recenser les cas d'enfants qui vivaient dans des conditions indécentes. Il soutient que les enquêtes menées à la suite de ces agissements ont conclu à l'absence d'instructions officielles du ministère de l'Intérieur en ce sens. En revanche, les fonctionnaires isolés qui ont fait preuve d'excès de zèle auraient par la suite été dûment sanctionnés pour avoir agi de manière illégale. Il ressort des documents soumis par le gouvernement défendeur que les fonctionnaires concernés ont fait l'objet d'une réprimande (*выговор*), d'une rétrogradation et de mesures disciplinaires. À l'audition de témoins, M<sup>me</sup> Kulagina, inspecteur, département pour l'organisation des activités des officiers de police de district et de leurs supérieurs se rapportant aux mineurs, division centrale de l'intérieur, région de Samara, à l'époque des faits, et M. Shabas, chef adjoint du département de l'intérieur, district administratif du Nord-Est, Moscou, à l'époque des faits, ont confirmé ces informations et expliqué le déroulement des enquêtes officielles et les sanctions prises notamment à l'encontre de M<sup>mes</sup> Volkova et Markova (...)

38. Le gouvernement défendeur soumet également une lettre du 5 décembre 2006 du procureur général adjoint de la Fédération de Russie adressée à tous les procureurs, constatant que des irrégularités ont été commises par différents départements des affaires internes à l'égard de ressortissants de la Communauté des États indépendants (CEI). Il s'est notamment référé aux demandes injustifiées adressées à des écoles pour identifier des élèves de nationalité géorgienne et a conclu en invitant tous les procureurs à renforcer leur contrôle sur l'activité de ces départements afin de garantir le respect des droits et libertés des ressortissants de la CEI.

*3. Position de différentes organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales*

39. Les organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales évoquent, pour leur part, une coordination entre les pouvoirs administratifs et judiciaires en faisant expressément référence à l'instruction du 2 octobre 2006 (n° 122721/08) ainsi qu'à la circulaire n° 0215 du département central des affaires internes de Saint-Pétersbourg et de la région de Leningrad du 30 septembre 2006 (rapport de l'APCE, §§ 55 et 71, rapport de Human Rights Watch, § 37, et rapport de la FIDH, pp. 26 et 27). À l'audition de témoins, M. Eörsi, rapporteur de la commission de suivi de l'APCE à l'époque des faits, a considéré que l'expulsion d'un si grand nombre de ressortissants géorgiens dans un laps de temps si court ne pouvait se faire sans que les autorités russes aient eu connaissance de ces expulsions et sans que des instructions aient été données par une personne de haut rang.

40. La FIDH indique par ailleurs que «les organisations de droits de l'homme et de défense des réfugiés présentes en Russie considèrent qu'une campagne conduite de façon aussi ostentatoire sur l'ensemble du territoire russe n'a pu être initiée qu'avec un ordre écrit transmis par la hiérarchie du ministère de l'Intérieur. Et si les hauts responsables du service fédéral des migrations et du ministère de l'Intérieur ont démenti avoir donné des ordres explicites de répression ciblant les Géorgiens, de nombreux collaborateurs du réseau «Migration et droit» de «Mémorial» [organisation non gouvernementale russe des droits de l'homme] ont pu voir dans les départements régionaux ou locaux de la police des [instructions] écrites qui contenaient tous les éléments présents dans la campagne. Le cas de la [circulaire secrète du département central des affaires internes de Saint-Pétersbourg et de la région de Leningrad], ainsi que les écrits en direction des écoles à Moscou (paragraphes 36-37 ci-dessus) ne peuvent être pris comme des cas isolés» (rapport de la FIDH, pp. 28-29; pour les

demandes de renseignements adressées aux écoles, voir aussi: rapport de l'APCE, annexe V, et rapport de Human Rights Watch, p. 37).

### **C. Déroulement des événements litigieux selon les dépositions des témoins**

#### *1. Situation des ressortissants géorgiens au regard des règles d'immigration en Fédération de Russie*

41. Les parties sont en désaccord sur la question de savoir si les ressortissants géorgiens expulsés ont respecté les règles d'immigration en vigueur en Fédération de Russie, dont de nombreuses organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales ont souligné la complexité (paragraphe 76 ci-dessous).

42. En ce qui concerne les témoins géorgiens entendus lors de l'audition, même si leur situation juridique en Fédération de Russie paraît souvent confuse, la Cour relève qu'une majorité d'entre eux était formellement en situation irrégulière en Fédération de Russie – dont certains depuis plusieurs années – pour des motifs divers (par exemple, absence de permis de travail, de visas ou d'attestations d'enregistrement en règle, souvent délivrés à leur insu de manière frauduleuse par les nombreuses agences privées qui opèrent assez largement en Fédération de Russie). Ils ont déclaré qu'ils avaient certes pu faire l'objet de contrôles dans le passé, qui avaient parfois abouti au paiement d'une somme d'argent, mais que c'était la première fois qu'ils avaient été arrêtés et expulsés de force du territoire russe.

43. M. Pataridze, consul de Géorgie en Fédération de Russie à l'époque des faits, a indiqué que les démarches officielles étaient difficiles à accomplir en pratique et que de nombreux ressortissants étrangers dont les Géorgiens s'étaient fait piégés par ces agences privées dont beaucoup agissaient de manière illégale et délivraient même de fausses attestations d'enregistrement. Il a ajouté qu'il était courant en Fédération de Russie de faire appel à ces agences privées qui faisaient de la publicité dans tous les lieux publics des grandes villes (...)

44. M. Azarov, chef adjoint du département de contrôle de l'immigration au service fédéral des migrations à Moscou à l'époque des faits, et M. Kondratyev, inspecteur de la division des mesures de « check-out » n° 2 dans le même département à l'époque des faits, ont rappelé que seules les autorités officielles étaient habilitées à délivrer ces papiers et qu'elles publiaient régulièrement les informations pertinentes à destination des ressortissants étrangers; ils ont confirmé l'existence de ces agences privées, mais ont souligné que leurs activités étaient souvent illégales et faisaient l'objet de poursuites pénales sans toutefois fournir d'exemples concrets (...)

## 2. *Arrestation, détention et expulsion des ressortissants géorgiens*

45. À la suite de l'audition de témoins, le déroulement des événements litigieux peut se résumer schématiquement comme suit : les ressortissants géorgiens ont fait l'objet de contrôles d'identité notamment dans les rues, sur les marchés et autres lieux de travail ainsi qu'à leur domicile, ils ont ensuite été arrêtés et emmenés dans des commissariats de police. Après y avoir été placés en garde à vue (pour une durée allant de quelques heures à un ou deux jours d'après les témoignages), ils ont été regroupés et transférés par bus vers les tribunaux qui, lors de procédures sommaires, ont prononcé à leur égard des sanctions administratives et des décisions d'expulsion administrative du territoire russe. Par la suite, après avoir parfois subi une visite médicale avec prise de sang, ils ont été amenés dans des centres de détention pour étrangers où ils étaient détenus pendant des durées variables (allant de deux à quatorze jours d'après les témoignages), puis transportés par bus vers différents aéroports de Moscou et expulsés vers la Géorgie par avion. Il convient de relever que, parmi les ressortissants géorgiens contre lesquels des décisions d'expulsion ont été prononcées, certains ont quitté le territoire de la Fédération de Russie par leurs propres moyens.

### a) **Conditions d'arrestation**

46. Les témoins géorgiens ont indiqué qu'ils ont été arrêtés par des officiers de police russes sous prétexte que leurs papiers d'identité n'étaient pas en règle. Souvent ils n'auraient pas pu emmener leurs effets personnels ni prévenir leurs proches. Quand ils ont demandé quelles étaient les raisons de leur arrestation, on leur aurait répondu que c'était parce qu'ils étaient Géorgiens et qu'il existait un ordre venu d'en haut d'expulser les ressortissants géorgiens (...)

47. M. Azarov, chef adjoint du département de contrôle de l'immigration au service fédéral des migrations à Moscou à l'époque des faits, et M. Kondratyev, inspecteur de la division des mesures de « check-out » n° 2 dans le même département à l'époque des faits, ont indiqué que leurs services procédaient à des contrôles d'identité d'étrangers ou d'employeurs susceptibles d'avoir violé les règles d'immigration en Fédération de Russie sur la base d'informations qu'ils avaient reçues.

### b) **Procédures devant les tribunaux**

48. Les témoins géorgiens ont tous déclaré que la procédure suivie devant les tribunaux avait été très sommaire. Souvent ils ne se seraient même pas rendu compte qu'ils avaient été traduits devant un tribunal (...) Si certains ont évoqué un entretien avec un juge, d'une durée de cinq minutes

en moyenne et sans vrai examen des circonstances de l'espèce (...), d'autres ont dit ne pas avoir été admis dans la salle d'audience et avoir attendu dans les couloirs, voire dans les bus qui les avaient conduits au tribunal (...), avec d'autres ressortissants géorgiens (leur nombre varie entre quinze et cent cinquante). Par la suite ils ont indiqué avoir été sommés de signer les décisions de justice sans avoir eu la possibilité de lire le contenu, ni de pouvoir obtenir une copie de la décision. Ils n'auraient pu disposer ni d'un interprète ni d'un avocat (...) En règle générale, aussi bien les juges que les officiers de police les auraient découragés de faire appel de ces décisions en leur disant qu'il existait un ordre d'expulser les ressortissants géorgiens, et de toute façon ils étaient tellement angoissés à l'idée de rester plus longtemps en détention et avaient tellement hâte de retourner en Géorgie qu'ils auraient signé « n'importe quoi ». Quand ils ont demandé quelles étaient les raisons de leur expulsion, on leur aurait répondu que c'était parce qu'ils étaient Géorgiens et qu'ils devaient poser la question à leur président, M. Saakashvili.

49. M. Pataridze, consul de Géorgie en Fédération de Russie à l'époque des faits, a indiqué que des officiels russes lui avaient dit en privé que le fait de faire appel de ces décisions de justice n'aurait pas de sens car la décision d'expulser les Géorgiens de Fédération de Russie était politique (...)

50. M. Kondratyev, inspecteur de la division des mesures de « check-out » n° 2 du département de contrôle de l'immigration au service fédéral des migrations à Moscou à l'époque des faits, a décrit les procédures en question devant les tribunaux de la manière suivante : le prévenu était présenté à un juge qui lui indiquait ses droits et ses obligations, lui demandait s'il souhaitait la présence d'un interprète et d'un avocat et s'il répondait par l'affirmative, son souhait était pris en compte ; ensuite le juge interrogeait le prévenu sur les détails de sa situation, quittait la salle et revenait avec la décision. Si c'était une décision d'expulsion, le prévenu recevait une copie et était amené au centre de détention pour étrangers en vue de son expulsion. Il avait dix jours pour faire appel, même une fois qu'il avait été expulsé de la Fédération de Russie et ce délai pouvait être prorogé (...)

51. M. Manerkin, chef de la division de supervision de l'exécution de la législation fédérale au bureau du procureur à Moscou à l'époque des faits, a expliqué qu'à l'époque considérée son service avait identifié des irrégularités de nature procédurale notamment sur la manière dont le service fédéral des migrations avait dressé les procès-verbaux à l'encontre de ressortissants étrangers de plusieurs pays. Ces constats avaient conduit dans vingt-deux cas à l'annulation des décisions d'expulsion en question. Il a ajouté que le procureur général en charge de la région de Moscou a demandé à tous ses services de veiller à ce que les droits de tous les ressortissants étrangers

soient dûment respectés. Il n'y aurait jamais eu d'instructions restreignant les droits des ressortissants géorgiens, car ce serait contraire à la loi, et même un crime en droit russe.

**c) Conditions de détention**

52. Les témoins géorgiens ont parlé de « surpeuplement », de conditions de détention « insupportables » et « inhumaines » et de conditions d'hygiène déplorables et ont indiqué que leurs codétenus étaient en majorité des ressortissants géorgiens, même s'il y avait parfois l'un ou l'autre détenu d'une autre nationalité.

53. Ils ont précisé que, lors de leur garde à vue dans les commissariats de police, les cellules, appelées « cages à singes », étaient exiguës et surpeuplées, que les hommes et les femmes étaient parfois détenus ensemble et qu'il n'y avait pas de possibilité pour s'asseoir (...)

54. Ils ont souligné que, dans les centres de détention pour étrangers, les cellules étaient également surpeuplées : la description de la taille des cellules varie de 40 à 50 m<sup>2</sup> pour 100 détenus, de 22 à 25 m<sup>2</sup> pour 23 détenus avec 10 couchettes (...), de 6 × 8 pas (*footsteps*) pour 30 détenus avec 6 lits (...), et de 25 m<sup>2</sup> avec 40 détenus et 15 couchettes (...) D'autres témoins ont évoqué des cellules de petite taille avec 7 ou 8 détenus (...) ou avec 45 détenus et 6 couchettes (...) Les couchettes ne comprenaient que de simples barres de fer ou des matelas très fins et pas de couvertures, les détenus devaient y dormir à tour de rôle, un seau faisait office de toilettes et n'était pas séparé du reste des cellules, il n'y avait pas d'eau et pas de nourriture décentes.

55. M. Pataridze, consul de Géorgie en Fédération de Russie à l'époque des faits, a indiqué que lui-même et son équipe ont visité plus d'une douzaine de centres de détention dans différentes régions de la Fédération de Russie, dont notamment ceux de Saint-Petersbourg et de Moscou. Il a confirmé qu'il y avait surtout des ressortissants géorgiens détenus dans tous ces centres, que les cellules étaient surpeuplées, les conditions de détention très difficiles, l'hygiène déplorable et qu'il n'y avait pas assez de lits et de matelas. Seul le centre de détention n° 1 de Moscou (centre modèle montré aux journalistes) avait des conditions de détention meilleures, même s'il était également surpeuplé (...)

56. M. Azarov, chef adjoint du département de contrôle de l'immigration au service fédéral des migrations à Moscou à l'époque des faits, a indiqué qu'il était responsable des huit centres de détention de Moscou et qu'il les avait tous visités : les conditions de détention y étaient les mêmes pour tous les étrangers, à savoir de grandes cellules d'environ 50 m<sup>2</sup>, avec des lits, des toilettes séparées, l'eau courante et des repas chauds servis trois fois par jour (...) D'autres témoins russes ont indiqué qu'il n'y avait jamais eu de plainte

ni de la part du consul de Géorgie ni de celle des ressortissants géorgiens quant aux conditions de détention.

**d) Conditions d'expulsion**

57. Les témoins géorgiens ont déclaré avoir été transportés par bus avec d'autres ressortissants géorgiens accompagnés par des officiers des forces spéciales de police russes (OMON) vers divers aéroports de Moscou d'où ils ont été expulsés par avion vers Tbilissi. Ils ont évoqué des humiliations de la part des officiers OMON, notamment d'avoir été contraints de payer dans les bus pour pouvoir assouvir un besoin naturel ou fumer ou emmener leurs effets personnels (...), et par la suite d'avoir dû marcher ou même courir les mains derrière le dos en direction de l'avion dans des corridors humains formés par les officiers OMON. Les premiers ressortissants géorgiens expulsés ont été transportés dans un avion-cargo (le 6 octobre 2006) et les suivants dans des avions de ligne (les 10, 11 et 17 octobre 2006). Si les conditions de transport dans l'avion de ligne étaient correctes, celles dans l'avion-cargo étaient très rudimentaires: les témoins géorgiens ont indiqué qu'il y avait deux rangées de bancs où étaient assis les femmes et les enfants (une vingtaine environ), les hommes étaient assis par terre ou devaient rester debout, et il y avait une sorte de bac qui faisait office de toilettes et qui circulait entre les rangées. L'estimation du nombre de passagers géorgiens dans les avions varie entre 80 et 150.

58. M. Kondratyev, inspecteur de la division des mesures de « check-out » n° 2 du département de contrôle de l'immigration au service fédéral des migrations à Moscou à l'époque des faits, a indiqué que les avions-cargos ressemblaient à des avions de ligne avec un peu moins de confort: en tout cas ils étaient équipés de sièges ou de bancs avec des ceintures de sécurité, de l'eau et de la nourriture étaient servis à bord, et il y avait des toilettes fixées au sol. Il a lui-même accompagné le vol de l'avion-cargo le 6 octobre 2006, a expliqué que le vol a duré environ 3 heures, qu'il y avait environ 150 passagers à bord et qu'ils ne se sont pas plaints des conditions de transport, mais ont au contraire remercié les membres de son service à l'arrivée à Tbilissi. Au retour, le même avion a embarqué des ressortissants russes de Géorgie vers la Fédération de Russie.

59. M. Azarov, chef adjoint du département de contrôle de l'immigration au service fédéral des migrations à Moscou à l'époque des faits, était présent aux aéroports de Zhukovskoe et de Domodedovo et est monté à bord de deux avions transportant des ressortissants géorgiens expulsés vers la Géorgie. Il a précisé que les avions étaient équipés de sièges et de bancs, et que de l'eau et des gâteaux secs étaient servis à bord.

60. M. Shevchenko, chef adjoint du département de contrôle de l'immigration du service fédéral des migrations à l'époque des faits, a déclaré qu'il était présent à l'aéroport lorsque les ressortissants géorgiens ont été expulsés et a souligné qu'il n'y avait pas eu de limitations de bagage, qu'au contraire ils avaient leurs effets personnels sur eux et que les médias étaient présents. Par la suite, dans une lettre de remerciement du consul de Géorgie adressée au directeur du service fédéral des migrations de la ville de Derbent (Dagestan), celui-ci aurait félicité les autorités russes pour la bonne collaboration lors des procédures d'expulsion et n'aurait pas déposé de réclamation.

**e) Situation en Géorgie après l'expulsion**

61. Les témoins géorgiens ont souligné qu'ils étaient soulagés d'être de nouveau en Géorgie et qu'ils n'envisageaient pas de faire appel des décisions d'expulsion auprès du consulat ou de l'ambassade de la Fédération de Russie à Tbilissi. De toute façon, lors des procédures devant les tribunaux en Fédération de Russie, aussi bien les juges que les officiers de police leur auraient dit à plusieurs reprises que cela ne servait à rien car il existait un ordre venu d'en haut d'expulser les ressortissants géorgiens. Certains ont également évoqué les obstacles pratiques tels que la fermeture du consulat russe à Tbilissi, d'autres ont parlé de longues files d'attente devant ce consulat.

62. M. Vasilyev, consul de la Fédération de Russie en Géorgie à l'époque des faits, a indiqué qu'après le rapatriement à la fin de septembre 2006 d'une partie du personnel diplomatique de l'ambassade et du consulat de Tbilissi vers la Fédération de Russie, ceux-ci continuaient de fonctionner normalement, aux heures d'ouverture habituelles (9 heures – 16 heures), avec un effectif réduit de 15 personnes (diplomates et personnel administratif) à l'ambassade et 3 diplomates au consulat. Les ressortissants géorgiens auraient donc pu déposer des recours ou des plaintes, personnellement ou par le biais du ministère des Affaires étrangères de la Géorgie et qui auraient été transmis aux autorités compétentes en Fédération de Russie, mais aucun recours ni aucune plainte n'ont été déposés. Après la rupture des relations diplomatiques entre les deux pays, à compter de mars 2009, la Fédération de Russie a gardé une antenne à l'ambassade suisse en Géorgie et la Géorgie a également gardé une antenne à l'ambassade suisse en Fédération de Russie et on aurait pu s'y adresser aux diplomates respectifs des deux pays (...). Dans sa lettre du 15 avril 2011, le gouvernement défendeur a confirmé qu'à la suite de l'évacuation d'une partie de son personnel diplomatique à la fin de septembre 2006, 10 membres du personnel diplomatique ont continué à travailler à l'ambassade russe de Tbilissi et 3 au consulat.

## **D. Déroulement des événements litigieux selon différentes organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales**

### *1. Vue d'ensemble*

63. La commission de suivi de l'APCE évoque une « campagne de persécution sélective et intentionnelle fondée sur l'appartenance ethnique, campagne manifestement contraire à l'esprit de l'article 14 [de la Convention] et du Protocole n° 12 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...) où [le] groupe [ethnique] est très clairement la cible d'opérations spéciales de la milice destinées à traquer ses membres dans les rues, sur les marchés ou dans les lieux stratégiques (consulat de Géorgie à Moscou, Église orthodoxe géorgienne) (...) » (rapport de l'APCE, §§ 52-53).

64. Des organisations non gouvernementales mentionnent des « opérations massives de contrôle et de répression dirigées contre les Géorgiens de Moscou et des autres villes russes » (rapport de la FIDH, point II « La campagne anti-géorgienne de l'automne 2006 », p. 20). Les ressortissants géorgiens ainsi que les personnes « d'origine géorgienne » (« *ethnic Georgians* ») auraient été victimes d'une politique délibérée de détention et d'expulsion à leur encontre (rapport de Human Rights Watch, p. 1).

65. Human Rights Watch cite les propos de M<sup>me</sup> Ella Pamfilova, présidente du conseil auprès du président de la Fédération de Russie pour la promotion des institutions de la société civile et les droits de l'homme (organisme d'État chargé de conseiller le président sur toutes les questions se rapportant à la société civile et aux droits de l'homme) à l'époque des faits, qui s'est exprimée ainsi : « les mesures légales et administratives prises [à l'encontre des Géorgiens] ne sont pas fondées : des commerces employant des personnes d'origine géorgienne sont fermés, des visas et des attestations d'enregistrement obtenus de manière légale par des citoyens géorgiens sont annulés, les personnes sont détenues de manière illégale et [expulsées] de Russie » (déclaration du 8 novembre 2006, rapport de Human Rights Watch, p. 30).

66. M<sup>me</sup> Svetlana Gannushkina, membre de ce même conseil auprès du président de la Fédération de Russie, chef du réseau « Migration et droit » et présidente du comité d'assistance civique et membre du conseil d'administration du centre pour les droits de l'homme « Mémorial » à l'époque des faits, a notamment déclaré en 2006 qu'il y a eu une « persécution organisée de ressortissants géorgiens ». Elle a estimé qu'un tel « harcèlement d'un groupe spécifique de personnes constituait une forme inacceptable de discrimination et ne saurait en aucun cas être considéré comme une méthode

légale pour combattre l'immigration illégale» (discours au Parlement européen du 21 novembre 2006).

67. D'autres institutions européennes ont également exprimé leur préoccupation quant au grand nombre de Géorgiens expulsés et invité les autorités russes à abroger toutes les mesures prises à l'encontre des ressortissants géorgiens résidant sur son territoire (discours du 25 octobre 2006 de M<sup>me</sup> Ferrero-Waldner, membre de la Commission européenne chargée des relations extérieures et de la politique européenne de voisinage; proposition de résolution commune du 6 mars 2007 du Parlement européen sur la situation en Ossétie du Sud, points I. et 11 et 12; déclaration du 15 décembre 2006 de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI)).

## 2. *Arrestation, détention et expulsion des ressortissants géorgiens*

### a) **Conditions d'arrestation et procédures devant les tribunaux**

68. La commission de suivi de l'APCE indique que la «routine des expulsions» suivait le même schéma dans l'ensemble du pays: «les Géorgiens arrêtés dans la rue sous prétexte d'un contrôle de papiers étaient mis en détention, que leurs papiers soient en règle ou non, et conduits aux postes de la milice où ils étaient rassemblés en grands groupes puis envoyés devant les tribunaux, dans lesquels des sanctions administratives et des décisions d'expulsion du territoire russe étaient prononcées à leur égard, conformément à des accords préalables avec les tribunaux, sans avocats ni examen des circonstances de l'espèce, au cours d'une procédure qui durait de deux à dix minutes. Souvent, les personnes concernées par ces mesures n'étaient même pas admises dans la salle d'audience, et les détenus restaient dans les couloirs, voire dans les voitures qui les avaient conduits au tribunal» (rapport de l'APCE, § 59).

69. Cette description rejoint celles de la FIDH et de Human Rights Watch (rapport de la FIDH, pp. 23-26 sous II-2 «Déroulement de la crise et type de persécutions», a) «Opérations de contrôle et d'arrestations», b) «Déni de justice flagrant et détournement des procédures», et rapport de Human Rights Watch, pp. 40-53 sous «*Arbitrary and illegal detention and expulsion of Georgians*»).

70. Ainsi Human Rights Watch énonce notamment que, «si l'expulsion [de ressortissants géorgiens] se fonde techniquement sur une décision judiciaire, la façon dont ces décisions judiciaires ont été prises (certaines à l'issue de procès collectifs), le défaut de représentation et l'impossibilité de préparer correctement les moyens de défense pour contester l'expulsion, ainsi que l'impossibilité pour beaucoup des personnes concernées d'interjeter appel,

montrent que la Russie n'a en l'occurrence pas respecté les obligations qui lui incombent en vertu de la CEDH» (rapport de Human Rights Watch, p. 13).

71. Quant à la FIDH, elle indique que « les personnes appréhendées ont été emmenées par groupes devant les tribunaux qui en quelques minutes ont prononcé l'expulsion hors de la Russie, précédé par une mise en détention dans un centre de détention provisoire pour citoyens étrangers (TsVSIK), et ce quelles que soient les conditions ou la situation de famille de la personne » (rapport de la FIDH, pp. 25-26).

Elle ajoute qu'une avocate de l'association russe « Assistance civique » « a été témoin à plusieurs reprises des irrégularités massives du fonctionnement de la justice au cours de cette campagne : non seulement, les personnes arrêtées n'avaient pas droit à un avocat, mais elles ont été amenées le plus souvent par groupes devant les tribunaux par les policiers. Là, les juges prenaient à la chaîne, et le plus souvent en dehors de la présence des intéressés, des décisions d'expulsion, sans même s'intéresser aux circonstances de chaque affaire. Ces avis d'expulsion étaient présentés aux personnes interpellées, beaucoup signaient en pensant signer une amende puisque celles-ci font partie de la panoplie des sanctions administratives possibles pour infraction à la législation sur le séjour. À plusieurs reprises, les intéressés se sont vu décourager à l'avance de faire appel de la décision, au motif que « ce serait pire ». Dans certains cas, les « accords » ont été signés à la place des intéressés » (rapport de la FIDH, p. 26).

Elle précise également que « [p]lusieurs éléments indiquent une collusion entre autorités policières et judiciaires, qui établit que cette politique a été élaborée à l'avance :

– À Moscou, la collusion entre la police et les juges peut être indiquée par le fait que ces derniers n'avaient convoqué aucune autre affaire pour les heures où la police leur amenait des Géorgiens. Ils ont été arrêtés à 9 heures du matin et présentés en groupe à 10 heures devant les tribunaux. Les juges ont rendu plus de décisions en quelques jours que d'ordinaire en six mois » (rapport de la FIDH, p. 26).

#### **b) Conditions de détention et d'expulsion**

72. Quant aux conditions de détention et d'expulsion, la commission de suivi de l'APCE se réfère aux témoins entendus par elle dans le cadre de la mission des co-rapporteurs qui ont parlé de « surpeuplement » et de conditions de détention « insupportables » et « inhumaines ». Ils auraient été privés non seulement d'assistance médicale, mais aussi de toute possibilité de satisfaire leurs besoins primaires.

Cette situation aurait entraîné le décès d'un citoyen géorgien de quarante-huit ans, Tengiz Togonidze, qui selon les témoins, souffrait d'asthme ;

ayant été détenu deux semaines sans assistance médicale ni possibilité de sortir à l'air frais, il serait décédé après plusieurs heures de transport entre le centre de détention de Saint-Petersbourg et l'aéroport international Domodedovo de Moscou le 17 octobre 2006. Le chef adjoint du service fédéral des migrations, M. Turkin à l'époque des faits, aurait affirmé que le centre de détention en question était en cours de fermeture. La commission de suivi de l'APCE évoque également le cas d'une deuxième ressortissante géorgienne, Manana Jabelia, âgée de cinquante-deux ans, qui serait décédée le 2 décembre 2006 dans le centre de détention n° 2 de Moscou, après deux mois d'assistance médicale inadéquate et après s'être vu refuser une aide médicale d'urgence (rapport de l'APCE, § 60).

Enfin, la commission de suivi de l'APCE mentionne les conditions de transport des ressortissants géorgiens dans l'avion-cargo au début du mois d'octobre 2006; ce mode de transport aurait violé les normes de l'Organisation internationale de l'aviation et constitué un danger de mort pour les passagers (rapport de l'APCE, § 57).

73. La FIDH précise qu'il y a « huit centres de détention provisoire pour étrangers (TsVSIK) à Moscou et dans les environs, qui sont dans leur majorité d'anciennes cellules de dégrisement transformées. Les centres n° 1 (quartier Novoslobodskaja), n° 2 (à Peredelkino) et n° 8 (à Mnevniky) ont été visités par des collaborateurs du comité « Assistance civique ». Devant celui de la [Dmitrovka Chaussée], on pouvait voir une file de voitures de police des routes de près de deux kilomètres qui attendaient pour déposer les personnes arrêtées dans un centre prévu pour 320 personnes environ. Des personnes détenues ont témoigné qu'il y avait 16 personnes au lieu de 8 par cellule, et que les rations de nourriture n'avaient pas été augmentées. Par ailleurs, il y avait tellement de monde que les TsVSIK n'avaient même pas le temps d'établir les documents pour les libérations ». La FIDH fait également état de quatre cas de décès en détention ou pendant le transport avant expulsion (rapport de la FIDH, pp. 26-27 sous le titre c) « Conditions de détention et décès en détention »).

74. Human Rights Watch relate des faits similaires et mentionne également quatre cas de décès en détention (rapport de Human Rights Watch, pp. 53-57 sous « *Deaths of Georgians in custody* », et pp. 57-63 sous « *Inhuman and degrading treatment* »).

Sur le premier point, Human Rights Watch évoque aussi le cas de M. Togonidze ainsi que celui de M<sup>me</sup> Jabelia, qui auraient été soumis à des conditions de détention très dures et n'auraient pas bénéficié de l'assistance médicale nécessaire, ce qui aurait entraîné leur décès. Le cas de deux autres ressortissants géorgiens qui seraient décédés en détention est également mentionné. De plus, les autorités russes n'auraient pas

entrepris d'investigations suffisantes à la suite de ces décès alors qu'ils en ont l'obligation en vertu de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Sur le second point, Human Rights Watch indique que de nombreux ressortissants géorgiens ont été soumis à des traitements inhumains et dégradants en raison des mauvaises conditions de détention et d'expulsion (cellules surpeuplées, manque d'eau et de nourriture, et transport de plus d'une centaine de ressortissants géorgiens par avion-cargo).

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### **A. Lois réglementant l'immigration et situation particulière des ressortissants géorgiens**

75. L'entrée et le séjour des immigrés sont régis par deux lois, la loi fédérale n° 115-FZ du 25 juillet 2002 sur la condition des étrangers en Fédération de Russie (« la loi sur les étrangers ») et la loi fédérale n° 109-FZ du 18 juillet 2006 sur le contrôle migratoire des ressortissants étrangers et des apatrides en Fédération de Russie.

Depuis l'entrée en vigueur le 29 octobre 2002 de la loi sur les étrangers, tous les citoyens de la CEI – y compris les ressortissants géorgiens – sont tenus de régulariser leur situation en sollicitant l'attribution d'un titre de séjour, alors qu'auparavant ils résidaient légalement sur le territoire russe. En vertu des articles 20 et 21 de cette loi, ils doivent également déposer une demande d'enregistrement auprès des bureaux locaux du service fédéral des migrations pour obtenir une attestation d'enregistrement indiquant leur lieu de résidence. S'ils souhaitent exercer une activité professionnelle, ils doivent obtenir un permis de travail ainsi qu'une carte de travailleur migrant, conformément à l'article 13 de cette loi. Un visa d'affaires (*business visa – деловая*) à durée variable est accordé à un ressortissant étranger qui souhaite participer à un séminaire ou qui dispose de contacts commerciaux en Fédération de Russie, mais ne permet pas d'y travailler légalement.

Par ailleurs, à compter du 5 décembre 2000, à la suite de la dénonciation de l'accord de Bichkek du 9 octobre 1992 autorisant la circulation sans visa des citoyens des États membres de la CEI dont la Géorgie, tous les ressortissants géorgiens ont l'obligation de demander un visa pour entrer sur le territoire russe.

### **B. Position de différentes organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales**

76. La commission de suivi de l'APCE, la FIDH ainsi que l'ECRI ont souligné l'absence de dispositions transitoires de la loi sur les étrangers en

Fédération de Russie, ainsi que la complexité des procédures d'obtention des autorisations de séjour, attestations d'enregistrement et permis de travail qui fragilisent les migrants (voir le rapport de l'APCE, § 54, le rapport de la FIDH, pp. 12-13, qui se réfère également aux conclusions du 2 juin 2003 du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale des Nations unies (CERD), CERD/C/62/CO/7, et le troisième rapport de l'ECRI du 16 décembre 2005 sur la Fédération de Russie, CRI (2006) 21).

### **C. Procédure en matière d'expulsion administrative**

77. Tout ressortissant étranger qui enfreint la réglementation en matière d'immigration de la Fédération de Russie (articles 18.8, 18.10 et 18.11 du code des infractions administratives) est passible de sanctions administratives et risque d'être expulsé (article 3.2). Toute décision se rapportant à une accusation de nature administrative pouvant aboutir à l'expulsion de la Fédération de Russie est prise par un juge d'une juridiction ordinaire (article 23.1 § 3). Elle est susceptible de recours devant un tribunal ou une juridiction supérieure dans un délai de dix jours (article 30.1 § 1, 30.2 § 2 et 30.3 § 1). Ce délai peut être prorogé à la demande de l'auteur du recours (article 30.3 § 2). L'appel interjeté contre une décision d'expulsion administrative est examiné dans un délai d'un jour suivant le dépôt de l'acte d'appel (article 30.5 § 3), est exonéré de droits et a un caractère suspensif (articles 31.1, 31.2 § 2, et 31.3 §§ 1, 2 et 3). Enfin, le ressortissant étranger peut également former un recours contre une décision d'expulsion administrative devenue exécutoire devant les juridictions de révision (arrêts de la Cour constitutionnelle des 22 avril 2004 et 12 avril 2005 portant sur la constitutionnalité des articles 30.11 §§ 1, 2 et 3 du code des infractions administratives).

## III. LES DEMANDES DES PARTIES

### **A. Le gouvernement requérant**

78. Le gouvernement requérant invite la Cour à dire :

« I. En ce qui concerne la recevabilité :

a) que ses griefs sont recevables en raison de l'inapplicabilité de la règle de l'épuisement des voies de recours à la présente procédure. L'inapplicabilité de cette règle s'explique par le fait que les violations alléguées s'inscrivent dans un ensemble d'actes incompatibles avec la Convention, officiellement tolérés par les autorités russes, et relevant donc d'une pratique administrative.

b) Subsidiairement, que ses griefs sont recevables en raison de l'inapplicabilité de la règle de l'épuisement des voies de recours à la présente procédure due au fait que les recours internes disponibles en Fédération de Russie n'étaient ni effectifs ni accessibles

au sens de la Convention et qu'il existait des circonstances particulières dispensant les ressortissants géorgiens et les personnes d'origine géorgienne de les épuiser.

c) Que la requête a été introduite dans le délai de six mois prévu par la Convention.

II. En ce qui concerne le fond : que la Fédération de Russie a violé les articles 3, 5, 8, 13, 14, 18 [et 38] de la Convention, les articles 1 et 2 du Protocole n° 1, l'article 4 du Protocole n° 4 et l'article 1 du Protocole n° 7.

III. En ce qui concerne la réparation : que l'État requérant a droit à une satisfaction équitable pour ces violations, qui doivent faire l'objet de mesures de réparation et d'indemnisation au profit de la partie lésée.»

79. Sur le dernier point, il précise qu'il convient «d'accorder une satisfaction équitable en vertu de l'article 41 de la Convention, à savoir une indemnisation, une réparation et une *restitutio in integrum*, plus les frais et dépens et toute autre compensation à préciser, pour couvrir les dommages matériels et moraux subis par les parties lésées à raison des violations constatées ainsi que les frais encourus dans le cadre de la présente procédure».

80. À l'audience sur la recevabilité, le gouvernement requérant a explicitement indiqué que les situations individuelles qu'il a exposées dans sa requête et que les témoins géorgiens ont évoquées lors de leur audition ne sont là que pour illustrer l'existence d'une pratique administrative. Par ailleurs, vingt-trois requérants géorgiens (dont trois entendus au cours de l'audition de témoins) ont également déposé des requêtes individuelles devant la Cour.

## **B. Le gouvernement défendeur**

### **81. Le gouvernement défendeur, quant à lui, considère que**

«l'audition des témoins par une délégation de juges de la Grande chambre confirme entièrement la position adoptée par les autorités de la Fédération de Russie qui estiment que la requête *Géorgie c. Russie (I)* alléguant la violation des articles 3, 5, 8, 13, 14 et 18 de la Convention, des articles 1 et 2 du Protocole n° 1, de l'article 4 du Protocole n° 4 et de l'article 1 du Protocole n° 7 à la Convention est dépourvue de fondement. En effet, l'audition des témoins n'a pas apporté la preuve qu'à l'époque des faits les autorités russes se seraient livrées à des pratiques administratives et auraient procédé à l'expulsion collective de ressortissants géorgiens.

L'audition des témoins a permis d'étayer objectivement les arguments des autorités de la Fédération de Russie selon lesquelles il existe, en Russie, des voies de recours internes effectives que les témoins visés par une mesure d'expulsion administrative du territoire russe, comme les autres ressortissants géorgiens, alléguant une violation de leurs droits par les autorités russes à l'époque des faits, se devaient d'épuiser avant de saisir la Cour. En conséquence et au vu de la décision sur la recevabilité rendue le 30 juin 2009 dans l'affaire interétatique *Géorgie c. Russie (I)*, laquelle décision a joint

au fond la question relative au respect du délai de six mois ainsi que celle relative à l'épuisement des voies de recours internes, la Fédération de Russie estime que la Cour ne peut connaître du fond de l'affaire (voir l'arrêt de la Cour *Markine c. Russie*, n° 59502/00, 30 mars 2006). »

## EN DROIT

### I. ÉTABLISSEMENT DES FAITS ET PRINCIPES D'APPRÉCIATION DES PREUVES

82. Avant de procéder à l'examen sur le fond et à l'appréciation des preuves sous l'angle de chaque grief, la Cour va énoncer l'ensemble des preuves écrites et orales sur lesquelles elle s'est appuyée ainsi que les principes d'appréciation qu'elle va appliquer.

#### A. Établissement des faits

83. Afin d'établir les faits, la Cour s'est fondée sur les observations des parties et les nombreux documents soumis par celles-ci ainsi que sur les dépositions des témoins entendus à Strasbourg.

84. Elle s'est également appuyée sur les rapports d'organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales tels que ceux de la commission de suivi de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE), de Human Rights Watch, de la Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH), ainsi que sur le rapport annuel de 2006 du Commissaire aux droits de l'homme de la Fédération de Russie (Ombudsman russe). Certains des documents soumis par le gouvernement requérant se retrouvent également dans ces rapports.

#### 1. Preuves documentaires supplémentaires

85. Par des lettres des 28 juin 2010 et 8 mars 2011 ainsi que durant l'audition de témoins, la Cour a demandé au gouvernement défendeur de produire les documents supplémentaires suivants :

- les statistiques mensuelles des expulsions des ressortissants géorgiens au cours des années 2006 et 2007 afin de disposer d'éléments de comparaison entre les expulsions avant et après le mois d'octobre 2006, au cours duquel auraient débuté les arrestations et expulsions massives de ressortissants géorgiens ; le gouvernement défendeur a indiqué qu'il ne disposait que de statistiques annuelles et semestrielles qu'il a soumises à la Cour ;

- les deux circulaires n<sup>os</sup> 0215 et 849 de la fin de septembre 2006 émises respectivement par le département central des affaires internes de Saint-Pétersbourg et de la région de Leningrad et le ministère de l'Intérieur

de la Fédération de Russie et auxquelles se réfèrent les documents soumis par le gouvernement requérant; le gouvernement défendeur conteste l'authenticité de ces derniers et indique qu'il ne peut soumettre les circulaires en question car elles sont classées « secret d'État » (paragraphe 32 ci-dessus);

– les dossiers des poursuites disciplinaires engagées contre les fonctionnaires russes qui avaient demandé à différentes écoles russes de leur transmettre une liste des élèves géorgiens; le gouvernement défendeur a soumis la copie de plusieurs documents indiquant que les fonctionnaires en question avaient fait l'objet de sanctions disciplinaires;

– les statistiques relatives au nombre des décisions rendues en appel par les juridictions russes contre les décisions d'expulsion de ressortissants géorgiens au cours de la période litigieuse (octobre 2006 à janvier 2007); dans sa lettre en réponse du 15 avril 2011, le gouvernement défendeur a de nouveau indiqué qu'il ne disposait pas de statistiques mensuelles relatives aux expulsions de ressortissants géorgiens (la nationalité des personnes ayant commis des infractions administratives ne figurant pas dans les statistiques des juridictions ordinaires et une base de données électronique pour toute la Fédération de Russie n'existant que depuis 2010), mais qu'il pouvait néanmoins fournir des indications recueillies manuellement pour la période concernée auprès de juridictions de 18 régions de la Fédération de Russie en soumettant à la Cour la copie de 86 décisions d'appel. Il convient de relever que seules 42 parmi ces décisions s'appliquaient à des ressortissants géorgiens expulsés au cours de la période litigieuse, dont 21 ont annulé les décisions des tribunaux de première instance. De plus, sur les 86 décisions d'appel soumises à la Cour, seules 8 concernaient la ville de Moscou et 17 la ville de Saint-Petersbourg, alors que la majorité des expulsions de ressortissants géorgiens se sont déroulées dans ces deux villes. Enfin, 1 décision d'appel sur les 8 concernant Moscou et 12 décisions d'appel sur les 17 concernant Saint-Petersbourg portaient sur des renvois aux autorités administratives au motif que les policiers avaient directement emmené les ressortissants géorgiens devant les tribunaux sans passer par le service fédéral des migrations comme le prévoyait la loi.

## *2. Audition de témoins*

86. Durant la semaine du 31 janvier au 4 février 2011, la délégation de juges de la Grande Chambre a entendu en tout vingt et un témoins, dont neuf ont été sélectionnés par le gouvernement requérant, dix par le gouvernement défendeur et deux choisis par la délégation.

87. Les neuf témoins sélectionnés par le gouvernement requérant (à l'exception du témoin n° 8, épouse de feu M. Togonidze, et qui a été un témoin « indirect » des événements, ainsi que de M. Pataridze, consul de

Géorgie en Fédération de Russie à l'époque des faits) sont des ressortissants géorgiens qui ont été arrêtés, détenus et expulsés par les autorités russes. Leurs témoignages ont porté sur les conditions d'arrestation, de détention et d'expulsion à l'automne 2006.

88. Les dix témoins choisis par le gouvernement défendeur sont des fonctionnaires de la Fédération de Russie, dont les témoignages ont notamment porté sur les conditions d'arrestation, de détention et d'expulsion de ressortissants géorgiens, sur les données statistiques ainsi que sur l'authenticité des instructions du département central des affaires internes de Saint-Petersbourg et de la région de Leningrad et des circulaires auxquelles elles se réfèrent.

89. Les deux témoins choisis par la Cour sont M. Eörsi, rapporteur de la commission de suivi de l'APCE à l'époque des faits, ainsi que M. Tugushi, fonctionnaire chargé des droits de l'homme auprès de la mission de l'OSCE en Géorgie à l'époque des faits.

90. La délégation avait également prévu d'entendre d'autres témoins, dont notamment M. Piotrovskiy, chef par intérim du département central des affaires internes de Saint-Petersbourg et de la région de Leningrad à l'époque des faits et signataire présumé de l'instruction du 2 octobre 2006 qui vise à « améliorer l'effectivité de la mise en œuvre de la circulaire n° 0215 du 30 septembre 2006 » (paragraphe 31 ci-dessus). Or la veille de son audition, le représentant du gouvernement défendeur a indiqué que M. Piotrovskiy avait dû être hospitalisé d'urgence et soumis une attestation d'hospitalisation à cet effet.

91. De plus, la délégation souhaitait entendre M. Lukin, Commissaire aux droits de l'homme de la Fédération de Russie à l'époque des faits. Cependant, ce dernier n'a pas répondu à la convocation de la Cour.

92. Enfin, la délégation souhaitait également entendre M<sup>me</sup> Pamfilova, présidente du conseil auprès du président de la Fédération de Russie pour la promotion des institutions de la société civile et les droits de l'homme dans la Fédération de Russie à l'époque des faits. Or il n'a pas été possible d'entendre M<sup>me</sup> Pamfilova comme témoin, étant donné que, par une lettre du 15 octobre 2010, le gouvernement défendeur a informé la Cour que M<sup>me</sup> Pamfilova n'avait plus le statut de fonctionnaire mais celui de personne privée, et que dès lors il n'était pas en mesure de fournir son adresse à la Cour. À cet égard, il convient de rappeler l'obligation de toute Partie contractante de notifier toute convocation à un témoin résidant sur son territoire (voir l'article A5 § 4, première phrase, de l'annexe au règlement de la Cour).

## B. Principes d'appréciation des preuves

93. Pour l'appréciation des éléments de preuve, la Cour retient le critère de la preuve «au-delà de tout doute raisonnable», énoncé par elle dans le cadre de deux affaires interétatiques (*Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 161, série A n° 25, et *Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, § 113, CEDH 2001-IV) et qui depuis fait partie de sa jurisprudence constante (voir notamment *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, § 26, CEDH 2004-VII, et *Davydov et autres c. Ukraine*, n°s 17674/02 et 39081/02, § 158, 1<sup>er</sup> juillet 2010).

94. Elle n'a toutefois jamais eu pour dessein d'emprunter la démarche des ordres juridiques nationaux qui appliquent ce critère en droit pénal. Il lui incombe de statuer non pas sur la culpabilité au regard du droit pénal ou sur la responsabilité civile, mais sur la responsabilité des États contractants au regard de la Convention. La spécificité de la tâche que lui attribue l'article 19 de la Convention – assurer le respect par les Hautes Parties contractantes de leur engagement consistant à reconnaître les droits fondamentaux consacrés par cet instrument – conditionne sa façon d'aborder les questions de preuve. Dans le cadre de la procédure devant la Cour, il n'existe aucun obstacle procédural à la recevabilité d'éléments de preuve ni aucune formule prédéfinie applicables à leur appréciation. La Cour adopte les conclusions qui, à son avis, se trouvent étayées par une évaluation indépendante de l'ensemble des éléments de preuve, y compris les déductions qu'elle peut tirer des faits et des observations des parties. Conformément à sa jurisprudence constante, la preuve peut résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants. En outre, le degré de conviction nécessaire pour parvenir à une conclusion particulière et, à cet égard, la répartition de la charge de la preuve sont intrinsèquement liés à la spécificité des faits, à la nature de l'allégation formulée et au droit conventionnel en jeu. La Cour est également attentive à la gravité que revêt un constat selon lequel un État contractant a violé des droits fondamentaux (voir notamment *Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], n°s 43577/98 et 43579/98, § 147, CEDH 2005-VII, et *Mathew c. Pays-Bas*, n° 24919/03, § 156, CEDH 2005-IX).

95. Pour établir l'existence d'une pratique administrative, la Cour ne s'inspire pas de l'idée que la charge de la preuve pèse sur l'un des deux gouvernements en cause, mais elle doit plutôt étudier l'ensemble des éléments en sa possession, d'où qu'ils proviennent (*Irlande c. Royaume-Uni* et *Chypre c. Turquie*, précités). De plus, le comportement des parties dans le cadre des efforts entrepris par la Cour pour obtenir des preuves peut

également constituer un élément à prendre en compte (*Irlande c. Royaume-Uni, Ilaşcu et autres et Davydov et autres*, précités).

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 38 DE LA CONVENTION

96. Eu égard au refus persistant du gouvernement défendeur de soumettre à la Cour la copie des deux circulaires n<sup>os</sup> 0215 et 849 (paragraphe 30 ci-dessus), la Cour estime approprié de débiter l'examen de la présente affaire par une analyse quant au respect par le gouvernement défendeur de son obligation procédurale découlant de l'article 38 de la Convention, ainsi rédigé :

« La Cour examine l'affaire de façon contradictoire avec les représentants des parties et, s'il y a lieu, procède à une enquête pour la conduite efficace de laquelle les Hautes Parties contractantes intéressées fourniront toutes facilités nécessaires. »

### A. Thèses des parties

#### 1. Le gouvernement requérant

97. Le gouvernement requérant considère que le gouvernement défendeur n'a pas donné d'explications suffisantes pour justifier son refus de communiquer les circulaires n<sup>os</sup> 0215 et 849 à la Cour. Se référant à la jurisprudence de la Cour en la matière, il invite celle-ci à en tirer les conclusions favorables à ses allégations et à conclure à la violation de l'article 38 de la Convention.

#### 2. Le gouvernement défendeur

98. Le gouvernement défendeur, quant à lui, indique qu'il n'est pas en mesure de communiquer les circulaires à la Cour au motif que celles-ci sont couvertes par le « secret d'État » et ne peuvent être divulguées. Selon le ministère de l'Intérieur de la Fédération de Russie, ces circulaires ne contenaient aucun ordre appelant les organes de la Fédération de Russie à prendre des mesures délibérément attentatoires aux droits des ressortissants géorgiens. À l'audition de témoins, M. Nikishkin, chef adjoint du département juridique au ministère de l'Intérieur à Moscou à l'époque de l'audition, a confirmé que l'instruction du 2 octobre 2006 qui aurait émané du département central des affaires internes de Saint-Petersbourg et de la région de Leningrad était un faux, que les deux circulaires n<sup>os</sup> 0215 et 849 (cette dernière étant un télégramme) étaient classées « secret d'État » et qu'elles contenaient une référence à différents groupes criminels nationaux, mais pas de référence sélective à des ressortissants géorgiens. Elles ne pourraient être divulguées car la législation russe l'interdit (...)

## B. Appréciation de la Cour

### 1. Principes généraux

99. La Cour rappelle les principes généraux suivants qu'elle a notamment développés dans le cadre de requêtes individuelles et qu'il convient également d'appliquer aux requêtes interétatiques :

« (...) [I] est de la plus haute importance, pour un fonctionnement efficace du système de recours individuel instauré par l'article 34 de la Convention, que les États contractants coopèrent autant que possible pour permettre un examen sérieux et effectif des requêtes. Ils ont ainsi obligation de fournir toutes facilités nécessaires à la Cour, que celle-ci cherche à établir les faits ou à accomplir ses fonctions d'ordre général afférentes à l'examen des requêtes. Le défaut de communication par un gouvernement, sans justification satisfaisante, d'informations en sa possession peut non seulement amener la Cour à tirer des conclusions quant au bien-fondé des allégations du requérant, mais aussi avoir des conséquences négatives sur l'appréciation de la mesure dans laquelle l'État défendeur peut passer pour s'être acquitté de ses obligations découlant de l'article 38 de la Convention (*Tahsin Acar c. Turquie* [GC], n° 26307/95, §§ 253-254, CEDH 2004-III, *Timurtaş c. Turquie*, n° 23531/94, §§ 66 et 70, CEDH 2000-VI, et *Tanrıkulu c. Turquie* [GC], n° 23763/94, § 70, CEDH 1999-IV). » (*Janowiec et autres c. Russie* [GC], n°s 55508/07 et 29520/09, § 202, CEDH 2013)

### 2. Application de ces principes

100. En l'espèce, la Cour relève que, par une lettre du 28 juin 2010, elle a invité le gouvernement défendeur à lui communiquer la copie des circulaires n°s 0215 et 849 – auxquelles se réfèrent notamment l'instruction du 2 octobre 2006 (n° 122721/08) émanant du département central des affaires internes de Saint-Petersbourg et de la région de Leningrad, l'ordre du 2 octobre 2006 (n° 122721/11) du chef par intérim de la police de Saint-Petersbourg et de la région de Leningrad ainsi que la note d'information du 18 octobre 2006 du service fédéral des migrations (paragraphes 30-31 ci-dessus) – qu'elle considère comme des pièces essentielles aux fins de l'établissement des faits en l'espèce.

101. À l'audition de témoins, la délégation de juges a réitéré oralement au représentant du gouvernement défendeur la demande de la Cour d'obtenir la remise de ces deux circulaires en attirant son attention sur les articles 44A-C (obligation de coopérer avec la Cour) et 33 (publicité des documents) du règlement de la Cour.

102. Par une seconde lettre du 8 mars 2011, la Cour a renouvelé sa demande par écrit et s'est également référée à ces articles en rappelant expressément, conformément au libellé de l'article 44C du règlement, que « [l]orsqu'une partie reste en défaut de produire les preuves ou informations requises par la Cour ou de divulguer de son propre chef des informations

pertinentes, ou lorsqu'elle témoigne autrement d'un manque de participation effective à la procédure, la Cour peut tirer de son comportement les conclusions qu'elle juge appropriées».

103. Le gouvernement défendeur, quant à lui, ne conteste pas l'existence de ces circulaires, mais il soutient que leur contenu ne correspond pas à celui allégué par le gouvernement requérant, tout en refusant de les soumettre à la Cour au motif qu'elles relèvent du «secret d'État» et que la législation russe l'interdit.

104. Or la Cour rappelle que, «[d]ans une affaire où les versions des faits se contredisent, la Cour se trouve inévitablement confrontée à des difficultés propres à toute juridiction de première instance dans l'établissement des faits. Lorsque, comme en l'espèce, le gouvernement défendeur est le seul à avoir accès aux informations susceptibles de confirmer ou de réfuter les allégations [du gouvernement] requérant, son manquement en la matière, sans justification satisfaisante à l'appui, peut permettre de tirer des conclusions quant au bien-fondé des allégations [du gouvernement] requérant» (*Imakaïeva c. Russie*, n° 7615/02, § 111, CEDH 2006-XIII).

105. De plus, comme elle l'a déjà indiqué dans des affaires relatives à des documents classés «secret d'État», le gouvernement défendeur ne saurait se fonder sur les dispositions du droit interne pour justifier son refus de communiquer à la Cour une preuve documentaire qu'elle avait requise (voir, *mutatis mutandis*, *Davydov et autres*, précité, § 170, *Nolan et K. c. Russie*, n° 2512/04, § 56, 12 février 2009, et *Janowiec et autres*, précité, § 206).

106. Enfin, en l'espèce, la Cour note que le gouvernement défendeur ne donne pas d'explications précises justifiant la nature secrète des circulaires litigieuses; or elle a de sérieux doutes quant à cette classification car même s'il s'agissait de documents internes, afin d'être mises en œuvre, ces circulaires devaient être portées à la connaissance d'un grand nombre de fonctionnaires à différents niveaux de l'administration.

107. Or la Cour rappelle que l'un des critères qu'elle a retenu pour apprécier le caractère secret d'un document est le fait qu'il soit connu au-delà du cercle restreint des services secrets et des plus hauts fonctionnaires de l'État (voir, *mutatis mutandis*, *Nolan et K.*, précité, § 56, et *Janowiec et autres*, précité, § 206).

108. Même si l'on parlait du principe que le gouvernement défendeur avait des intérêts sécuritaires légitimes de ne pas divulguer les circulaires en question, il convient de relever que la Cour avait attiré l'attention de celui-ci sur les possibilités prévues à l'article 33 § 2 du règlement de la Cour d'en restreindre l'accès au public (voir, *mutatis mutandis*, *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, n° 36378/02, §§ 15-17, 246 et 362, CEDH 2005-III,

où le président de la chambre avait assuré la confidentialité de certains documents présentés par le gouvernement russe).

109. Eu égard à tous ces éléments, la Cour estime que le gouvernement défendeur a failli à son obligation de fournir toutes facilités nécessaires à la Cour afin qu'elle puisse établir les faits de la cause comme le veut l'article 38 de la Convention. Elle en tirera toutes les conclusions qu'elle estime pertinentes quant au bien-fondé des allégations du gouvernement requérant sur le fond.

110. Il y a donc eu violation de l'article 38 de la Convention.

### III. SUR L'EXISTENCE ALLÉGUÉE D'UNE PRATIQUE ADMINISTRATIVE ET SUR L'ÉPUISEMENT DES VOIES DE RECOURS INTERNES ET LA RÈGLE DES SIX MOIS

111. La Cour rappelle que, dans sa décision sur la recevabilité, la chambre a constaté l'existence d'un « commencement de preuve » d'une pratique administrative, mais a renvoyé au fond « l'examen de toutes les autres questions relatives à la portée et à l'existence de cette pratique administrative ainsi que sa compatibilité avec les dispositions de la Convention » ainsi que la question du respect du délai de six mois. Elle a également renvoyé au fond, car étroitement liées à l'existence d'une pratique administrative, « la question de l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes et celle de son respect dans les circonstances de l'espèce » (*Géorgie c. Russie (I)* (déc.), n° 13255/07, §§ 44-46 et 50, 30 juin 2009).

#### **A. Pratique administrative et épuisement des voies de recours internes**

##### *1. Thèses des parties*

###### **a) Pratique administrative**

###### *i. Thèse du gouvernement requérant*

112. Le gouvernement requérant soutient à titre principal que les deux éléments constitutifs d'une pratique administrative, à savoir la répétition d'actes et la tolérance officielle, étaient présents en l'espèce.

113. Pour ce qui est de la répétition d'actes, les témoins cités par le gouvernement requérant auraient confirmé à la délégation de juges de la Grande Chambre que l'arrestation, la détention et l'expulsion de ressortissants géorgiens de la Fédération de Russie à l'automne 2006 présentaient un caractère organisé. De plus, alors qu'ils n'avaient jamais rencontré de difficultés auparavant, leurs papiers n'étaient soudain plus en règle. Il faudrait y voir une preuve supplémentaire du fait que les actes

des autorités russes étaient suffisamment nombreux et bien organisés pour permettre de conclure à un ensemble de violations excluant que celles-ci aient revêtu un caractère exceptionnel et isolé. L'augmentation du nombre de ressortissants géorgiens expulsés à l'automne 2006 par rapport à celui des mois et des années précédents et suivants illustrerait de manière flagrante l'existence d'une pratique administrative. Celle-ci serait également corroborée par le fait que le gouvernement défendeur n'aurait pas contesté la suspension des services postaux avec la Géorgie, et que l'Assemblée fédérale (parlement bicaméral) de la Fédération de Russie aurait durci les mesures réprimant les infractions au droit de l'immigration le 5 novembre 2006. Enfin, le gouvernement requérant invoque les rapports de plusieurs organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales (dont notamment celui de Human Rights Watch) et de médias qui auraient fait état du problème du racisme et de la xénophobie en Fédération de Russie de manière générale, ainsi que de la politique anti-géorgienne qui s'est manifestée à l'automne 2006.

114. Pour ce qui est de la tolérance officielle, le gouvernement requérant se réfère notamment au rapport de Human Rights Watch qui aurait indiqué que les niveaux inférieurs et supérieurs de l'administration russe avaient travaillé ensemble pour mener à bien des expulsions massives de ressortissants géorgiens. Le rapport invoquerait la multiplication des contrôles des personnes d'origine géorgienne par la police et ferait surtout état d'instructions émanant du département central des affaires internes de Saint-Petersbourg et de la région de Leningrad faisant obligation à la police, au service fédéral des migrations et aux tribunaux de prendre les mesures nécessaires pour identifier et expulser les ressortissants géorgiens. De plus, les déclarations des victimes ainsi que les rapports des organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales et de médias prouveraient l'existence des instructions se fondant sur les circulaires n<sup>os</sup> 0215 et 849 ainsi que le contenu de ces circulaires. Le gouvernement requérant se réfère en particulier au rapport annuel de 2006 du Commissaire aux droits de l'homme de la Fédération de Russie. Enfin, des fonctionnaires russes auraient demandé à plusieurs écoles russes de communiquer une liste des élèves géorgiens afin de pouvoir identifier les parents de ces derniers; or le fait que les auteurs de ces demandes, qui constituaient clairement des infractions, n'auraient pas été dûment sanctionnés constituerait une preuve supplémentaire de la politique discriminatoire menée à l'encontre de ressortissants géorgiens à l'automne 2006.

*ii. Thèse du gouvernement défendeur*

115. Le gouvernement défendeur conteste ces allégations. D'après lui, l'audition de témoins par la délégation de juges de la Grande Chambre n'aurait apporté aucune preuve de nature à confirmer les affirmations des autorités géorgiennes selon lesquelles la Fédération de Russie aurait, en réponse à l'arrestation d'officiers russes accusés d'espionnage, organisé et autorisé le harcèlement des ressortissants géorgiens et aurait procédé à des arrestations et des expulsions collectives massives de ces derniers en violation de la loi.

116. Le gouvernement défendeur soutient que la mise en jeu de la responsabilité des ressortissants géorgiens pour infraction administrative et les mesures d'expulsion du territoire russe prises à leur encontre ont été conformes à la loi et poursuivaient un objectif légitime, et qu'elles n'étaient en rien liées à ou motivées par l'origine ethnique ou la nationalité des ressortissants géorgiens. Vis-à-vis de ces derniers, les autorités russes ne se seraient livrées à aucune pratique administrative et n'auraient opéré aucune expulsion collective au sens de la Convention.

117. Il considère en particulier que le gouvernement requérant ne soumet aucune preuve du caractère authentique des instructions émanant du département central des affaires internes de Saint-Petersbourg et de la région de Leningrad – dont celle du 2 octobre 2006 signée par M. Piotrovskiy et dont une «prétendue» copie figurerait notamment en annexe au rapport de l'APCE, au rapport de Human Rights Watch et dans le rapport du Commissaire aux droits de l'homme de la Fédération de Russie – évoquant une coordination de la politique d'expulsion entre les autorités administratives et judiciaires visant spécifiquement les ressortissants géorgiens. L'évocation même d'une telle coordination serait particulièrement absurde, car les tribunaux russes sont indépendants du pouvoir exécutif. De plus, lors de l'audition de témoins les fonctionnaires russes auraient confirmé qu'il n'y a jamais eu de telles instructions. Il en irait de même pour l'ordre du 2 octobre 2006 du chef par intérim de la police de Saint-Petersbourg et de la région de Leningrad et la note d'information du 18 octobre 2006 du service fédéral des migrations. Les seules instructions auxquelles les fonctionnaires russes auraient fait référence étaient celles émanant du procureur général adjoint qui avait demandé à tous les procureurs de renforcer leur contrôle afin de garantir le respect des droits et libertés des ressortissants de la CEI (paragraphe 38 ci-dessus). Quant aux circulaires n<sup>os</sup> 0215 et 849 sur lesquelles seraient basées lesdites instructions ainsi que l'ordre et la note d'information, le gouvernement défendeur conteste leur contenu tel qu'allégué par le gouvernement requérant.

118. Par ailleurs, les fonctionnaires russes qui avaient demandé à des écoles russes de produire une liste des élèves géorgiens auraient été des cas isolés (il n'y aurait eu que quatre demandes en tout pour deux entités administratives) et auraient été dûment sanctionnés, ce qui aurait été confirmé lors de l'audition de témoins.

119. Le gouvernement défendeur conteste également les données statistiques soumises par le gouvernement requérant, et estime qu'aucune statistique officielle ne permet d'étayer les affirmations des autorités géorgiennes avançant à l'appui de cette « campagne anti-géorgienne » l'expulsion massive sans précédent de ressortissants géorgiens au cours de la période considérée. D'une manière générale, il conteste la pertinence des informations figurant dans certains rapports dont notamment celui de Human Rights Watch et celui de la commission de suivi de l'APCE, qui seraient fondées en grande partie sur les déclarations des autorités géorgiennes ou de ressortissants géorgiens et ne seraient pas corroborées par des documents ou autres moyens de preuve recevables. On ne saurait dès lors s'appuyer sur lesdits rapports pour conclure à l'existence de graves violations de la part du gouvernement défendeur.

#### **b) Épuisement des voies de recours internes**

##### *i. Thèse du gouvernement requérant*

120. À titre subsidiaire et au cas où la règle de l'épuisement des voies de recours internes devait s'appliquer en l'espèce, le gouvernement requérant considère que les voies de recours évoquées par le gouvernement défendeur étaient inefficaces et inaccessibles dans le contexte spécifique de l'affaire. Par ailleurs, le contexte général de la campagne anti-géorgienne menée par les autorités russes entraînant des violations massives des droits de l'homme aurait dispensé les ressortissants géorgiens de l'obligation d'exercer ces voies de recours.

En particulier, alors qu'ils étaient encore en Fédération de Russie, les ressortissants géorgiens n'auraient pas fait appel des décisions d'expulsion, car ils n'auraient pas été informés de cette possibilité et auraient même parfois été forcés par les fonctionnaires russes de signer des formulaires par lesquels ils renonçaient à le faire ; par la suite, une fois qu'ils avaient été expulsés, ils n'auraient plus eu la possibilité d'exercer ces recours, car tous les moyens de communication entre les deux États auraient été fermés et il n'aurait été possible ni de passer par le consulat de Géorgie en Fédération de Russie ni par celui de la Fédération de Russie en Géorgie. De plus, les décisions d'expulsion rendues auraient été subjectives et auraient méconnu les règles du code russe des infractions administratives qui prévoient que ces décisions

ne peuvent être exécutées avant la fin de la procédure d'appel dont la durée est de onze jours au maximum (paragraphe 77 ci-dessus). Enfin, les lacunes existant dans les décisions soumises par le gouvernement défendeur dans sa lettre du 15 avril 2011 (paragraphe 85 *in fine* ci-dessus) confirmeraient l'ineffectivité des voies de recours internes à l'époque des faits.

*ii. Thèse du gouvernement défendeur*

121. Le gouvernement défendeur estime qu'il ressort de l'audition de témoins que tous les ressortissants géorgiens cités par le gouvernement requérant étaient en situation irrégulière en Fédération de Russie et qu'ils avaient eu la possibilité d'utiliser les voies de recours internes contre les décisions d'expulsion qui sont accessibles et effectives. En effet, ils auraient bénéficié d'une possibilité réelle, avant la mise en œuvre de leur expulsion, d'interjeter appel ou de faire un recours en révision ou en cassation contre les décisions de justice prises à leur encontre. Dans leur lettre du 15 avril 2011 adressée à la Cour en réponse à la demande de celle-ci, les autorités russes auraient transmis un exposé détaillé des garanties légales qu'offre la législation russe afin de faire jouer la protection juridictionnelle dans le cas de telles violations ainsi qu'une liste d'exemples de décisions de juridictions russes ayant statué en appel sur des recours de ressortissants géorgiens. Ces renseignements seraient parfaitement cohérents avec les données statistiques concernant le nombre de ressortissants géorgiens expulsés de Russie ainsi qu'avec les déclarations des autorités russes affirmant n'avoir jamais mené de « campagne anti-géorgienne » à l'époque des faits ni procédé à l'expulsion collective de ces ressortissants. Les ressortissants géorgiens auraient également eu la possibilité de s'adresser au parquet qui était habilité en vertu de la législation russe à déposer des recours (*npomecm*) en cassation ou en révision.

*2. Appréciation de la Cour*

**a) Principes généraux**

122. La Cour rappelle que la pratique administrative se définit par deux éléments: la « répétition des actes » et la « tolérance officielle » (*France, Norvège, Danemark, Suède et Pays-Bas c. Turquie*, n<sup>os</sup> 9940-9944/82, décision de la Commission du 6 décembre 1983, Décisions et rapports 35, p. 191, § 19, et *Chypre c. Turquie*, précité, § 99).

123. Sur la « répétition des actes », la Cour les décrit comme « une accumulation de manquements de nature identique ou analogue, assez nombreux et liés entre eux pour ne pas se ramener à des incidents isolés,

ou à des exceptions, et pour former un ensemble ou système» (*Irlande c. Royaume-Uni*, précité, § 159, et *Chypre c. Turquie*, précité, § 115).

124. Par «tolérance officielle», il faut entendre que des actes illégaux «sont tolérés en ce sens que les supérieurs des personnes immédiatement responsables connaissent ces actes, mais ne font rien pour en punir les auteurs ou empêcher leur répétition ; ou que l'autorité supérieure, face à de nombreuses allégations, se montre indifférente en refusant toute enquête sérieuse sur leur vérité ou leur fausseté, ou que le juge refuse d'entendre équitablement ces plaintes». Sur ce dernier point, la Commission a ajouté que «toute mesure prise par l'autorité supérieure doit être d'ampleur suffisante pour mettre fin à la répétition des actes ou provoquer une rupture dans l'ensemble ou dans le système (*to interrupt the pattern or system*)» (*France, Norvège, Danemark, Suède et Pays-Bas c. Turquie*, décision précitée, § 19, p. 191). À cet égard, la Cour a fait remarquer qu'«on n'imagine pas que les autorités supérieures d'un État ignorent, ou du moins soient en droit d'ignorer, l'existence de pareille pratique. En outre, elles assument au regard de la Convention la responsabilité objective de la conduite de leurs subordonnés ; elles ont le devoir de leur imposer leur volonté et ne sauraient se retrancher derrière leur impuissance à la faire respecter» (*Irlande c. Royaume-Uni*, précité, § 159).

125. Quant à la règle de l'épuisement des voies de recours internes, la Cour rappelle que, conformément à sa jurisprudence dans les affaires interétatiques, elle ne s'applique en principe pas si le gouvernement requérant «attaque une pratique en elle-même, dans le but d'en empêcher la continuation ou le retour et sans inviter (...) la Cour à statuer sur chacun des cas qu'il cite à titre de preuves ou exemples de cette pratique» (*Irlande c. Royaume-Uni*, précité, § 159). En tout cas, elle ne s'applique pas «lorsqu'est prouvée l'existence d'une pratique administrative, consistant en la répétition d'actes interdits par la Convention et la tolérance officielle de l'État, de sorte que toute procédure serait vaine ou ineffective» (*Irlande c. Royaume-Uni*, précité, *ibidem*, *Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, § 67, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, et *Chypre c. Turquie*, précité, § 99).

126. Cependant, la question de l'effectivité et de l'accessibilité des recours internes peut être considérée comme un élément de preuve supplémentaire de l'existence ou non de cette pratique (voir notamment *Chypre c. Turquie*, précité, § 87).

127. Or la Cour considère particulièrement pertinent d'examiner cette question conjointement avec celle de l'existence d'une pratique administrative dans la présente affaire.

**b) Application de ces principes***i. Pratique administrative*

128. En l'espèce, la Cour n'est pas appelée à trancher des cas de violations individuelles de droits garantis par la Convention ; cependant les cas individuels dont elle a eu à connaître peuvent être examinés à titre d'éléments de preuve d'une pratique éventuelle (*Irlande c. Royaume-Uni*, précité, § 157 *in fine*).

129. Afin de déterminer l'existence ou non d'une pratique administrative, la Cour va apprécier les éléments de preuve dont elle dispose à la lumière des critères définis ci-dessus (paragraphe 93-95 ci-dessus).

130. À cet égard, elle relève tout d'abord que les données statistiques des parties divergent quant au nombre exact de ressortissants géorgiens arrêtés, détenus et expulsés au cours de la période en question (de la fin de septembre 2006 à la fin de janvier 2007) (paragraphe 27-28 ci-dessus).

131. En effet, le gouvernement requérant évoque 4 634 décisions d'expulsion rendues à l'encontre de ressortissants géorgiens au cours de cette période, dont 2 380 ont été détenus et expulsés par la force, et les 2 254 restants ont quitté le pays par leurs propres moyens, avec une forte augmentation enregistrée à compter de début octobre 2006 par rapport à la période antérieure.

132. De son côté, le gouvernement défendeur, qui dit ne disposer que de statistiques annuelles ou semestrielles, indique qu'en 2006, 4 022 décisions d'expulsion administrative ont été prononcées à l'encontre de ressortissants géorgiens. Il ajoute qu'au cours d'une période allant du 1<sup>er</sup> octobre 2006 au 1<sup>er</sup> avril 2007 2 862 ressortissants géorgiens ont fait l'objet de décisions d'expulsion.

133. La Cour note que le gouvernement défendeur a soumis des statistiques pour une période allant du 1<sup>er</sup> octobre 2006 au 1<sup>er</sup> avril 2007, ce qui ne correspond pas à la moitié d'une année civile et laisse supposer que des statistiques mensuelles ont été recueillies.

134. Or eu égard à l'absence de communication de données statistiques mensuelles pour les années 2006 et 2007, la Cour n'est pas en mesure d'accepter que le nombre avancé par le gouvernement défendeur corresponde au nombre exact de ressortissants géorgiens expulsés au cours de la période litigieuse.

135. Dès lors, elle considère que rien ne permet d'établir que les allégations du gouvernement requérant quant au nombre de ressortissants expulsés au cours de la période litigieuse et à leur nette augmentation par rapport à la période antérieure au mois d'octobre 2006 ne sont pas crédibles. Dans l'examen de la présente affaire, elle part donc du principe qu'au cours

de la période en question plus de 4 600 décisions d'expulsion ont été rendues à l'encontre de ressortissants géorgiens, dont environ 2 380 ont été détenus et expulsés par la force.

136. Au vu de tous les éléments dont elle dispose, la Cour relève la coïncidence dans le temps des événements litigieux qui ont tous débuté à la fin de septembre ou au début du mois d'octobre 2006 : émission des circulaires et instructions litigieuses, arrestations et expulsions en masse des ressortissants géorgiens, vols de Moscou à Tbilissi et envoi des lettres par des fonctionnaires russes à des écoles. La concordance dans la description du déroulement des événements litigieux par les organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales est également significative à cet égard (paragraphe 63-74 ci-dessus).

137. Or le gouvernement défendeur conteste la valeur probante des informations figurant dans les rapports de ces organisations.

138. Cependant, la Cour rappelle que, « maîtresse de sa propre procédure et de son propre règlement (...), [elle] apprécie en pleine liberté non seulement la recevabilité et la pertinence, mais aussi la force probante de chaque élément du dossier » (*Irlande c. Royaume-Uni*, précité, § 210 *in fine*). Or elle a souvent attaché de l'importance aux informations contenues dans les rapports récents provenant d'associations internationales indépendantes de défense des droits de l'homme ou de sources gouvernementales (voir, *mutatis mutandis*, *Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, § 131, CEDH 2008, *NA. c. Royaume-Uni*, n° 25904/07, § 119, 17 juillet 2008, *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, §§ 227 et 255, CEDH 2011, et *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], n° 27765/09, § 118, CEDH 2012). Afin d'apprécier la fiabilité de ces rapports, les critères pertinents sont l'autorité et la réputation de leurs auteurs, le sérieux des enquêtes à leur origine, la cohérence de leurs conclusions et leur confirmation par d'autres sources (voir, *mutatis mutandis*, *Saadi*, précité, § 143, *NA. c. Royaume-Uni*, précité, § 120, et *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, n°s 8319/07 et 11449/07, § 230, 28 juin 2011).

139. En l'espèce, compte tenu du sérieux des enquêtes à l'origine de ces rapports et du fait que sur les points litigieux les conclusions se recoupent et confirment les déclarations des témoins géorgiens, la Cour ne voit pas de raison de mettre en cause la fiabilité de ces rapports.

140. De plus, la Cour considère que, à la suite de son constat de violation de l'article 38 de la Convention, il y a une forte présomption que les allégations du gouvernement requérant quant au contenu des circulaires litigieuses ordonnant d'expulser spécifiquement les ressortissants géorgiens soient crédibles.

141. Il en va de même en ce qui concerne l'authenticité des autres documents soumis par le gouvernement requérant, qui se réfèrent à ces

circulaires, dont notamment l'instruction n° 122721/08 du 2 octobre 2006 émise par le département central des affaires internes de Saint-Petersbourg et de la région de Leningrad (paragraphe 31 ci-dessus).

142. Cette instruction, qui met en œuvre la circulaire n° 0215, mentionne expressément l'expulsion des « citoyens de la République de Géorgie » en situation irrégulière en Fédération de Russie. Elle ordonne d'expulser « uniquement » ceux-ci en les mettant en détention dans le centre d'accueil et de détention du département central des affaires internes. Surtout, elle indique que « l'adoption des décisions a été faite en coordination avec le tribunal de Saint-Petersbourg et le tribunal de la région de Leningrad ».

143. La Cour renvoie également aux rapports des organisations gouvernementales et non gouvernementales, qui ont mis en évidence cette instruction (voir les rapports de l'APCE et de Human Rights Watch où elle figure en annexe, et le rapport de la FIDH, p. 26 b) *in fine* – paragraphes 39-40 ci-dessus), ainsi qu'au constat du Commissaire des droits de l'homme de la Fédération de Russie qui l'a mentionnée dans son rapport de 2006 en estimant que la réponse du procureur général adjoint à sa demande d'enquête sur l'authenticité de celle-ci était insatisfaisante (paragraphe 35 ci-dessus). À cet égard, il convient de relever que, dans sa réponse du 8 décembre 2006, le procureur général adjoint n'a pas indiqué que l'instruction litigieuse n'était pas authentique (paragraphe 34 ci-dessus).

144. Enfin, il n'est pas contesté que des lettres ont été adressées au début d'octobre 2006 par des fonctionnaires des départements des affaires internes de différents districts de Moscou ainsi que de la région de Samara à des directeurs d'école en leur demandant de produire une liste des élèves géorgiens pour des motifs divers (notamment assurer l'ordre public, prévenir des actes terroristes et tensions entre les enfants résidant à Moscou et les enfants géorgiens, identifier des cas de pots-de-vin versés aux écoles par des immigrants illégaux, recenser des cas d'enfants ne vivant pas dans des conditions décentes) (paragraphes 36-37 ci-dessus).

145. Or il convient de noter qu'il n'y a pas eu d'envoi de ce type de demandes avant le début du mois d'octobre. Même si elles n'étaient pas très nombreuses et qu'on ne peut exclure qu'il s'agissait de fonctionnaires zélés ayant agi de leur propre fait, la coïncidence dans le temps de ces demandes avec la date des circulaires et instructions litigieuses est révélatrice. De plus, à l'audition de témoins les fonctionnaires russes ont confirmé que ces agissements étaient strictement prohibés par la loi et il est donc étonnant que plusieurs fonctionnaires aient agi simultanément de leur propre initiative en enfreignant la législation en vigueur. Enfin, la Cour constate que les sanctions prononcées à leur rencontre ont consisté en une réprimande,

une rétrogradation ainsi qu'en des mesures disciplinaires (paragraphe 37 ci-dessus).

146. Dès lors elle estime que les éléments soumis par le gouvernement défendeur, notamment les deux lettres de décembre 2006 du procureur général adjoint ainsi que les rapports d'enquête des autorités russes à la suite des demandes de renseignement adressées à différentes écoles, ne sont pas de nature à réfuter les allégations de «tolérance officielle» de ces actes illégaux par les autorités russes.

*ii. Voies de recours internes*

147. Pour ce qui est de l'effectivité et de l'accessibilité des recours internes, la Cour relève tout d'abord la concordance des déclarations des témoins géorgiens concernant leurs conditions d'arrestation et le déroulement des procédures très sommaires devant les tribunaux en Fédération de Russie (paragraphe 45-46 et 48-49 ci-dessus).

148. Il en va de même pour la description de ces événements litigieux par les organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales, qui évoquent notamment une coordination entre les pouvoirs administratifs et judiciaires (paragraphe 39-40 et 68-71 ci-dessus).

149. La Cour note que les ressortissants géorgiens ont été arrêtés, détenus et expulsés pour des infractions alléguées aux articles 18.8, 18.10 et 18.11 du code des infractions administratives (par exemple, absence de permis de travail, de visas ou d'attestations d'enregistrement en règle) et que les décisions ont été rendues par des juridictions ordinaires.

150. Or elle ne doute pas de l'existence en Fédération de Russie de voies de recours contre les arrestations et détentions, et les décisions d'expulsion devant les instances supérieures telles qu'exposées par le gouvernement défendeur dans ses différentes observations et telles que décrites par les fonctionnaires russes lors de l'audition de témoins (voir également *Niyazov c. Russie*, n° 27843/11, §§ 87 et suivants, 16 octobre 2012).

151. Cependant, la Cour doit tenir compte de manière réaliste non seulement «des recours prévus en théorie dans le système juridique de la Partie contractante concernée, mais également du contexte juridique et politique dans lequel ils se situent ainsi que de la situation personnelle des requérants» (voir, *mutatis mutandis*, *Akdivar et autres*, précité, § 69).

152. Or, eu égard à tous les éléments dont elle dispose, la Cour considère que pendant la période en question il existait des obstacles réels pour les ressortissants géorgiens de saisir ces voies de recours, aussi bien au cours de la procédure devant les tribunaux russes en Fédération de Russie qu'une fois qu'ils avaient été expulsés vers la Géorgie.

153. Elle estime qu'en Fédération de Russie, ces obstacles résultaient du déroulement des procédures devant les tribunaux russes telles que décrites par les témoins géorgiens, à savoir qu'ils avaient été emmenés par groupes devant les tribunaux. Si certains ont évoqué un entretien avec un juge, d'une durée de cinq minutes en moyenne et sans vrai examen des circonstances de l'espèce, d'autres ont dit ne pas avoir été admis dans la salle d'audience et avoir attendu dans les couloirs, voire dans les bus qui les avaient conduits au tribunal, avec d'autres ressortissants géorgiens. Ils ont indiqué par la suite avoir été sommés de manière autoritaire de signer les décisions de justice sans avoir eu la possibilité de lire le contenu, ni de pouvoir obtenir une copie de la décision. Ils n'auraient pu disposer ni d'un interprète ni d'un avocat. En règle générale, aussi bien les juges que les officiers de police les auraient découragés de faire appel en leur disant qu'il existait un ordre d'expulser les ressortissants géorgiens.

154. De plus, le climat d'intimidation et la précipitation dans lesquels ces mesures ont été prises expliquent également la réticence des ressortissants géorgiens à exercer ces recours.

155. À cet égard, la Cour accorde plus de crédibilité à la description du déroulement des procédures faite par les témoins géorgiens, qui correspond à celle donnée par les organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales, qu'à celle faite par les fonctionnaires russes qui paraît peu réaliste eu égard au nombre de ressortissants géorgiens expulsés au cours de la période litigieuse.

156. En Géorgie, au-delà du facteur psychologique, elle estime qu'il existait des obstacles d'ordre pratique d'exercer ces recours liés à la fermeture des moyens de transport entre les deux pays. De plus, il était très difficile de s'adresser au consulat de la Fédération de Russie en Géorgie qui fonctionnait avec un effectif très réduit de trois diplomates à l'époque des faits.

157. La Cour considère par ailleurs qu'en l'absence de soumission de statistiques mensuelles de décisions d'expulsion de ressortissants géorgiens rendues par les tribunaux russes précisément au cours de la période en question, les documents soumis par le gouvernement défendeur dans sa lettre du 15 avril 2011 (paragraphe 85 *in fine* ci-dessus) n'apportent pas une preuve suffisante que ces recours étaient effectifs et accessibles à l'époque des faits et avaient des chances raisonnables de succès.

158. En particulier, le nombre de décisions d'appel (42) soumises paraît minime eu égard au nombre d'entités territoriales existant en Fédération de Russie et au nombre de décisions d'expulsion de ressortissants géorgiens rendues au cours de cette période (paragraphe 135 ci-dessus). Le nombre de décisions d'appel soumises paraît également dérisoire pour les villes de Moscou (8) et Saint-Petersbourg (17), alors que la plupart des expulsions

de ressortissants géorgiens au cours de la période litigieuse se sont déroulées dans ces villes où résident également la majorité d'entre eux.

*iii. Conclusion*

159. Eu égard à tous ces éléments, la Cour conclut qu'il y a eu à compter d'octobre 2006 la mise en place en Fédération de Russie d'une politique coordonnée d'arrestation, de détention et d'expulsion de ressortissants géorgiens qui a constitué une pratique administrative au sens de la jurisprudence de la Convention. Dès lors, il convient de rejeter l'exception de non-épuisement des voies de recours internes soulevée par le gouvernement défendeur.

**B. Règle des six mois**

160. La Cour rappelle « qu'en l'absence de recours, ce délai doit être calculé à partir de l'acte ou de la décision prétendument incompatible avec la Convention » (voir notamment *Géorgie c. Russie (I)*, décision précitée, § 47).

161. Or bien que la chambre ait réservé la question pour la joindre au fond, aucun des deux gouvernements n'a soumis d'observations à ce sujet. Le gouvernement requérant a simplement demandé à la Cour de dire que la requête a été introduite dans le délai de six mois prévu par la Convention.

162. En l'espèce, la requête a été introduite à la Cour le 26 mars 2007, alors que les décisions d'expulsion de ressortissants géorgiens contestées par le gouvernement requérant ont été rendues après le 27 septembre 2006.

163. Dès lors, la Cour considère que le délai de six mois prévu par la Convention a été respecté.

IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 4 DU PROTOCOLE N° 4

164. Le gouvernement requérant invoque l'article 4 du Protocole n° 4, aux termes duquel :

« Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites. »

**A. Thèses des parties**

*1. Le gouvernement requérant*

165. Le gouvernement requérant soutient que l'État défendeur a expulsé collectivement les ressortissants géorgiens du territoire de la Fédération de Russie, et leur a dénié le droit de faire examiner leurs affaires par un tribunal. Il se dit très préoccupé par le fait qu'au cours de la procédure judiciaire il n'y a jamais eu d'examen au fond de la cause des personnes qui

ont fait l'objet d'un ordre d'expulsion. En effet il ressortirait de l'audition de témoins et des rapports des organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales que les tribunaux ne souhaitent pas entendre les arguments des ressortissants géorgiens, et qu'ils n'ont pas eu la possibilité de présenter leurs moyens pour contester leur expulsion. Les juges auraient utilisé le même formulaire pour toutes les décisions d'expulsion, inscrivant simplement les noms des intéressés et les dates pertinentes, sans se préoccuper des circonstances factuelles dans chacune des affaires. Certaines des victimes n'auraient même pas eu la possibilité de comparaître devant le tribunal.

## 2. *Le gouvernement défendeur*

166. Le gouvernement défendeur conteste ces allégations et considère que la présente espèce diffère profondément de l'affaire *Čonka c. Belgique* (n° 51564/99, CEDH 2002-I), car les autorités de la Fédération de Russie n'ont jamais déclaré avoir procédé à l'expulsion collective de ressortissants géorgiens et n'ont donné aucune instruction en ce sens aux instances responsables. De plus, les ressortissants géorgiens n'auraient pas été convoqués auprès des autorités compétentes du ministère de l'Intérieur et un grand nombre d'entre eux auraient pu quitter la Fédération de Russie par leurs propres moyens. Enfin, chaque ressortissant géorgien poursuivi pour infraction administrative et visé par une mesure d'expulsion administrative aurait bénéficié d'un examen individuel de sa situation dans le respect de la législation russe; il conteste la crédibilité des dépositions des témoins géorgiens à cet égard et renvoie à celles des fonctionnaires russes. D'après le gouvernement défendeur, la présente espèce ressemblerait plutôt à l'affaire *Sultani c. France* (n° 45223/05, CEDH 2007-IV) car, à l'instar de cette affaire, le gouvernement défendeur avait organisé, en octobre 2006, des vols directs spéciaux pour le transport des ressortissants géorgiens entre Moscou et Tbilissi sur la base d'accords conclus avec l'ambassade de Géorgie en Fédération de Russie en raison de la suspension des liaisons aériennes entre la Fédération de Russie et la Géorgie. Or l'expulsion d'immigrants irréguliers et de personnes ayant autrement enfreint les dispositions en matière de séjour sur le territoire russe constituerait un droit souverain et une obligation de l'État russe afin de garantir la sécurité nationale et internationale.

## **B. Appréciation de la Cour**

### 1. *Principes généraux*

167. La Cour rappelle sa jurisprudence d'après laquelle il faut entendre par « expulsion collective, au sens de l'article 4 du Protocole n° 4, toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans

les cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe» (*Čonka*, précité, § 59). Par la suite, elle a précisé «le fait que plusieurs étrangers fassent l'objet de décisions semblables ne permet pas en soi de conclure à l'existence d'une expulsion collective lorsque chaque intéressé a pu individuellement faire valoir devant les autorités compétentes les arguments qui s'opposaient à son expulsion» (voir, parmi d'autres, *Sultani*, précité, § 81, et *Hirsi Jamaa et autres*, précité, § 184). Cela ne signifie pas pour autant que là où il y a eu un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun, «les circonstances entourant la mise en œuvre de décisions d'expulsion ne jouent plus aucun rôle dans l'appréciation du respect de l'article 4 du Protocole n° 4» (*Čonka*, précité, § 59).

168. Quant au champ d'application de l'article 4 du Protocole n° 4, la Cour note que son libellé ne fait aucune référence à la situation légale des personnes concernées, contrairement à l'article 1 du Protocole n° 7 que la Cour examinera ci-après (paragraphes 228-231 ci-dessous). Par ailleurs, il ressort du commentaire au projet de rédaction du Protocole n° 4 que selon le comité d'experts, les étrangers auxquels l'article 4 se réfère ne sont pas seulement ceux résidant régulièrement sur le territoire, mais «tous ceux qui n'ont pas un droit actuel de nationalité dans l'État sans distinguer ni s'ils sont simplement de passage ou s'ils sont résidents ou domiciliés, ni s'ils sont des réfugiés ou s'ils sont entrés dans le pays de leur plein gré, ni s'ils sont apatrides ou possèdent une nationalité» (article 4 du projet définitif du comité, p. 505, § 34).

169. Conformément à cette interprétation, dans les affaires qu'elle a eu à connaître, la Cour a appliqué l'article 4 du Protocole n° 4 à des personnes qui résidaient, pour des motifs divers, sur le territoire d'un État ou qui étaient interceptées en haute mer sur des navires battant pavillon de l'État défendeur et renvoyées vers l'État de départ (voir notamment *Čonka*, *Sultani* et *Hirsi Jamaa et autres*, précités).

## 2. Application de ces principes

170. En l'espèce, l'article 4 du Protocole n° 4 trouve donc à s'appliquer indépendamment de la question de savoir si les ressortissants géorgiens résidaient régulièrement ou non sur le territoire de la Fédération de Russie.

171. Sur le fond, la Cour devra déterminer si les mesures d'expulsion ont été prises à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des ressortissants géorgiens tout en tenant compte du contexte général à l'époque des faits.

172. À cet égard, elle se réfère là aussi à la description concordante du déroulement des procédures très sommaires devant les tribunaux russes par

les témoins géorgiens et les organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales (paragraphe 48-49 et 68-71 ci-dessus).

Ainsi la commission de suivi de l'APCE indique que la « routine des expulsions » suivait le même schéma dans l'ensemble du pays: « les Géorgiens arrêtés dans la rue sous prétexte d'un contrôle de papiers étaient mis en détention, que leurs papiers soient en règle ou non, et conduits aux postes de la milice où ils étaient rassemblés en grands groupes puis envoyés devant les tribunaux, dans lesquels des sanctions administratives et des décisions d'expulsion du territoire russe étaient prononcées à leur égard, conformément à des accords préalables avec les tribunaux, sans avocats ni examen des circonstances de l'espèce, au cours d'une procédure qui durait de deux à dix minutes. Souvent, les personnes concernées par ces mesures n'étaient même pas admises dans la salle d'audience, et les détenus restaient dans les couloirs, voire dans les voitures qui les avaient conduits au tribunal » (rapport de l'APCE, § 59).

173. De plus, les organisations internationales ont indiqué que les arrestations et expulsions massives de ressortissants géorgiens avaient commencé au début du mois d'octobre 2006 et évoqué une coordination entre les pouvoirs administratifs et judiciaires (paragraphe 39-40 et 68-71 ci-dessus).

174. D'après la Cour, la présente espèce se rapproche davantage de l'affaire *Čonka* précitée, dans laquelle elle a conclu à l'existence d'une expulsion collective en prenant en compte toutes les circonstances entourant la mise en œuvre des décisions d'expulsion, que de l'affaire *Sultani*, où elle a considéré que l'organisme compétent avait pris en compte la situation personnelle du requérant, demandeur d'asile de nationalité afghane, ainsi que les risques allégués en cas de retour dans son pays d'origine.

175. La particularité de la présente affaire réside dans le fait qu'au cours de la période litigieuse il y a eu des milliers de décisions d'expulsion de ressortissants géorgiens rendues par les tribunaux russes (paragraphe 135 ci-dessus). Même si formellement chaque ressortissant géorgien a bénéficié d'une décision de justice, la Cour estime que le déroulement des procédures d'expulsion au cours de cette période à la suite de l'émission des circulaires et instructions litigieuses ainsi que le nombre de ressortissants géorgiens expulsés – à compter du mois d'octobre 2006 – rendaient impossible un examen raisonnable et objectif de la situation individuelle de chacun d'entre eux.

176. De plus, la conclusion à laquelle la Cour est parvenue quant à la mise en place en Fédération de Russie d'une politique coordonnée d'arrestation, de détention et d'expulsion de ressortissants géorgiens à

compter d'octobre 2006 (paragraphe 159 ci-dessus) démontre également le caractère collectif de ces expulsions.

177. Ce constat ne remet pas en cause le droit dont disposent les États d'établir souverainement leur politique d'immigration. Il importe toutefois de souligner que les difficultés dans la gestion des flux migratoires ne peuvent justifier le recours, de la part des États, à des pratiques qui seraient incompatibles avec leurs obligations conventionnelles (voir, *mutatis mutandis*, *Hirsi Jamaa et autres*, précité, § 179).

178. Eu égard à tous ces éléments, la Cour considère que les expulsions des ressortissants géorgiens au cours de la période en question n'ont pas été prises à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun d'entre eux et qu'elles ont constitué une pratique administrative en violation de l'article 4 du Protocole n° 4.

## V. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 §§ 1 ET 4 DE LA CONVENTION

179. Le gouvernement requérant invoque l'article 5 §§ 1 et 4 de la Convention, dont les parties pertinentes sont ainsi libellées :

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

(...)

f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

(...)

4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. »

### A. Thèses des parties

#### 1. *Le gouvernement requérant*

180. Pour le gouvernement requérant, il ressort à l'évidence de l'ensemble du procès-verbal d'audition des témoins que l'arbitraire avec lequel les ressortissants géorgiens ont été arrêtés et détenus rend leur arrestation et leur détention illégales au regard de l'article 5 § 1 de la Convention. Par ailleurs, l'impossibilité pour les ressortissants géorgiens de contester la légalité de leur arrestation et détention emporterait violation de l'article 5 § 4 de la Convention. Les arrestations de Géorgiens en vue de leur expulsion auraient pris la forme d'opérations de masse, qui auraient impliqué des recherches

à la sortie des églises, sur les marchés, dans les rues et les établissements scolaires, ainsi qu'aux domiciles et sur les lieux de travail des intéressés.

## 2. *Le gouvernement défendeur*

181. Le gouvernement défendeur conteste les allégations du gouvernement requérant et soutient que les arrestations des ressortissants géorgiens en vue de leurs expulsions ont été menées conformément à la législation russe afin de combattre l'immigration illégale. À cet égard, il développe les mêmes arguments que sur le terrain de l'article 4 du Protocole n° 4 (paragraphe 166 ci-dessus).

### **B. Appréciation de la Cour**

182. La Cour relève d'emblée qu'il n'est pas contesté entre les parties que les arrestations litigieuses ont eu lieu en vue de l'expulsion des ressortissants géorgiens du territoire russe, si bien que l'article 5 § 1 f) de la Convention trouve à s'appliquer en l'espèce. Or « en matière de « régularité » d'une détention, y compris l'observation des « voies légales », la Convention renvoie pour l'essentiel à l'obligation d'observer les normes de fond comme de procédure de la législation nationale, mais elle exige de surcroît la conformité de toute privation de liberté au but de l'article 5 : protéger l'individu contre l'arbitraire » (voir, parmi d'autres, *Čonka*, précité, § 39, et *Chamaïev et autres*, précité, § 397).

183. Quant à l'article 5 § 4, il reconnaît aux personnes détenues le droit d'introduire un recours pour faire contrôler le respect des exigences de procédure et de fond nécessaires à la « légalité », au sens de la Convention, de leur privation de liberté. Le concept de « légalité » doit avoir le même sens au paragraphe 4 de l'article 5 qu'au paragraphe 1, de sorte qu'une personne détenue a le droit de faire contrôler la « légalité » de sa détention sous l'angle non seulement du droit interne, mais aussi de la Convention, des principes généraux qu'elle consacre et du but des restrictions qu'autorise l'article 5 § 1 (*Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 127, *Recueil* 1996-V, et, *mutatis mutandis*, *Stanev c. Bulgarie* [GC], n° 36760/06, § 168, CEDH 2012, et *Idalov c. Russie* [GC], n° 5826/03, § 161, 22 mai 2012).

184. La Cour estime qu'en l'espèce les griefs soulevés sur le terrain de l'article 5 §§ 1 et 4 de la Convention sont étroitement liés à ceux soulevés sur le terrain de l'article 4 du Protocole n° 4.

185. En effet, les expulsions des ressortissants géorgiens étaient précédées d'arrestations massives – dans les rues, sur leur lieu de travail ou à leur domicile. La Cour se réfère à cet égard à la description concordante des conditions d'arrestation par les témoins géorgiens et les

organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales (paragraphe 45-46 et 68-71 ci-dessus). De plus, elle a conclu à la mise en place en Fédération de Russie d'une politique coordonnée d'arrestation, de détention et d'expulsion de ressortissants géorgiens à compter d'octobre 2006 (paragraphe 159 ci-dessus).

186. Dès lors, le fait que ces expulsions étaient qualifiées de « collectives » par la Cour implique dans les circonstances de l'espèce que les arrestations qui les précédaient revêtaient un caractère arbitraire.

187. Eu égard à tous ces éléments, la Cour considère que les arrestations et détentions de ressortissants géorgiens au cours de la période en question ont constitué une pratique administrative en violation de l'article 5 § 1 de la Convention.

188. En l'absence de voies de recours effectifs et accessibles contre les arrestations, détentions et les décisions d'expulsion pour les ressortissants géorgiens au cours de la période en question (paragraphe 151-158 ci-dessus), la Cour estime qu'il y a également eu violation de l'article 5 § 4 de la Convention.

## VI. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION

189. Le gouvernement requérant invoque l'article 3 de la Convention, qui se lit ainsi :

« Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

### A. Thèses des parties

#### 1. *Le gouvernement requérant*

190. Le gouvernement requérant soutient que le grave surpeuplement dans les cellules, le caractère inadéquat des installations prévues pour dormir, le manque d'hygiène et d'intimité des installations sanitaires, le fait que les détenus vivaient, dormaient et utilisaient les toilettes dans une même pièce, les exemples de décès et de maladies graves parmi les détenus et toutes les autres circonstances décrites ci-dessus indiquent clairement que la Fédération de Russie n'a pas respecté les obligations qui lui incombent en vertu de la Convention. Il ajoute que les conditions de transport notamment dans les bus et l'avion-cargo étaient particulièrement humiliantes et se réfère aux dépositions des témoins géorgiens à cet égard. Partant, le gouvernement requérant demande à la Cour de conclure à la violation de l'article 3 de la Convention.

## 2. *Le gouvernement défendeur*

191. Le gouvernement défendeur conteste ces allégations et soutient que lors de la description des conditions de détention dans les centres de détention pour étrangers notamment, les témoins géorgiens interrogés avaient fait des dépositions contradictoires, lesquelles se heurtent par ailleurs aux documents fournis par les autorités russes ou aux déclarations d'autres témoins. Dès lors ces déclarations ne sauraient constituer des preuves «au-delà de tout doute raisonnable». Il ajoute qu'aucune des personnes interrogées qui avaient été détenues dans ces centres n'a déclaré à la Cour que leurs conditions de détention se distinguaient en quoi que ce soit de celles des ressortissants d'autres pays se trouvant dans les mêmes centres de détention pour étrangers ou partageant leur cellule. Enfin, il considère que les conditions de transport dans les avions étaient correctes et que ces mêmes avions étaient utilisés pour l'expulsion d'autres ressortissants étrangers ; il se réfère aux dépositions des fonctionnaires russes à cet égard.

## **B. Appréciation de la Cour**

### 1. *Principes généraux*

192. La Cour rappelle sa jurisprudence récente relative à l'article 3 de la Convention qu'elle a notamment résumée dans son arrêt pilote *Ananyev et autres c. Russie* (n<sup>os</sup> 42525/07 et 60800/08, §§ 139-142, 10 janvier 2012), puis repris dans son arrêt *Idalov* (précité, §§ 91-94) :

«91. (...) l'article 3 de la Convention consacre l'une des valeurs les plus fondamentales des sociétés démocratiques. La prohibition de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants est absolue, quels que soient les circonstances et les agissements de la victime (voir, par exemple, *Labita c. Italie* [GC], n<sup>o</sup> 26772/95, § 119, CEDH 2000-IV). Un mauvais traitement doit atteindre un seuil minimum de gravité pour tomber sous le coup de l'article 3. L'appréciation de ce minimum est relative ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses conséquences physiques ou mentales ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime (voir, parmi d'autres précédents, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 162, série A n<sup>o</sup> 25).

92. Un mauvais traitement qui atteint un tel seuil minimum de gravité implique en général des lésions corporelles ou de vives souffrances physiques ou mentales. Toutefois, même en l'absence de sévices de ce type, dès lors que le traitement humilie ou avilit un individu, témoignant d'un manque de respect pour sa dignité humaine ou la diminuant, ou qu'il suscite chez l'intéressé des sentiments de peur, d'angoisse ou d'infériorité propres à briser sa résistance morale et physique, il peut être qualifié de dégradant et tomber ainsi également sous le coup de l'interdiction énoncée à l'article 3 (voir, parmi d'autres précédents, *Vasyukov c. Russie*, n<sup>o</sup> 2974/05, § 59, 5 avril 2011).

93. Pour ce qui est des mesures privatives de liberté, la Cour a toujours souligné que, pour relever de l'article 3, la souffrance et l'humiliation infligées doivent en tout cas aller au-delà de celles que comporte inévitablement la privation de liberté. L'État doit s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate (*Kudla c. Pologne* [GC], n° 30210/96, §§ 92-94, CEDH 2000-XI, et *Popov c. Russie*, n° 26853/04, § 208, 13 juillet 2006).

94. Lorsqu'on évalue les conditions de détention, il y a lieu de tenir compte de leurs effets cumulatifs ainsi que des allégations spécifiques du requérant (*Dougoz c. Grèce*, n° 40907/98, § 46, CEDH 2001-II). La durée de détention d'une personne dans des conditions particulières doit elle aussi être prise en considération (voir, parmi d'autres précédents, *Alver c. Estonie*, n° 64812/01, § 50, 8 novembre 2005). »

Pour ce qui est des conditions de transport, voir également, *mutatis mutandis*, *Khoudoyorov c. Russie*, n° 6847/02, §§ 116 et suivants, CEDH 2005-X).

## 2. Application de ces principes

193. La Cour note que les ressortissants géorgiens ont été détenus d'abord dans les commissariats de police (pour une durée allant de quelques heures à un ou deux jours d'après les témoignages) puis dans les centres de détention pour étrangers (pour une durée allant de deux à quatorze jours d'après les témoignages), avant d'être transportés par bus vers différents aéroports à Moscou et expulsés vers la Géorgie par avion (paragraphe 45 ci-dessus). Parmi les ressortissants géorgiens contre lesquels des décisions d'expulsion ont été prononcées, certains ont quitté le territoire de la Fédération de Russie par leurs propres moyens.

194. Or les parties sont en désaccord sur la plupart des points relatifs aux conditions de détention des ressortissants géorgiens. Cependant, lorsqu'il y a contestation sur les conditions de détention, point n'est besoin pour la Cour d'établir la véracité de chaque élément litigieux. Elle peut conclure à la violation de l'article 3 sur la base de toute allégation grave non réfutée par le gouvernement défendeur (voir, *mutatis mutandis*, *Idalov*, précité, § 96).

195. À cet égard, la Cour examinera également les éléments de preuve dont elle dispose.

196. Elle relève tout d'abord que, même si au cours de l'audition certains parmi les témoins géorgiens ont fait des déclarations contradictoires sur quelques points (notamment en ce qui concerne la taille des cellules), leurs descriptions des conditions de détention dans les commissariats et les centres de détention pour étrangers ainsi que des conditions d'expulsion vers la Géorgie sont dans l'ensemble concordantes et correspondent à celles des

organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales (paragraphe 52-55 et 72-74 ci-dessus). Ces organisations ont en effet indiqué que de nombreux ressortissants géorgiens ont été soumis à des traitements inhumains et dégradants en raison des mauvaises conditions de détention et d'expulsion (par exemple, cellules surpeuplées, manque d'eau et de nourriture, absence d'hygiène et transport de plus d'une centaine de ressortissants géorgiens dans un avion-cargo).

197. De plus, M. Pataridze, consul de Géorgie en Fédération de Russie à l'époque des faits, a indiqué que lui-même et son équipe ont visité plus d'une douzaine de centres de détention dans différentes régions de la Fédération de Russie, dont notamment ceux de Saint-Pétersbourg et de Moscou. Il a confirmé qu'il y avait surtout des ressortissants géorgiens détenus dans tous ces centres, que les cellules étaient surpeuplées, les conditions de détention très difficiles, l'hygiène déplorable et qu'il n'y avait pas assez de lits et de matelas.

198. Or la Cour ne doute pas que les conditions de détention étaient extrêmement difficiles étant donné le grand nombre de ressortissants géorgiens détenus en vue de leur expulsion en si peu de temps. À cet égard, elle accorde plus de crédibilité aux déclarations des témoins géorgiens à l'audition de témoins qu'à celles des fonctionnaires russes qui ont décrit de très bonnes conditions de détention.

199. Au vu de tous les éléments soumis à la Cour, il apparaît tout d'abord indéniable que les ressortissants géorgiens ont été détenus dans des cellules dans les commissariats ou les centres de détention pour étrangers qui étaient fortement surpeuplées; en tout cas l'espace personnel dont ils disposaient n'était pas conforme au standard minimal, tel qu'exposé dans la jurisprudence de la Cour (voir, parmi de nombreux autres précédents, *Idalov*, précité, § 101). De plus, les ressortissants géorgiens devaient dormir à tour de rôle, compte tenu du manque d'espace personnel prévu à cet effet.

200. Or l'exiguïté extrême dans une cellule de prison est un aspect particulièrement important qui doit être pris en compte afin d'établir si les conditions de détention litigieuses étaient «dégradantes» au sens de l'article 3 de la Convention (*Ananyev et autres*, précité, § 143).

201. D'une manière générale, la Cour a déjà indiqué à maintes reprises que la surpopulation dans les maisons d'arrêt russes était un problème qui la préoccupait particulièrement. Dans un grand nombre d'affaires, elle a systématiquement conclu à la violation des droits des requérants à raison de l'insuffisance de l'espace personnel dont ils avaient pu bénéficier au cours de leur détention (voir notamment *Idalov*, précité, § 97, et *Solovyevy c. Russie*, n° 918/02, § 123, 24 avril 2012). À cet égard, la présente affaire qui concerne

notamment les centres de détention pour étrangers ne constitue pas une exception.

202. La Cour se réfère également au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) relatif à la Fédération de Russie de décembre 2001 et dans lequel celui-ci s'est déclaré très préoccupé quant aux conditions de détention des ressortissants étrangers dans ces centres en mettant l'accent sur le surpeuplement des cellules (rapport au gouvernement russe sur la visite en Fédération de Russie du CPT du 2 au 17 décembre 2001, § 32, CPT/Inf (2003) 30).

203. De plus, en l'espèce, force est de constater que les éléments de preuve soumis à la Cour démontrent également que les conditions sanitaires et d'hygiène élémentaires n'étaient pas remplies et que les détenus souffraient d'un manque d'intimité dû au fait que les toilettes n'étaient pas séparées du reste des cellules.

204. À cet égard, la Cour rappelle que le caractère inadéquat des conditions de détention constitue un problème structurel récurrent en Fédération de Russie qui résulte d'un dysfonctionnement du système pénitentiaire russe et qui l'a amenée à conclure à la violation de l'article 3 dans de nombreux arrêts depuis le premier constat de violation opéré par elle en 2002 dans l'affaire *Kalachnikov c. Russie* (n° 47095/99, CEDH 2002-VI) et à adopter un arrêt pilote dans l'affaire *Ananyev et autres*, précitée. La Cour ne voit donc aucune raison de conclure autrement en l'espèce.

205. Eu égard à tous ces éléments, la Cour conclut que les conditions de détention ont causé des souffrances indéniables aux ressortissants géorgiens et doivent s'analyser en traitements à la fois inhumains et dégradants qui ont constitué une pratique administrative en violation de l'article 3 de la Convention.

206. Dès lors, la Cour ne juge pas nécessaire d'examiner le reste des observations des parties relatives aux conditions d'expulsion des ressortissants géorgiens au cours de la période en question.

#### VII. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 4 DU PROTOCOLE N° 4 ET AVEC L'ARTICLE 5 §§ 1 ET 4 ET L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION

207. Le gouvernement requérant allègue une violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 4 du Protocole n° 4 et avec l'article 5 §§ 1 et 4 et l'article 3 de la Convention. L'article 13 est ainsi rédigé :

«Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.»

### **A. Thèses des parties**

208. Comme il l'a déjà indiqué dans ses observations précédentes, le gouvernement requérant soutient que les ressortissants géorgiens n'ont pas disposé de recours effectifs et accessibles contre les arrestations et décisions d'expulsion au cours de la période litigieuse (paragraphe 120 ci-dessus).

209. Le gouvernement défendeur, de son côté, conteste ces allégations (paragraphe 121 ci-dessus).

### **B. Appréciation de la Cour**

210. La Cour rappelle que l'article 13 de la Convention exige «un recours interne habilitant à examiner le contenu d'un «grief défendable» fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié» (voir notamment *Čonka*, précité, § 75).

211. Eu égard à son constat de violation de l'article 4 du Protocole n° 4 ainsi que de l'article 5 §§ 1 et 4 et de l'article 3 de la Convention, la Cour ne peut que conclure au caractère «défendable» des griefs soulevés par le gouvernement requérant au sens de l'article 13.

212. Or le constat de violation de l'article 4 du Protocole n° 4 et de l'article 5 § 4 de la Convention implique en soi l'absence de recours effectifs et accessibles; dès lors il n'y a pas lieu d'examiner séparément le grief du gouvernement requérant tiré d'une violation de l'article 13 de la Convention combiné avec ces articles.

213. De plus, la Cour a déjà constaté l'absence de recours effectifs et accessibles pour les ressortissants géorgiens contre les arrestations, détentions et décisions d'expulsion au cours de la période litigieuse (paragraphe 151-158 ci-dessus).

214. Elle conclut donc à la violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 5 § 1.

215. Quant au grief tiré de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 3, la Cour note que, dans son arrêt pilote *Ananyev et autres*, précité, elle a constaté qu'il n'existait pas à l'époque dans l'ordre juridique russe de recours effectif pouvant servir à mettre fin à des conditions de détention inhumaines et dégradantes ou à obtenir un remède approprié et suffisant à un grief relatif à des conditions de détention inadéquates (*Ananyev et autres*, précité, § 119).

216. Dès lors, elle considère qu'il n'en va pas autrement en l'espèce et conclut donc à la violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 3.

#### VIII. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 4 DU PROTOCOLE N° 4 ET AVEC L'ARTICLE 5 §§ 1 ET 4 ET L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION

217. Le gouvernement requérant allègue une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 4 du Protocole n° 4 et avec l'article 5 §§ 1 et 4 et l'article 3 de la Convention. L'article 14 est ainsi libellé :

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

#### A. Thèses des parties

218. Le gouvernement requérant soutient que les arrestations, détentions et expulsions de ressortissants géorgiens se fondaient sur leur origine nationale et sur leur origine ethnique, et non sur leur situation au regard des règles sur l'immigration en Fédération de Russie. Les arrestations auraient constitué une mesure de représailles contre la Géorgie, et n'auraient pas été motivées par les actes individuels des victimes. De plus, cette allégation serait confortée par le rapport de Human Rights Watch, selon lequel parmi les personnes expulsées se trouvaient des Géorgiens qui résidaient en toute légalité en Fédération de Russie, par exemple des personnes d'origine géorgienne possédant la nationalité russe, titulaires de permis de résidence ou de travail, titulaires de visas parfaitement valables et dont la résidence avait été enregistrée, des Géorgiens de souche dont certains attendaient le renouvellement d'un passeport ou d'un visa, ou encore des étudiants inscrits dans les universités russes.

219. Le gouvernement défendeur, de son côté, réfute toutes les allégations relatives à des arrestations et expulsions de ressortissants géorgiens fondées sur leur nationalité ou sur leur origine ethnique. Il réitère ce qu'il a déjà affirmé dans ses précédentes observations, à savoir que les ressortissants géorgiens ont été arrêtés, détenus et expulsés dans le cadre de la politique générale de lutte contre l'immigration illégale car ils ne résidaient pas de manière régulière en Fédération de Russie (absence de visa, de titre

de séjour, de permis de travail ou d'attestation d'enregistrement en règle – paragraphe 25 et paragraphes 115-116 ci-dessus). À cet égard, l'audition de témoins aurait démontré que la procédure appliquée à l'encontre des ressortissants géorgiens était exactement la même que celle qui était mise en œuvre à l'égard d'autres ressortissants étrangers ayant commis le même type d'infractions. Il considère par ailleurs que les allégations du gouvernement requérant quant à l'expulsion au cours de la période litigieuse de ressortissants russes d'origine géorgienne sont sans fondement.

### **B. Appréciation de la Cour**

220. La Cour considère que, dans les circonstances de l'espèce, les griefs exposés par le gouvernement requérant au titre de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 4 du Protocole n° 4 et l'article 5 §§ 1 et 4 de la Convention sont les mêmes, quoique considérés sous un autre angle, que ceux qu'elle a déjà examinés sur le terrain de ces deux derniers articles, et au sujet desquels elle a conclu à une violation. Dès lors, elle estime qu'il n'y a pas lieu de rechercher s'il y a eu en l'occurrence violation de l'article 14 combiné avec ces dispositions du fait d'un traitement discriminatoire à l'encontre des ressortissants géorgiens.

221. Elle estime également qu'il n'y a pas lieu de rechercher s'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 3, étant donné que le caractère inadéquat des conditions de détention dans les prisons russes concernait tous les détenus quelle que soit leur nationalité.

## **IX. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 18 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 4 DU PROTOCOLE N° 4 ET AVEC L'ARTICLE 5 §§ 1 ET 4 ET L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION**

222. Le gouvernement requérant invoque l'article 18 de la Convention, ainsi libellé :

« Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées aux droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues. »

223. La Cour rappelle que l'article 18 n'a pas un rôle indépendant et qu'il ne peut être appliqué que conjointement à d'autres articles de la Convention (voir notamment *Goussinski c. Russie*, n° 70276/01, § 73, CEDH 2004-IV, *Mudayevy c. Russie*, n° 33105/05, § 127, 8 avril 2010, *Lutsenko c. Ukraine*, n° 6492/11, § 105, 3 juillet 2012, et *Tymoshenko c. Ukraine*, n° 49872/11, § 294, 30 avril 2013).

224. Or la Cour a déjà constaté l'existence d'une pratique administrative en violation de l'article 4 du Protocole n° 4 ainsi que de l'article 5 § 1 et de l'article 3 de la Convention pris isolément et conclu à une violation de l'article 5 § 4. Dès lors elle n'estime pas nécessaire d'examiner les mêmes questions sous l'angle de l'article 18 de la Convention.

#### X. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 7

225. Le gouvernement requérant invoque l'article 1 du Protocole n° 7, ainsi rédigé :

« 1. Un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un État ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et doit pouvoir :

- a) faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion,
- b) faire examiner son cas, et
- c) se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité.

2. Un étranger peut être expulsé avant l'exercice des droits énumérés au paragraphe 1 a), b) et c) de cet article lorsque cette expulsion est nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public ou est basée sur des motifs de sécurité nationale. »

#### A. Thèses des parties

226. Le gouvernement requérant soutient que parmi les ressortissants géorgiens expulsés, un grand nombre résidaient régulièrement sur le territoire de la Fédération de Russie et il se réfère au rapport de Human Rights Watch à cet égard.

227. D'après le gouvernement défendeur, à très peu d'exceptions près, tous les ressortissants géorgiens expulsés par voie administrative à la suite d'une procédure juridictionnelle avaient séjourné illégalement sur le territoire russe car leurs papiers n'étaient pas en règle. Il en résulterait que l'article 1 du Protocole n° 7, qui ne s'applique qu'aux personnes séjournant régulièrement sur le territoire d'un État, ne trouverait pas à s'appliquer en l'espèce.

#### B. Appréciation de la Cour

228. La Cour relève que l'article 1 du Protocole n° 7 se réfère expressément aux étrangers « résidant régulièrement sur le territoire d'un État ».

229. Or, eu égard à tous les éléments dont elle dispose en l'espèce, la Cour considère qu'il n'est pas établi qu'il y a eu également, au cours de la

période litigieuse, des arrestations, détentions et expulsions de ressortissants géorgiens résidant régulièrement sur le territoire de la Fédération de Russie.

230. Dès lors, la Cour estime que le grief soulevé par le gouvernement requérant sur le terrain de cet article n'est pas suffisamment étayé et que les éléments de preuve dont elle dispose sont insuffisants pour aboutir à un constat de violation.

231. Il n'y a donc pas eu violation de l'article 1 du Protocole n° 7.

#### XI. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION ET DES ARTICLES 1 ET 2 DU PROTOCOLE N° 1

232. Le gouvernement requérant invoque l'article 8 de la Convention, ainsi libellé :

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

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

233. Il invoque également le Protocole n° 1, dont les articles 1 et 2 sont ainsi rédigés :

##### **Article 1**

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

##### **Article 2**

« 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. »

#### **A. Thèses des parties**

234. Le gouvernement requérant renvoie à ses observations précédentes devant la chambre en ce qui concerne la violation alléguée de l'article 8 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 1.

Il soutient notamment que les décisions individuelles d'expulsion n'ont pas pris en compte la situation familiale des intéressés, ce qui a eu pour conséquence la séparation des familles (parfois de très jeunes enfants se seraient ainsi trouvés livrés à eux-mêmes) contrairement aux exigences de l'article 8 de la Convention. De plus, la divulgation par les écoles et les universités d'informations sur l'origine, la situation familiale et l'adresse des élèves géorgiens n'aurait pas été prévue par la loi et aurait également porté atteinte à cet article.

Par ailleurs, les modalités d'arrestation et de détention des ressortissants géorgiens les auraient souvent amenés à abandonner leurs biens; les mesures d'éloignement ainsi que l'interruption des communications entre la Fédération de Russie et la Géorgie ne leur auraient pas permis par la suite de prendre les dispositions nécessaires à la sauvegarde de leurs biens, entraînant une violation de l'article 1 du Protocole n° 1.

Enfin, la fermeture des écoles russes en Géorgie aurait ôté aux élèves géorgiens tout accès à l'instruction en russe et serait contraire à l'article 2 du Protocole n° 1.

235. Le gouvernement défendeur souligne là aussi que le gouvernement requérant ne soumet aucune preuve à l'appui de ses allégations.

Pour ce qui est de l'article 8 de la Convention, il indique sur le premier point qu'il était très difficile pour les juridictions russes d'obtenir des informations sur la situation familiale exacte des ressortissants géorgiens, et rappelle qu'il n'existe pas à proprement parler de droit au regroupement familial. Sur le deuxième point, il précise que si de telles demandes de renseignement avaient pu être formulées par les autorités russes, les fonctionnaires responsables avaient par la suite été dûment sanctionnés.

Quant à l'article 1 du Protocole n° 1, les ressortissants géorgiens n'auraient pas été privés de leur droit de propriété et auraient eu la possibilité d'exercer toute action se rattachant à la possession et à la disposition de leurs biens.

Enfin, sur l'article 2 du Protocole n° 1, les écoles russes en Géorgie auraient relevé du ministère russe de la Défense et auraient été fermées à la suite du départ des militaires russes de Géorgie.

## **B. Appréciation de la Cour**

236. La Cour estime que les griefs soulevés par le gouvernement requérant sur le terrain de ces articles ne sont pas suffisamment étayés et que les éléments de preuve dont elle dispose sont insuffisants pour aboutir à un constat de violation.

237. Il n'y a donc pas eu violation de l'article 8 de la Convention et des articles 1 et 2 du Protocole n° 1.

## XII. SUR L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

238. L'article 41 de la Convention est ainsi libellé :

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

239. Le gouvernement requérant demande à la Cour « d'accorder une satisfaction équitable en vertu de l'article 41 de la Convention, à savoir une indemnisation, une réparation et une *restitutio in integrum*, plus les frais et dépens et toute autre compensation à préciser, pour couvrir les dommages matériels et moraux subis par les parties lésées à raison des violations constatées ainsi que les frais encourus dans le cadre de la présente procédure » (paragraphe 79 ci-dessus).

240. La Cour estime que la question de l'application de l'article 41 de la Convention ne se trouve pas en état.

## PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par seize voix contre une, qu'il y a eu violation de l'article 38 de la Convention ;
2. *Dit*, par seize voix contre une, qu'il y a eu à l'automne 2006 la mise en place en Fédération de Russie d'une politique coordonnée d'arrestation, de détention et d'expulsion de ressortissants géorgiens qui a constitué une pratique administrative au sens de la jurisprudence de la Convention ;
3. *Rejette*, par seize voix contre une, l'exception préliminaire du gouvernement défendeur relative au non-épuisement des voies de recours internes à cet égard ;
4. *Dit*, à l'unanimité, que la requête du gouvernement requérant a été introduite dans le délai de six mois prévu à l'article 35 § 1 de la Convention ;
5. *Dit*, par seize voix contre une, que les expulsions des ressortissants géorgiens au cours de la période en question ont constitué une pratique administrative en violation de l'article 4 du Protocole n° 4 ;
6. *Dit*, par seize voix contre une, que les arrestations et détentions des ressortissants géorgiens au cours de la période en question ont constitué une pratique administrative en violation de l'article 5 § 1 de la Convention ;
7. *Dit*, par seize voix contre une, que l'absence de voies de recours pour les ressortissants géorgiens contre leur arrestation, détention et expulsion au

cours de la période en question a constitué une violation de l'article 5 § 4 de la Convention ;

8. *Dit*, par seize voix contre une, que les conditions de détention des ressortissants géorgiens au cours de la période litigieuse ont constitué une pratique administrative en violation de l'article 3 de la Convention ;
9. *Dit*, par seize voix contre une, qu'il n'est pas nécessaire d'examiner sous l'angle de l'article 3 de la Convention le reste des observations des parties relatives aux conditions d'expulsion des ressortissants géorgiens au cours de la période en question ;
10. *Dit*, par treize voix contre quatre, qu'il y a eu violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 5 § 1 ;
11. *Dit*, par seize voix contre une, qu'il y a eu violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 3 de la Convention ;
12. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner les griefs soulevés par le gouvernement requérant sur le terrain de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 4 du Protocole n° 4 et avec l'article 5 § 4 de la Convention ;
13. *Dit*, par seize voix contre une, qu'il n'y a pas lieu d'examiner les griefs soulevés par le gouvernement requérant sur le terrain de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 4 du Protocole n° 4 et avec l'article 5 §§ 1 et 4 et l'article 3 de la Convention ;
14. *Dit*, par seize voix contre une, qu'il n'y a pas lieu d'examiner les griefs soulevés par le gouvernement requérant sur le terrain de l'article 18 de la Convention combiné avec l'article 4 du Protocole n° 4 et avec l'article 5 §§ 1 et 4 et l'article 3 de la Convention ;
15. *Dit*, par seize voix contre une, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 1 du Protocole n° 7 ;
16. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention et des articles 1 et 2 du Protocole n° 1 ;
17. *Dit*, à l'unanimité, que la question de l'application de l'article 41 de la Convention ne se trouve pas en état ;  
en conséquence,
  - a) la réserve en entier ;
  - b) invite le gouvernement requérant et le gouvernement défendeur à lui adresser par écrit, dans le délai de douze mois à compter de la date de notification du présent arrêt, leurs observations sur cette question et notamment à lui donner connaissance de tout accord auquel ils pourraient aboutir ;

c) réserve la procédure ultérieure et délègue au président de la Cour le soin de la fixer au besoin.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 3 juillet 2014.

Michael O'Boyle  
Greffier adjoint

Josep Casadevall  
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion en partie dissidente du juge López Guerra à laquelle se rallient les juges Bratza et Kalaydjieva ;
- opinion en partie dissidente de la juge Tsotsoria ;
- opinion dissidente du juge Dedov.

J.C.M.  
M.O'B.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DU JUGE  
LÓPEZ GUERRA, À LAQUELLE SE RALLIENT  
LES JUGES BRATZA ET KALAYDJIEVA

(Traduction)

J'ai un avis partiellement dissident pour ce qui est du constat par la Grande Chambre d'une violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 5 § 1 (point 10 du dispositif de l'arrêt) ainsi que du raisonnement ayant abouti à ce constat (paragraphe 210-214 de l'arrêt).

Ainsi qu'il ressort tant de l'examen des dispositions de la Convention elles-mêmes que de la jurisprudence de la Cour, dès lors qu'une violation de l'article 5 § 4 est établie il n'y a pas lieu d'examiner un autre grief de violation de l'article 13 combiné avec l'article 5 § 1, ce grief étant absorbé par le constat de violation précédent.

L'article 13 exige que soit mis en place un recours effectif permettant de faire valoir des violations de la Convention. Lorsqu'une violation de l'article 5 § 1 est en jeu, l'article 5 § 4 prévoit des exigences procédurales plus rigoureuses quant à la fourniture d'un recours, puisqu'il requiert l'existence d'une forme de procédure judiciaire accessible à toute personne arrêtée ou détenue par laquelle un tribunal peut examiner la légalité de l'arrestation ou de la détention (l'équivalent dans le cadre de la Convention de la procédure d'*habeas corpus*). À cet égard, l'article 5 § 4 constitue la *lex specialis* en cas d'arrestation ou de détention et prévoit le « recours effectif » exigé en présence d'une violation de l'article 5 § 1. La Grande Chambre ayant constaté une violation de la Convention au regard de cette *lex specialis*, un réexamen par elle de la même question sous l'angle de la *lex generalis* de l'article 13 est donc redondant. Telle est la position déjà bien établie dans la jurisprudence de la Cour (voir, par exemple, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, 18 juin 1971, § 95, série A n° 12, et *Khadissov et Tsetchoïev c. Russie*, n° 21519/02, § 162, 5 février 2009).

## OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DE LA JUGE TSOTSORIA

(Traduction)

Je regrette de ne pouvoir souscrire à certaines conclusions de la majorité. Tout d'abord, je suis particulièrement en désaccord avec le constat de la Cour selon lequel il n'était pas nécessaire d'examiner les griefs sous l'angle de l'article 18 de la Convention combiné avec l'article 5<sup>1</sup>, de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 4 du Protocole n° 4 et l'article 5 §§ 1 et 4 de la Convention, ou de se pencher sur la nature discriminatoire des arrestations, des détentions et de l'expulsion de Géorgiens au regard de l'article 3 de la Convention. Je suis également en désaccord avec le constat de non-violation de l'article 1 du Protocole n° 7 à la Convention. Tout en souscrivant pleinement à la conclusion selon laquelle il existait une pratique administrative contraire à l'article 3 à raison des conditions de détention, je ne peux adhérer à la décision de la majorité de ne pas examiner les conditions d'expulsion sous l'angle de l'article 3 de la Convention et, consécutivement, de ne pas constater de violation de l'article 13 relativement aux mêmes griefs.

Je souhaite exposer ci-dessous mes propres vues sur certaines des questions importantes soulevées par l'affaire afin de clarifier les raisons de ma dissidence. Le point de départ est l'article 18 de la Convention, étant donné que cette disposition a trait à la question clé soulevée en l'espèce: l'interdiction du détournement de pouvoir.

### **I. Sur la violation de l'article 18 de la Convention combiné avec l'article 5**

Cette affaire interétatique est probablement l'exemple le plus édifiant de l'usage de restrictions aux droits autorisées en vertu de la Convention dans un but autre que celui pour lequel elles ont été prévues.

Il ressort clairement de la jurisprudence concernant l'article 18 que toute la structure de la Convention repose sur la présomption générale que les autorités publiques de l'État membre concerné agissent de bonne foi. Toutefois, toute politique publique ou mesure individuelle peut avoir une « intention cachée » et donc la présomption de bonne foi est réfragable (voir, parmi d'autres, *Khodorkovskiy c. Russie*, n° 5829/04, § 255, 31 mai 2011, et

---

1. Eu égard à la portée des griefs de l'État requérant (Titre IX de l'arrêt), l'article 18, qui n'a pas un rôle autonome, ne peut être appliqué que conjointement avec l'article 5, puisqu'il ne saurait y avoir violation de l'article 18 que si le droit ou la liberté en question est soumis aux restrictions autorisées par la Convention (*Goussinski c. Russie*, n° 70276/01, § 73, CEDH 2004-IV).

*Lutsenko c. Ukraine*, n° 6492/11, § 106, 3 juillet 2012). Dans des requêtes individuelles, la Cour a établi que lorsqu'un requérant allègue que ses droits et libertés ont fait l'objet de restrictions non fondées, il doit démontrer de façon convaincante que le véritable objectif des autorités n'était pas celui qu'elles avaient proclamé ou que l'on pouvait raisonnablement induire du contexte (*Lutsenko*, précité, § 106). Dès lors, lorsqu'une allégation au regard de l'article 18 est énoncée, la Cour applique un critère de preuve très rigoureux (*Tymoshenko c. Ukraine*, n° 49872/11, § 295, 30 avril 2013).

La Cour constate une violation de l'article 18 de la Convention lorsqu'elle conclut que tout l'appareil juridique de l'État défendeur a été, dès le départ, utilisé de manière abusive, ce qui indique que, du début jusqu'à la fin, les autorités n'ont cessé d'agir de mauvaise foi et au mépris flagrant de la Convention (*Khodorkovskiy*, précité, § 260). Dans la plupart des cas, le « but » évoqué à l'article 18 n'est pas précisé (voir, par comparaison, *Goussinski c. Russie*, n° 70276/01, §§ 75-78, CEDH 2004-IV). Ainsi que les juges Jungwiert, Nußberger et Potocki l'ont relevé à juste titre dans leur opinion concordante commune dans l'affaire *Tymoshenko* (précitée), la connaissance d'une « intention cachée » relève du domaine des autorités et n'est donc pas accessible à un requérant. La Cour devrait en conséquence admettre les preuves du caractère inapproprié des motifs des autorités qui se fondent sur des déductions tirées des circonstances concrètes et du contexte de l'affaire, sous peine de vider la protection accordée par l'article 18 de toute effectivité en pratique.

Dans une démocratie, un État peut limiter la liberté individuelle dans les intérêts de la liberté de tous<sup>2</sup>. Un abus de droit survient dès lors qu'un État, se prévalant de ses droits, cause à un autre État un préjudice qui ne peut se justifier par une considération légitime, c'est-à-dire lorsque ces actions, bien que « légales » au sens strict du terme, sont entachées de mauvaise foi<sup>3</sup>.

En l'espèce, la Cour a établi que l'arrestation et la détention de Géorgiens avaient été arbitraires au regard de l'article 5 § 1 f) à raison de la nature collective des expulsions (paragraphe 186 de l'arrêt). De plus, l'absence de recours effectif et accessible aux Géorgiens a donné lieu à une violation de l'article 5 § 4 (paragraphe 188 de l'arrêt). La question se pose de savoir si, malgré leur caractère arbitraire, les arrestations et détentions ont été néanmoins ordonnées de bonne foi, ou si le but réel des autorités était différent du but déclaré et était motivé par une intention cachée pouvant être démontrée selon les critères requis par la Convention (voir l'opinion

2. Édition complète des Travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme, vol. 5, Conseil de l'Europe, La Haye, Boston, Londres, Dordrecht, Lancaster. Martinus Nijhoff, 1979, p. 290.

3. Guy S. Goodwin-Gill, « The limits of the Power of Expulsion in Public International Law », *British Yearbook of International Law*, vol. 47, édition I, 1975, pp. 79-80, avec d'autres références.

concordante des juges Jungwiert, Nußberger et Potocki dans l'affaire *Tymoshenko*, précitée).

Les arrière-pensées et l'intention cachée des autorités de l'État défendeur affleurent à la surface en l'espèce. La Cour a établi l'existence d'une *pratique administrative* – c'est-à-dire la répétition d'actes contraires à la Convention, accompagnée d'une tolérance officielle de ces actes – d'arrestations et de détentions en violation de l'article 5 § 1 de la Convention (paragraphe 187 de l'arrêt). Une tolérance officielle de tels actes implique en soi l'existence de « motivations douteuses ». Le fait que la Cour a constaté l'existence d'une pratique administrative d'expulsions collectives de Géorgiens est une considération cruciale, cette pratique ne pouvant être séparée des arrestations et détentions arbitraires qui l'ont précédée. Les autorités de l'État défendeur ont maintenu des Géorgiens en détention délibérément, afin de provoquer chez eux détresse et souffrance, et ne les ont pas autorisés à repartir volontairement en Géorgie<sup>4</sup>, contrairement à la jurisprudence établie de la Cour selon laquelle les arrestations et détentions au titre de l'article 5 doivent être exécutées de bonne foi. Tous les éléments susmentionnés conduisent à la conclusion qu'on a eu recours à ces expulsions massives pour des motifs cachés, et que ces opérations pouvaient donc en soi constituer un abus de droit<sup>5</sup>. Cette conclusion doit être lue à la lumière de la déclaration de la Cour selon laquelle les difficultés dans la gestion des flux migratoires ne peuvent justifier le recours, de la part des États, à des pratiques qui seraient incompatibles avec leurs obligations conventionnelles (paragraphe 177 de l'arrêt).

De plus, la Cour a tenu compte du contexte politique de l'affaire. Comme il est souligné dans l'arrêt, les tensions politiques entre les deux États ont atteint leur paroxysme avec l'arrestation le 27 septembre 2006 de quatre officiers russes à Tbilissi (paragraphe 22 de l'arrêt). Par la suite, la même date est retenue pour le calcul du délai de six mois (paragraphe 162 de l'arrêt). La Douma russe n'a pas caché dans sa Résolution du 4 octobre 2006 sur la politique anti-russe et antidémocratique du gouvernement géorgien que la détérioration rapide de la relation entre les deux États était une conséquence de l'arrestation de militaires russes par la Géorgie<sup>6</sup>.

La réponse de la Russie à l'arrestation de ses officiers a pris la forme d'un harcèlement massif et sans précédent des Géorgiens en Fédération de

4. Il convient de noter que certains des Géorgiens qui faisaient l'objet des ordonnances d'expulsion ont quitté la Russie par leurs propres moyens (paragraphe 45 de l'arrêt).

5. Jean-Marie Henckaerts, « Mass Expulsion in Modern International Law and Practice », 1995, éditions Martinus Nijhoff, La Haye/Boston/Londres, p. 17.

6. Résolution de la Douma n° 3536-4 ГД, annexée à la décision *Géorgie c. Russie (I)* (déc.) n° 13255/07, 30 juin 2009, pp. 12-13.

Russie, entraînant en particulier une atteinte aux droits et libertés garantis par la Convention. Cette politique visait à être – et a en fait été – la base de mesures de représailles illégitimes, arbitraires et disproportionnées. Elle a été mise en œuvre à travers une série de mesures concomitantes mises en œuvre simultanément et qui, sans se limiter à cela, comprenaient l'adoption et la mise en œuvre de circulaires et d'instructions visant à l'identification, à l'arrestation en masse, à la détention et à l'expulsion de Géorgiens dans des régions géographiquement distantes de la Russie, la suspension de toutes les liaisons terrestres, aériennes et maritimes entre les deux pays qui ont suivi immédiatement les tensions politiques à la fin de septembre 2006, et l'imposition unilatérale d'un embargo économique sur la Géorgie, y compris l'interruption de toutes les communications postales (paragraphe 22 et 136 de l'arrêt).

J'apprécie que la Cour exige des éléments concrets pour conclure à la violation de l'article 18 de la Convention, et que les critères de preuve soient exigeants. Toutefois, en l'espèce, la Cour a agi comme une juridiction de première instance, qui « maîtresse de sa propre procédure et de son propre règlement » apprécie « en pleine liberté non seulement la recevabilité et la pertinence, mais aussi la force probante de chaque élément du dossier » (paragraphe 104 et 138 de l'arrêt). La Cour disposait de preuves découlant d'un faisceau d'indices suffisamment forts, clairs et concordants ou de présomptions de fait irréfragables similaires, émanant de diverses sources. En conséquence, malgré des comptes rendus contradictoires des événements et le manque de coopération de l'État défendeur, qui disposait d'un accès exclusif aux informations, la Cour a établi l'existence d'une pratique administrative (paragraphe 129 et 159 de l'arrêt).

Cette politique anti-géorgienne illégale devrait être considérée à la lumière et comme une conséquence directe des déclarations politiques formulées par certains dirigeants du gouvernement russe, y compris du président, du ministre des Affaires étrangères, de l'adjoint au chef du service fédéral des migrations, du porte-parole de la Douma et du ministre de la Défense<sup>7</sup>. Les forces de sécurité ont souvent accusé l'ensemble de la diaspora géorgienne d'être des criminels<sup>8</sup>. De plus, la résolution susmentionnée de la Douma invitait et autorisait le gouvernement russe à prendre toutes les mesures

7. *Ibidem*, Annexe pp. 8-11 et 117-122; Rapport de Human Rights Watch intitulé « Singled Out. Russia's detention and expulsion of Georgians » (ci-après « Rapport de Human Rights Watch, « Singled Out » »), vol. 19 n° 5 (D), octobre 2007, pp. 2, 22, 30-33.

8. Commission pour le respect des engagements des États membres du Conseil de l'Europe (Commission de suivi) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Tensions actuelles entre la Géorgie et la Russie », AS/Mon(2006)40 rev, 22 janvier 2007, § 63; Rapport de Human Rights Watch, « Singled Out », précité, p. 32.

nécessaires, y compris des sanctions financières et économiques, contre la Géorgie, et menaçait d'appliquer des mesures plus strictes à l'avenir. Ces déclarations, complétées par une campagne médiatique intensive, ont été immédiatement perçues comme une instruction d'initier une « persécution organisée de ressortissants géorgiens<sup>9</sup> ». Selon Human Rights Watch, « il s'agissait d'une campagne coordonnée et orchestrée aux niveaux supérieurs du gouvernement qui a ciblé les Géorgiens pendant une période spécifique (...) Cela laisse à penser que la Russie pourra bouleverser la vie des gens dans le but de servir des intérêts de politique étrangère<sup>10</sup> ».

Toute la campagne anti-géorgienne était une campagne de représailles, organisée pour des motifs cachés contraires aux règles du droit international<sup>11</sup> plutôt qu'une mesure légitime de contrôle migratoire comme le prétend l'État défendeur. Il est également difficile d'accepter les arguments de celui-ci selon lesquels les mesures visaient notamment à lutter contre la criminalité et le crime organisé en Russie, étant donné que rien n'indique que des criminels géorgiens, de grande envergure ou non, aient été arrêtés à l'époque. Ainsi qu'il a été relevé par les témoins, les autorités russes ont ciblé pendant cette campagne les plus vulnérables. Les témoins géorgiens devant la Cour ont rappelé qu'on avait systématiquement évoqué devant eux la motivation politique des arrestations, détentions et expulsions (paragraphe 48-49 de l'arrêt). Au paragraphe 52 de son rapport (ci-après le « rapport de l'APCE »), la commission de suivi de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a conclu que « [l]a campagne massive engagée à partir de [la] fin [de] septembre contre les citoyens géorgiens et toute personne d'origine géorgienne (...) est une campagne politique<sup>12</sup> ».

La présente affaire, et c'est regrettable, n'est pas le seul exemple où l'État défendeur a utilisé les mécanismes de gestion des flux migratoires à des fins politiques. L'affaire de la déportation en masse de migrants tadjikes en 2011 après la condamnation de deux pilotes (l'un deux étant un ressortissant russe) par les autorités tadjikes<sup>13</sup>, qui présente des ressemblances frappantes

9. Svetlana Gannushkina, « Droits de l'homme en Russie », année 2006, Parlement européen, Direction générale des politiques externes du Parlement européen, p. 4, disponible à l'adresse suivante : [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2006/348611/EXPO-DROI\\_NT\(2006\)348611\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2006/348611/EXPO-DROI_NT(2006)348611_EN.pdf), p. 4, accès le 10.03.2014.

10. « Russia Targets Georgians for Expulsion », Human Rights Watch, 1<sup>er</sup> octobre 2007, disponible à l'adresse suivante : [www.hrw.org/news/2007/09/30/russia-targets-georgians-expulsion](http://www.hrw.org/news/2007/09/30/russia-targets-georgians-expulsion), accès le 5 juin 2012.

11. James Crawford, « The International Law Commission's Articles on State Responsibility », Introduction, Text and Commentaries, Cambridge University Press, 2007, pp. 281-305; James Crawford, Alain Pellet, et Simon Olleso, « The Law of International Responsibility », Oxford University Press 2010, pp. 470-473; Jean-Marie Henckaerts, *op. cit.*, p. 46.

12. Pour une description des causes du conflit entre les deux pays, voir le rapport de l'APCE.

13. Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), 4<sup>e</sup> rapport sur la Fédération de Russie adopté le 16 décembre 2005, § 167; voir également « Tajikistan ready for talks, Moscow threatens

avec la présente espèce, ainsi que l'expulsion de ressortissants moldaves quelques semaines avant le sommet du partenariat oriental en 2013 au cours duquel l'accord d'association entre la République de Moldova et l'Union européenne devait être paraphé<sup>14</sup>, doivent constituer des exemples instructifs pour la Cour.

La pratique de l'État défendeur d'abuser du système d'immigration, en violation des droits fondamentaux, pour servir les orientations de sa politique extérieure constitue un exemple grave de détournement de pouvoir qui ne devrait donc pas échapper à une appréciation adéquate. La Cour aurait dû en l'espèce prendre fermement position et déclarer que des violations massives des droits de l'homme ne peuvent jamais constituer un moyen d'atteindre des buts politiques ou de résoudre des problèmes politiques. Le fait qu'elle ne l'ait pas fait équivaut à ignorer un abus grave du système de la Convention, particulièrement dans le contexte des requêtes interétatiques et dans le cadre de l'établissement de l'existence d'une pratique administrative. Comme l'observent à juste titre les juges Jungwiert, Nußberger et Potocki dans leur opinion concordante commune en l'affaire *Tymoshenko*, précitée, « lorsqu'on interprète l'article 18 de la Convention, le lien direct entre la protection des droits de l'homme et la démocratie doit être pris en compte ». C'est tout à fait vrai, étant donné que la Convention a été conçue pour sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique (*Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* [GC], n<sup>os</sup> 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 86, CEDH 2003-II). De plus, il est évident que « lorsque les gouvernements résolvent leurs problèmes en ballottant des individus sans défense à travers les frontières, ils agissent en dehors du sens commun et de la bonne foi. Lorsque disparaissent dialogue et coopération, le respect du droit international est en grand danger<sup>15</sup> ». Comme je l'ai observé ci-dessus, les arrestations et détentions arbitraires de Géorgiens étaient intrinsèquement liées à leur expulsion collective, ce qui

---

deportations over jailed pilot», disponible à l'adresse suivante : [en.rian.ru/world/20111111/168596798.html](http://en.rian.ru/world/20111111/168596798.html), accès le 25.04.2012; « Mass deportation of Tajiks as pilot row escalates » par Tom Washington, disponible à l'adresse suivante : [www.themoscownews.com/politics/20111111/189196644.html](http://www.themoscownews.com/politics/20111111/189196644.html), accès le 25.04.2012; « Russia to deport Tajik immigrants over jailed pilot case » disponible à l'adresse suivante : [rt.com/news/prime-time/tajikistan-russia-pilots-swap-105/](http://rt.com/news/prime-time/tajikistan-russia-pilots-swap-105/), accès le 25.04.2012.

14. Résolution du Parlement européen sur les pressions exercées par la Russie sur les pays du partenariat oriental (dans le contexte du Sommet du Partenariat oriental alors en préparation à Vilnius), n<sup>o</sup> 2013/2826(RSP), 10 septembre 2013; « Russia Pressures Former Soviet Republics to Join his Economic Union », par le comité éditorial, 29 septembre 2013, disponible à l'adresse suivante : [www.washingtonpost.com/opinions/putin-pressures-former-soviet-republics-to-join-his-economic-union/2013/09/29/d169d736-2610-11e3-b75d-5b7f66349852\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/opinions/putin-pressures-former-soviet-republics-to-join-his-economic-union/2013/09/29/d169d736-2610-11e3-b75d-5b7f66349852_story.html), accès le 02.03.2014; Россия начала депортацию молдавских гастарбайтеров на родину, 17 septembre 2013, disponible à l'adresse suivante : [www.grenada.md/post/rossiea\\_na4ala\\_deport\\_v\\_md](http://www.grenada.md/post/rossiea_na4ala_deport_v_md), accès le 07.10.2013.

15. Jean-Marie Henckaerts, *op. cit.*, p. 47.

est en soi « un risque pour la coexistence pacifique des pays » représentant une menace pour la démocratie, voire un « prélude à la guerre<sup>16</sup> » comme le montre un exemple récent concret.

Eu égard aux circonstances de l'affaire telles qu'explicitées ci-dessus, la Cour aurait dû examiner l'article 18 conjointement avec l'article 5 et aurait dû conclure que l'ensemble de l'appareil juridique de l'État défendeur avait été utilisé de manière abusive et que, du début jusqu'à la fin, les autorités n'avaient cessé d'agir de mauvaise foi et au mépris flagrant de la Convention, ce qui s'analyse en une pratique administrative contraire aux dispositions susmentionnées.

## **II. Sur la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 4 du Protocole n° 4 et l'article 5 §§ 1 et 4 de la Convention**

La Cour a conclu que d'octobre 2006 à la fin de janvier 2007 avait été mise en place en Fédération de Russie une politique coordonnée d'arrestation, de détention et d'expulsion de ressortissants géorgiens, qui a constitué une pratique administrative au sens de la jurisprudence de la Convention (paragraphe 159). À l'évidence, les Géorgiens, en tant que groupe spécifique, ont été ciblés et ont fait l'objet d'un traitement discriminatoire sur la base de leur origine ethnique et nationale en conséquence de la politique de l'État défendeur. Tout en souscrivant pleinement à l'aspect discriminatoire de la présente requête interétatique, dûment mis en lumière dans l'arrêt (voir, par exemple, les paragraphes 140-141, 152, 175-176 et 185), je regrette que la majorité n'ait pas traité séparément la question de la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 4 du Protocole n° 4 et avec l'article 5 §§ 1 et 4 de la Convention (j'aborderai le grief de discrimination sous l'angle de l'article 3 de la Convention dans le chapitre suivant).

Dans le cadre de cette procédure, les aspects ethniques et nationaux sont imbriqués si étroitement qu'il convient de les examiner ensemble. Aux fins de la présente opinion, le terme « géorgien » recouvre à la fois l'origine ethnique et la nationalité. Les « Géorgiens ethniques », les « ressortissants géorgiens » et les « Géorgiens » sont des termes utilisés de manière interchangeable par l'État requérant. Le terme « Géorgien » utilisé par les autorités de l'État défendeur dans le contexte de l'expulsion, dans des expressions telles que « les Géorgiens doivent partir », « vous, les Géorgiens, devez quitter la Russie » évoque plus l'origine ethnique que la nationalité. Les documents officiels qui ont été émis par l'État défendeur pendant la campagne anti-géorgienne

---

16. Klaus Dieter Deumeland, « Das Verbot der Xenelasia bei Ausweisung von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland », AWR, vol. 22, pp. 182, 186 (1984), dans l'ouvrage précité de Jean-Marie Henckaerts, *op. cit.*, p. 25.

se réfèrent à l'appartenance ethnique (par exemple, les enquêtes envoyées à diverses écoles utilisent le terme « *национальность* » – paragraphe 36 de l'arrêt) et la citoyenneté (tels que les instructions et circulaires, dans lesquelles figure le terme « *гражданство* » – paragraphe 31 de l'arrêt)<sup>17</sup>. De même, les organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales indiquent que cette campagne se fondait sur l'origine ethnique et nationale (paragraphe 63-67 de l'arrêt).

Le principe du respect et de la protection des droits de l'homme sur une base non discriminatoire est reconnu comme une règle du droit international<sup>18</sup>. L'interdiction de la discrimination s'est matérialisée en une norme de *jus cogens*. Il est établi dans la jurisprudence de la Cour que l'origine ethnique et la race sont des concepts apparentés, qui se recoupent (voir, parmi d'autres, *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* [GC], n<sup>os</sup> 27996/06 et 34836/06, § 43, CEDH 2009, et *Timichev c. Russie*, n<sup>os</sup> 55762/00 et 55974/00, § 55, CEDH 2005-XII), et que la discrimination fondée sur l'origine ethnique réelle ou perçue, en tant que forme de discrimination raciale, exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités (*Timichev*, précité, §§ 55-56).

De plus, la Cour a développé le raisonnement selon lequel « lorsqu'elle a constaté une violation séparée d'une clause normative de la Convention ou de ses Protocoles, invoquée devant elle à la fois comme telle et conjointement avec l'article 14, elle n'a en général pas besoin d'examiner aussi l'affaire sous l'angle de cet article, mais il en va autrement si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en cause constitue un aspect fondamental du litige » (voir, parmi d'autres, *Timichev*, précité, § 53, *Chassagnou et autres c. France* [GC], n<sup>os</sup> 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 89, CEDH 1999-III, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 67, série A n<sup>o</sup> 45; voir également l'opinion en partie dissidente de la juge Keller en l'affaire *Şükran Aydın et autres c. Turquie*, n<sup>os</sup> 49197/06, 23196/07, 50242/08, 60912/08 et 14871/09, 22 janvier 2013).

17. À l'Ouest, la nationalité est définie de manière formelle par l'appartenance à un État mais plus on va vers l'Est plus la notion se teinte d'ethnicité et de culture. En Fédération de Russie, les termes « nation » et « nationalité » (*национальность*) évoquent une notion ethnique plus que l'appartenance à un État – qui est en russe la citoyenneté (*гражданство*), d'où une divergence dans les termes; voir Eric Lohr, « Russian Citizenship from Empire to Soviet Union », Harvard University Press, 2012, p. 3; Azar Gat et Alexander Jakobson, « Nations: The Long History and Deep Roots of Political Ethnicity and Nationalism », Cambridge University Press, 2013, pp. 359-360; Şener Aktürk, « Regimes of Ethnicity and Nationhood in Germany, Russia and Turkey », Cambridge University Press 2012.

18. Voir l'opinion dissidente du juge Tanaka dans les affaires du Sud-Ouest africain, CIJ, arrêt du 18 juillet 1966, pp. 284-317; James Crawford, « Brownie's Principles of Public International Law », 8<sup>e</sup> édition, Oxford University Press, 2012, pp. 644-646.

La violation des droits des Géorgiens à raison de leur nationalité et de leur origine ethnique est fortement entachée de discrimination, ce qui représente un aspect fondamental de la présente affaire. En conséquence, le fait de ne pas examiner l'article 14 réduit artificiellement la portée de la disposition de non-discrimination de la Convention et ignore un aspect crucial de la présente requête interétatique, d'autant plus, en particulier, que la pratique de la Cour concernant l'article 14 a déjà fait l'objet de critiques<sup>19</sup>.

Le principe de non-discrimination impose des restrictions distinctes à la liberté des États quant au traitement des étrangers<sup>20</sup> et devrait être lu conjointement avec les garanties des droits procéduraux dans les procédures d'expulsion<sup>21</sup>. Une norme commune est que les expulsions ne doivent pas opérer délibérément des discriminations dans leurs buts ou leurs effets à raison de la race, de la couleur, du sexe, de la langue, de la religion, des opinions politiques ou autres, de l'origine nationale ou sociale, de la propriété, de la naissance ou de toute autre situation. Cela est particulièrement pertinent dans les affaires d'expulsion collective d'étrangers car celles-ci emportent un risque de discrimination et impliquent souvent une expulsion fondée sur l'appartenance même à un groupe spécifique<sup>22</sup>.

Le pouvoir d'expulsion discrétionnaire de l'État est également restreint par une obligation de prendre en compte le contexte juridique dans lequel il est exercé<sup>23</sup>. En l'espèce, les origines ethniques et nationales constituaient des facteurs déterminants pour les actions des autorités russes quant à la détention, au traitement et à l'expulsion collective de Géorgiens.

Le problème général de discrimination raciale, de xénophobie et d'intolérance en Fédération de Russie est illustré par de nombreux documents<sup>24</sup>. Il

19. Harris, O'Boyle & Warbrick, « Law of the European Convention on Human Rights », 2<sup>e</sup> édition, Oxford University Press, 2009, p. 578; Samantha Knights, « Freedom of Religion, Minorities, and the Law », Oxford University Press, 2007, pp. 56-57, Janneke Gerards, « The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights », *Human Rights Law Review* vol. 13 n° 1, 2013, pp. 99-124; Ivana Radacic, « Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *The European Journal of International Law*, vol. 19 n° 4, 2008, pp. 841-857; opinion dissidente du juge Bonello dans l'affaire *Anguelova c. Bulgarie*, n° 38361/97, CEDH 2002-IV.

20. Guy S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 75.

21. « Migration and International Human Rights Law ». Guide pour les praticiens n° 6; Commission internationale de juristes, 2011, p. 128, avec d'autres références; Jean-Marie Henckaerts, *op. cit.*, pp. 21-28.

22. Jean-Marie Henckaerts, *op. cit.*, p. 21.

23. Guy S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 154.

24. Voir, parmi d'autres documents, les conclusions finales du Comité des droits de l'homme des Nations unies: Fédération de Russie, doc. UN CCPR/C/79/Add.54, 26 juillet 1995; conclusions finales du Comité des droits de l'homme des Nations unies: Fédération de Russie, doc. UN CCPR/CP/79/RUS, 6 novembre 2003; Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale: Fédération de Russie, 21 mars 2003 CERD/C/62/CO/7; Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), troisième rapport sur la Fédération de Russie, adopté le 16 décembre

est reconnu que les groupes vulnérables (notamment les personnes d'origine caucasienne) subissent une discrimination aggravée et sont soumis à un profilage racial/ethnique, à des contrôles ciblés en fonction de la race et à des pratiques illégales des forces de l'ordre<sup>25</sup>. L'existence d'une discrimination institutionnalisée, notamment dans le domaine de l'immigration, a été jugée particulièrement grave<sup>26</sup>. Comme le confirme une ONG russe, Memorial, la Fédération de Russie s'est dotée d'un mécanisme répressif contre les citoyens étrangers bien avant la campagne anti-géorgienne en vue de l'utiliser à des fins politiques<sup>27</sup>. Le rapport de l'APCE, en son paragraphe 54, relève également l'existence de « mécanismes répressifs contre les citoyens étrangers » créé par la législation russe. La déclaration du chef adjoint du service fédéral des migrations de la Fédération de Russie selon laquelle « [ces] quotas ne seront pas fournis pour les ressortissants géorgiens, ni en matière de résidence ni en matière d'emploi » constitue une preuve additionnelle qu'au moment des faits les autorités utilisaient le mécanisme discriminatoire existant contre les Géorgiens<sup>28</sup>.

En établissant l'existence d'une pratique administrative d'expulsion collective au regard de l'article 4 du Protocole n° 4, la Cour a rappelé l'importance du contexte de l'expulsion (paragraphe 167 de l'arrêt), eu égard au cadre général de la campagne de persécutions sélective, organisée et délibérée des autorités russes vis-à-vis des Géorgiens (voir, par exemple, les paragraphes 63-71 et 171-176 de l'arrêt). La Cour a également relevé que les recours internes en place au sein de l'État défendeur s'étaient révélés inefficaces et inaccessibles aux Géorgiens pour contester les arrestations, détentions et expulsions arbitraires (paragraphes 150-158 et 188 de l'arrêt).

---

2005; Quatrième rapport de l'ECRI sur la Fédération de Russie, précité; les rapports annuels du Commissaire aux droits de l'homme de la Fédération de Russie peuvent être consultés en russe à l'adresse suivante : [ombudsmanrf.org/doklady](http://ombudsmanrf.org/doklady); Amnesty International, *Dokumenty! Discrimination on Grounds of Race in the Russian Federation*, p. 11 (AI Index EUR 46/001/2003), disponible à l'adresse suivante : [www.amnesty.org/fr/library/asset/EUR46/001/2003/en/70300437-d760-11dd-b024-21932cd2170d/eur460012003en.pdf](http://www.amnesty.org/fr/library/asset/EUR46/001/2003/en/70300437-d760-11dd-b024-21932cd2170d/eur460012003en.pdf), accès le 20.05.2012.

25. Mise en œuvre de la Résolution 60/251 du 15 mars 2006, intitulée « Comité des droits de l'homme », rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et d'intolérance qui y est associée, M. Doudou Diène, Additif, Mission en Fédération de Russie, A/HRC/4/19/Add.3, 30 mai 2007, § 76; Open Society Justice Initiative, « Ethnic Profiling in the Moscow Metro », Open Society Institute Justice Initiative, 2006, disponible à l'adresse suivante : [www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/metro\\_20060613.pdf](http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/metro_20060613.pdf), pp. 15-17, accès le 19.05.2012.

26. *Ibidem*, rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et d'intolérance qui y est associée, Additif, Mission en Fédération de Russie, § 76.

27. Memorial Human Rights Center. The Civic Assistance Committee. « On anti-Georgian campaign launched on the territory of Russia », p. 3, disponible à l'adresse suivante : [www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004\\_2009/documents/dv/memorial\\_/memorial\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/memorial_/memorial_en.pdf), accès le 24.02.2014.

28. « Russia Cancels Employment Quotas for Georgians », Civil Georgia, 5 octobre 2006, disponible à l'adresse suivante : [www.civil.ge/eng/article.php?id=13783](http://www.civil.ge/eng/article.php?id=13783), accès le 24.02.2014.

Les témoins géorgiens entendus par la Cour ont confirmé que la raison sous-jacente des atteintes à leurs droits, contrairement à ce qu'ont vécu les ressortissants d'autres pays à l'époque des faits, était leur origine ethnique. Les témoins se sont rappelés avoir été insultés, menacés et s'être entendu dire : « vous devez quitter la Russie, il n'y a pas de place pour vous ici » et « vous êtes renvoyés parce que vous êtes Géorgiens<sup>29</sup> », « vous devriez être contents d'être toujours en vie » (paragraphe 46 de l'arrêt (...)). La perception dominante du public était que la campagne d'expulsions était dirigée tout particulièrement contre les personnes d'origine ethnique géorgienne. Dans le cas de G.V., cité par l'État défendeur comme exemple d'un appel accueilli par les juridictions nationales, le demandeur avait allégué qu'il n'aurait pas dû être expulsé car, parmi d'autres raisons, il n'était pas d'origine ethnique géorgienne, malgré sa nationalité géorgienne<sup>30</sup>.

La politique de discrimination ressort en outre à l'évidence de diverses circulaires et instructions (par exemple des décisions d'expulsion dirigées spécifiquement contre des citoyens géorgiens, les lettres envoyées aux écoles demandant des informations sur les enfants géorgiens et sur leurs parents (paragraphe 31, 36, 140-144 de l'arrêt)) émises par les autorités sur un court intervalle de temps dans différentes régions de l'État défendeur. Les personnes expulsées faisaient l'objet d'un profilage ethnique, étaient fouillées, arrêtées et appréhendées dans la rue, sur leur lieu de travail, à leur domicile, dans les écoles et sur les parvis des églises, essentiellement en raison de leur apparence/appartenance perçue à un groupe ethnique particulier, sans même que l'on vérifie les documents pertinents, avant toute reconnaissance formelle de leur nationalité géorgienne (voir, par comparaison, *Timichev*, précité, dans laquelle la liberté de circulation d'un requérant d'origine tchéchène avait été restreinte en raison de son origine ethnique et où l'absence des informations pertinentes dans les documents d'identité n'avait posé aucun problème).

Il serait difficile de décrire tous les aspects discriminatoires de la campagne ciblant les Géorgiens, dont est imprégné l'ensemble de l'arrêt, en raison de leur portée et de leur échelle. Il est de plus en plus clair que les arrestations, détentions et expulsions collectives de Géorgiens de la Fédération de Russie étaient motivées par l'origine ethnique et nationale des intéressés. Toutefois, aucune différence de traitement fondée exclusivement ou de manière

29. Déposition du témoin n° 2, transcription de la déposition orale donnée par les témoins devant une délégation de juges de la Grande Chambre du 31 janvier au 4 février 2011 (ci-après « les transcriptions »), pp. 35, 37.

30. Voir les documents soumis par le gouvernement défendeur le 16 mars 2009 en vue de l'audience sur la recevabilité de la requête, pp. 199-200 (en russe); une traduction anglaise du même document a été fournie le 6 avril 2009, pp. 215-216.

déterminante sur l'origine ethnique d'un individu ne peut passer pour objectivement justifiée, même dans le cadre de la lutte contre l'immigration illégale (voir, *mutatis mutandis*, *Timichev*, précité, § 58, et *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, § 176, CEDH 2007-IV).

Les circonstances entourant la politique coordonnée d'arrestation, de détention et d'expulsion de Géorgiens dans l'État défendeur entre octobre 2006 et janvier 2007 aurait dû conduire la Cour à constater l'existence d'une pratique administrative contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 4 du Protocole n° 4 et avec l'article 5 §§ 1 et 4 de la Convention, étant donné que les Géorgiens, ciblés en tant que groupe, ont été délibérément privés de la protection du système juridique russe et ont fait l'objet d'une *discrimination raciale*, contrairement à d'autres ressortissants étrangers dans la même situation à l'époque des faits.

### **III. Sur la violation de l'article 3 de la Convention, lu isolément, à raison de la gravité du traitement discriminatoire subi par les Géorgiens**

En l'espèce, la Cour aurait dû également examiner l'allégation de l'État requérant concernant la nature discriminatoire des arrestations, détentions et expulsions des Géorgiens sous l'angle de l'article 3 de la Convention, puisque dans certaines circonstances la discrimination peut être tellement grave qu'elle constitue en soi un traitement dégradant au sens de l'article 3. Dans l'affaire des *Asiatiques d'Afrique orientale*, la Commission a estimé qu'«une importance particulière devait être attachée à la discrimination fondée sur la race et que le fait d'imposer publiquement à un groupe de personnes un régime particulier fondé sur la race pouvait, dans certaines circonstances, constituer une forme spéciale d'atteinte à la dignité humaine. Le régime particulier imposé à un groupe de personnes pour des motifs raciaux pourrait constituer un traitement dégradant là où une distinction fondée sur un autre élément ne soulèverait pas de question de ce genre» (*Asiatiques d'Afrique orientale c. Royaume-Uni*, nos 4403/70-4419/70, 4422/70, 4423/70, 4434/70, 4443/70, 4476/70-4478/70, 4486/70, 4501/70 et 4526/70-4530/70 (requêtes jointes), rapport de la Commission du 14 décembre 1973, Décisions et rapports 78-B, p. 62).

Dans sa jurisprudence, la Cour/Commission a examiné le facteur ethnique/racial en liaison avec une violation de l'article 3, relevant qu'en vertu de cette disposition «le pouvoir discrétionnaire en matière d'immigration d'un État n'est pas sans limites, un État ne pouvant pas mettre en œuvre des politiques de nature purement raciste consistant par exemple à interdire l'entrée de toute personne ayant une couleur de peau particulière» (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 84, série A n° 94). De plus, la Cour a établi que le traitement appliqué

par un État à un groupe particulier de personnes pour l'unique raison que ces personnes appartenaient à la communauté spécifique en question s'analysait en une discrimination fondée sur l'origine ethnique, la race et la religion (*Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, § 309, CEDH 2001-IV). Elle a en outre considéré que des conditions de vie déplorables imposées sur une longue période en conséquence d'un traitement discriminatoire avaient causé aux intéressés des souffrances psychologiques considérables et, partant, avaient porté atteinte à leur dignité humaine et suscité chez eux des sentiments d'humiliation et d'avilissement (*Moldovan et autres c. Roumanie* (n° 2), n°s 41138/98 et 64320/01, §§110-111, CEDH 2005-VII). En outre, le fait d'opérer une ségrégation au détriment des enfants roms dans des établissements d'éducation sur la base de leur origine ethnique crée, de l'avis de la Cour, une présomption réfragable de discrimination qui peut en soi constituer un traitement dégradant (*Horváth et Vadászi c. Hongrie* (déc.), n° 2351/06, 9 novembre 2010). Le critère appliqué dans l'affaire des *Asiatiques d'Afrique orientale* a été très récemment réaffirmé dans l'affaire *Abdu c. Bulgarie* (n° 26827/08, § 38, 11 mars 2014).

En l'espèce, la Cour aurait dû attacher une importance spéciale à l'existence d'une pratique administrative dans l'État défendeur vis-à-vis des Géorgiens du point de vue de la discrimination au regard de l'article 3. La Cour a établi que, parmi d'autres raisons, le climat d'intimidation à l'époque des faits (paragraphe 154 de l'arrêt) et le facteur psychologique (paragraphe 156 de l'arrêt) constituaient des circonstances pesant sur la capacité des Géorgiens à épuiser les voies de recours internes dans l'État défendeur. Il est souligné dans l'arrêt que de nombreux Géorgiens détenus étaient tellement angoissés à l'idée de rester plus longtemps en détention et avaient tellement hâte de retourner en Géorgie qu'ils auraient signé « n'importe quoi » (paragraphe 48).

La Cour aurait dû examiner soigneusement les éléments démontrant que l'arrestation de Géorgiens, leur placement dans des centres de détention, le refus de les laisser repartir volontairement en Géorgie, leur expulsion ultérieure et les actes de harcèlement et d'humiliation pendant le transport constituaient une politique délibérée de l'État défendeur. De nombreux Géorgiens ont été contraints de passer par l'ensemble de ce cycle. Les déclarations des témoins et les constatations des organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales indiquent sans équivoque que les personnes arrêtées subissaient des conditions déplorables, qui allaient au-delà de la situation déjà notoirement critique qui règne dans les établissements de détention de l'État défendeur. Dans sa déposition, le témoin n° 1, décrivant le traitement qu'il avait subi dans l'établissement de détention, a déclaré : « [l]orsque nous demandions de l'eau parce que nous

voulaient boire, ils nous disaient « il y a de l'eau dans les toilettes, tu n'as qu'à la boire » (...), ils faisaient tout pour nous priver de notre dignité<sup>31</sup> ».

Les policiers et les juges humiliaient systématiquement les Géorgiens en raison des origines de ceux-ci. Par exemple, le témoin n° 1 se rappelle le traitement qu'il a subi devant un tribunal : « J'ai souligné que j'étais prête à retourner en Géorgie à mes propres frais et par mes propres moyens, et on m'a dit « non, tu vas être renvoyée en Géorgie, comme une prisonnière, une détenue. Et si tu as des problèmes avec ça, va te plaindre à ton président Saakachvili<sup>32</sup> » ; le témoin n° 7 s'est ainsi exprimé : « On nous répétait constamment : ne dites rien, ne faites rien, vous êtes Géorgiens<sup>33</sup> ». Ceux qui attendaient leur expulsion dans les aéroports de Moscou étaient exposés au public d'une manière humiliante et on les faisait courir à travers des corridors humains composés d'officiers des forces spéciales de police russes (OMON), avec les mains dans le dos (paragraphe 57). Aux dires du témoin n° 3, à la suite de leur arrivée à l'aéroport de Domodedovo, les officiers formaient un « (...) corridor (...). On nous a dit de mettre nos mains sur la tête et de courir, et ceux qui ne couraient pas, qui marchaient lentement, étaient même frappés par les officiers qui leur disaient d'aller plus vite<sup>34</sup>. »

La Cour considère pareils comportements et attitudes de fonctionnaires ou de juges comme un facteur aggravant dans le cadre de l'examen des griefs d'un requérant concernant des actes discriminatoires au regard de l'article 3 de la Convention (*Moldovan et autres* (n° 2), précité, §§ 110-111). Et comment donc qualifier le comportement ci-dessus décrit des fonctionnaires sinon en un acte de discrimination s'analysant en un traitement dégradant au regard de l'article 3 de la Convention ?

La personnalité des Géorgiens a donc été méprisée pendant l'ensemble du processus, depuis le profilage ethnique illégal jusqu'à l'expulsion des intéressés, en passant par les méthodes utilisées qui leur ont occasionné des souffrances morales considérables, ont bafoué leur dignité et ont provoqué chez eux des sentiments d'humiliation et de rabaissement (voir, par contraste, *Sejdić et Finci*, précité, § 58). Cela explique pourquoi le traumatisme vécu par les victimes était toujours visible plus de cinq ans après les événements, pendant l'audition des témoins à Strasbourg.

Il n'est pas contesté que les obligations de l'État en vertu de l'article 3 comprennent le devoir non seulement d'interdire certaines inconduites mais aussi de rechercher s'il existe un lien entre des attitudes racistes et un acte de violence s'agissant de réfuter une présomption de discrimination

31. Déposition du témoin n° 1, transcription, p. 20.

32. Déposition du témoin n° 1, transcription, p. 22.

33. Déposition du témoin n° 7, transcription, p. 112.

34. Déposition du témoin n° 3, transcription, p. 57.

(*Abdu*, précité, et *B.S. c. Espagne*, n° 47159/08, §§ 58-60, 24 juillet 2012)<sup>35</sup>. Toutefois, l'État défendeur n'a entrepris aucune enquête effective sur ces allégations particulières. La seule enquête conduite par les autorités compétentes concernant les questions envoyées à diverses écoles aux fins d'identifier des élèves géorgiens était de la poudre aux yeux, comme l'illustre l'imposition d'amendes purement nominales (paragraphe 37 et 145 de l'arrêt). Ceci, parmi d'autres éléments, a permis à la Cour de conclure que « les éléments soumis par le gouvernement défendeur (...) ne sont pas de nature à réfuter les allégations de « tolérance officielle » de ces actes illégaux par les autorités russes » (paragraphe 146 de l'arrêt). Cette situation est encore plus grave à la lumière du fait que l'impunité pour les crimes de haine contre des membres des minorités ethniques, religieuses et nationales constitue un problème particulièrement aigu dans l'État défendeur<sup>36</sup>.

Eu égard aux éléments susmentionnés, il est évident qu'à l'époque des faits les Géorgiens – en tant que victimes de discrimination raciale – étaient les cibles publiquement désignées d'une différence de traitement qui visait, notamment, à leur causer des sentiments d'humiliation et de rabaissement, ce qui constitue une pratique administrative s'analysant en un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention.

#### **IV. Sur la violation de l'article 3 de la Convention à raison des conditions de l'expulsion**

La prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants est absolue, quelles que soient les circonstances. Un traitement inhumain est notamment l'infliction délibérée de vives souffrances physiques ou mentales. Lorsqu'on examine les allégations de violation de l'article 3, il y a lieu de tenir compte des effets cumulatifs des conditions de détention ainsi que des allégations spécifiques du requérant (voir, *mutatis mutandis*, *Idalov c. Russie* [GC], n° 5826/03, § 94, 22 mai 2012).

La Cour n'a jamais été saisie d'une requête concernant les conditions de transport pendant une expulsion; elle a cependant déjà constaté une violation de l'article 3 dans des affaires portant sur de mauvaises conditions de transport de détenus réguliers (voir, parmi d'autres, *Khoudoyorov*

35. James A. Goldston, « Race Discrimination in Europe: Problems and Prospects » EHRLR, numéro 5, Sweet & Maxwell LDT, 1999, pp. 463-483.

36. Troisième rapport de l'ECRI sur la Fédération de Russie, §§ 50 et 54; quatrième rapport de l'ECRI sur la Fédération de Russie, §§ 80-81; Human Rights First, « Violent Hate Crime in the Russian Federation » p. 2, disponible à l'adresse suivante: [www.humanrightsfirst.org/wp-content/uploads/pdf/080908-FD-individual-upr-russian-fed.pdf](http://www.humanrightsfirst.org/wp-content/uploads/pdf/080908-FD-individual-upr-russian-fed.pdf), accès le 24.02.2014; Amnesty International: « Russian Federation. Violent Racism Out of Control », EUR 46/022/2006, 3 mai 2006, disponible à l'adresse suivante: [www.amnesty.org/en/library/asset/EUR46/022/2006/en/35a59479-d432-11dd-8743-d305bea2b2c7/eur460222006en.html#0.3.3.2.Citizenship%20issues|outline](http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR46/022/2006/en/35a59479-d432-11dd-8743-d305bea2b2c7/eur460222006en.html#0.3.3.2.Citizenship%20issues|outline), accès le 14.05.2013.

*c. Russie*, n° 6847/02, §§ 116-120, CEDH 2005-X, et *Yakovenko c. Ukraine*, n° 15825/06, § 113, 25 octobre 2007). Dans l'affaire *Pantea c. Roumanie* (n° 33343/96, §§ 186-187, 3 juin 2003), la Cour a déclaré que les conditions de transport peuvent constituer un problème indépendant ou aggravant et, combinées à d'autres aspects, peuvent conduire à une violation de l'article 3 de la Convention. Elle aurait dû saisir l'occasion, comme elle le fait habituellement, de développer sa jurisprudence relativement aux conditions de transport pendant les procédures d'expulsion au regard de l'article 3, étant donné particulièrement que les instruments internationaux et régionaux en matière de droits de l'homme ne prévoient pas de réglementation détaillée concernant les méthodes d'expulsion des étrangers, pareilles affaires relevant des dispositions générales découlant des obligations internationales des États<sup>37</sup>.

Le Comité européen pour la prévention de la torture et des traitements ou peines inhumains ou dégradants (CPT) a produit des directives spéciales sur les procédures d'éloignement par voie aérienne. Lorsqu'il apprécie la compatibilité du processus avec les normes européennes pertinentes, le CPT se penche sur toute la période allant de la détention à l'expulsion, relevant que « les opérations d'éloignement d'étrangers par la voie aérienne présentent un risque manifeste de traitement inhumain et dégradant. Ce risque couvre aussi bien la phase préparatoire à l'éloignement que la phase du vol proprement dit<sup>38</sup> ». L'Assemblée parlementaire a également exprimé sa préoccupation en ce qui concerne la protection de la sécurité et de la dignité des personnes durant les processus d'expulsion<sup>39</sup>. De plus, le Comité des Ministres, dans ses principes directeurs sur le retour forcé, a souligné la nécessité de garantir qu'un étranger est « apte à prendre l'avion », surtout dans les cas d'éloignement par voie aérienne<sup>40</sup>.

Selon le Comité des droits de l'homme des Nations unies, les États sont tenus de garantir que l'expulsion n'enfreint pas les droits et la dignité des personnes expulsées, particulièrement si l'on touche à des dispositions telles que le respect du droit à la vie et l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants<sup>41</sup>. L'exigence de mettre en œuvre

37. Catherine Phuong, « Minimum Standards for Return Procedures and International Human Rights Law », *European Journal of Migration and Law* 9 (2007), p. 120; Walter Kälin, « Aliens, Expulsion and Deportation », 2013, Institut Max-Planck de droit public comparé et de droit international, Heidelberg et Oxford University Press, dictionnaire en ligne de l'Institut Max-Planck, dans sa version d'octobre 2010, § 21.

38. « Éloignement des étrangers par la voie aérienne », extrait du treizième rapport général sur les activités du CPT, CPT/Inf (2003) 35, 10 septembre 2003, §§ 28, 31.

39. Recommandation 1547 (2002) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité ».

40. Comité des Ministres du Conseil de l'Europe: « Vingt principes directeurs sur le retour forcé », 4 mai 2005, principe 16.

41. Comité des droits de l'homme des Nations unies, Examen des rapports présentés par les États

l'expulsion en ayant dûment égard aux droits de l'homme et à la dignité des étrangers a été exprimée également par le HCR, qui a déploré les pratiques en matière de renvoi mettant en danger la sécurité physique, et qui a réitéré « qu'indépendamment du statut des personnes concernées, les retours doivent s'effectuer de façon humaine et digne, dans le strict respect de leurs droits humains et sans recourir par trop à la force<sup>42</sup> ».

Il existe un consensus parmi les experts en droit de l'immigration pour dire que l'expulsion doit être menée conformément aux normes générales du droit international sur le traitement des étrangers, en ayant dûment égard à la dignité et aux droits de l'homme les plus fondamentaux<sup>43</sup>, et ne doit pas être mise en œuvre « à tout prix »<sup>44</sup>. Il est particulièrement important de garantir que les conditions entourant l'expulsion soient humaines, que l'expulsion soit bien préparée et coordonnée, qu'aucune lésion physique ne soit causée aux personnes expulsées et que celles-ci se voient accorder suffisamment de temps pour préparer leur départ. Des précautions adéquates doivent être prises pour garantir que l'expulsion ne cause pas des difficultés additionnelles et inutiles<sup>45</sup>.

Dans les circonstances particulières de l'affaire, la Cour aurait dû examiner toute la période, de la détention jusqu'à l'expulsion, à la lumière de l'article 3 comme s'il s'agissait d'une « situation continue » (voir, *mutatis mutandis*, parmi d'autres, *Ananyev et autres c. Russie*, n<sup>os</sup> 42525/07 et 60800/08, § 75, 10 janvier 2012, *Lutokhin c. Russie*, n<sup>o</sup> 12008/03, §§ 40-42, 8 avril 2010, *Seleznev c. Russie*, n<sup>o</sup> 15591/03, § 36, 26 juin 2008, et *Gouliyev c. Russie*, n<sup>o</sup> 24650/02, § 33, 19 juin 2008). Il ressort des déclarations des témoins et des rapports des organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales que cette disposition a été enfreinte du fait des conditions au sein des établissements de détention (que la Cour a, à juste titre, jugées contraires à l'article 3, paragraphe 205 de l'arrêt) ainsi que des conditions de transport des personnes expulsées depuis les centres de détention jusqu'aux aéroports et durant le processus de renvoi par voie aérienne (paragraphe 57, 72-74 de l'arrêt (...)).

Tout en admettant que, lorsque les conditions de détention sont en litige, il n'est pas nécessaire d'établir la véracité de chacun des points

---

parties en vertu de l'article 40 du Pacte, observations finales du Comité des droits de l'homme, Suisse, UN doc CCPR/CO/73/CH, 12 novembre 2001, § 3, Comité des droits de l'homme des Nations unies, Examen des rapports présentés par les États parties en vertu de l'article 40 du Pacte, observations finales du Comité des droits de l'homme, Belgique, CCPR/C/79/Add.99, 19 novembre 1998, § 15.

42. Conclusions du Comité exécutif sur la protection internationale, Conclusion n<sup>o</sup> 85 (XLIX), 9 octobre 1998, lit. bb.

43. Guy S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 155.

44. « Vingt principes directeurs sur le retour forcé », précité, principe 17.

45. Jean-Marie Henckaerts, *op. cit.*, pp. 40-41.

controversés ou contentieux dès lors qu'il y a eu violation de l'article 3 sur la base d'une allégation sérieuse que le gouvernement défendeur ne réfute pas (paragraphe 194 de l'arrêt), j'estime que pareille approche ne peut cependant pas corriger un traitement inhumain infligé aux personnes expulsées en dehors des lieux de détention eux-mêmes. Lorsque sont formulées des allégations spécifiques de violation de l'article 3 (voir, par comparaison, *mutatis mutandis*, *Idalov*, précité, § 94) qui vont bien au-delà des problèmes, connus depuis longtemps, découlant des conditions de détention dans l'État défendeur, la protection de la Convention devrait s'étendre aux lieux de détention et ne pas cesser en dehors de ces lieux.

La majorité des Géorgiens ont été arrêtés et détenus à Moscou et à Saint-Petersbourg – deux villes où les taux de congestion carcérale sont les plus élevés – et ont été expulsés depuis les aéroports moscovites. Le transport depuis les centres de détention jusqu'aux aéroports a pris un temps excessivement long – quelquefois de neuf à douze heures. Ces faits ne peuvent pas être ignorés, particulièrement lorsqu'on les examine conjointement avec les conditions et le traitement subis par les personnes expulsées tout d'abord dans les établissements de détention puis dans les bus/camionnettes. En particulier, les conditions de transport difficiles sont devenues un outil pour les autorités compétentes visant à infliger une humiliation excessive aux personnes renvoyées. Des témoins ont relevé que les bus qui les transportaient à l'aéroport étaient très sales; ils n'étaient pas ventilés, les personnes transportées n'avaient pas accès aux toilettes; dans certains cas, des chocs électriques leur ont été appliqués; et des policiers leur extorquaient de l'argent pour divers besoins (...) Par exemple, le témoin n° 4 indique que «les camionnettes roulaient lentement, et chaque fois que nous voulions fumer une cigarette ou aller aux toilettes, nous devons payer pour ça<sup>46</sup>». De nombreux témoins ont souligné que pendant le long voyage jusqu'aux aéroports ils n'étaient pas autorisés à ouvrir les fenêtres, ce qui aurait provoqué le décès d'un ressortissant géorgien, M. Tengiz Togonidze, qui souffrait d'asthme aggravé. Ce monsieur était détenu au centre de détention de Saint-Petersbourg pour les ressortissants étrangers et est mort pendant le transport, immédiatement après être descendu du bus à la suite d'un long voyage jusqu'à l'aéroport de Moscou (paragraphe 72 de l'arrêt). Deux autres Géorgiens sont morts dans des centres de détention en raison du manque d'assistance médicale.

La Cour aurait dû également attacher une importance particulière au fait que, selon les déclarations de témoins, entre trois et cinq policiers de l'OMON étaient présents sur chaque moyen de transport, que ce soit

---

46. Déposition du témoin n° 4, transcription, p. 65.

par bus ou par camionnette (...) Or, selon la législation russe, l'OMON intervient dans des affaires concernant la sécurité, y compris des troubles de grande envergure. Ces officiers suivent un entraînement spécial et sont plus lourdement armés que les policiers ordinaires. La présence de ces officiers dans les bus/camionnettes représentait un élément ayant ajouté à la détresse émotionnelle et psychologique chez les personnes expulsées et n'était clairement pas dictée par la nécessité. Les déclarations des témoins indiquent également que les autorités russes ont traité les personnes expulsées comme des criminels. Pareille approche est contraire aux procédures d'expulsion internationalement admises, selon lesquelles l'État procédant à l'expulsion doit « garantir que les personnes expulsées ne soient pas considérées comme des criminels<sup>47</sup> ».

La Cour aurait dû également examiner les conditions subies par les ressortissants géorgiens dans l'avion-cargo du ministère des situations d'urgence (Il-76) qui a été utilisé pour renvoyer jusqu'à 150 passagers le 6 octobre 2006. Les témoins et les organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales donnent des descriptions concordantes selon lesquelles les conditions de vol dans cet avion étaient particulièrement alarmantes (paragraphe 57, 72, 74 de l'arrêt). Le témoin n° 5 décrit les conditions de vol de la façon suivante: « [N]ous étions serrés comme des sardines, je n'aurais jamais pensé qu'on puisse faire tenir autant de personnes dans un avion... Je ne pensais pas rentrer chez moi vivant et je crois que c'était un sentiment général<sup>48</sup> ». Des conditions insupportables dans cet avion ont été évaluées par l'APCE au paragraphe 57 de son rapport dans les termes suivants: « [le transport par avion-cargo] était contraire aux normes établies par l'Aviation civile internationale étant donné que pareil transport met en danger la vie des personnes ». Bien que les États puissent choisir les moyens de transport pour les expulsions, ils ont l'obligation de garantir des conditions adéquates pour que la vie, la santé et la dignité des personnes renvoyées soient respectées.

Eu égard au caractère absolu de l'article 3, qui consacre les valeurs fondamentales d'une société démocratique, ses exigences devraient être respectées à chaque phase de l'expulsion. Sur la base des éléments susmentionnés, la question se pose de savoir s'il était acceptable que la Cour examine une violation de l'article 3 exclusivement en ce qui concerne les conditions de détention et sans apprécier une « situation continue », y compris les conditions de transport et la méthode d'expulsion des Géorgiens,

47. Recommandation 1547 (2002) de l'Assemblée parlementaire, précitée, § h (vii); voir également François Crépeau, « Migrants Rights are Human Rights », Bulletin Interights, vol. 17, n° 1, 2012, p. 4.

48. Déposition du témoin n° 5, transcription, p. 89.

notamment à la lumière de la situation particulièrement vulnérable dans laquelle ces personnes se sont retrouvées.

Dans les circonstances particulières de l'espèce, la Cour aurait dû constater que les conditions d'expulsion avaient également causé aux Géorgiens une souffrance indéniable qui aurait dû être considérée comme un traitement inhumain et dégradant s'analysant en une pratique administrative contraire à l'article 3 de la Convention. Il s'ensuit également qu'il y a eu violation de l'article 13 combiné avec l'article 3 relativement à ces conditions d'expulsion.

## V. Sur la violation de l'article 1 du Protocole n° 7 à la Convention

La présente affaire révèle qu'il peut y avoir des situations où les étrangers ne sont pas des « résidents légaux » au regard de l'article 1 du Protocole n° 7 uniquement ou essentiellement en raison de problèmes législatifs, structurels ou autres dans l'État de renvoi. En pareilles circonstances, ces personnes devraient être considérées comme étant des étrangers *de facto* résidents légaux et donc bénéficier pleinement des garanties de l'article 1 du Protocole n° 7<sup>49</sup>. Dans les années récentes, on observe dans le droit européen et international une tendance marquée vers des réglementations fondées sur les droits de l'homme en Europe<sup>50</sup> dans le domaine de l'immigration et l'extension du principe des garanties procédurales (minimales) aux étrangers « illégaux »<sup>51</sup>.

Tout en souscrivant à l'argument selon lequel les États ont le droit souverain d'établir leurs politiques d'immigration (paragraphe 177 de l'arrêt), j'estime que la souveraineté devrait être non pas une notion négative incitant les États à se barricader contre un processus de contrôle et d'intervention internationaux, mais plutôt un concept positif impliquant une responsabilité en matière de protection et de bien-être général des personnes se trouvant sous la juridiction de l'État concerné<sup>52</sup>. Dans le cadre

49. Pour un regard critique sur l'article 1 du Protocole n° 7 et la nécessité d'être flexible dans l'application de cette disposition, voir Jean-Marie Henkaerts, *op. cit.*, pp. 37-39.

50. Albert Kraler, « Fixing, Adjusting, Regulating, Protecting Human Rights – The Shifting Uses of Regularizations on the European Union », *European Journal of Migration and Law* 13, numéro 3, 2011, p. 303.

51. « Vingt principes directeurs sur le retour forcé », précité, principe 2; rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-deuxième session, 1<sup>er</sup> mai-9 juin et 10 juillet-18 août 2000, « Plans d'étude des sujets qu'il est recommandé d'inscrire au programme de travail à long terme de la Commission chapitre 4: L'expulsion des étrangers » (Emmanuel A. Addo), pp. 142-143; Sean D. Murphy, « L'expulsion des étrangers et autres sujets », soixante-quatrième session de la Commission du droit international, George Washington School of Law Faculty, publications & autres travaux, 2013, pp. 4-7, disponible à l'adresse suivante : [scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1910&context=faculty\\_publications](http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1910&context=faculty_publications), accès le 22.02.2014; « Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers », article 1 § 1. Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quatrième session, A/CN.4/L.797.

52. Francis Madding Deng, « The Global Challenge of Internal Displacement », *Journal of Law &*

d'une appréciation des défis modernes du contrôle de l'immigration et les critères établis par la Convention, le problème en jeu tient à la mise en œuvre d'un pouvoir discrétionnaire de l'État, qui par nature ne peut être illimité, étant donné que tout abus de pouvoir peut conduire à une violation de la Convention et du droit international général (voir, parmi d'autres, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 73, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, et *Ahmed c. Autriche*, 17 décembre 1996, § 38, *Recueil* 1996-VI). Ce pouvoir doit être exercé de sorte à ne pas porter atteinte aux droits garantis à l'intéressé par la Convention, et la personne concernée ne peut être expulsée qu'« en exécution d'une décision prise conformément à la loi » et sous réserve de l'exercice de certaines garanties procédurales (*Nolan et K. c. Russie*, n° 2512/04, § 114, 12 février 2009).

Selon la jurisprudence de la Cour, la notion d'expulsion au sens de l'article 1 du Protocole n° 7 à la Convention, qui fournit une protection aux étrangers résidant légalement dans un État contractant, est une notion autonome. La Cour s'est montrée flexible dans l'application de l'article 1 du Protocole n° 7 même lorsque le requérant ne se trouvait pas en situation formellement légale (voir, par exemple, *Nolan et K.*, précité, § 111).

En l'espèce, la majorité a estimé qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 1 du Protocole n° 7 car tous les Géorgiens arrêtés et expulsés de l'État défendeur étaient des résidents illégaux (paragraphes 229 et 231 de l'arrêt). Je ne peux souscrire à cette conclusion qui n'est étayée par aucun des éléments de preuve disponibles et qui est même contredite par le propre constat de la Cour au paragraphe 42 de l'arrêt, ainsi que je l'explique ci-dessous. Si certaines des personnes expulsées étaient bien présentes illégalement sur le territoire de l'État défendeur, cette circonstance n'aurait pas dû conduire la Cour à formuler une affirmation aussi absolue. Cette considération trouve également une résonance dans la position de l'État défendeur, qui ne dit pas qu'il y a eu des exceptions lorsque des ressortissants géorgiens séjournant illégalement sur le territoire russe ont été expulsés (paragraphe 227 de l'arrêt). L'expulsion de Géorgiens légalement présents dans l'État défendeur est également corroborée par les organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales (paragraphes 65 et 172 de l'arrêt).

---

Policy, vol. 5, 2001, p. 144, cité dans Satvinder S. Juss, *International Migration and Global Justice* (Law and Migration), Ashgate Publishing Company, 2006, p. 48; voir également Satvinder S. Juss « Free movement and the World Order », *International Journal of Refugee Law*, vol. 16, n° 3. Oxford University Press 2004, pp. 289-335, Troisième rapport sur l'expulsion des étrangers, par M. Maurice Kamto, Rapporteur spécial A/CN.4/581, Commission du droit international, cinquante-neuvième session, Genève, 7 mai-8 juin et 9 juillet-10 août 2007, pp. 8-10.

De plus, il convient de relever qu'en raison des particularités des requêtes interétatiques, la Cour n'a jamais été obligée ni a été techniquement capable d'établir la situation légale de chacune des personnes expulsées (paragraphe 128). La Cour avait eu des difficultés pour définir la situation légale de sept témoins interrogés pendant l'audition des témoins, soulignant que «leur situation juridique en Fédération de Russie paraît souvent confuse» et est parvenue à la conclusion que «une majorité d'entre eux [*mais pas tous*] était formellement en situation irrégulière en Fédération de Russie» (paragraphe 42 de l'arrêt). À la lumière de tous les éléments susmentionnés, et sans analyser de manière approfondie les principaux aspects et les raisons liés à la situation légale des personnes expulsées, la conclusion générale concernant la nature illégale de la présence des Géorgiens sur le territoire de l'État défendeur n'est pas exacte.

La législation et les pratiques de la Russie en matière d'immigration rendent impossible pour la plupart des immigrants de «légaliser» leur présence sur le territoire de l'État défendeur. Ce problème a également affecté la situation des Géorgiens expulsés. La Cour prend note de l'appréciation des organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales qui jugent la législation et la pratique russe en matière d'immigration «complexes» et estiment que celles-ci fragilisent les migrants (paragraphe 76 de l'arrêt). Si la «complexité» est une caractéristique courante dans un domaine aussi ample et compliqué que la politique d'immigration, en l'espèce les problèmes structurels provoqués par la corruption, la discrimination, la xénophobie, la mauvaise gestion et l'arbitraire sont au cœur même de cette «complexité» et augmentent la vulnérabilité des immigrants, comme illustré ci-dessous.

La réforme du système d'enregistrement de la résidence, qui fait partie de la politique générale d'immigration, figurait parmi les obligations de la Fédération de Russie pour adhérer au Conseil de l'Europe, et le pays s'est vu rappeler cette obligation par la suite de manière répétée (*Bolat c. Russie*, n° 14139/03, § 50, CEDH 2006-XI)<sup>53</sup>. Le système d'enregistrement interne,

53. Assemblée parlementaire, Avis n° 193 (1996) relatif à la demande d'adhésion de la Russie au Conseil de l'Europe, § 7 viii; Résolution 1277 (2002) de l'Assemblée parlementaire sur le respect des obligations et engagements de la Fédération de Russie, § 8 xii, Comité des Ministres. Le système de la *propiska* appliqué aux migrants, demandeurs d'asile et réfugiés dans les États membres du Conseil de l'Europe: effets et remèdes, Recommandation 1544 (2001) de l'Assemblée parlementaire (réponse adoptée par le Comité des Ministres du 27 février 2003 à la 829<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres, CM/AS(2003)Rec1544 final, 28 février 2003, Résolution CM/ResCMN(2007)7 sur la mise en œuvre de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales par la Fédération de Russie; Directives sur le traitement des personnes d'origine tchétchène déplacées de manière interne, Demandeurs d'asile et réfugiés en Europe, Conseil européen sur les réfugiés et exilés, PP1/03/2007/EXT/CR, disponible à l'adresse suivante: [www.unhcr.org/refworld/pdfid/4603bb602.pdf](http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4603bb602.pdf).

connu sous l'appellation de *propiska*, est l'une des sources des problèmes. De plus, un grand nombre de citoyens de l'ex-Union soviétique (dont la Russie est le successeur), bien que vivant depuis longtemps ou de manière permanente en Russie, ont été considérés comme des immigrants illégaux depuis l'entrée en vigueur des lois fédérales de 2002 sur 1) la citoyenneté et 2) la situation juridique des ressortissants étrangers. Des problèmes systémiques sont liés à une bureaucratie hypertrophiée s'agissant d'obtenir des permis d'enregistrement et de travail, aux inspections du travail régulières, aux refus arbitraires ou aux exigences additionnelles illégales imposées par la police ainsi que des préoccupations concernant l'utilisation de l'enregistrement de la résidence comme moyen de discrimination contre certains groupes ethniques et l'existence d'un mécanisme d'extorsion ont été exprimées par de nombreux organes internationaux<sup>54</sup>. Le rapport de l'APCE (paragraphe 54 de l'arrêt) conclut que, sans aucun doute, le problème lié au grand nombre de Géorgiens qui vivaient illégalement en Russie à l'époque des faits s'explique par « un problème structurel des politiques d'immigration de la Russie ».

La complexité du processus d'immigration et la difficulté de communiquer avec le service fédéral des migrations – l'entité officiellement en charge des questions d'enregistrement – étaient telles que les migrants, y compris les Géorgiens, demandaient constamment de l'aide à de nombreuses agences privées opérant sur tout le territoire de l'État défendeur, certaines apparemment de manière illégale (paragraphe 42 de l'arrêt)<sup>55</sup>. Les autorités russes n'ont pas été en mesure de fournir le moindre exemple où ils ont demandé à ces sociétés de répondre de leurs actes illégaux (paragraphe 44 de l'arrêt). Dans ces conditions, il est manifeste que les Géorgiens, de bonne foi, pouvaient légitimement attendre que leurs enregistrements soient menés conformément à la loi en vigueur et n'ont jamais mis en cause la légalité des services fournis par ces agences (voir, *mutatis mutandis*, *Lelas c. Croatie*, n° 55555/08, § 74, 20 mai 2010), aussi longtemps que leurs documents d'enregistrement, pendant des années, n'ont été la cause d'aucun

54. Voir, parmi d'autres, les Observations finales du Comité pour l'élimination de toutes formes de discrimination sur la Fédération de Russie, 2003, précitées, §§ 13-14; voir également le rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et d'intolérance qui y est associée, §§ 39-40, 74, 76; ECRI, troisième rapport, précité, pp. 16, 19, 37-40; ECRI, quatrième rapport, précité, pp. 10-11, 20-21, 32-33; Rapport de Human Rights Watch, « Singled Out », précité, p. 26.

55. Andrei Yakimov, « Legal Lawlessness », Bulletin n° 30, 16 mai 2011, The Anti-discrimination Center « Memorial », disponible à l'adresse suivante: [adcmemorial.org/www/218.html?lang=en](http://adcmemorial.org/www/218.html?lang=en), accès le 28.05.2012; « Tajikistan: Exporting the Workforce – At What Price? Tajik Migrant Workers Need Increased Protection », conclusions préliminaires de la mission d'investigation de la FIDH, mai 2011, disponible à l'adresse suivante: [www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/ngos/FIDH\\_Tajikistan15.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/ngos/FIDH_Tajikistan15.pdf), accès le 22.05.2012.

problème grave (le paiement d'une somme d'argent – paragraphe 42 de l'arrêt –, qui en fait s'apparentait à un pot-de-vin, n'était pas une indication que ce document était frauduleux).

Divers aspects des lacunes relatives à la législation et à la pratique de la Russie en matière migratoire, tels que la création d'obstacles artificiels pour accorder ou proroger les enregistrements (*Bolat*, précité), les problèmes associés à la situation des citoyens de l'ex-URSS (*Tatichvili c. Russie*, n° 1509/02, CEDH 2007-I), la pratique de l'annulation arbitraire des visas (*Nolan et K.*, précité) et l'application discriminatoire des procédures internes (*Timichev*, précité) ont été examinés par la Cour, qui les a jugés contraires à la Convention.

La manière dont les procédures d'expulsion concernant les Géorgiens étaient menées à l'époque des faits n'a pas permis à la Cour de se livrer à une appréciation raisonnable et objective de chaque cas individuel de nature à aboutir à un constat de violation de l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention (paragraphe 175 et 178). Cet élément, parmi d'autres, implique que l'examen par les tribunaux internes de ces affaires a exclu toute décision sur la situation individuelle des personnes expulsées (particulièrement en l'absence de données pertinentes), que l'affaire impliquât des citoyens de l'ex-URSS, des apatrides ou des réfugiés, ou que les visas et/ou les documents d'enregistrement se révèlent bien être des faux, comme l'ont souvent affirmé les autorités uniquement sur la base d'une inspection visuelle des documents (on a aussi fait état d'exemples de passeports contenant un visa et une carte d'enregistrement ayant été détruits par des représentants des forces de l'ordre). En fait, de nombreuses victimes évoquées dans le dossier sont des réfugiés abkhazes de Géorgie. Il est de notoriété publique que les anciens habitants de l'Abkhazie, qui sont arrivés en Russie à la suite du conflit armé de 1992-1993, ont été très touchés par la campagne de persécutions<sup>56</sup>. L'affaire de Manana Jabelia, une réfugiée géorgienne décédée au centre de détention, parle d'elle-même. L'intéressée fut maintenue en détention en violation de la décision du tribunal municipal de Moscou, qui avait infirmé l'ordonnance d'expulsion dont elle faisait l'objet<sup>57</sup>. De plus, la note d'information du service fédéral des migrations datée du 18 octobre 2006 indique les mesures prises pour renforcer la surveillance de la légalité de la résidence de citoyens géorgiens, y compris « la suspension de l'attribution de certains documents aux citoyens géorgiens (acquisition de la nationalité russe, attestations d'enregistrement, titres de séjour temporaires

56. Svetlana Gannushkina, « Droits de l'homme en Russie », précité, p. 4 ; « On anti-Georgian Campaign Launched on the Territory of Russia », Memorial Human Rights Center, précité, p. 1 ; Rapport de Human Rights Watch, « Singled Out », précité, pp. 63-65 ; rapport de l'APCE, § 62.

57. Rapport de Human Rights Watch, « Singled Out », précité, pp. 55-57.

et permanents)» (paragraphe 31 de l'arrêt). Il s'ensuit que dans la période précédant l'expulsion les autorités, parmi d'autres actions, ont artificiellement provoqué la transformation de nombreux Géorgiens en migrants irréguliers, créant ainsi les conditions préalables à leur éloignement.

La très grande majorité des Géorgiens ont des visas à long terme en cours de validité. Selon les données statistiques, le consulat de la Fédération de Russie en Géorgie a délivré 70 000 visas d'affaires à des Géorgiens en 2004, 90 000 en 2005 et 75 000 dans la première moitié de 2006 (...) alors que les activités commerciales et les échanges d'informations scientifiques entre les deux pays étaient déjà entravés depuis longtemps. Il est reconnu que le système de migration et d'emploi d'étrangers non seulement ne réussit pas à éliminer l'immigration illégale, mais qu'en fait il l'encourage<sup>58</sup>, et que les autorités jouent sur les procédures bureaucratiques<sup>59</sup>. En fait, dans le contexte russe, la possession d'un visa d'affaires valable crée chez son titulaire un sentiment légitime de résidence légale et l'attente d'une tolérance vis-à-vis de sa recherche d'emploi. Les autorités russes avaient conscience, ou auraient dû avoir conscience de cette situation. Dès lors, l'État défendeur devrait répondre de la création et du maintien d'un système qui, d'un côté, autorise les Géorgiens à obtenir des visas d'affaires à long terme et, de l'autre, leur barre pratiquement toute possibilité de séjourner et travailler en toute légalité dans le pays.

Les politiques d'État et l'ambiguïté des règles concernant le statut migratoire et l'expulsion des étrangers ne représentent qu'une partie du système défectueux qui génère intrinsèquement le risque d'être utilisé contre les minorités, «si des conflits politiques devaient naître entre la Russie et le pays d'origine des immigrants<sup>60</sup>». La présente affaire est un exemple de la matérialisation de ce risque, dans lequel le système a été directement dirigé contre les Géorgiens à la lumière d'un encouragement politique et médiatique intensif. Ceci est particulièrement frappant si l'on se rappelle que la vaste majorité des Géorgiens vivaient en Fédération de Russie depuis plusieurs années, étaient fréquemment arrêtés pour des vérifications d'identité mais n'avaient jamais été soumis à des expulsions forcées (paragraphe 42 de l'arrêt).

Le constat de non-violation de l'article 1 du Protocole n° 7 en l'espèce fait que l'État défendeur échappe à toute responsabilité pour ses actions, et donc exclut la garantie qu'une pratique similaire de détournement du système d'enregistrement au mépris des garanties prévues par l'article 1 du Proto-

58. ECRI, quatrième rapport, précité, pp. 32-33.

59. Rapport du Commissaire aux droits de l'homme en Fédération de Russie pour l'année 2007, disponible en russe à l'adresse suivante : [ombudsmanrf.org/doklady](http://ombudsmanrf.org/doklady), pp. 90-91.

60. Rapport de Human Rights Watch, «Singled Out», précité, p. 2.

cole n° 7 à la Convention ne va pas persister. Le risque d'une interprétation restrictive de l'article 1 du Protocole n° 7 a été reconnu par la Cour dans l'affaire *Nolan et K.* (précitée, § 111). Dans cette affaire, la Cour a estimé que l'annulation d'un visa par la police des frontières « [ne saurait] priver le requérant de son statut de résident légal » étant donné que « s'il en allait autrement une décision d'expulsion priverait en soi la personne concernée de la protection de l'article 1 du Protocole n° 7, ce qui signifierait que le domaine d'application des garanties attachées à cette disposition se réduirait à rien ». La menace de priver les étrangers de toute protection procédurale est encore aggravée par la portée spécifique de l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention et par l'inapplicabilité de l'article 6 aux procédures d'immigration (voir, par exemple, *Maaouia c. France* [GC], n° 39652/98, § 40, CEDH 2000-X) qui limite finalement les garanties prévues par l'article 13 de la Convention (*Kurić et autres c. Slovénie*, n° 26828/06, §§ 369-372, 13 juillet 2010, et *Kudła c. Pologne* [GC], n° 30210/96, § 157, CEDH 2000-XI).

L'État défendeur se sert de la législation et des pratiques lacunaires existantes en matière de migration et ne montre aucune volonté politique de résoudre des problèmes de longue date; en même temps, il n'hésite jamais à accorder la citoyenneté, par des procédures simplifiées, aux résidents en provenance des anciennes républiques soviétiques lorsqu'il peut en tirer un avantage politique. À la lumière de cette situation, la Cour aurait dû étendre la protection de l'article 1 du Protocole n° 7 aux étrangers qui n'étaient pas en mesure de régulariser leur séjour dans l'État défendeur en raison des défauts du système de migration. Ne pas le faire revient à priver les plus vulnérables de certaines garanties fondamentales prévues par la Convention. De plus, il convient de garder à l'esprit que, parmi les personnes expulsées, il y avait des Géorgiens qui résidaient de manière parfaitement légale en Fédération de Russie ainsi que des personnes qui sont devenues artificiellement des migrants « illégaux » en conséquence des actions des autorités elles-mêmes.

Eu égard aux facteurs susmentionnés et considérant que ni les intérêts de l'ordre public ni des raisons de sécurité nationale ne justifiaient les expulsions, j'estime que, durant la période en question, l'État défendeur a également arrêté, détenu et expulsé des Géorgiens résidant légalement sur le territoire de la Fédération de Russie, et que ceci s'analysait en une pratique administrative contraire à l'article 1 du Protocole n° 7 à la Convention.

## OPINION DISSIDENTE DU JUGE DEDOV

*(Traduction)*

Je regrette de ne pouvoir partager l'opinion de la majorité, qui a constaté la violation de divers articles de la Convention en l'espèce. À mon avis, la Cour a suivi une approche contestable s'agissant d'établir les faits, d'apprécier les preuves et d'appliquer sa propre jurisprudence, ce qui n'est pas acceptable dans une situation de forte opposition politique entre les hautes autorités des États requérant et défendeur. En pareille situation, la Cour doit se livrer à un examen méticuleux de tous les éléments et formuler des conclusions bien motivées afin de ne pas s'exposer à des accusations de partialité. La Cour aurait la tâche beaucoup plus facile si elle organisait les audiences et les délibérations dans les affaires interétatiques uniquement après la tenue de négociations amiables entre les parties en vue d'atténuer les tensions politiques et émotionnelles. En l'absence de telles mesures, on ne peut jamais aboutir à une analyse rationnelle dans les affaires telles que l'espèce.

**Établissement des faits**

En général, les rapports d'organes internationaux sont très utiles dans les affaires d'expulsion pour établir le risque de mauvais traitements. Ils sont considérés comme une source d'informations fiable s'ils revêtent un caractère neutre ou officiel, s'ils sont à jour et s'ils contiennent des informations sur des faits concrets, sans se faire l'écho d'allégations ou de jugements de valeur de nature à porter atteinte à l'impartialité de la Cour. En l'espèce, la Cour a établi les faits sur la base de divers rapports d'organisations internationales, les citant de manière exhaustive tout au long de l'arrêt, en particulier aux paragraphes 40, 63-71, 114, 148, 172 et 173, alors même que les organisations internationales en question avaient déjà formulé leurs propres appréciations et conclusions sous la forme d'allégations et de jugements de valeurs, employant des termes tels que: «expulsion massive», «arrestations massives», «une campagne conduite de façon aussi ostentatoire», «ordres explicites de répression ciblant les Géorgiens», «les personnes arrêtées n'avaient pas droit à un avocat», décisions d'expulsion prises «à la chaîne, (...) en dehors de la présence des intéressés», «collusion entre autorités policières et judiciaires», «campagne de persécution sélective et intentionnelle fondée sur l'appartenance ethnique», «des visas et des attestations d'enregistrement obtenus de manière légale (...) sont annulés, les personnes sont détenues de manière illégale et [expulsées]», «persécution organisée de ressortissants géorgiens», «harcèlement d'un

groupe spécifique de personnes [qui constitue] une forme inacceptable de discrimination», «irrégularités massives du fonctionnement de la justice», «plusieurs éléments indiquent une collusion entre autorités policières et judiciaires», «[Géorgiens] présentés en groupe (...) devant les tribunaux», «politique délibérée de détention et d'expulsion», «dénier de justice flagrant et détournement des procédures», «arrestation et (...) détention illégales [et arbitraires]», «impossibilité pour beaucoup des personnes concernées d'interjeter appel», etc. Les organisations internationales ont exposé dans leurs rapports une appréciation juridique globale des événements sans fournir la moindre preuve écrite à l'appui de leurs conclusions, et la Cour a souscrit à leur approche sans vérifier ce qui s'était réellement passé. Il semble qu'elle ait fait siens les résultats de leur appréciation juridique et qu'elle ait établi les faits sur la base de ces rapports (paragraphe 136-139, 152-153, 159, 185 et 196 de l'arrêt).

En particulier, la déclaration de la commission de suivi de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur «la complexité des procédures d'obtention des (...) permis (...) qui fragilisent les migrants» (paragraphe 76 de l'arrêt) a été formulée sans aucune analyse du droit russe, et la Cour n'était pas non plus en position de se livrer à une telle analyse. Les témoignages de citoyens géorgiens sont exprimés en des termes similaires, tels que «des sanctions administratives [prononcées] lors de procédures sommaires» (paragraphe 45 de l'arrêt). La Cour a accepté toutes ces déclarations et les a reproduites dans son propre arrêt. De plus, tout en relevant que les témoins géorgiens ont formulé «des déclarations contradictoires», elle a conclu que ces déclarations étaient en même temps «concordantes et correspond[ai]ent à celles des organisations internationales» (paragraphe 196 de l'arrêt).

Je comprends bien que de telles organisations, qui militent activement dans le domaine des droits de l'homme, cherchent à tout faire pour protéger les droits de l'homme et ne sont limitées par aucun instrument pour atteindre leurs buts, de sorte que pareils rapports peuvent exagérer la gravité des violations. Toutefois, si la Cour veut avoir une démarche guidée et encadrée par les principes universels du procès équitable, elle ne doit pas permettre que son impartialité soit mise en doute du fait de déclarations émotionnelles formulées dans ce type de rapports.

Les lacunes procédurales susmentionnées entraînent des problèmes dans l'application de la propre jurisprudence de la Cour relative aux pratiques administratives et aux expulsions collectives.

### **Pratique administrative**

La Cour a établi l'existence d'une pratique administrative aux paragraphes 159 et 178 de l'arrêt, mais il est difficile de comprendre

pourquoi la question d'une pratique administrative a même été soulevée en l'espèce, étant donné que l'expulsion collective alléguée aurait été mise en œuvre sur une très courte période et qu'aucun grief n'a été présenté avant ou après les événements litigieux. Je présume que le simple fait qu'il s'agisse d'une affaire interétatique ne permet pas en soi de conclure à l'existence d'une pratique administrative.

La Cour a établi l'existence d'une pratique administrative dans deux affaires interétatiques qui se distinguent de manière substantielle de l'espèce. Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni* (18 janvier 1978, série A n° 25), les événements portaient sur les années 1971-1975, et dans l'affaire *France, Norvège, Danemark, Suède et Pays-Bas c. Turquie* (n°s 9940-9944/82, décision du 6 décembre 1983, Décisions et rapports (DR) 35, p. 170), il s'agissait de violations de l'article 6 sur une durée de trois ans, de 1980 à 1982. En l'espèce, l'action en question a été organisée dans un intervalle d'un ou deux mois et ne s'est jamais reproduite avant ou après. La mesure n'a pas été appliquée à l'ensemble des ressortissants géorgiens mais à ceux qui séjournaient illégalement en Russie, et de nombreux fonctionnaires ont été sanctionnés pour leurs fautes.

Une pratique administrative consiste en des actes violents qui se répètent et qui sont officiellement tolérés. Cela signifie que la Cour doit tout d'abord constater une violation à raison d'un acte ou d'une brève série d'actes, puis établir leur répétition et la tolérance officielle dont ils bénéficient. En l'espèce, la Cour s'est écartée de cette approche en établissant l'existence d'une pratique administrative sans s'appuyer sur le moindre exemple concret de violation étayée par des preuves documentaires. Elle a appliqué à tort la notion de pratique administrative à une expulsion collective, puisque dans ce dernier cas la Cour doit vérifier la nature collective d'une action mais non la répétition d'actes isolés.

La Cour n'a par ailleurs pas confirmé l'existence d'une tolérance dans le cadre d'une pratique administrative. Les instructions « secrètes » étaient très problématiques à ses yeux. Cependant, les instructions policières de rechercher des personnes séjournant illégalement en Russie ne peuvent en soi être considérées comme des actes violents. Pour surmonter cet obstacle évident, la Cour – au détriment de toute objectivité – a établi l'existence d'une pratique administrative impliquant non seulement la police mais toutes les autres autorités, y compris les procureurs et les juges chargés de ces affaires. En outre, la Cour admet au paragraphe 159 de l'arrêt qu'il s'agissait d'une « politique coordonnée d'arrestation, de détention et d'expulsion de ressortissants géorgiens », cette conclusion se fondant sur des jugements de valeur dépourvus de base factuelle.

Les instructions et circulaires émises « pour détecter un maximum de citoyens de la République de Géorgie » ont été atténuées par les procureurs, qui ont reçu l'instruction de renforcer leur surveillance des actions des fonctionnaires des affaires internes en vue de garantir le respect des droits et libertés des ressortissants de la Communauté des États indépendants – y compris le droit d'être protégé contre la discrimination – et en vue de discipliner les fonctionnaires (paragraphe 37-38 de l'arrêt). Ainsi, la tâche des autorités russes consistait à se concentrer sur les personnes qui séjournaient de manière illégale en Russie.

En conséquence, je ne peux admettre le bien-fondé de l'appréciation formulée par la Cour aux paragraphes 171 à 176 de l'arrêt. La Cour évoque des décisions d'expulsion prises « à la chaîne », une « collusion entre la police et les juges », « des milliers de décisions d'expulsion » – alors que le nombre n'a aucune importance –, une « politique coordonnée » sans autre base factuelle que le libellé de l'instruction du 2 octobre 2006 ordonnant « d'initier des décisions devant les tribunaux russes », ce qui en soi signifie simplement que les autorités administratives sont tenues de saisir les tribunaux car ces derniers ont le pouvoir de prendre des décisions sur les expulsions, ce qui démontre que la procédure a été menée conformément au droit interne.

Enfin, aux paragraphes 175 et 178 de l'arrêt, la Cour conclut à l'absence d'« examen raisonnable et objectif de la situation individuelle de chacun d'entre eux », mais rien n'indique qu'elle ait établi la moindre circonstance individuelle dans l'arrêt, et aucune appréciation n'a été menée en vue de déterminer si l'une ou l'autre de ces circonstances avaient été correctement examinées par les juges et policiers russes. Au contraire, la Cour est en possession des dossiers d'expulsion de témoins géorgiens transmis par le gouvernement défendeur, mais semble peu disposée à les prendre en compte.

Je pense que l'instruction du 2 octobre 2006, qui ordonne « d'initier des décisions devant les tribunaux » ne signifie pas en soi que les juridictions et procureurs russes avaient entrepris une action organisée et coordonnée contre les Géorgiens, et donc que les tribunaux n'étaient pas impartiaux et indépendants, ainsi que divers rapports l'ont affirmé et que la Cour l'a facilement admis sans vérifier les faits. Cette instruction oblige simplement les autorités à saisir les tribunaux puisque les juges sont les seuls à être autorisés à expulser des résidents illégaux.

### **Expulsion collective**

Une « expulsion collective d'étrangers » au sens de l'article 4 du Protocole n° 4 est définie par la Cour comme « toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans le cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et

objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe» (*Becker c. Danemark*, n° 7011/75, décision de la Commission du 3 octobre 1975, DR 4, p. 236, *Andric c. Suède* (déc.), n° 45917/99, 23 février 1999, et *Čonka c. Belgique*, n° 51564/99, CEDH 2002-I). Cela signifie pour le moins que l'expulsion d'un groupe de personnes à l'issue d'une procédure interne ne mène pas automatiquement à la conclusion qu'il y a eu une « expulsion collective d'étrangers » (*M.A. c. Grèce*, n° 25559/03, 2 mars 2006, *Berisha et Haljiti c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* (déc.), n° 18670/03, CEDH 2005-VIII, et *Dritsas et autres c. Italie* (déc.), n° 2344/02, 1<sup>er</sup> février 2011).

Il ressort clairement, par exemple, de l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* ([GC], n° 27765/09, CEDH 2012) que le renvoi d'étrangers vers un État tiers a été effectué sans examen de leur affaire par les autorités compétentes (autorités en matière d'immigration ou autorités judiciaires). En ce qui concerne les circonstances particulières des personnes concernées, dans l'affaire *Čonka c. Belgique* les autorités n'ont fait aucune référence aux demandes d'asile et se sont concentrées uniquement sur l'expiration des permis de trois mois (*Čonka*, précité, §§ 61-63) qui avaient été délivrés aux quatre requérants. En l'espèce, le gouvernement requérant n'a pas démontré qu'il y ait eu pareilles demandes ou requêtes. Au contraire, les décisions d'expulsion prouvent que les cas de chacun des ressortissants géorgiens ont fait l'objet d'un examen raisonnable et objectif par les tribunaux russes.

L'établissement des circonstances individuelles est vital pour rendre un arrêt raisonnable. Cette approche générale a toujours été formulée par la Cour, notamment de la manière suivante: « la Cour ne requiert pas du requérant qu'il démontre l'existence de circonstances individuelles uniquement dans les cas de violence générale les plus extrêmes, lorsque la situation générale de violence dans le pays de destination est telle que tout renvoi vers ce pays emporterait nécessairement violation de l'article 3 de la Convention » (*Savriddin Dzhurayev c. Russie*, n° 71386/10, § 153, CEDH 2013, *NA. c. Royaume-Uni*, n° 25904/07, §§ 115-116, 17 juillet 2008, *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, n°s 8319/07 et 11449/07, § 217, 28 juin 2011). Dans les affaires précédentes, la Cour a préféré établir les circonstances individuelles mais elle n'a pas adopté cette approche en l'espèce.

Le gouvernement requérant soutient que quatre personnes possédaient des visas valables ayant expiré en 2007, mais ne joint à sa requête aucune copie de ces visas ni des décisions d'expulsion ni de tout autre document. Il semble irréaliste de prétendre qu'une juridiction russe puisse conclure qu'une personne en possession d'un visa valable est un résident illégal, considérant en particulier que la bonne foi de l'État défendeur doit être présumée (conformément à la jurisprudence de la Cour) et qu'il existe

une très forte présomption que les juges russes se conforment à leurs engagements et obligations. Au contraire, tous les documents fournis à la Cour par le gouvernement russe démontrent que les policiers et les juges ont méticuleusement examiné l'ensemble des circonstances individuelles de chacune des personnes concernées.

De plus, selon les décisions des tribunaux russes soumis à l'examen de la Cour, les juges russes ont contrôlé et apprécié les circonstances individuelles de chaque personne. Toutefois, à mon avis, la Cour n'a pas examiné les documents pertinents ni ne les a appréciés de manière impartiale.

Je ne peux croire que les juges russes (en émettant les ordonnances d'expulsion) aient déclaré que ces décisions étaient motivées par le seul fait que les personnes concernées étaient géorgiennes, ou qu'ils leur aient déconseillé de faire appel. Pareille attitude mettrait en cause l'indépendance, l'impartialité et les aptitudes professionnelles de l'ensemble des magistrats russes. Je comprends que dans une affaire aussi politiquement sensible il soit difficile de s'en tenir à la terminologie judiciaire utilisée dans le cadre de la Convention (expulsion collective) et d'éviter d'utiliser des termes aussi connotés politiquement et des jugements de valeur tels que «expulsions massives», «collusion» entre les autorités, «politique coordonnée», «représailles». Cependant, les rapports internationaux contenant des jugements de valeur politiquement connotés ne sauraient être utilisés comme preuves devant la Cour.

Je ne doute pas de l'aptitude des juridictions russes ou de l'éthique professionnelle des juges russes. J'aimerais qu'on me prouve qu'un magistrat russe puisse expulser un étudiant légalement enregistré dans une université russe ou un professionnel de haut rang venu travailler avec des spécialistes russes. Ni les rapports, ni le gouvernement requérant, ni les témoins qu'il a présentés, et finalement ni l'arrêt lui-même n'évoquent un quelconque exemple ou des preuves concrètes étayant les allégations de dysfonctionnement de la justice. Mais n'importe qui peut trouver des milliers d'exemples de Géorgiens qui séjournent légalement en Russie et y réussissent professionnellement.

Considérant que plus de 58 000 personnes au total ont été expulsées en 2006, l'expulsion de 4 500 citoyens géorgiens ne saurait fonder la conclusion selon laquelle la procédure suivie n'offrait pas de garanties suffisantes attestant d'une prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle de chacune des personnes concernées (*Čonka*, précité, § 63). Même si elle le pouvait, la Cour aurait également besoin de s'appuyer sur des exemples concrets et des circonstances personnelles tangibles pour justifier pareille conclusion. La référence à des milliers de décisions émises par les tribunaux (qui comptent d'énormes effectifs de plus de 30 000 juges) ou à

une « politique coordonnée » (ce qui implique un manque d'impartialité des juges) au paragraphe 176 de l'arrêt n'est pas conforme aux critères dégagés dans la jurisprudence de la Cour.

### **Appréciation des preuves**

Les lacunes susmentionnées ont conduit à une appréciation partielle des preuves par la Cour. En particulier, celle-ci a admis des allégations et des jugements de valeur évoquant de prétendues procédures sommaires et expulsions massives sans examiner la moindre décision des tribunaux russes, et en ignorant les décisions des juridictions d'appel, d'où il ressort que de nombreux appels ont été accueillis. Selon les décisions d'appel, tous les requérants étaient représentés par des avocats ou des proches. Certaines décisions d'expulsion ont été annulées sur la base de circonstances individuelles des requérants concernés : proches résidant légalement en Russie, propriété de biens immobiliers, âge ou mauvais état de santé, traitement médical ou statut des réfugiés abkhazes.

La Cour est en possession de dossiers de témoins géorgiens contenant des documents qui prouvent que les intéressés résidaient de manière illégale sur le territoire russe. Leurs déclarations à la Cour contredisent les décisions d'expulsion, les enquêtes policières, leurs propres explications écrites et d'autres documents. Selon les décisions, les témoins ont comparu devant les magistrats russes, ont fait leurs dépositions et ont donné des explications qui ont fait l'objet d'une appréciation raisonnable des juridictions nationales. Ces faits réfutent les allégations de procédures sommaires.

De plus, la Cour déclare au paragraphe 85 (quatrième alinéa) de l'arrêt que seules quarante-deux de ces décisions concernaient des ressortissants géorgiens expulsés au cours de la période litigieuse, ce qui n'est pas correct puisque, si l'on prend en compte la date de la décision du tribunal de première instance, l'ensemble des quatre-vingt-six appels renvoyaient aux événements en question. Je présume qu'il y a eu des centaines d'appels qui n'ont pas abouti. La Cour ne mentionne pas le fait que le gouvernement russe a soumis des exemples d'appels qui ont été accueillis, et elle n'explique pas pourquoi ces appels ne constitueraient pas des éléments pertinents permettant de conclure qu'il ne s'agissait pas d'une action coordonnée ou d'un dysfonctionnement de la justice. À mon avis, au paragraphe 158 de l'arrêt, la Cour a mal interprété le nombre de décisions d'appel, estimant qu'il s'agissait non pas d'exemples d'appels ayant abouti mais d'un nombre global et minimal. Cette approche, qui permet à la Cour d'ignorer les preuves écrites et de tirer des conclusions partiales, est à mon sens incompatible avec le principe d'un procès équitable.

La Cour déclare également que seul un petit pourcentage de décisions d'appel ont été rendues à Moscou et à Saint-Petersbourg, alors qu'elle a établi que des décisions d'appel ont été émises dans d'autres régions de Russie et que le nombre total de personnes expulsées – des milliers – concernait l'ensemble du pays, ce nombre s'élevant à plusieurs centaines à Moscou et à Saint-Petersbourg. Cela soulève des doutes quant aux allégations selon lesquelles la surpopulation carcérale serait persistante et intolérable.

Je suis navré pour ceux qui sont morts en détention, et ces faits devraient être soumis à l'examen de la Cour afin d'obtenir une appréciation juridique du caractère adéquat de l'assistance médicale dont ces personnes ont bénéficié, mais la Cour a simplement évoqué « un grand nombre d'affaires » dans lesquelles elle avait « systématiquement conclu à la violation des droits des requérants » (paragraphe 201 de l'arrêt). La Cour n'a pas donné de description détaillée des conditions de détention, ni recherché si la souffrance et l'humiliation infligées aux personnes concernées étaient allées au-delà de celles que comporte inévitablement la privation de liberté, ainsi qu'elle l'avait fait dans les arrêts de principe *Ananyev et autres c. Russie* (nos 42525/07 et 60800/08, 10 janvier 2012) et *Idalov c. Russie* ([GC], n° 5826/03, 22 mai 2012) cités au paragraphe 192 de l'arrêt (voir également l'arrêt en l'affaire *Shishkov c. Russie* (n° 26746/05, §§ 89-94, 20 février 2014) qui illustre l'approche générale). Dans l'affaire *Idalov*, précitée, dans laquelle les parties étaient en désaccord sur la plupart des aspects des conditions de détention, la Cour a rappelé qu'elle avait conclu dans des affaires récentes (*Skachkov c. Russie*, n° 25432/05, 7 octobre 2010, et *Soudarkov c. Russie*, n° 3130/03, 10 juillet 2008) à la violation de l'article 3 à raison de la surpopulation qui régnait dans la même maison d'arrêt à peu près à la même période que celle considérée dans l'affaire *Idalov* (§ 97). Au contraire, dans toutes les affaires d'extradition concernant la même période ou celles postérieures aux événements litigieux, les requérants ne se sont jamais plaints de conditions médiocres de détention (*Mouminov c. Russie*, n° 42502/06, 11 décembre 2008, *Karimov c. Russie*, n° 54219/08, 29 juillet 2010, *Sidikovy c. Russie*, n° 73455/11, 20 juin 2013, *Bakoyev c. Russie*, n° 30225/11, 5 février 2013, *Zokhidov c. Russie*, n° 67286/10, 5 février 2013).

La Cour n'a pas établi qu'il y ait eu une quelconque demande de la part du médiateur russe, du consulat de Géorgie en Fédération de Russie, des procureurs ou d'autres fonctionnaires à la suite de leurs nombreuses inspections des centres de détention. Ces informations ont été fournies par le gouvernement russe mais, de nouveau, ignorées par la Cour. Au contraire, aux paragraphes 184-186 de l'arrêt, elle conclut à la violation de ces droits sur la base de précédentes déclarations (expulsion collective, pratique administrative et absence de recours effectif, aspects que j'ai critiqués

ci-dessus). Il est intéressant de relever que la jurisprudence de la Cour exige que toute personne arrêtée soit traduite à bref délai devant un juge en mesure de décider rapidement de la légalité de sa détention. Tel a bien été le cas, à bref délai et avec célérité, mais de nouveau, aux paragraphes 204 et 205 de l'arrêt, la Cour refuse clairement de suivre en l'espèce son approche bien établie et de tenir compte de la brièveté de la période de détention.

Le gouvernement russe a confirmé et démontré qu'il y avait eu des appels et que ceux qui avaient quitté volontairement le pays n'avaient pas été empêchés d'interjeter appel ou d'avoir recours à un avocat, et qu'ils ont eu le temps et la possibilité de le faire (paragraphe 85 de l'arrêt). Toutefois, la Cour, maîtresse de sa propre procédure, est parvenue à la conclusion exactement inverse (paragraphes 152-154 de l'arrêt).

La Cour a noté en particulier que le gouvernement ne lui avait pas fourni de statistiques mensuelles. Toutefois, elle a établi l'existence d'une « forte augmentation » dans le nombre d'expulsions (paragraphes 131 et 135 de l'arrêt) sans prendre en compte les statistiques annuelles et le fait que le nombre total des personnes expulsées en 2006 était dix fois plus élevé. Elle n'a pas observé que les décisions d'appel favorables aux appelants se fondaient sur des circonstances personnelles et non pas uniquement sur des aspects procéduraux (paragraphe 85, quatrième alinéa) et a également minimisé la signification des décisions d'appel en limitant leur portée aux villes de Moscou et Saint-Petersbourg, comme si toutes les personnes expulsées résidaient dans ces deux municipalités.

La Cour a attaché une importance décisive à l'absence de statistiques mensuelles, concluant que les statistiques fournies par le gouvernement russe n'étaient pas crédibles aux fins de déterminer l'existence d'une pratique administrative (paragraphe 134 de l'arrêt). En même temps, elle a jugé hors de propos les chiffres relatifs à l'expulsion de migrants provenant d'autres États et, plus important, n'a pas mentionné les statistiques produites par la Cour suprême russe, qui prouvent qu'en 2005 le nombre total des personnes expulsées (approximativement 79 000) était beaucoup plus élevé qu'en 2006 (environ 58 000), l'année où les événements litigieux se sont déroulés. Dans les années suivantes, le nombre d'expulsions est retombé à 29 000 en 2007 et à 23 000 en 2008, mais est resté très élevé. Un nombre aussi important d'expulsions ne peut en soi être considéré comme indicateur de l'existence d'expulsions collectives puisque ces statistiques sont relativement normales eu égard à la situation en Russie, pays dans lequel il existe une immigration illégale massive qui s'explique notamment par un contexte historique et économique; les événements litigieux ne semblent donc pas sortir de l'ordinaire. En outre, selon les statistiques officielles du service fédéral des migrations, durant la période de « la nouvelle Russie » (1992-2006), plus de

150 000 ressortissants géorgiens ont obtenu la citoyenneté russe, et plus de 73 000 d'entre eux ont bénéficié de ce droit dans les cinq ans précédant les événements litigieux.

Si l'on considère la situation dans son ensemble, en raison des tensions et de la suspension des liaisons entre les deux États (paragraphe 22 de l'arrêt), les relations cordiales entre les autorités (mais pas entre les personnes ordinaires) ont été rompues, ce qui a entraîné la fin de la tolérance des autorités russes vis-à-vis des nombreux Géorgiens qui résidaient de manière illégale sur le territoire russe depuis de nombreuses années. Le message était tellement clair et évident que la moitié des résidents illégaux ont préféré quitter la Russie volontairement. Ce fait est mentionné dans l'arrêt, mais n'a pas été correctement apprécié conformément à la jurisprudence de la Cour. Par exemple, dans l'affaire *De Bruin c. Pays-Bas* ((déc.), n° 9765/09, 17 septembre 2013), la Cour a confirmé que l'État avait autorité pour mettre fin à une tolérance officielle, déclarant que : « On ne peut cependant en conclure qu'un « droit » de commettre des actes prohibés par la loi puisse naître de l'absence de sanctions, même si les autorités publiques renoncent à leur droit de poursuites. Pareille renonciation, même si elle est émise par écrit à une personne donnée, ne peut être assimilée à un permis accordé conformément à la loi » (*ibidem*, § 58).

Enfin, la Cour n'a pas constaté de violation de l'article 1 du Protocole n° 7, confirmant au paragraphe 229 de l'arrêt qu'« eu égard à tous les éléments dont elle dispose en l'espèce, la Cour considère qu'il n'est pas établi qu'il y a eu (...) des arrestations, détentions et expulsions de ressortissants géorgiens résidant régulièrement sur le territoire de la Fédération de Russie ». Cette position de la Cour peut donner lieu à l'interprétation suivante : bien que les autorités russes n'aient expulsé que des résidents illégaux, elles ont violé l'interdiction des expulsions collectives. Il s'agit là d'une position contradictoire. Le gouvernement géorgien a sa propre logique, et a convaincu la Cour de l'existence d'une expulsion collective et du fait que les personnes expulsées avaient des permis valables leur permettant de séjourner sur le territoire russe. C'est pourquoi le gouvernement géorgien se plaignait sous l'angle de l'article 1 du Protocole n° 7. Toutefois, la Cour (maîtresse de sa propre procédure) a préféré prendre une approche complètement différente, ce qui suscite de nouveaux doutes quant à la justification, au regard de l'état de droit, des constats de violation auxquels elle est parvenue.



GEORGIA v. RUSSIA (I)  
*(Application no. 13255/07)*

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 3 JULY 2014<sup>1</sup>

---

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



SUMMARY<sup>1</sup>**Collective expulsion of Georgian nationals by Russian authorities**

A coordinated policy of arresting, detaining and expelling large numbers of nationals from a foreign country within a limited period of time and in circumstances in which no reasonable and objective examination of the particular case of each individual can be carried out will amount to an administrative practice of collective expulsion in breach of Article 4 of Protocol No. 4 (see paragraphs 175-78 of the judgment).

**Article 4 of Protocol No. 4**

*Prohibition of collective expulsion of aliens – Collective expulsion of Georgian nationals by Russian authorities from October 2006 to January 2007 – Meaning of “collective expulsion” – Absence of reasonable and objective examination of each individual case – Coordinated policy of arresting, detaining and expelling Georgian nationals – Administrative practice*

**Article 38 of the Convention**

*Obligation to furnish all necessary facilities – Government refusal to comply with Court request for disclosure of classified materials – Refusal of disclosure based on national law – Provisions of Rules of Court for securing confidentiality*

**Article 35 § 1 of the Convention**

*Exhaustion of domestic remedies – Administrative practice – Inapplicability of obligation to exhaust domestic remedies owing to administrative practice of arresting, detaining and expelling Georgian nationals – Effectiveness – Accessibility*

\*

\* \*

**Facts**

The case concerned the arrest, detention and expulsion from Russia of large numbers of Georgian nationals from the end of September 2006 to the end of January 2007. The facts of the case were disputed.

---

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

According to the Georgian Government, during that period more than 4,600 expulsion orders were issued by the Russian authorities against Georgian nationals, of whom more than 2,300 were detained and forcibly expelled, while the remainder left by their own means. This represented a sharp increase in the number of expulsions of Georgian nationals per month.

In support of their allegation that the increase in expulsions was the consequence of a policy specifically targeting Georgian nationals, the Georgian Government submitted a number of documents that had been issued in early and mid-October 2006 by the Russian authorities. These documents, which referred to two administrative circulars issued in late September 2006, purportedly ordered staff to take large-scale measures to identify Georgian citizens unlawfully residing in Russia, with a view to their detention and deportation. The Georgian Government also submitted two letters from Russian regional authorities that had been sent to schools in early October 2006 asking for Georgian pupils to be identified.

The Russian Government denied these allegations. They stated that they had simply been enforcing immigration policy and had not taken reprisal measures. As regards the number of expulsions, they only kept annual or half-yearly statistics that showed about 4,000 administrative expulsion orders against Georgian nationals in 2006 and about 2,800 between 1 October 2006 and 1 April 2007. As to the documents referred to by the Georgian Government, the Russian Government maintained that the instructions had been falsified. While confirming the existence of the two circulars, they disputed their content while at the same time refusing, on the ground that they were classified as “State secret”, to disclose them to the Court. They did not dispute that letters had been sent to schools with the aim of identifying Georgian pupils, but stated that this had been the act of overzealous officials who had subsequently been reprimanded.

Various international governmental and non-governmental organisations, including the Monitoring Committee of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), reported in 2007 on the expulsions of Georgian nationals, pointing to coordinated action between the Russian administrative and judicial authorities.

### *Law*

(1) Article 38 of the Convention: The Russian Government had refused to provide the Court with copies of two circulars issued by the authorities at the end of September 2006 on the ground that they were classified material whose disclosure was forbidden under Russian law. The Court had already found in a series of previous cases relating to documents classified as “State secret” that respondent Governments could not rely on provisions of national law to justify a refusal to comply with a Court request to provide evidence. In any event, the Russian Government had failed to give a specific explanation for the secrecy of the circulars and, even assuming that legitimate security interests for not disclosing the circulars existed, possibilities existed under Rule 33 § 2 of the Rules of Court to limit public access to disclosed documents, for example, through assurances of confidentiality.

The Court therefore found that Russia had fallen short of its obligation to furnish all necessary facilities to assist the Court in its task of establishing the facts of the case.

*Conclusion:* failure to comply with Article 38 (sixteen votes to one).

(2) Article 35 § 1 of the Convention (exhaustion of domestic remedies): From October 2006 a coordinated policy of arresting, detaining and expelling Georgian nationals had been put in place in the Russian Federation. That policy amounted to an administrative practice meaning, in line with the Court's settled case-law, that the rule requiring exhaustion of domestic remedies did not apply.

In so finding, the Court noted that there was nothing to undermine the credibility of the figures indicated by the Georgian Government: 4,600 expulsion orders against Georgian nationals, of whom approximately 2,380 were detained and forcibly expelled. The events in question – the issuing of circulars and instructions, mass arrests and expulsions of Georgian nationals, flights with groups of Georgian nationals from Moscow to Tbilisi and letters sent to schools by Russian officials with the aim of identifying Georgian pupils – had all occurred during the same period in late September/early October 2006.

The concordance in the description of those events in the reports of the international governmental and non-governmental organisations was also significant. Moreover, in view of the Court's finding of a violation of Article 38 of the Convention, there was a strong presumption that the Georgian Government's allegations regarding the content of the circulars ordering the expulsion specifically of Georgian nationals were credible.

As regards the effectiveness and accessibility of the domestic remedies, the material before the Court indicated there had been real obstacles in the way of Georgian nationals seeking to use the remedies that existed, both in the Russian courts and following expulsion to Georgia. They had been brought before the courts in groups. Some had not been allowed into the courtroom, while those who were complained that their interviews with the judge had lasted an average of five minutes with no proper examination of the facts. They had subsequently been ordered to sign court decisions without being able to read the contents or obtain a copy. They did not have an interpreter or a lawyer and, as a general rule, were discouraged from appealing by both the judges and the police officers.

*Conclusion:* existence of an administrative practice (sixteen votes to one); preliminary objection dismissed (sixteen votes to one).

(3) Article 4 of Protocol No. 4: The Georgian Government alleged that their nationals had been the subject of a collective expulsion from the territory of the Russian Federation. The Court reiterated that for the purposes of Article 4 of Protocol No. 4, collective expulsion was to be understood as any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure was taken following, and on the basis of, a reasonable and objective examination of the

particular case of each individual member of the group. Unlike the position under Article 1 of Protocol No. 7, Article 4 of Protocol No. 4 was applicable even if those expelled were not lawfully resident on the territory concerned.

The Court took note of the concordant description given by the Georgian witnesses and international governmental and non-governmental organisations of the summary procedures conducted before the Russian courts. It observed in particular that, according to the PACE Monitoring Committee, the expulsions had followed a recurrent pattern all over the country, and that in their reports the international organisations had referred to coordination between the administrative and judicial authorities.

During the period in question the Russian courts had made thousands of expulsion orders expelling Georgian nationals. Even though, formally speaking, a court decision had been made in respect of each Georgian national, the Court considered that the conduct of the expulsion procedures during that period, after the circulars and instructions had been issued, and the number of Georgian nationals expelled from October 2006 onwards had made it impossible to carry out a reasonable and objective examination of the particular case of each individual.

While every State had the right to establish its own immigration policy, problems with managing migration flows could not justify practices incompatible with the State's obligations under the Convention.

The expulsions of Georgian nationals during the period in question had not been carried out following, and on the basis of, a reasonable and objective examination of the particular case of each individual. This amounted to an administrative practice in breach of Article 4 of Protocol No. 4.

*Conclusion:* administrative practice in breach of Article 4 of Protocol No. 4 (sixteen votes to one).

The Grand Chamber also found (sixteen votes to one) that the arrests and detention of Georgian nationals in Russia during the period in question were part of a coordinated policy of arresting, detaining and expelling Georgian nationals and thus arbitrary. As such they amounted to an administrative practice in breach of Article 5 § 1 of the Convention. By the same majority, it found that the absence of effective and accessible remedies for Georgian nationals against the arrests, detentions and expulsion orders had violated Article 5 § 4, while the conditions of detention in which Georgian nationals were held (overcrowding, inadequate sanitary and health conditions and lack of privacy) amounted to an administrative practice in breach of Article 3. The Court also found violations of Article 13 taken in conjunction with Article 5 § 1 (thirteen votes to four) and in conjunction with Article 3 (sixteen votes to one).

The Court further found (by sixteen votes to one) no violation of Article 1 of Protocol No. 7 (procedural safeguards relating to expulsion of aliens), since that provision expressly referred to "aliens lawfully resident in the territory of a State" and it had not been established that during the period in question there had also

been arrests and expulsions of Georgian nationals lawfully resident in the territory of the Russian Federation. Lastly, it found no violation of Article 8 of the Convention and Articles 1 and 2 of Protocol No. 1 (unanimously).

Article 41: Question reserved.

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

*Akdivar and Others v. Turkey*, 16 September 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV

*Ananyev and Others v. Russia*, nos. 42525/07 and 60800/08, 10 January 2012

*Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, *Reports* 1996-V

*Čonka v. Belgium*, no. 51564/99, ECHR 2002-I

*Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, ECHR 2001-IV

*Davydov and Others v. Ukraine*, nos. 17674/02 and 39081/02, 1 July 2010

*France, Norway, Denmark, Sweden and the Netherlands v. Turkey*, nos. 9940-9944/82,

Commission decision of 6 December 1983, *Decisions and Reports* 35

*Georgia v. Russia (I)* (dec.), no. 13255/07, 30 June 2009

*Gusinskiy v. Russia*, no. 70276/01, ECHR 2004-IV

*Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], no. 27765/09, ECHR 2012

*Idalov v. Russia* [GC], no. 5826/03, 22 May 2012

*Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], no. 48787/99, ECHR 2004-VII

*Imakayeva v. Russia*, no. 7615/02, ECHR 2006-XIII

*Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, Series A no. 25

*Janowiec and Others v. Russia* [GC], nos. 55508/07 and 29520/09, ECHR 2013

*Kalashnikov v. Russia*, no. 47095/99, ECHR 2002-VI

*Khudoyorov v. Russia*, no. 6847/02, ECHR 2005-X

*Lutsenko v. Ukraine*, no. 6492/11, 3 July 2012

*Mathew v. the Netherlands*, no. 24919/03, ECHR 2005-IX

*M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], no. 30696/09, ECHR 2011

*Mudayevy v. Russia*, no. 33105/05, 8 April 2010

*NA. v. the United Kingdom*, no. 25904/07, 17 July 2008

*Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, ECHR 2005-VII

*Niyazov v. Russia*, no. 27843/11, 16 October 2012

*Nolan and K. v. Russia*, no. 2512/04, 12 February 2009

*Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, ECHR 2008

*Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, no. 36378/02, ECHR 2005-III

*Solovyevy v. Russia*, no. 918/02, 24 April 2012

*Stanev v. Bulgaria* [GC], no. 36760/06, ECHR 2012

*Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, nos. 8319/07 and 11449/07, 28 June 2011

*Sultani v. France*, no. 45223/05, ECHR 2007-IV

*Tymoshenko v. Ukraine*, no. 49872/11, 30 April 2013



**In the case of Georgia v. Russia (I),**

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

Josep Casadevall, *President*,  
Nicolas Bratza,  
Mark Villiger,  
Isabelle Berro,  
Corneliu Bîrsan,  
Peer Lorenzen,  
Elisabeth Steiner,  
Khanlar Hajiyev,  
Päivi Hirvelä,  
Luis López Guerra,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Nona Tsotsoria,  
Ann Power-Forde,  
Zdravka Kalaydjieva  
Vincent A. De Gaetano,  
André Potocki,  
Dmitry Dedov, *judges*,

and Michael O’Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 13 and 14 June 2012 and 26 March 2014,

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

## PROCEDURE

### I. INTRODUCTION

1. The case originated in an application (no. 13255/07) against the Russian Federation lodged with the Court under Article 33 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by Georgia on 26 March 2007. The Georgian Government (“the applicant Government”) were represented before the Court by their Agent, Mr L. Meskhoradze. They had previously been represented successively by their former Agents, Mr B. Bokhashvili and Mr D. Tomadze.

2. The Russian Government (“the respondent Government”) were represented by their representative, Mr G. Matyushkin. They had previously been represented by their former representative, Ms V. Milinchuk.

3. The applicant Government alleged that the respondent State had permitted or caused to exist an administrative practice of arresting, detaining and collectively expelling Georgian nationals from the Russian Federation in the autumn of 2006, resulting in a violation of Articles 3, 5, 8, 13, 14 and 18 of the Convention, and of Articles 1 and 2 of Protocol No. 1, Article 4 of Protocol No. 4 and Article 1 of Protocol No. 7.

## II. ADMISSIBILITY PROCEDURE BEFORE THE CHAMBER

4. The application was allocated to the Fifth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court).

5. On 13 April 2007 the President of the Chamber decided to give notice of the application to the respondent Government, inviting them to submit observations on the admissibility of the complaints. After an extension of the time-limit fixed for that purpose, the respondent Government submitted their observations, with annexes, on 26 December 2007.

6. On 4 January 2008 the applicant Government were invited to submit their observations in reply. After an extension of the time-limit fixed for that purpose, they submitted their observations, with annexes, on 5 May 2008.

7. The respondent Government submitted additional observations on 23 September 2008.

8. The Court considered the state of proceedings on 25 November 2008 and decided to obtain the parties' oral submissions on the admissibility of the application. It also decided to invite the parties to respond in writing to a list of questions prior to the date of the hearing.

9. On 18 March 2009 the parties filed their observations on the questions put by the Court.

10. On 30 June 2009, following a hearing on admissibility questions (Rule 54 § 3) held on 16 April 2009, a Chamber of that Section, composed of Peer Lorenzen, President, Rait Maruste, Karel Jungwiert, Anatoly Kovler, Renate Jaeger, Mark Villiger and Nona Tsotsoria, judges, and Claudia Westerdiek, Section Registrar, declared the application admissible.

## III. PROCEDURE ON THE MERITS BEFORE THE GRAND CHAMBER

11. On 15 December 2009 the Chamber relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, neither of the parties having objected to relinquishment (Article 30 of the Convention and Rule 72 of the Rules of Court).

12. On 8 January 2010 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 as follows: Jean-Paul Costa, President, Christos

Rozakis, Nicolas Bratza, Peer Lorenzen, Françoise Tulkens, Josep Casadevall, Karel Jungwiert, Rait Maruste, Anatoly Kovler, Renate Jaeger, Mark Villiger, Isabelle Berro-Lefèvre, Luis López Guerra, Mirjana Lazarova Trajkovska, Nona Tsotsoria, Ann Power and Zdravka Kalaydjieva, judges, and Michael O’Boyle, Deputy Registrar. On 3 November 2011 Jean-Paul Costa’s term as President of the Court came to an end. Nicolas Bratza succeeded him in that capacity and from that date took over the presidency of the Grand Chamber in the present case (Rule 9 § 2). On 31 October 2012 Nicolas Bratza’s term as President of the Court came to an end. From that date, Josep Casadevall, Vice-President of the Court, took over the presidency of the Grand Chamber in the present case. Nicolas Bratza continued to sit following the expiry of his term of office, in accordance with Article 23 § 3 of the Convention and Rule 24 § 4. The new composition of the Grand Chamber on 26 March 2014, the date of adoption of the present judgment, appears above at the beginning of the text.

13. In order to clarify certain matters relating in particular to the conditions of arrest, detention and expulsion of Georgian nationals, the Court decided to hear further oral evidence, in accordance with Article 38 of the Convention and Rule A1 of the Annex to the Rules. It appointed a delegation of five judges of the Grand Chamber, composed of Josep Casadevall, Anatoly Kovler, Mark Villiger, Isabelle Berro-Lefèvre and Nona Tsotsoria, for that purpose.

14. On 28 June 2010 the President of the Grand Chamber invited each party to submit a list of witnesses (a maximum of ten) whom they wished the delegation of judges to hear. He also invited five additional witnesses chosen by the Court. The applicant Government sent their list of witnesses on 11 August 2010 and the respondent Government sent theirs on 14 August 2010.

15. From 31 January to 4 February 2011 the delegation of judges of the Grand Chamber heard witnesses in camera in the presence of the parties’ representatives at the Human Rights Building in Strasbourg.

16. The delegation heard a total of twenty-one witnesses, nine of whom had been proposed by the applicant Government and ten by the respondent Government, and two of whom had been chosen by the Court.

17. The list of witnesses who appeared before the delegation and a summary of their oral evidence are annexed to the present judgment [see the full text of the judgment for the annex, available in Hudoc]. A verbatim record of the oral evidence given by the witnesses before the delegation has also been drawn up by the Court Registry and included in the case file.

18. By letters of 28 June 2010 and 8 March 2011, the President invited the respondent Government to submit further documents to the Court. The

respondent Government replied to these on 14 August 2010 and 15 April 2011 respectively.

19. On 18 July 2011 the President invited the parties to file observations on the merits of the case and on the verbatim record of the witnesses' oral evidence that had been sent to them beforehand (Rule 58 § 1 and Rule A8 § 3 of the Annex to the Rules) by 30 November 2011 at the latest. The parties' observations arrived at the Court on that date.

20. A hearing on the merits took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 13 June 2012 (Rule 58 § 2).

There appeared before the Court:

(a) *for the applicant Government*

Mrs T. Burjaliani, First Deputy Minister of Justice,	
Mr L. Meskhoradze,	<i>Agent,</i>
Mrs K. Tskhomelidze,	
Mrs M. Vashakidze,	
Mrs N. Abramishvili,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the respondent Government*

Mr G. Matyushkin, Deputy Minister of Justice,	<i>Representative,</i>
Mrs N. Zyabkina,	<i>First Deputy to the Representative,</i>
Mrs A. Zemskova,	
Mrs I. Korieva,	
Mr Y. Petukhov,	
Mrs G. Khokhrina,	
Mrs Y. Tsimbalova,	
Mr E. Shipitsyn,	<i>Advisers.</i>

The Court heard addresses by Mrs Burjaliani and Mr Matyushkin.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

21. The facts of the case may be summarised as follows.

#### **A. Overview**

22. Having regard to all the evidence submitted to the Court, it transpires that at the end of the summer of 2006 the political tensions between the Russian Federation and Georgia had reached a climax with the arrest on 27 September 2006 of four Russian officers in Tbilisi and the

suspension by the Russian Federation on 3 October 2006 of all aerial, road, maritime, railway, postal and financial links with Georgia. Expulsions of Georgian nationals by the Russian Federation were already being reported in the international media at the end of September 2006, and those reports were then being relayed by various international governmental and non-governmental organisations (see, *inter alia*, the report of 22 January 2007 by the Monitoring Committee of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) “Current Tensions between Georgia and Russia”, AS/Mon(2006)40 rev. (“the PACE report”); the report of October 2007 by Human Rights Watch (HRW) “Singled Out: Russia’s Detention and Expulsion of Georgians”, vol. 19, no. 5(D) (“the HRW report”); and the report of April 2007 by the International Federation for Human Rights (FIDH) “Migrants in Russia”, no. 472 (“the FIDH report”)).

23. It has been established that during the period in question (from the end of September 2006 until the end of January 2007) Georgian nationals were arrested, detained and then expelled from the territory of the Russian Federation.

24. According to the applicant Government, these were reprisals following the arrest of the Russian officers in Tbilisi and Georgian nationals were expelled regardless of whether they were lawfully or unlawfully resident in the Russian Federation, simply because they were Georgian.

25. According to the respondent Government, the events relating to the arrest of four Russian officers in Tbilisi were entirely irrelevant to the facts set out by the applicant Government in their application. The Russian authorities had not taken any measures of reprisal against Georgian nationals, but had merely continued applying the statutory provisions for the prevention of illegal immigration in compliance with the requirements of the Convention and the Russian Federation’s international obligations.

26. The parties submitted conflicting statistical evidence regarding the number of Georgian nationals expelled during that period.

27. The applicant Government submitted in particular that between the end of September 2006 and the end of January 2007, 4,634 expulsion orders had been issued against Georgian nationals, of whom 2,380 had been detained and forcibly expelled, and the remaining 2,254 had left the country by their own means. They specified that between October 2006 and January 2007 there had been a sharp increase in the number of expulsions of Georgian nationals, which had risen from about 80 to 100 persons per month between July and September 2006 to about 700 to 800 per month between October 2006 and January 2007. At the witness hearing, Mr Pataridze, Consul of Georgia in the Russian Federation at the material time, stated that from the end of September 2006 the Georgian consulate in

Moscow had been inundated with telephone calls and requests for assistance from relatives of persons detained, and that between 200 and 300 Georgian nationals had come to the consulate every day. He also said that there had been an increase in the number of travel documents (which were necessary to expel Georgian nationals) issued during that period, with the number rising from an average of 10 to 15 documents per day to 150 per day ...

28. The respondent Government, which stated that they had only annual or half-yearly statistics, said that, in 2006, 4,022 administrative expulsion orders had been issued against Georgian nationals, which was a 39.7% increase compared with 2005. However, during that year the highest number of administrative expulsion orders had been made against Uzbek nationals (6,089), followed by Tajik nationals (4,960) and Georgian nationals (4,022), who, in reality, were only in third place. Between 1 October 2006 and 1 April 2007, 2,862 Georgian nationals had been the subject of expulsion orders. They also indicated that during October 2006 four planes chartered by the Russian Federation had flown a total of 445 Georgian nationals from Moscow to Tbilisi, and that at the end of October and the beginning of December 2006 two planes chartered by Georgia had flown 220 Georgian nationals from Moscow to Tbilisi. At the witness hearing, Mr Shevchenko, who had been Deputy Head of the Department of Immigration Control of the Federal Migration Service at the material time, said that on 6 October 2006 the flight had been with a cargo plane from the Ministry of Emergency Situations (Il-76), on 10, 11 and 17 October 2006 with a Russian airliner (Il-62M), and on 28 October and 6 December 2006 with Georgian airliners ...

29. With regard to the international governmental and non-governmental organisations, they partly reproduced the figures submitted by the applicant Government (see, *inter alia*, the PACE report, paragraph 56). HRW, for its part, also referred, in its report, to an information note of 1 November 2006 of the Federal Migration Service of the Russian Federation (HRW report, p. 37). According to HRW, that note indicated that between 29 September and 1 November 2006, 2,681 administrative expulsion orders were issued against Georgian nationals and 1,194 Georgian nationals were expelled. FIDH referred in its report to “thousands of arrests [of Georgian nationals], hundreds of detentions and expulsions to Georgia” after the incident of 27 September 2006 (FIDH report, p. 23).

## **B. Alleged existence of an expulsion policy specifically targeting Georgian nationals**

### *1. Instructions and circulars*

30. In support of their allegations, the applicant Government submitted a number of documents issued by the Main Directorate of Internal Affairs (GUV D) of St Petersburg and the Leningrad Region and by the Federal Migration Service of the Russian Federation. These refer to two circulars: circular – *приказ* – no. 0215 of 30 September 2006 issued by the Main Directorate of Internal Affairs of St Petersburg and the Leningrad Region and circular – *указание* – no. 849 of 29 September 2006 issued by the Ministry of the Interior of the Russian Federation.

31. These documents consist of the following:

(i) Three instructions of 2 and 3 October 2006 issued by the Main Directorate of Internal Affairs of St Petersburg and the Leningrad Region:

– The first instruction of 2 October 2006 (no. 122721/08), sent by Mr V.J. Piotrovskiy, Acting Head of the Main Directorate of Internal Affairs of St Petersburg and the Leningrad Region, Police Major General at the material time, to the heads of division of the Directorate, is entitled “Increasing the effectiveness of the implementation of GUV D circular no. 0215 of 30 September 2006 (§§ 6.1, 6.2 and 7)” and orders that

“1. from 2 to 4 October 2006 and in cooperation with the Territorial Directorates of the Federal Migration Service of St Petersburg and the Leningrad Region including staff of all units, large-scale measures be undertaken to identify as many citizens [*граждане*] of the Republic of Georgia as possible who are unlawfully residing on Russian territory and deport them;

2. to ‘initiate’ [*Иницицировать*] decisions before courts in cases of violations of the rules governing the residence of foreign citizens, deporting only the above-mentioned category of citizens by placing them in detention in a reception and detention centre of the Main Directorate of Internal Affairs (GUV D). The implementation of these measures is approved by the Directorate of the Federal Migration Service for St Petersburg and the Leningrad Region (UFMS) and the adoption of decisions is coordinated with the St Petersburg City Court and Leningrad Regional Court;” (the instruction in question also appears in the annex to the PACE report and to the HRW report, and is mentioned in the FIDH report, p. 26, (b) *in fine*).

– The second instruction of 2 October 2006 (no. 122721/13) and the third one (no. 122721/17) of 3 October 2006 supplement the first one. The second instruction, sent by Mr S.N. Storozhenko, Head of a division of the Main Directorate of Internal Affairs of St Petersburg and the Leningrad Region at the material time, to the heads of district police departments for combating economic crime and the heads of the Transport Department of St Petersburg, also refers to circular no. 0215. The third instruction,

sent by Mr V.D. Kudriavtsev, Acting Head of Police of St Petersburg and the Leningrad Region at the material time, to the heads of district police departments, orders the relevant authorities to submit daily reports on the number of Georgian nationals arrested for “administrative offences ... and violations of the regulations governing registration of home address”;

(ii) An order of 2 October 2006 (no. 122721/11) by Mr Kudriavtsev, referring to the implementation of paragraph 3 of circular no. 0215;

(iii) An information note of 18 October 2006 issued by the Federal Migration Service applying circular no. 849 of 29 September 2006, indicating the measures taken to reinforce supervision of the lawfulness of Georgian citizens’ residence in the Russian Federation: checks on employers recruiting Georgian citizens; checks on Georgian citizens who have committed the offences set out in Articles 18.8 to 18.11 of the Code of Administrative Offences; suspension of the issuing of certain documents to Georgian citizens (acquisition of Russian nationality, registration documents, temporary and permanent residence permits); and checks on the lawfulness of granting such documents (the information note also appears in the annex to the HRW report).

32. The respondent Government submitted that all the instructions, the order and the information note had been falsified and disputed the content as alleged by the applicant Government of the two circulars nos. 0215 and 849 to which those documents referred. However, they confirmed the existence of the two circulars, but said that these could not be provided to the Court because they were classified as “State secret”. At the witness hearing, Mr Nikishkin, Deputy Head of the Legal Department, Ministry of the Interior, Moscow, at the time of the hearing, confirmed that the instruction of 2 October 2006 (no. 122721/08) (see paragraph 31 above) purportedly issued by the Main Directorate of Internal Affairs of St Petersburg and the Leningrad Region was a forged document and that the two circulars nos. 0215 and 849 (the latter actually being a telegram) were classified as “State secret” and that they concerned a reference to various national criminal groups, but not a selective reference to Georgian nationals. They could not be disclosed because this was forbidden under Russian law ...

33. In his 2006 Annual Report, Mr V.P. Lukin, Commissioner for Human Rights of the Russian Federation (Russian Ombudsman) at the

material time, published the full text of the instruction of 2 October 2006 (no. 122721/08), on which Mr V.J. Piotrovskiy's name appears unsigned. The Commissioner said that the instruction had been sent to him by St Petersburg human rights activists and that it had been published by the local press. He commented as follows: "To call things as they are, this unprecedented document is evidence that ... [a] most senior police official entered into an arrangement with the judicial authorities with the aim of obtaining unjustified judicial rulings in relation to – as yet unidentified – persons in breach of temporary residence procedures, ignoring the specific circumstances of each of them and on the sole basis that they were Georgian citizens."

He went on to say that he had asked the Prosecutor General of the Russian Federation to check whether the document was genuine and, if so, "to take appropriate measures to bring the guilty to justice and revoke the blatantly illegal instructions contained in it" (2006 Annual Report of the Commissioner for Human Rights of the Russian Federation, point 7, "Inter-ethnic relations and human rights").

34. In his letter in reply of 8 December 2006, Mr A.E. Buksman, Deputy Prosecutor General of the Russian Federation at the material time, said that it "was established that the law-enforcement authorities of St Petersburg and the Leningrad Region regularly take measures aimed at revealing foreign nationals unlawfully residing in St Petersburg and the Leningrad Region. These measures are realised in accordance with the rules of the Russian Code of Criminal Procedure, the Russian Operational-Search Activities Act [*Об оперативно-розыскной деятельности РФ*] and departmental regulations, including those constituting a State secret. In the current year, 1,069 foreign nationals were sent back from St Petersburg to their countries of origin; 131 of them had Georgian nationality. No cases of abuse of authority were revealed on the part of officers of the militia department."

35. In his report, the Commissioner described the reply from the Deputy Prosecutor General as follows:

"... in the best bureaucratic traditions, the document gave no answer to any of the questions posed by the Commissioner. Instead, the 'reply' from the Deputy Prosecutor General included a short report on the successes of the St Petersburg law-enforcement authorities and, in a reference to departmental regulations classified as 'secret', confirmed that there was no evidence of the officials having exceeded their authority. Whether this means that as a result the sub-departments of the Directorate of Internal Affairs of St Petersburg and the Leningrad Region did not carry out their superior's manifestly illegal directions remains unclear."

2. *Requests for information sent to various schools and replies from the Russian authorities*

36. The applicant Government also submitted two letters from the Directorate of Internal Affairs of two Moscow districts – Taganskiy (Head at the material time: Mr G.S. Zakharov) and Zapadniy (Deputy Head at the material time: Mr A.V. Komarov) – sent on 2 and 3 October 2006 to schools for the purpose of identifying Georgian pupils with the aim, among other things, of “ensuring public order and respect for the law, preventing terrorist acts and tensions between children living in Moscow and children of Georgian nationality (*национальность*)” (letter from Mr Zakharov). In a letter in reply dated 4 October 2006, the director of one of those establishments at the material time (Mr Engels) said that there was no register recording pupils on the basis of their nationality (the letters from Mr Zakharov and Mr Engels also appear in the annex to the PACE report and to the HRW report). The sending of these requests for information was widely commented upon in the Russian media.

37. The respondent Government did not dispute the existence of the letters and even acknowledged that other requests of the same type had been sent to various schools at the beginning of October 2006 by the Head of the Directorate of Internal Affairs of the Butyrskiy District of Moscow (Mrs N.V. Markova at the material time), on the ground that she wanted to identify cases of bribes paid to schools by illegal immigrants, and by the Head of the Juvenile Department of the Togliatti District in the Samara Region (Mrs S.V. Volkova at the material time), on the ground that she wanted to identify cases of children living in insalubrious conditions. The respondent Government submitted that the subsequent investigations had concluded that no such official instructions had been issued by the Ministry of Internal Affairs. However, where – in isolated cases – officials had been over-zealous, they had subsequently been punished for their illegal acts. The documents submitted by the respondent Government show that the officials in question were respectively reprimanded (*выговор*), demoted and disciplined. At the witness hearing, Mrs Kulagina, Inspector, Department for the Organisation of Activities of the District Police Officers and District Supervision Officers in respect of Juveniles, Main Division of the Interior, Samara Region, at the material time, and Mr Shabas, Deputy Head of the Department of the Interior, North-Eastern Administrative District, Moscow, at the material time, confirmed that information and explained how the official investigations had been carried out and the penalties imposed on Mrs Volkova and Mrs Markova among others ...

38. The respondent Government also submitted a letter of 5 December 2006 from the Deputy Prosecutor General of the Russian Federation to all prosecutors pointing out that various Internal Affairs Directorates had acted unlawfully with regard to nationals of the Commonwealth of Independent States (CIS). He referred in particular to unjustified requests sent to schools for the purpose of identifying pupils of Georgian nationality and concluded the letter by inviting all prosecutors to intensify their supervision of the activities of those Directorates with a view to guaranteeing respect for the rights and freedoms of nationals of the CIS.

*3. Position of various international governmental and non-governmental organisations*

39. The international governmental and non-governmental organisations, for their part, referred to coordinated action between the administrative and judicial authorities, with express reference to the instruction of 2 October 2006 (no. 122721/08) and to circular no. 0215 of the Main Directorate of Internal Affairs of St Petersburg and the Leningrad Region of 30 September 2006 (see the PACE report, paragraphs 55 and 71; the HRW report, paragraph 37; and the FIDH report, pp. 26 and 27). At the witness hearing, Mr Eörsi, Rapporteur of the PACE Monitoring Committee at the material time, said that the expulsion of such a large number of Georgian nationals within such a short space of time could not have been done without the knowledge and instructions of fairly high-ranking persons among the Russian authorities.

40. The FIDH indicated, moreover, that “human rights and refugee-protection organisations present in Russia consider that a campaign conducted in such an ostensible manner throughout Russian territory can only have been initiated on a written order from the hierarchy of the Ministry of the Interior. And while the top officials of the Federal Migration Service and the Ministry of the Interior have denied giving explicit repressive orders targeting Georgians, many members of the ‘Migration and Law’ network of ‘Memorial’ [Russian non-governmental human-rights organisation] have seen in the regional departments or police stations written [instructions] containing all the elements present in the campaign. The case of the [secret circular issued by the Main Directorate of Internal Affairs of St Petersburg and the Leningrad Region] and the letters sent to schools in Moscow [(see paragraphs 36 to 37 above)] cannot be regarded as isolated cases.” (FIDH report, pp. 28-29; for requests for information sent to schools, see also the PACE report, Annex V, and the HRW report, p. 37.)

### **C. The impugned events according to the witness statements**

#### *1. Situation of Georgian nationals under the immigration rules in the Russian Federation*

41. It is in dispute between the parties whether the Georgian nationals who were expelled had complied with the immigration rules in the Russian Federation during the period in question. Many international governmental and non-governmental organisations have stressed the complexity of those rules (see paragraph 76 below).

42. With regard to the Georgian witnesses who gave evidence at the witness hearing, even though their legal situation in the Russian Federation often appeared confused, the Court notes that a majority of them were formally unlawfully resident in the Russian Federation – some for a number of years – for various reasons (for example, no valid work permit, visa or registration certificate, often issued fraudulently – unbeknown to them – by the many private agencies operating fairly widely in the Russian Federation). They stated that their papers had indeed been checked on occasions in the past, sometimes resulting in the payment of a sum of money, but that this was the first time they had been arrested and forcibly expelled from Russian territory.

43. Mr Pataridze, Consul of Georgia in the Russian Federation at the material time, said that the official procedures were difficult to carry out in practice and that many foreign nationals, including Georgians, had been tricked by private agencies, many of which acted illegally and even issued forged registration certificates. He added that in the Russian Federation recourse was commonly had to these private agencies, which advertised in all public places in large cities ...

44. Mr Azarov, Deputy Head of the Department of Immigration Control, Federal Migration Service, Moscow, at the material time, and Mr Kondratyev, Inspector from the Division of Checkout Measures No. 2 in the same department at the material time, pointed out that only the official authorities were empowered to issue such documents and that they regularly published relevant information for the attention of foreign nationals. They confirmed the existence of such private agencies, but stressed that their activities were often illegal and were the subject of criminal proceedings, without, however, providing specific examples ...

#### *2. Arrest, detention and expulsion of Georgian nationals*

45. Following the witness hearing, the impugned events may be summarised as follows: identity checks of Georgian nationals were carried out in the streets, markets and other workplaces and at their homes, and they

were subsequently arrested and taken to police stations. After a period of custody in the police stations (ranging from a few hours to one or two days, according to the witness evidence), they were grouped together and taken by bus to the courts, which summarily imposed administrative penalties on them and gave decisions ordering their administrative expulsion from Russian territory. Subsequently, after sometimes undergoing a medical visit and a blood test, they were taken to detention centres for foreigners where they were detained for varying periods of time (ranging from two to fourteen days, according to the witness evidence), and then taken by bus to various airports in Moscow, and expelled to Georgia by aeroplane. It should be pointed out that some of the Georgian nationals against whom expulsion orders were issued left the territory of the Russian Federation by their own means.

**(a) Conditions of arrest**

46. The Georgian witnesses said that they had been arrested by Russian police officers on the pretext that their identity papers were not in order. They had often been unable to take their personal effects with them or inform their relatives. When they had asked why they were being arrested, they had been told that it was because they were Georgian and that there was an order from above to expel Georgian nationals ...

47. Mr Azarov, Deputy Head of the Department of Immigration Control, Federal Migration Service, Moscow, at the material time, and Mr Kondratyev, Inspector from the Division of Checkout Measures No. 2 in the same department at the material time, said that their departments undertook, on the basis of information received, identity checks of foreign nationals or employers suspected of having broken the immigration rules in the Russian Federation.

**(b) Procedures before the courts**

48. The Georgian witnesses all stated that a very summary procedure had been followed before the courts. Often they had not even realised that they had been brought before a court ... While some of them mentioned an interview with a judge, lasting five minutes on average and with no real examination of the facts of the case ..., others said that they had not been admitted to the courtroom and had waited in the corridors, or even in the buses that had delivered them to the court ..., with other Georgian nationals (their number varied between 15 and 150). They said that they had then been ordered to sign the court decisions without having had an opportunity to read the contents or being able to obtain a copy of the decision. They had not had access to either an interpreter or a lawyer ... As a general rule, both

the judges and the police officers had discouraged them from appealing by telling them that there was an order to expel Georgian nationals, and in any event they had been so stressed at the idea of remaining in detention any longer and so eager to return to Georgia that they would have signed “anything at all”. When they had asked why they were being expelled, they had been told that it was because they were Georgians and that they should ask their President, Mr Saakashvili.

49. Mr Pataridze, Consul of Georgia in the Russian Federation at the material time, said that Russian officials had privately told him that such appeals were pointless because the decision to expel Georgians from the Russian Federation was a political one ...

50. Mr Kondratyev, Inspector from the Division of Checkout Measures No. 2, Department of Immigration Control, Federal Migration Service, Moscow, at the material time, described the procedures before the courts as follows: the defendant was brought before a judge who informed him of his rights and obligations, asked him if he wanted an interpreter and a lawyer to be present, and, if so, his request was taken into account; the judge then asked the defendant questions about his particular situation, left the room and came back with the order. If it was an expulsion order, the defendant received a copy and was taken to the detention centre for foreigners with a view to his expulsion. He had ten days in which to appeal, even after being expelled from the Russian Federation, and that time-limit could be extended ...

51. Mr Manerkin, Head of the Division for Supervision of the Execution of Federal Legislation, Prosecutor’s Office, Moscow, at the material time, explained that at the relevant time his division had identified procedural irregularities, particularly regarding the manner in which the Federal Migration Service had been drawing up reports on foreign nationals from a number of countries. In twenty-two cases those findings had led to the expulsion orders in question being set aside. He added that the Prosecutor General in charge of the Moscow Region had requested all his divisions to ensure that the rights of all foreign nationals were duly respected. He said that there had never been any instructions restricting the rights of Georgian nationals because that would be against the law, and even a crime under Russian law.

**(c) Conditions of detention**

52. The Georgian witnesses spoke of “overcrowding”, “unbearable” and “inhuman” conditions of detention and appalling conditions of hygiene, and said that their fellow detainees had mainly been Georgian nationals,

though there had sometimes been one or two other detainees of a different nationality.

53. They said that during their custody in the police stations, the cells, which were called “monkey cages”, had been tiny and overcrowded, that men and women had sometimes been detained together and that they had been unable to sit down ...

54. They said that in the detention centres for foreigners the cells were also overcrowded: the description of the size of the cells ranged from 40 to 50 sq. m for 100 detainees, 22 to 25 sq. m for 23 detainees with 10 beds ..., 6 by 8 footsteps for 30 detainees with 6 beds ..., and 25 sq. m for 40 detainees with 15 beds ... Other witnesses referred to tiny cells with 7 or 8 detainees ... or with 45 detainees and 6 beds ... The beds had consisted merely of iron bars or very thin mattresses and no blankets; the detainees had had to take it in turns to sleep; a bucket had served as a toilet and had not been separated from the rest of the cells; and there had been no decent water or food.

55. Mr Pataridze, Consul of Georgia in the Russian Federation at the material time, said that he and his team had visited more than a dozen detention centres in various regions of the Russian Federation, including those of St Petersburg and Moscow. He confirmed that there had mainly been Georgian nationals detained in the centres, that the cells were overcrowded, the conditions of detention very difficult, the hygiene appalling, and that there were too few beds and mattresses. Only detention centre no. 1 of Moscow (model centre shown to journalists) offered better conditions of detention, though it too was overcrowded ...

56. Mr Azarov, Deputy Head of the Department of Immigration Control, Federal Migration Service, Moscow, at the material time, said that he was in charge of the eight detention centres in Moscow and that he had visited all of them: the conditions of detention were the same for all foreigners, namely, large cells of approximately 50 sq. m, with beds, separate toilets, running water and hot meals served three times per day ... Other Russian witnesses said that there had never been any complaints by the Consul of Georgia or by Georgian nationals regarding the conditions of detention.

#### **(d) Conditions of expulsion**

57. The Georgian witnesses stated that they and other Georgian nationals had been taken by bus, accompanied by officers from the Russian special police force (OMON), to various Moscow airports from which they had been expelled by aeroplane to Tbilisi. They said that they had been humiliated by OMON officers, such as being obliged to pay in the bus

before being allowed to relieve themselves or smoke or take their personal effects ..., and subsequently having to walk or even run towards the aeroplane with their hands behind their back in human corridors formed by OMON officers. The first Georgian nationals to be expelled had been flown in a cargo plane (on 6 October 2006), and the next ones in airliners (on 10, 11 and 17 October 2006). Although the conditions of transport in the airliners had been acceptable, those in the cargo plane had been very rudimentary: the Georgian witnesses said that there had been two rows of benches on which women and children (twenty or so) had sat, with the men sitting on the floor or having to stand, and that a sort of tub had served as a toilet and had circulated between the rows. The estimated number of Georgian passengers in the planes varied between 80 and 150.

58. Mr Kondratyev, Inspector from the Division of Checkout Measures No. 2, Department of Immigration Control, Federal Migration Service, Moscow, at the material time, said that the cargo planes resembled airliners with slightly less comfort; in any event they had been equipped with seats or benches and with safety belts, and water and food had been served on board, and there had been toilets fixed to the floor. He had himself accompanied the cargo plane flight on 6 October 2006, and explained that the flight had lasted about three hours, that there had been about 150 passengers on board and that they had not complained about the conditions of transport but had thanked the members of his department on arrival in Tbilisi. On the way back, the same plane had flown Russian nationals from Georgia to the Russian Federation.

59. Mr Azarov, Deputy Head of the Department of Immigration Control, Federal Migration Service, Moscow, at the material time, had been present at Zhukovskoe and Domodedovo Airports and had boarded two planes carrying Georgian nationals being expelled to Georgia. He said that the planes had been equipped with seats and benches, and that water and dry biscuits had been served on board.

60. Mr Shevchenko, Deputy Head of the Department of Immigration Control of the Federal Migration Service at the material time, stated that he had been present at the airport when the Georgian nationals were expelled and stressed that there had been no baggage restrictions; on the contrary they had had their personal effects on them and the media had been present. Subsequently, in a letter of thanks sent by the Consul of Georgia to the Head of the Federal Migration Service of the town of Derbent (Dagestan), the former had congratulated the Russian authorities on their good cooperation during the expulsion procedures, and had not filed a claim.

**(e) Situation in Georgia after expulsion**

61. The Georgian witnesses stressed that they were relieved to be back in Georgia and did not envisage appealing against the expulsion orders to the consulate or embassy of the Russian Federation in Tbilisi. In any case, during the procedures before the courts in the Russian Federation both the judges and the police officers had told them several times that it was pointless to appeal because there was an order from above to expel Georgian nationals. Some also referred to practical obstacles such as the closure of the Russian consulate in Tbilisi, while others spoke of long queues outside the consulate.

62. Mr Vasilyev, Consul of the Russian Federation in Georgia at the material time, said that after the repatriation of some of the diplomatic staff of the Tbilisi embassy and consulate to the Russian Federation at the end of September 2006 the embassy had continued operating normally, during the usual opening hours (9 a.m. to 4 p.m.), with a reduced workforce of fifteen people (diplomats and administrative staff) at the embassy and three diplomats at the consulate. The Georgian nationals could therefore have lodged appeals or complaints – personally, or through the Ministry of Foreign Affairs of Georgia – which would have been transmitted to the appropriate authorities in the Russian Federation, but no appeals or complaints had been lodged. After diplomatic relations between the two countries had been broken off, from March 2009, the Russian Federation had kept an office open at the Swiss embassy in Georgia and Georgia had also kept an office open at the Swiss embassy in the Russian Federation. The respective diplomats of both countries could have been contacted there ... In their letter of 15 April 2011, the respondent Government confirmed that, following the evacuation of some of their diplomatic staff at the end of September 2006, ten members of the diplomatic staff had continued working at the Russian embassy in Tbilisi and three at the consulate.

**D. The impugned events according to various international governmental and non-governmental organisations**

*1. Overview*

63. The PACE Monitoring Committee referred to a “selective and intentional persecution campaign based on ethnic grounds, which clearly goes against the spirit of Article 14 [of the Convention] and Protocol [No. 12] to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ... whereby this group is clearly targeted through special militia operations to hunt down its population on streets, markets

or in front of strategic places (Georgian consulate in Moscow, Georgian Orthodox Church) ...” (PACE report, paragraph 53)

64. Non-governmental organisations referred to “massive operations of control and repression directed against Georgians of Moscow and other Russian cities” (FIDH report, point II, “The anti-Georgian campaign of autumn 2006”, p. 20). Georgian nationals and “ethnic Georgians” were allegedly victims of a deliberate policy of detention and expulsion (HRW report, p. 1).

65. HRW cited the comments of Mrs Ella Pamfilova, then Head of the President’s Advisory Council on Human Rights and Civil Society in the Russian Federation (State body advising the Russian President on all matters relating to civil society and human rights), who said that “administrative and legal measures applied [against Georgians] are unfounded: businesses employing ethnic Georgians are being closed down, visas and registration papers legally obtained by Georgian nationals are being cancelled, people are being illegally detained and [expelled] from Russia” (statement of 8 November 2006, HRW report, p. 30).

66. Mrs Svetlana Gannushkina, a member of the same Advisory Council, and Head of the “Migration and Law” network and Chairperson of the Civic Assistance Committee, and member of the board of the “Memorial” Human Rights Centre at the material time, said in 2006 that there had been “organised persecution of Georgian nationals”. She considered that such “harassment of a specific group of people [was] a form of inadmissible discrimination [that could] in no way be viewed as a legal method of fighting illegal migration” (speech delivered in the European Parliament on 21 November 2006).

67. Other European institutions also expressed their concern regarding the large number of Georgians expelled and asked the Russian authorities to revoke all the measures taken against Georgian nationals residing on their territory (speech of 25 October 2006 by Mrs Ferrero-Waldner, member of the European Commission for External Relations and European Neighbourhood Policy; joint motion for a resolution of 6 March 2007 of the European Parliament on the situation in South Ossetia, points I, 11 and 12; statement of 15 December 2006 of the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI)).

## *2. Arrest, detention and expulsion of Georgian nationals*

### **(a) Conditions of arrest and procedures before the courts**

68. The PACE Monitoring Committee said that the “routine of expulsions” followed a recurrent pattern all over the country: “Georgians

stopped in the streets under the pretext of examination of their documents were detained no matter whether their documents were in order or not and taken to the militia stations where they were gathered in large groups and delivered to courts, where decisions on administrative penalty with expulsion of the territory of Russia were made in accordance with preliminary agreement with the courts, with no lawyers and without the courts looking into individual circumstances, the entire procedure taking from two to ten minutes. Often, people subjected to these measures were not admitted to the trial room, detainees were kept in corridors or even in cars in which they were delivered there.” (PACE report, paragraph 59)

69. That description tallies with those of FIDH and HRW (FIDH report, pp. 23-26, under Chapter II-2, “Development of the crisis and type of persecutions”, subheading (a) “Control and arrest operations” and subheading (b) “Flagrant denial of justice and circumvention of the procedures”, and HRW report, pp. 40-53 under “Arbitrary and illegal detention and expulsion of Georgians”).

70. According to HRW: “... while many expelled [Georgian nationals] may technically have had a judicial decision ordering their expulsion, the manner in which those decisions were reached (some in group trials), the lack of representation and capacity to mount a proper case against the expulsion, and the fact that many were effectively denied the right to appeal, points to Russia’s failure to comply with its ECHR [Convention] obligations.” (HRW report, p. 13)

71. FIDH, for its part, indicated that “the persons arrested were taken in groups to the courts, which in a few minutes ordered them to be expelled from Russia, preceded by a period of detention in a temporary detention centre for foreign citizens (TsVSI), regardless of the conditions or the individual’s family situation.” (FIDH report, pp. 25-26)

It added that a lawyer from “Civic Assistance”, a Russian association, “witnessed on several occasions mass miscarriages of justice during the campaign: not only did the arrestees have no right to a lawyer, but they were most frequently brought in groups to the courts by police officers. Once there, the judges dealt with the cases as though on a production line and usually without those concerned by the expulsion orders being present and without even having regard to the circumstances of each case. These notices of expulsion were presented to the detainees; many signed thinking that they were signing a fine as part of a range of possible administrative penalties for offences against the immigration rules. On several occasions the persons concerned were discouraged in advance from appealing against the order on the ground that ‘it would make matters worse’. In some cases ‘agreements’ were signed in the deportees’ place.” (FIDH report, p. 26)

It also stated that “a number of factors point to collusion between the police and the judicial authorities, thereby establishing that this policy was devised in advance:

– in Moscow, evidence of collusion between the police and the courts lies in the fact that the latter had not listed any other cases during the periods when the police brought Georgians before the courts. They were arrested at 9 a.m. and presented as a group before the courts at 10 a.m. The judges gave a greater number of decisions in a few days than they normally give in six months.” (FIDH report, p. 26)

**(b) Conditions of detention and expulsion**

72. With regard to the conditions of detention and expulsion, the PACE Monitoring Committee referred to the witnesses it had heard during the mission undertaken by the co-rapporteurs who spoke of “overcrowding” and “unbearable” and “inhuman” conditions of detention. They had allegedly been deprived not only of medical assistance but also of any possibility of satisfying their basic needs.

That situation had resulted in the death of a 48-year-old Georgian citizen, Tengiz Togonidze, who, according to witnesses, suffered from asthma. After being detained for two weeks without medical assistance and without being able to go out into the fresh air, he had died after a journey lasting several hours between the detention centre in St Petersburg and Moscow’s Domodedovo International Airport on 17 October 2006. The Deputy Head of the Federal Migration Service at the material time, Mr Turkin, said that the detention facility in question was being closed down. The Monitoring Committee also referred to the case of a second Georgian national, Manana Jabelia, aged 52, who had died on 2 December 2006 in Moscow detention centre no. 2 after two months of inadequate medical assistance and after being refused urgent medical aid (PACE report, paragraph 60).

Lastly, the Monitoring Committee referred to the conditions in which Georgian nationals had been transported by cargo flights at the beginning of October 2006. This had been done in violation of the norms of the International Civil Aviation Organisation, as such transportation of passengers was life-threatening (PACE report, paragraph 57).

73. FIDH specified that there were “eight temporary detention centres for foreigners (TsVSIG) in Moscow and the surrounding areas, which were mainly converted former sobering-up cells. Centres no. 1 (Novoslobodskaya district), no. 2 (in Peredelkino) and no. 8 (in Mnevniky) were visited by staff from the “Civic Assistance” Committee. In front of the one on Dmitrovka Street, there was a queue of police cars nearly 2 km long waiting to offload arrested persons at a centre with space for about 320 people. Detainees said

that there had been sixteen people instead of eight per cell, and that the food rations had not been increased. Moreover, there had been so many people that the TsVSiG had not even had time to draw up the documents discharging detainees.”

FIDH also referred to four cases of death in detention or during the journey prior to expulsion (FIDH report, pp. 26-27 under subheading (c), “Conditions of detention and deaths in detention”).

74. HRW reported similar facts and also referred to four cases of death in detention (HRW report, pp. 53-57 under “Deaths of Georgians in custody”, and pp. 57-63 under “Inhuman and degrading treatment”).

On the first point, HRW also referred to the case of Mr Togonidze and that of Mrs Jabelia, who had allegedly been subjected to very tough conditions of detention and not been given the necessary medical assistance, which had resulted in their deaths. The case of two other Georgian nationals who had died in detention was also mentioned. Furthermore, the Russian authorities had allegedly failed to carry out sufficient investigations following those deaths despite their obligation to do so under Article 2 of the European Convention on Human Rights.

On the second point, HRW indicated that many Georgian nationals had been subjected to inhuman and degrading treatment on account of the poor conditions of detention and expulsion (overcrowded cells, lack of water and food, and transporting more than a hundred Georgian nationals by cargo plane).

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

### **A. Immigration laws and particular situation of Georgian nationals**

75. The entry and residence of immigrants are governed by two Laws: Federal Law no. 115-FZ of 25 July 2002 on the legal status of foreign nationals in the Russian Federation and Federal Law no. 109-FZ of 18 July 2006 on the registration in the Russian Federation of migrants who are foreign nationals or stateless persons.

Since the entry into force on 29 October 2002 of Law no. 115-FZ on the legal status of foreign nationals, all citizens of the CIS – including Georgian nationals – are required to regularise their situation by applying for a residence permit, although they were previously lawfully resident on Russian territory. Under sections 20 and 21 of that Law, they must also submit a registration application to the local offices of the Russian Federal Migration Service, in order to obtain a registration certificate indicating their place of residence. If they want to carry on a professional activity they are required to obtain a work permit and a migrant worker’s card in

accordance with section 13. A business visa (*деловая*) of variable duration is issued to foreign nationals wishing to take part in a seminar or having business contacts in the Russian Federation, but does not authorise them to work there legally.

In addition, since 5 December 2000, following the termination of the Bishkek Agreement of 9 October 1992 on visa-free travel for the citizens of several member States of the CIS, including Georgia, all Georgian nationals must apply for a visa to enter Russian territory.

### **B. Position of various international governmental and non-governmental organisations**

76. The PACE Monitoring Committee, FIDH and ECRI have underscored the lack of transitional provisions of Law no. 115-FZ of 25 July 2002 on the legal status of foreign nationals in the Russian Federation and the complexity of the procedures for obtaining residence permits, registration certificates or work permits, which put migrants in an insecure position (see the PACE report, paragraph 54; the FIDH report, pp. 12-13, which also refers to the Conclusions of 2 June 2003 of the United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), CERD/C/62/CO/7; and ECRI's third report on the Russian Federation of 16 December 2005, CRI(2006)21).

### **C. Administrative expulsion procedure**

77. Any foreign national who infringes the immigration regulations of the Russian Federation (Articles 18.8, 18.10 and 18.11 of the Code of Administrative Offences) is liable to administrative penalties and risks expulsion (Article 3.2). Any decision concerning an accusation of an administrative nature that may result in expulsion from the Russian Federation is to be taken by a judge of an ordinary court (Article 23.1 § 3). An appeal lies to a court or appeal court within ten days (Articles 30.1 § 1, 30.2 § 2 and 30.3 § 1). This deadline may be extended at the request of the appellant (Article 30.3 § 2). An appeal against an administrative expulsion order is to be examined within one day of the lodging of the appeal documents (Article 30.5 § 3), is exonerated from court fees and is of suspensive effect (Articles 31.1, 31.2 § 2, and 31.3 §§ 1, 2 and 3). Lastly, a foreign national may also lodge an appeal with the review courts against an administrative expulsion order that has become enforceable (judgments of the Constitutional Court of 22 April 2004 and 12 April 2005 on the constitutionality of Article 30.11 §§ 1, 2 and 3 of the Code of Administrative Offences).

### III. THE PARTIES' REQUESTS

#### A. The applicant Government

78. The applicant Government asked the Court to find as follows.

“I. Regarding admissibility:

(a) That the applicant's complaints are admissible as the rule regarding exhaustion of domestic remedies does not apply to these proceedings. This is because the alleged violations are part of a repetitive pattern of acts incompatible with the Convention which have been the subject of official tolerance by the Russian authorities and thus concern an administrative practice.

(b) Alternatively, that the applicant's complaints are admissible as the rule of exhaustion of domestic remedies is inapplicable since the domestic remedies of the Russian Federation were not effective and accessible within the meaning of the Convention and there existed special circumstances absolving Georgian citizens and individuals of the Georgian ethnicity from exhausting them.

(c) That the claim has been submitted within the six-month time-limit.

II. Merits: That the Russian Federation has violated Articles 3, 5, 8, 13, 14, 18 [and 38] of the Convention, Articles 1 and 2 of Protocol [No.] 1, Article 4 of Protocol [No.] 4 and Article 1 of Protocol [No.] 7.

III. Remedy: That the applicant State is entitled to just satisfaction for these violations requiring the remedial measures and compensation to the injured party.”

79. On the latter point, they asked the Court “to award just satisfaction under Article 41, namely, compensation, reparation, *restitutio in integrum*, costs, expenses and further and other relief to be specified for all the pecuniary and non-pecuniary damage suffered or incurred by the injured parties as a result of the violations and the pursuit of these proceedings”.

80. At the hearing on admissibility, the applicant Government explicitly indicated that the individual situations described in their application and referred to by the Georgian witnesses during their hearing were there only to illustrate the existence of an administrative practice. Moreover, twenty-three Georgian applicants (three of whom were heard during the witness hearing) have also lodged individual applications with the Court.

#### B. The respondent Government

81. The respondent Government, for their part, submitted that

“the witness hearing by the delegation of judges of the Grand Chamber of the Court fully supports the position of the authorities of the Russian Federation that the application *Georgia v. Russia (I)* alleging a violation of Articles 3, 5, 8, 13, 14 and 18 of the Convention, Articles 1 and 2 of Protocol No. 1, Article 4 of Protocol No. 4 and Article 1 of Protocol No. 7 to the Convention is ill-founded. In the course of the witness hearing, no evidence was produced which would indicate that at the relevant

time the authorities of the Russian Federation carried out administrative practices and collective expulsion of Georgian nationals.

During the witness hearing, the Russian authorities' arguments were objectively substantiated that in Russia there are effective domestic remedies which the witnesses subjected to administrative expulsion from the territory of Russia, as the other Georgian nationals who believed that their rights had been violated by the Russian authorities at the relevant time, should have exhausted before appealing to the Court. Accordingly, taking into account the decision as to [the] admissibility of interstate application *Georgia v. Russia (I)* of 30 June 2009, which joined to the merits the questions of complaints of the six-month rule and also that of exhaustion of domestic remedies, the authorities of the Russian Federation believe that this application shall not be examined on the merits (see the Court's judgment [in] *Markin v. Russia*, application no. 59502/00, 30 March 2006)."

## THE LAW

### I. ESTABLISHMENT OF THE FACTS AND PRINCIPLES OF ASSESSMENT OF THE EVIDENCE

82. Before undertaking an examination on the merits and an assessment of the evidence on the basis of each complaint, the Court will set out all the written and oral evidence to which it has had regard and the principles of assessment that it will apply.

#### A. Establishment of the facts

83. In order to establish the facts, the Court has based itself on the parties' observations and the many documents submitted by them, and on the statements of the witnesses heard in Strasbourg.

84. It has also had regard to the reports by international governmental and non-governmental organisations such as the Monitoring Committee of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), Human Rights Watch (HRW), the International Federation for Human Rights (FIDH) and the 2006 Annual Report of the Human Rights Commissioner of the Russian Federation (Russian Ombudsman). Some of the documents submitted by the applicant Government also appear in these reports.

##### 1. *Further documentary evidence*

85. Furthermore, in letters of 28 June 2010 and 8 March 2011 and during the witness hearing, the Court requested the respondent Government to produce the following additional documents:

(i) monthly statistics regarding the expulsion of Georgian nationals during the years 2006 and 2007, to enable a comparison to be made between

expulsions before and after the month of October 2006, during which mass arrests and expulsions of Georgian nationals allegedly began; the respondent Government replied that they kept only annual and half-yearly statistics that they had submitted to the Court;

(ii) the two circulars nos. 0215 and 849 of the end of September 2006 that had been issued by the Main Directorate of Internal Affairs of St Petersburg and the Leningrad Region and the Ministry of the Interior of the Russian Federation respectively and to which the documents submitted by the applicant Government refer; the respondent Government disputed the authenticity of those documents and said that they could not submit the circulars in question because they were classified as “State secret” (see paragraph 32 above);

(iii) the files relating to the disciplinary proceedings brought against Russian officials who had sent requests to various Russian schools asking for lists of Georgian pupils; the respondent Government submitted a copy of several documents indicating that disciplinary penalties had been imposed on the officials in question;

(iv) statistics on the number of decisions given on appeal by the Russian courts against decisions expelling Georgian nationals during the period in question (October 2006 to January 2007); in their letter in reply of 15 April 2011, the respondent Government again said that they did not have monthly statistics relating to the expulsion of Georgian nationals (the nationality of perpetrators of administrative offences did not appear in the statistics of ordinary courts and an electronic database for the entire Russian Federation had existed only since 2010), but that they could nonetheless provide information obtained manually for the period concerned from the courts of eighteen regions of the Russian Federation by providing the Court with copies of 86 appeal decisions. It should be mentioned that only 42 of these decisions concern Georgian nationals expelled during the period in question, 21 of which set aside decisions of the courts of first instance. Moreover, of the 86 appeal decisions submitted to the Court, only 8 concerned the City of Moscow and 17 the City of St Petersburg, whereas the majority of expulsions of Georgian nationals took place in those two cities. Lastly, 1 appeal decision out of the 8 concerning Moscow and 12 appeal decisions out of the 17 concerning St Petersburg concerned referrals back to the administrative authorities on the ground that the police officers had taken the Georgian nationals directly to the courts without first taking them to the Federal Migration Service as provided for by law.

## 2. *Hearing of witnesses*

86. During the week 31 January to 4 February 2011, the delegation of judges of the Grand Chamber heard a total of twenty-one witnesses, nine of whom had been proposed by the applicant Government, ten by the respondent Government and two chosen by the delegation.

87. The nine witnesses proposed by the applicant Government (except witness no. 8, wife of the late Mr Togonidze and who was an “indirect” witness to the events, and Mr Pataridze, Consul of Georgia in the Russian Federation at the material time) are Georgian nationals who were arrested, detained and expelled by the Russian authorities. Their evidence concerned the conditions of arrest, detention and expulsion in the autumn of 2006.

88. The ten witnesses proposed by the respondent Government are public officials of the Russian Federation, whose evidence concerned in particular the conditions of arrest, detention and expulsion of Georgian nationals, statistical data and the authenticity of the instructions issued by the Main Directorate of Internal Affairs of St Petersburg and the Leningrad Region and the circulars to which they refer.

89. The two witnesses chosen by the Court are Mr Eörsi, Rapporteur of the PACE Monitoring Committee at the material time, and Mr Tugushi, a human rights official with the Organization for Security and Co-operation in Europe mission in Georgia at the material time.

90. The delegation had also planned to hear other witnesses, including Mr Piotrovskiy, Acting Head of the Main Directorate of Internal Affairs of St Petersburg and the Leningrad Region at the material time, and presumed signatory to the instruction of 2 October 2006 aiming to “[increase] the effectiveness of the implementation of ... circular no. 0215 of 30 September 2006” (see paragraph 31 above). The day before his hearing, the representative of the respondent Government indicated that Mr Piotrovskiy had been urgently admitted to hospital and submitted a hospital certificate to that effect.

91. The delegation had also wanted to hear Mr Lukin, Commissioner for Human Rights of the Russian Federation at the material time, but he did not reply to the Court’s summons.

92. Lastly, the delegation had also wanted to hear Mrs Pamfilova, Head of the President’s Advisory Council on Human Rights and Civil Society in the Russian Federation at the material time. However, it was not possible to hear her as a witness because, as explained in a letter of 15 October 2010, the respondent Government informed the Court that Mrs Pamfilova was no longer a public official but a private individual and that they were therefore unable to provide the Court with her address. It should be reiterated here

that Contracting Parties have an obligation to serve any summons on a witness residing on its territory (see Rule A5 § 4, first sentence, of the Annex to the Rules of Court).

### **B. Principles of assessment of the evidence**

93. In assessing evidence, the Court has adopted the standard of proof “beyond reasonable doubt” laid down by it in two inter-State cases (see *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 161, Series A no. 25, and *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, § 113, ECHR 2001-IV) and which has since become part of its established case-law (see, *inter alia*, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], no. 48787/99, § 26, ECHR 2004-VII, and *Davydov and Others v. Ukraine*, nos. 17674/02 and 39081/02, § 158, 1 July 2010).

94. However, it has never been its purpose to borrow the approach of the national legal systems that use that standard in criminal cases. The Court’s role is to rule not on guilt under criminal law or on civil liability but on Contracting States’ responsibility under the Convention. The specificity of its task under Article 19 of the Convention – to ensure the observance by the High Contracting Parties of their engagements to secure the fundamental rights enshrined in the Convention – conditions its approach to the issues of evidence and proof. In the proceedings before the Court, there are no procedural barriers to the admissibility of evidence or predetermined formulae for its assessment. It adopts the conclusions that are, in its view, supported by the free evaluation of all evidence, including such inferences as may flow from the facts and the parties’ submissions. According to its established case-law, proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar un rebutted presumptions of fact. Moreover, the level of persuasion necessary for reaching a particular conclusion and, in this connection, the distribution of the burden of proof are intrinsically linked to the specificity of the facts, the nature of the allegation made and the Convention right at stake. The Court is also attentive to the seriousness that attaches to a ruling that a Contracting State has violated fundamental rights (see, *inter alia*, *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, § 147, ECHR 2005-VII, and *Mathew v. the Netherlands*, no. 24919/03, § 156, ECHR 2005-IX).

95. In establishing the existence of an administrative practice, the Court will not rely on the concept that the burden of proof is borne by one or other of the two Governments concerned, but will rather study all the material before it, from whatever source it originates (see *Ireland v. the United Kingdom*, and *Cyprus v. Turkey*, both cited above). In addition, the

conduct of the parties in relation to the Court's efforts to obtain evidence may constitute an element to be taken into account (see *Ireland v. the United Kingdom*; *Ilaşcu and Others*; and *Davydov and Others*, all cited above).

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 38 OF THE CONVENTION

96. Having regard to the persistent refusal of the respondent Government to provide the Court with a copy of the two circulars nos. 0215 and 849 (see paragraph 30 above), the Court considers it appropriate to begin its examination of the present case by analysing whether the respondent Government have complied with their procedural obligation under Article 38 of the Convention, which is worded as follows:

“The Court shall examine the case together with the representatives of the parties and, if need be, undertake an investigation, for the effective conduct of which the High Contracting Parties concerned shall furnish all necessary facilities.”

### A. The parties' submissions

#### 1. *The applicant Government*

97. The applicant Government submitted that the respondent Government had not given a sufficient explanation for its refusal to provide the Court with circulars nos. 0215 and 849. Referring to the Court's relevant case-law, they asked the Court to draw favourable inferences as to the well-foundedness of their allegations and to conclude that there had been a violation of Article 38 of the Convention.

#### 2. *The respondent Government*

98. The respondent Government, for their part, stated that they were not in a position to provide the Court with the circulars because these were classified as “State secret” and could not be disclosed. According to the Ministry of the Interior of the Russian Federation, the circulars contained no order requiring the administrative entities of the Russian Federation to take measures wilfully infringing the rights of Georgian nationals. At the witness hearing, Mr Nikishkin, Deputy Head of the Legal Department, Ministry of the Interior, Moscow, at the time of the hearing, confirmed that the instruction of 2 October 2006 purportedly issued by the Main Directorate of Internal Affairs of St Petersburg and the Leningrad Region was a forgery and that the two circulars nos. 0215 and 849 (the latter being a telegram) were classified as “State secret” and contained a reference to various national criminal groups, but no selective reference to Georgian nationals. Their disclosure was forbidden under Russian law ...

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

### *1. General principles*

99. The Court reiterates the following general principles that it has developed regarding individual applications and which should also be applied to inter-State applications:

“... it is of the utmost importance for the effective operation of the system of individual petition instituted under Article 34 of the Convention that States should furnish all necessary facilities to make possible a proper and effective examination of applications. This obligation requires the Contracting States to furnish all necessary facilities to the Court, whether it is conducting a fact-finding investigation or performing its general duties as regards the examination of applications. A failure on a Government's part to submit such information which is in their hands without a satisfactory explanation may not only give rise to the drawing of inferences as to the well-foundedness of the applicant's allegations, but may also reflect negatively on the level of compliance by a respondent State with its obligations under Article 38 of the Convention (see *Tabsin Acar v. Turkey* [GC], no. 26307/95, §§ 253-54, ECHR 2004-III; *Timurtaş v. Turkey*, no. 23531/94, §§ 66 and 70, ECHR 2000-VI; and *Tanrıkulu v. Turkey* [GC], no. 23763/94, § 70, ECHR 1999-IV.” (See *Janowiec and Others v. Russia* [GC], nos. 55508/07 and 29520/09, § 202, ECHR 2013.)

### *2. Application of these principles*

100. In the present case, the Court notes that in a letter of 28 June 2010 it asked the respondent Government to provide it with a copy of circulars nos. 0215 and 849 – to which reference is made in Instruction no. 122721/08 of 2 October 2006 issued by the Main Directorate of Internal Affairs of St Petersburg and the Leningrad Region, Order no. 122721/11 of 2 October 2006 of the Acting Head of Police of St Petersburg and the Leningrad Region, and the information note of 18 October 2006 issued by the Federal Migration Service (see paragraphs 30-31 above) – and which it considers as essential documents for establishing the facts of the present case.

101. At the witness hearing, the delegation of judges orally reiterated to the respondent Government's representative the Court's request for a copy of the two circulars, drawing his attention to Rules 44A to 44C (Duty to cooperate with the Court) and Rule 33 (Public character of documents) of the Rules of Court.

102. In a second letter of 8 March 2011, the Court repeated its request in writing and also referred to the above-mentioned Rules, stating expressly, in accordance with the wording of Rule 44C that “[w]here a party fails to adduce evidence or provide information requested by the Court or to divulge relevant information of its own motion or otherwise fails to participate

effectively in the proceedings, the Court may draw such inferences as it deems appropriate”.

103. The respondent Government, for their part, did not dispute the existence of the circulars, but submitted that their content did not correspond to the applicant Government’s allegations, while refusing to provide the Court with copies on the grounds that they were classified as “State secret” and that their disclosure was forbidden under Russian law.

104. The Court reiterates that “in cases in which there are conflicting accounts of the events, the Court is inevitably confronted when establishing the facts with the same difficulties as those faced by any first-instance court. When, as in the instant case, the respondent Government have exclusive access to information capable of corroborating or refuting the applicant [Government]’s allegations, any lack of cooperation by the Government without a satisfactory explanation may give rise to the drawing of inferences as to the well-foundedness of the applicant [Government]’s allegations” (see *Imakayeva v. Russia*, no. 7615/02, § 111, ECHR 2006-XIII).

105. Furthermore, as it has already indicated in cases relating to documents classified as “State secret”, the respondent Government cannot base themselves on provisions of domestic law to justify their refusal to comply with the Court’s request for the production of evidence (see, *mutatis mutandis*, *Davydov and Others*, cited above, § 170; *Nolan and K. v. Russia*, no. 2512/04, § 56, 12 February 2009; and *Janowiec and Others*, cited above, § 206).

106. Lastly, the Court notes in the instant case that the respondent Government have failed to provide a specific explanation for the secrecy of the circulars in question. It thus has serious doubts as to that classification since even if they were internal documents, in order to be implemented the circulars had to be brought to the attention of a large number of public officials at various administrative levels.

107. The Court reiterates that one of the criteria it has adopted in assessing the secrecy of a document is whether it was known to anyone outside the secret intelligence and the highest State officials (see, *mutatis mutandis*, *Nolan and K.*, cited above, § 56, and *Janowiec and Others*, cited above, § 206).

108. Even assuming that the respondent Government had legitimate security interests in not disclosing the circulars in question, it should be pointed out that the Court had drawn their attention to the possibilities provided for in Rule 33 § 2 of the Rules of Court of limiting public access (see, *mutatis mutandis*, *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, no. 36378/02, §§ 15-17, 246 and 362, ECHR 2005-III, where the

President of the Chamber had given assurances of confidentiality of certain documents submitted by the Russian Government).

109. Having regard to all those factors, the Court considers that the respondent Government have fallen short of their obligation to furnish all necessary facilities to the Court in its task of establishing the facts of the case, as required under Article 38 of the Convention. It will draw all the inferences that it deems relevant regarding the well-foundedness of the applicant Government's allegations on the merits.

110. There has accordingly been a violation of Article 38 of the Convention.

### III. ALLEGED EXISTENCE OF AN ADMINISTRATIVE PRACTICE, EXHAUSTION OF DOMESTIC REMEDIES, AND SIX-MONTH RULE

111. The Court reiterates that in its admissibility decision the Chamber noted the existence of "prima facie evidence" of an administrative practice, but joined to the merits "the examination of all the other questions concerning the existence and scope of such an administrative practice, as well as its compatibility with the provisions of the Convention" and the question of the application of the six-month rule. It also joined to the merits, as closely related to the existence of an administrative practice, "the question of the application of the rule of exhaustion of domestic remedies and compliance with it" in the circumstances of the present case (see *Georgia v. Russia (I)* (dec.), no. 13255/07, §§ 44-46 and 50, 30 June 2009).

#### **A. Administrative practice and exhaustion of domestic remedies**

##### *1. The parties' submissions*

###### **(a) Administrative practice**

###### *(i) The applicant Government's submissions*

112. The applicant Government argued, as their principal submission, that the two constituent elements of an administrative practice, namely, the repetition of acts and official tolerance, were present in this case.

113. With regard to the repetition of acts, the witnesses called by the applicant Government had confirmed to the delegation of judges of the Grand Chamber that the arrest, detention and expulsion of Georgian nationals by the Russian Federation in the autumn of 2006 had been of an organised nature. Furthermore, while they had never encountered any difficulties before, their papers had suddenly no longer been in order. This was further evidence that the actions of the Russian authorities had been sufficiently numerous and well organised to conclude that there had

been a pattern of violations, ruling out the contention that these had been exceptional and isolated cases. The existence of an administrative practice became especially obvious if regard was had to the increased number of Georgian nationals expelled in the autumn of 2006 compared with the previous or following months and years. This was also corroborated by the fact that the respondent Government had not contested that they had suspended postal services with Georgia, and that on 5 November 2006 the Federal Assembly (bicameral legislature) of the Russian Federation had toughened the measures enacted against violations of immigration law. Lastly, the applicant Government referred to the reports of several international governmental and non-governmental organisations (including in particular that of HRW) and the media on the problem of racism and xenophobia in the Russian Federation generally, as well as the anti-Georgian policy which had manifested itself in the autumn of 2006.

114. With regard to official tolerance, the applicant Government referred in particular to the HRW report which indicated that both lower and higher levels of the Russian Government had worked together to conduct mass expulsions of Georgians. The report referred to widespread document inspections of ethnic Georgians by the police and, above all, to the instructions from the Main Directorate of Internal Affairs of St Petersburg and the Leningrad Region to the police, the Federal Migration Service and the courts to take necessary actions to identify and expel Georgian nationals. Moreover, the statements of the victims and the reports by international governmental and non-governmental organisations and the media proved both the existence of instructions based on circulars nos. 0215 and 849 and the content of those circulars. The applicant Government referred in particular to the 2006 Annual Report of the Commissioner for Human Rights of the Russian Federation. Lastly, requests for lists of Georgian pupils with a view to identifying their parents had been sent by Russian officials to a number of schools in the Russian Federation. The fact that the persons making such requests, which were clearly illegal, had not been duly punished was further proof of the discriminatory policy conducted against Georgian nationals in the autumn of 2006.

*(ii) The respondent Government's submissions*

115. The respondent Government denied those allegations. In their view, the witness hearing by the delegation of judges of the Grand Chamber had provided no evidence to confirm the assertions by the Georgian authorities that the Russian Federation, in response to the arrest of the Russian officers accused of espionage, had organised and authorised the

oppression of Georgian nationals and organised their mass illegal arrest and collective expulsion.

116. The respondent Government submitted that their actions against Georgian nationals regarding their liability for administrative offences and the measures expelling them from Russian territory had been in accordance with the law and pursued a legitimate aim, and had never been connected with or motivated by the ethnic status of Georgian nationals or their nationality. The Russian authorities had never exercised against Georgian nationals any administrative practice or collective expulsion within the meaning of the Convention.

117. They considered in particular that the applicant Government had provided no proof of the authenticity of the instructions issued by the Main Directorate of Internal Affairs of St Petersburg and the Leningrad Region – including the one of 2 October 2006 signed by Mr Piotrovskiy of which a “purported” copy appeared in, among others, the annex to the PACE report, the annex to the HRW report and the report of the Commissioner for Human Rights of the Russian Federation – referring to coordination of an expulsion policy between the administrative and judicial authorities specifically targeting Georgian nationals. The very mention of such coordination was particularly absurd since the Russian courts were independent of the executive. Moreover, during the witness hearing, the Russian officials had confirmed that no such instructions had ever been issued. The same was true of the order of 2 October 2006 by the Acting Head of Police of St Petersburg and the Leningrad Region and the information note of 18 October 2006 from the Federal Migration Service. The only instructions to which the Russian officials had referred had been those issued by the Deputy Prosecutor General who had asked all prosecutors to reinforce their supervision in order to guarantee respect for the constitutional rights and freedoms of CIS nationals (see paragraph 38 above). With regard to circulars nos. 0215 and 849 on which those instructions were allegedly based and the order and information note, the respondent Government disputed their content as alleged by the applicant Government.

118. Moreover, the Russian officials who had requested the production of lists of Georgian pupils from schools in the Russian Federation were isolated cases (there had been only four requests in all in respect of two administrative entities) and had been duly punished, as had been confirmed at the witness hearing.

119. The respondent Government also disputed the statistical evidence produced by the applicant Government, considering that reference by the Georgian authorities to an unprecedented mass expulsion of Georgian nationals during the period under consideration in order to substantiate

allegations of a massive “anti-Georgian campaign” were not supported by any official statistical data. They contested, generally, the relevance of the information given in certain reports, including, in particular, the HRW report and the report of the PACE Monitoring Committee, alleging that this was to a large extent based on statements by the Georgian authorities or Georgian nationals and uncorroborated by documents or other admissible evidence. Those reports could not therefore be relied upon to conclude that there had been serious violations by the respondent Government.

**(b) Exhaustion of domestic remedies**

*(i) The applicant Government’s submissions*

120. In the alternative, and in the event that the rule of exhaustion of domestic remedies were to apply in the present case, the applicant Government submitted that the remedies referred to by the respondent Government were ineffective and inaccessible in the specific context of the case. Moreover, the general context of the anti-Georgian campaign carried out by the Russian authorities and resulting in mass human rights violations had dispensed Georgian nationals from the duty to use those remedies.

In particular, while they were still in the Russian Federation, the Georgian nationals had not appealed against the expulsion orders because they had not been informed of that possibility and in some instances had even been forced by Russian officials to sign forms waiving their right of appeal. Subsequently, once they had been expelled, they had no longer been able to lodge an appeal because all means of communication between the two States had been cut off and it had not been possible to use the services of the Georgian consulate in the Russian Federation or those of the consulate of the Russian Federation in Georgia. Furthermore, the expulsion orders had been subjective and had infringed the rules of the Russian Code of Administrative Offences according to which such decisions could not be enforced before the end of the maximum eleven-day appeal period (see paragraph 77 above). Lastly, the deficiencies of the decisions submitted by the respondent Government in their letter of 15 April 2011 (see paragraph 85 *in fine* above) confirmed that the domestic remedies had been ineffective at the material time.

*(ii) The respondent Government’s submissions*

121. In the respondent Government’s submission, it was clear from the witness hearing that all the Georgian nationals called by the applicant Government had been unlawfully resident in the Russian Federation and could have made use of accessible and effective domestic remedies by which

to challenge the expulsion orders. Prior to their actual expulsion, they could have appealed against, or applied for judicial review of, or appealed on points of law against the court decisions against them. In their letter of 15 April 2011 sent in reply to the Court at the latter's request, the Russian authorities had set out in detail the legal safeguards available under Russian law providing judicial protection in the event of such violations and a list of examples of decisions of the Russian courts ruling on appeal in proceedings brought by Georgian nationals. That information was entirely consistent with the statistical data concerning the number of Georgian nationals expelled from Russia and with the statements of the Russian authorities asserting that they had never conducted an "anti-Georgian campaign" at the material time or carried out a collective expulsion of Georgian nationals. The Georgian nationals could also have applied to the public prosecutor's office, which had power under Russian law to lodge an appeal (*npomecm*) on points of law or to request a review of the decision.

## 2. *The Court's assessment*

### (a) **General principles**

122. The Court reiterates that an administrative practice comprises two elements: the "repetition of acts" and "official tolerance" (see *France, Norway, Denmark, Sweden and the Netherlands v. Turkey*, nos. 9940-9944/82, Commission decision of 6 December 1983, Decisions and Reports 35, p. 163, § 19, and *Cyprus v. Turkey*, cited above, § 99).

123. As to the "repetition of acts", the Court describes these as "an accumulation of identical or analogous breaches which are sufficiently numerous and inter-connected to amount not merely to isolated incidents or exceptions but to a pattern or system" (see *Ireland v. the United Kingdom*, cited above, § 159, and *Cyprus v. Turkey*, cited above, § 115).

124. By "official tolerance" is meant that illegal acts "are tolerated in the sense that the superiors of those immediately responsible, though cognisant of such acts, take no action to punish them or to prevent their repetition; or that a higher authority, in face of numerous allegations, manifests indifference by refusing any adequate investigation of their truth or falsity, or that in judicial proceedings a fair hearing of such complaints is denied". To this latter element, the Commission added that "any action taken by the higher authority must be on a scale which is sufficient to put an end to the repetition of acts or to interrupt the pattern or system" (see *France, Norway, Denmark, Sweden and the Netherlands v. Turkey*, cited above, pp. 163-64, § 19). In that connection, the Court has observed that "it is inconceivable that the higher authorities of a State should be, or at least should be entitled

to be, unaware of the existence of such a practice. Furthermore, under the Convention those authorities are strictly liable for the conduct of their subordinates; they are under a duty to impose their will on subordinates and cannot shelter behind their inability to ensure that it is respected” (see *Ireland v. the United Kingdom*, cited above, § 159).

125. With regard to the rule on exhaustion of domestic remedies, the Court reiterates that, according to its case-law in inter-State cases, the rule does not in principle apply where the applicant Government “complains of a practice as such, with the aim of preventing its continuation or recurrence, but does not ask ... the Court to give a decision on each of the cases put forward as proof or illustrations of that practice” (see *Ireland v. the United Kingdom*, cited above, § 159). In any event, it does not apply “where an administrative practice, namely a repetition of acts incompatible with the Convention and official tolerance by the State authorities, has been shown to exist and is of such a nature as to make proceedings futile or ineffective” (see *Ireland v. the United Kingdom*, cited above, § 159; *Akdivar and Others v. Turkey*, 16 September 1996, § 67, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV; and *Cyprus v. Turkey*, cited above, § 99).

126. However, the question of effectiveness and accessibility of domestic remedies may be regarded as additional evidence of whether or not such a practice exists (see, in particular, *Cyprus v. Turkey*, cited above, § 87).

127. The Court considers that an examination of this question jointly with the question of the existence of an administrative practice is particularly appropriate in the present case.

**(b) Application of these principles**

*(i) Administrative practice*

128. In the present case, the Court is not required to give a ruling on individual violations of rights guaranteed by the Convention; however, the individual cases that have been brought to its attention can be examined as evidence of a possible practice (see *Ireland v. the United Kingdom*, cited above, § 157 *in fine*).

129. In order to determine whether or not there was an administrative practice, the Court will assess the evidence available to it in the light of the criteria defined above (see paragraphs 93-95 above).

130. In that connection, it notes first of all that the statistical data adduced by the parties differs as to the exact number of Georgian nationals arrested, detained and expelled during the period in question (end September 2006 to end January 2007 – see paragraphs 27-28 above).

131. Indeed, the applicant Government claimed that 4,634 expulsion orders had been issued against Georgian nationals during that period, of whom 2,380 had been detained and forcibly expelled, and the remaining 2,254 had left the country by their own means, with a sharp increase in the number of expulsions recorded from the beginning of October 2006 as compared with the previous period.

132. The respondent Government, for their part, while maintaining that they had only annual or half-yearly statistics, stated that in 2006, 4,022 administrative expulsion orders had been issued against Georgian nationals and added that between 1 October 2006 and 1 April 2007, 2,862 Georgian nationals had been the subject of expulsion orders.

133. The Court notes that the respondent Government submitted statistics in respect of a period ranging from 1 October 2006 to 1 April 2007, which does not correspond to half a calendar year and suggests that monthly statistics were collected.

134. Having regard to the failure to communicate monthly statistics for the years 2006 and 2007, the Court is not in a position to accept that the number indicated by the respondent Government corresponds to the exact number of Georgian nationals expelled during the period in question.

135. Accordingly, it considers that there is nothing enabling it to establish that the applicant Government's allegations as to the number of nationals expelled during the period in question and their sharp increase as compared with the period preceding October 2006 are not credible. In its examination of the present case it therefore assumes that during the period in question more than 4,600 expulsion orders were issued against Georgian nationals, of whom approximately 2,380 were detained and forcibly expelled.

136. In the light of all the material in its possession, the Court observes that the events in question occurred at the same time, namely, at the end of September or the beginning of October 2006: the issuing of the circulars and instructions, mass arrests and expulsions of Georgian nationals, flights from Moscow to Tbilisi and letters sent by Russian officials to schools. The concordance in the description of the impugned events given by the international governmental and non-governmental organisations is also significant in this regard (see paragraphs 63-74 above).

137. The respondent Government disputed the probative value of the information contained in the reports by these organisations.

138. However, the Court would reiterate that, as "master of its own procedure and its own rules ..., [it] has complete freedom in assessing not only the admissibility and the relevance but also the probative value of each item of evidence before it" (see *Ireland v. the United Kingdom*, cited above, § 210 *in fine*). It has often attached importance to the information

contained in recent reports from independent international human rights protection associations or governmental sources (see, *mutatis mutandis*, *Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, § 131, ECHR 2008; *NA. v. the United Kingdom*, no. 25904/07, § 119, 17 July 2008; *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], no. 30696/09, §§ 227 and 255, ECHR 2011; and *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], no. 27765/09, § 118, ECHR 2012). In order to assess the reliability of these reports, the relevant criteria are the authority and reputation of their authors, the seriousness of the investigations by means of which they were compiled, the consistency of their conclusions and whether they are corroborated by other sources (see, *mutatis mutandis*, *Saadi*, cited above, § 143; *NA. v. the United Kingdom*, cited above, § 120; and *Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, nos. 8319/07 and 11449/07, § 230, 28 June 2011).

139. In the instant case, having regard to the thoroughness of the investigations by means of which these reports were compiled and the fact that in respect of the points at issue their conclusions tally and confirm the statements of the Georgian witnesses, the Court does not see any reason to question the reliability of these reports.

140. Moreover, the Court considers that following its finding of a violation of Article 38 of the Convention, there is a strong presumption that the applicant Government's allegations regarding the content of the circulars ordering the expulsion specifically of Georgian nationals are credible.

141. The same applies to the authenticity of the other documents submitted by the applicant Government and referring to these circulars, including in particular instruction no. 122721/08 of 2 October 2006 issued by the Main Directorate of Internal Affairs of St Petersburg and the Leningrad Region (see paragraph 31 above).

142. That instruction, which implements circular no. 0215, expressly mentions the expulsion of "citizens of the Republic of Georgia" unlawfully resident in the Russian Federation. It orders the expulsion of "only" those citizens by placing them in detention in a reception and detention centre of the Main Directorate of Internal Affairs. Above all, it indicates that "the adoption of decisions is coordinated with the St Petersburg City Court and Leningrad Regional Court".

143. The Court also refers to the reports of the governmental and non-governmental organisations referring to this instruction (see the PACE and HRW reports, to which it is annexed, and the FIDH report, p. 26 (b) *in fine* – see paragraphs 39-40 above), and to the finding of the Commissioner for Human Rights of the Russian Federation, who mentioned it in his 2006 Annual Report, considering that the reply from the Deputy Prosecutor General to his request for information as to the authenticity of

that instruction was unsatisfactory (see paragraph 35 above). It should be noted in this connection that in his reply of 8 December 2006 the Deputy Prosecutor General did not state that the instruction in question was not authentic (see paragraph 34 above).

144. Lastly, it is not disputed that at the beginning of October 2006 letters were sent by officials from the Directorates of Internal Affairs of various Moscow districts and the Samara Region to school principals requesting a list of Georgian pupils for various reasons (such as to maintain public order, prevent acts of terrorism and tensions between children living in Moscow and Georgian children, detect cases of bribes paid to schools by illegal immigrants and identify cases of children living in insalubrious conditions) (see paragraphs 36-37 above).

145. It should be noted that no request of this type was sent prior to the beginning of October. Even if not many were sent and the possibility cannot be ruled out that they were sent by zealous officials acting on their own initiative, it is a striking fact that these letters were sent at the same time as the date of the circulars and instructions. Moreover, at the witness hearing, the Russian officials confirmed that such actions were strictly prohibited by law and so it is surprising that several officials broke the law in force simultaneously and on their own initiative. Lastly, the Court notes that the penalties imposed on the officials amounted to a reprimand, a demotion and disciplinary measures (see paragraph 37 above).

146. Accordingly, it considers that the evidence submitted by the respondent Government – particularly the two letters of December 2006 from the Deputy Prosecutor General and the reports of investigations by the Russian authorities following the requests for information sent to various schools – is not capable of refuting the allegations of “official tolerance” of such illegal acts by the Russian authorities.

*(ii) Domestic remedies*

147. With regard to the effectiveness and accessibility of the domestic remedies, the Court notes first of all that the statements of the Georgian witnesses match each other regarding the conditions of their arrest and the very summary procedures before the courts in the Russian Federation (see paragraphs 45-46 and 48-49 above).

148. The same is true of the description of those events by the international governmental and non-governmental organisations, which refer in particular to coordination between the administrative and judicial authorities (see paragraphs 39-40 and 68-71 above).

149. The Court notes that the Georgian nationals were arrested, detained and expelled for alleged breaches of Articles 18.8, 18.10 and

18.11 of the Code of Administrative Offences (for example, no valid work permit, visa or registration certificate) and that the orders were issued by the ordinary courts.

150. It does not doubt that remedies exist before the higher courts in the Russian Federation against arrest and detention and against expulsion orders, as stated by the respondent Government in their various sets of observations and as described by the Russian officials at the witness hearing (see also *Niyazov v. Russia*, no. 27843/11, §§ 87 et seq., 16 October 2012).

151. However, the Court must take realistic account not only “of the existence of formal remedies in the legal system of the Contracting Party concerned but also of the general legal and political context in which they operate as well as the personal circumstances of the applicants” (see, *mutatis mutandis*, *Akdivar and Others*, cited above, § 69).

152. Having regard to all the material in its possession, the Court considers that during the period in question there were real obstacles for the Georgian nationals in using those remedies, both during the proceedings before the Russian courts in the Russian Federation and once they had been expelled to Georgia.

153. It considers that in the Russian Federation those obstacles arose as a result of the procedures carried out before the Russian courts as described by the Georgian witnesses, namely, that they had been brought before the courts in groups. While some referred to an interview with a judge lasting an average of five minutes and with no proper examination of the facts of the case, others said that they had not been allowed into the courtroom and had waited in the corridors, or even in the buses that had delivered them to the court, with other Georgian nationals. They said that they had subsequently been ordered to sign the court decisions without having been able to read the contents or obtain a copy of the decision. They had had neither an interpreter nor a lawyer. As a general rule, both the judges and the police officers had discouraged them from appealing, telling them that there had been an order to expel Georgian nationals.

154. Furthermore, the climate of precipitation and intimidation in which these measures were taken also explains the reluctance of the Georgian nationals to use those remedies.

155. In that connection, the Court accords more credibility to the description of those procedures by the Georgian witnesses, which matches that of the international governmental and non-governmental organisations, than that of the Russian officials, which appears improbable having regard to the number of Georgian nationals expelled during the period in question.

156. In Georgia, over and above the psychological factor, it considers that there were practical obstacles in using these remedies because of the

closure of transport links between the two countries. Furthermore, it was very difficult to contact the consulate of the Russian Federation in Georgia, which was very short-staffed with only three diplomats at the material time.

157. The Court considers, further, that as no monthly statistics were provided on the number of expulsion orders issued against Georgian nationals by the Russian courts specifically during the period in question, the documents submitted by the respondent Government in their letter of 15 April 2011 (see paragraph 85 *in fine* above) do not provide adequate proof that those remedies were effective and accessible at the material time and had a reasonable prospect of success.

158. In particular, the number of appeal decisions (42) submitted appears minimal having regard to the number of territorial entities existing in the Russian Federation and to the number of expulsion orders issued against Georgian nationals during that period (see paragraph 135 above). The number of appeal decisions submitted also appears derisory for the cities of Moscow (8) and St Petersburg (17), considering that most of the expulsions of Georgian nationals during the period in question were carried out in those cities, where the majority of them also live.

(iii) *Conclusion*

159. Having regard to all those factors, the Court concludes that from October 2006 a coordinated policy of arresting, detaining and expelling Georgian nationals was put in place in the Russian Federation which amounted to an administrative practice for the purposes of Convention case-law. Accordingly, the objection raised by the respondent Government on the ground of non-exhaustion of domestic remedies must be dismissed.

**B. Six-month rule**

160. The Court reiterates that “in the absence of remedies, this time-limit is to be calculated from the date of the act or decision which is said not to comply with the Convention” (see, *inter alia*, *Georgia v. Russia (I)* (dec.), cited above, § 47).

161. Although the Chamber reserved the question in order to join it to the merits, neither of the two Governments submitted any observations in that regard. The applicant Government merely asked the Court to find that the application had been lodged within the six-month time-limit provided for in the Convention.

162. In the present case, the application was lodged with the Court on 26 March 2007, while the orders expelling Georgian nationals complained of by the applicant Government were issued after 27 September 2006.

163. Accordingly, the Court considers that the six-month time-limit provided for in the Convention has been complied with.

#### IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 4 OF PROTOCOL NO. 4

164. The applicant Government relied on Article 4 of Protocol No. 4, which reads as follows:

“Collective expulsion of aliens is prohibited.”

##### **A. The parties’ submissions**

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

165. The applicant Government submitted that the respondent State had collectively expelled Georgians from the territory of the Russian Federation, and denied them the right to have their cases examined by a court. A matter of serious concern, in their view, was the fact that during the judicial proceedings the persons subject to an expulsion order had never had their cases examined on the merits. As could be ascertained from the witness hearing and the reports of the international governmental and non-governmental organisations, the courts had not wished to hear the submissions of the Georgian nationals, and the latter had been unable to submit their grounds of appeal against their expulsion. The judges had used the same standard form for all the expulsion orders, merely entering the relevant names and dates, without examining the factual circumstances of each case. Some of the victims had not even had the opportunity of appearing before the court.

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

166. The respondent Government disputed those allegations and submitted that the present case differed greatly from the case of *Čonka v. Belgium* (no. 51564/99, ECHR 2002-I), because the authorities of the Russian Federation had never stated that they had collectively expelled Georgian nationals and had issued no such instructions to the relevant officials. Moreover, the Georgian nationals had not been summoned before the relevant authorities of the Ministry of the Interior and a large number of them had been able to leave the Russian Federation by their own means. Lastly, every Georgian national against whom proceedings had been brought for an administrative offence and who had been the subject of an administrative expulsion order had had his or her case individually examined in accordance with Russian law. The respondent Government challenged the credibility of the statements of the Georgian witnesses in that connection and referred to those of the Russian officials. According

to the respondent Government, the present case more closely resembled the case of *Sultani v. France* (no. 45223/05, ECHR 2007-IV) because, as in that case, the respondent Government had organised, in October 2006, special direct flights transporting Georgian nationals between Moscow and Tbilisi on the basis of agreements with the Georgian embassy in the Russian Federation, owing to the fact that air links between the Russian Federation and Georgia had been suspended. The expulsion of illegal immigrants and persons who had otherwise infringed the statutory provisions on residence in Russian territory was a sovereign right and an obligation of the Russian State in order to guarantee national and international security.

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

### *1. General principles*

167. The Court reiterates its case-law according to which “collective expulsion, within the meaning of Article 4 of Protocol No. 4, is to be understood as any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group” (see *Čonka*, cited above, § 59). The Court has subsequently specified that “the fact that a number of aliens are subject to similar decisions does not in itself lead to the conclusion that there is a collective expulsion if each person concerned has been given the opportunity to put arguments against his expulsion to the competent authorities on an individual basis” (see, among other authorities, *Sultani*, cited above, § 81, and *Hirsi Jamaa and Others*, cited above, § 184). That does not mean, however, that where there has been a reasonable and objective examination of the particular case of each individual “the background to the execution of the expulsion orders plays no further role in determining whether there has been compliance with Article 4 of Protocol No. 4” (see *Čonka*, cited above, § 59).

168. With regard to the scope of application of Article 4 of Protocol No. 4, the Court notes that the wording of the provision does not refer to the legal situation of the persons concerned, unlike Article 1 of Protocol No. 7 which the Court will examine below (see paragraphs 228-31 below). Moreover, it can be seen from the commentary on the draft of Protocol No. 4 that, according to the Committee of Experts, the aliens to whom Article 4 refers are not only those lawfully residing within the territory, but also “all those who have no actual right to nationality in a State, whether they are passing through a country or reside or are domiciled in it, whether they are refugees or entered the country on their own initiative, or whether they

are stateless or possess another nationality” (Article 4 of the Committee’s final draft, p. 505, § 34).

169. In accordance with that interpretation, in the cases that have been brought before it the Court has applied Article 4 of Protocol No. 4 to persons who, for various reasons, were residing within the territory of a State or were intercepted on the high seas on ships flying the flag of the respondent State and returned to the State of origin (see, *inter alia*, *Čonka*; *Sultani*; and *Hirsi Jamaa and Others*, all cited above).

## 2. *Application of these principles*

170. In the present case, Article 4 of Protocol No. 4 is therefore applicable independently of the question whether or not the Georgian nationals were lawfully resident within the territory of the Russian Federation.

171. On the merits, the Court must determine whether the expulsion measures were taken following, and on the basis of, a reasonable and objective examination of the particular situation of each of the Georgian nationals while having regard to the general context at the material time.

172. In that connection, it refers here as well to the concordant description given by the Georgian witnesses and international governmental and non-governmental organisations of the very summary procedures conducted before the Russian courts (see paragraphs 48-49 and 68-71 above).

Thus, the PACE Monitoring Committee said that the “routine of expulsions” followed a recurrent pattern all over the country: “Georgians stopped in the streets under the pretext of examination of their documents were detained no matter whether their documents were in order or not and taken to the militia stations where they were gathered in large groups and delivered to courts, where decisions on administrative penalty with expulsion of the territory of Russia were made in accordance with preliminary agreement with the courts, with no lawyers and without the courts looking into individual circumstances, the entire procedure taking from two to ten minutes. Often, people subjected to these measures were not admitted to the trial room, detainees were kept in corridors or even in cars in which they were delivered there” (PACE report, paragraph 59).

173. Furthermore, the international organisations indicated that the mass arrests and expulsions of Georgian nationals had started at the beginning of October 2006 and referred to coordination between the administrative and judicial authorities (see paragraphs 39-40 and 68-71 above).

174. In the Court’s view, the present case more closely resembles the above-cited case of *Čonka*, in which it found that there had been

collective expulsion having regard to all the circumstances surrounding the implementation of the expulsion orders, than the above-cited case of *Sultani*, in which it held that the relevant authority had taken account of the personal situation of the applicant – an asylum-seeker of Afghan nationality – and the alleged risks in the event of his return to his country of origin.

175. The particularity of the present case lies in the fact that during the period in question the Russian courts made thousands of expulsion orders expelling Georgian nationals (see paragraph 135 above). Even though, formally speaking, a court decision was made in respect of each Georgian national, the Court considers that the conduct of the expulsion procedures during that period, after the circulars and instructions had been issued, and the number of Georgian nationals expelled – from October 2006 – made it impossible to carry out a reasonable and objective examination of the particular case of each individual.

176. Furthermore, the conclusion reached by the Court regarding the implementation in the Russian Federation of a coordinated policy of arresting, detaining and expelling Georgian nationals from October 2006 (see paragraph 159 above) also shows that the expulsions were collective in nature.

177. That finding does not call into question the right of the States to establish their own immigration policies. It must be pointed out, however, that problems with managing migratory flows cannot justify a State's having recourse to practices which are not compatible with its obligations under the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Hirsi Jamaa and Others*, cited above, § 179).

178. Having regard to all the foregoing factors, the Court considers that the expulsions of Georgian nationals during the period in question were not carried out following, and on the basis of, a reasonable and objective examination of the particular case of each individual and that this amounted to an administrative practice in breach of Article 4 of Protocol No. 4.

#### V. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 §§ 1 AND 4 OF THE CONVENTION

179. The applicant Government relied on Article 5 §§ 1 and 4 of the Convention, the relevant parts of which read as follows:

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

...

(f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.

...

4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.”

## **A. The parties’ submissions**

### *1. The applicant Government*

180. In the applicant Government’s submission, it was clear from all the records of the witness hearing that the arbitrary fashion in which the Georgian nationals had been arrested and detained rendered their arrest and detention unlawful for the purposes of Article 5 § 1 of the Convention. Moreover, the Georgian nationals’ inability to challenge the lawfulness of their arrest and detention had infringed Article 5 § 4 of the Convention. Arresting Georgians with a view to expelling them had taken the form of mass operations that had included searching for them outside churches, in market places, on the streets and in schools, as well as in their homes and at their workplace.

### *2. The respondent Government*

181. The respondent Government disputed the applicant Government’s allegations and maintained that the arrests of Georgian nationals with a view to their expulsion had been carried out in accordance with Russian law with the aim of combating illegal immigration. In that connection, they put forward the same arguments as under Article 4 of Protocol No. 4 (see paragraph 166 above).

## **B. The Court’s assessment**

182. The Court observes at the outset that it is not in dispute between the parties that the arrests in question took place with a view to expelling the Georgian nationals from Russian territory, so Article 5 § 1 (f) of the Convention is applicable in this case. “Where the ‘lawfulness’ of detention is in issue, including the question whether ‘a procedure prescribed by law’ has been followed, the Convention refers essentially to the obligation to conform to the substantive and procedural rules of national law, but it requires in addition that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of Article 5, namely to protect the individual from

arbitrariness” (see, among other authorities, *Čonka*, cited above, § 39, and *Shamayev and Others*, cited above, § 397).

183. By virtue of paragraph 4 of Article 5, arrested or detained persons are entitled to a review bearing upon the procedural and substantive conditions which are essential for the “lawfulness”, in the sense of the Convention, of their deprivation of liberty. The notion of “lawfulness” must have the same meaning under paragraph 4 of Article 5 as in paragraph 1, so that the detained person is entitled to a review of the “lawfulness” of his detention in the light not only of domestic law but also of the text of the Convention, the general principles embodied therein and the aim of the restrictions permitted by Article 5 § 1 (see *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, § 127, *Reports* 1996-V; and, *mutatis mutandis*, *Stanev v. Bulgaria* [GC], no. 36760/06, § 168, ECHR 2012, and *Idalov v. Russia* [GC], no. 5826/03, § 161, 22 May 2012).

184. The Court considers that in the present case the complaints raised under Article 5 §§ 1 and 4 of the Convention are closely linked to those raised under Article 4 of Protocol No. 4.

185. The expulsions of the Georgian nationals were preceded by mass arrests – in the streets, at their workplace or at their homes. The Court refers in this connection to the concordant description of the conditions of arrest given by the Georgian witnesses and the international governmental and non-governmental organisations (see paragraphs 45-46 and 68-71 above). Moreover, it has concluded that a coordinated policy of arresting, detaining and expelling Georgian nationals was implemented in the Russian Federation from October 2006 (see paragraph 159 above).

186. Accordingly, the fact that those expulsions were described as “collective” by the Court means, in the circumstances of the case, that the arrests that preceded them were arbitrary.

187. Having regard to the foregoing findings, the Court considers that the arrests and detentions of Georgian nationals during the period in question amounted to an administrative practice in breach of Article 5 § 1 of the Convention.

188. In the absence of effective and accessible remedies available to Georgian nationals against the arrests, detentions and expulsion orders during the period in question (see paragraphs 151-58 above), the Court considers that there has also been a violation of Article 5 § 4 of the Convention.

## VI. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 3 OF THE CONVENTION

189. The applicant Government relied on Article 3 of the Convention, which reads as follows:

“No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.”

## **A. The parties’ submissions**

### *1. The applicant Government*

190. The applicant Government submitted that the serious overcrowding in the cells, the inadequacy of the sleeping facilities, the lack of hygiene or privacy of the sanitary facilities, the fact that the detainees lived, slept and used the toilets in the same room, the examples of deaths and serious illnesses among the detainees and all the other circumstances described above clearly showed that the Russian Federation had failed to comply with the obligations incumbent upon it under the Convention. They added that the transport conditions, particularly in the buses and the cargo plane, had been especially humiliating and referred to the statements of the Georgian witnesses in that connection. Accordingly, the applicant Government requested the Court to conclude that there had been a violation of Article 3 of the Convention.

### *2. The respondent Government*

191. The respondent Government disputed those allegations and submitted that contradictory statements had been made by the Georgian witnesses in their description of the conditions of detention in the temporary detention centres for foreigners in particular, and that these also conflicted with the documents supplied by the Russian authorities or the statements of other witnesses. Accordingly, those statements could not amount to proof “beyond a reasonable doubt”. They added that none of the persons interviewed who had been detained in those centres had told the Court that their conditions of detention were in any respect different from those of nationals of other countries being held in the same detention centres for foreigners or sharing their cell. Referring to the statements of the Russian officials, they submitted, lastly, that the transport by air had been carried out in decent conditions and the same aeroplanes had been used to expel other foreign nationals.

## **B. The Court’s assessment**

### *1. General principles*

192. The Court reiterates its recent case-law on Article 3 of the Convention that it has summarised in its pilot judgment *Ananyev and Others v. Russia* (nos. 42525/07 and 60800/08, §§ 139-42, 10 January 2012), and reproduced in its judgment in *Idalov* (cited above, §§ 91-94):

“91. ... Article 3 of the Convention enshrines one of the most fundamental values of democratic society. It prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the circumstances and the victim’s behaviour (see, for example *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, § 119, ECHR 2000-IV). Ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum is relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim (see, among other authorities, *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 162, Series A no. 25).

92. Ill-treatment that attains such a minimum level of severity usually involves actual bodily injury or intense physical or mental suffering. However, even in the absence of these, where treatment humiliates or debases an individual, showing a lack of respect for or diminishing his or her human dignity, or arouses feelings of fear, anguish or inferiority capable of breaking an individual’s moral and physical resistance, it may be characterised as degrading and also fall within the prohibition of Article 3 (see, among other authorities, *Vasyukov v. Russia*, no. 2974/05, § 59, 5 April 2011).

93. In the context of deprivation of liberty the Court has consistently stressed that, to fall under Article 3, the suffering and humiliation involved must in any event go beyond that inevitable element of suffering and humiliation connected with detention. The State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured (see *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, §§ 92-94, ECHR 2000-XI, and *Popov v. Russia*, no. 26853/04, § 208, 13 July 2006).

94. When assessing conditions of detention, account has to be taken of the cumulative effects of these conditions, as well as of specific allegations made by the applicant (see *Dougoz v. Greece*, no. 40907/98, § 46, ECHR 2001-II). The length of the period during which a person is detained in the particular conditions also has to be considered (see, among other authorities, *Alver v. Estonia*, no. 64812/01, § 50, 8 November 2005).”

Regarding transport conditions, see also, *mutatis mutandis*, *Khudoyorov v. Russia*, no. 6847/02, §§ 116 et seq., ECHR 2005-X.

## 2. Application of these principles

193. The Court notes that the Georgian nationals were first detained in police stations (for periods ranging from a few hours to one or two days, according to the witness statements) and then in detention centres for foreigners (for periods ranging from two to fourteen days, according to the witness statements), and then taken by bus to various airports in Moscow and expelled to Georgia by aeroplane (see paragraph 45 above). Some of

the Georgian nationals against whom expulsion orders were issued left the Russian Federation by their own means.

194. The parties disagreed on most aspects of the conditions of detention of the Georgian nationals. However, where conditions of detention are in dispute, there is no need for the Court to establish the veracity of each and every disputed or contentious point. It can conclude that there has been a violation of Article 3 on the basis of any serious allegation which the respondent Government do not dispute (see, *mutatis mutandis*, *Idalov*, cited above, § 96).

195. In that connection, the Court will also examine the evidence before it.

196. It notes firstly that, even if during the witness hearing some of the Georgian witnesses made contradictory statements regarding certain points (particularly regarding the size of the cells), their description of the conditions of detention in the police stations and the detention centres for foreigners and the conditions of expulsion to Georgia are generally consistent and correspond to those of the international governmental and non-governmental organisations (see paragraphs 52-55 and 72-74 above). These organisations indeed indicated that many Georgian nationals were subjected to inhuman and degrading treatment on account of the poor conditions of detention and expulsion (for example, overcrowded cells, lack of food and water, lack of hygiene, and transport of more than a hundred Georgian nationals by cargo plane).

197. Furthermore, Mr Pataridze, Consul of Georgia in the Russian Federation at the material time, said that he and his team had visited more than a dozen detention centres in different regions of the Russian Federation, including those in St Petersburg and Moscow. He confirmed that it was mainly Georgian nationals who had been held in all these centres, that the cells had been overcrowded, the conditions of detention very difficult, the hygiene appalling and that there had been too few beds and mattresses.

198. The Court does not doubt that the conditions of detention were extremely difficult given the large number of Georgian nationals detained with a view to their expulsion in such a short time. In that connection, it finds the statements of the Georgian witnesses at the witness hearing more credible than those of the Russian officials, who described very good conditions of detention.

199. Having regard to all the material submitted to the Court, it appears first and foremost undeniable that the Georgian nationals were detained in cells in police centres or severely overcrowded detention centres for foreigners. In any event, the personal space available to them did not meet the minimum standard as laid down in the Court's case-law (see, among

many other authorities, *Idalov*, cited above, § 101). Moreover, the Georgian nationals had to take it in turns to sleep because of the lack of individual sleeping places.

200. The extreme lack of space in a prison cell weighs heavily as an aspect to be taken into account for the purpose of establishing whether the impugned detention conditions were “degrading” within the meaning of Article 3 of the Convention (see *Ananyev and Others*, cited above, § 143).

201. Generally speaking, the Court has indicated on several occasions that overcrowding in Russian prisons was a matter of particular concern to it. In a large number of cases, it has consistently found a violation of the applicants’ rights on account of a lack of sufficient personal space during their detention (see, *inter alia*, *Idalov*, cited above, § 97, and *Solovyevy v. Russia*, no. 918/02, § 123, 24 April 2012). The present case, which concerns detention centres for foreigners, is no exception in this respect.

202. The Court also refers to the report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on the Russian Federation of December 2001 in which it stated that it was very concerned about the conditions of detention of foreign nationals in these centres, stressing in particular the overcrowding in cells (Report to the Russian Government on the visit to the Russian Federation carried out by the CPT from 2 to 17 December 2001, § 32, CPT/Inf (2003) 30).

203. Furthermore, the Court cannot but note in the present case that the evidence submitted to it also shows that basic health and sanitary conditions were not met and that the detainees suffered from a lack of privacy owing to the fact that the toilets were not separated from the rest of the cells.

204. In that connection, the Court reiterates that the inadequacy of the conditions of detention constitutes a recurring structural problem in the Russian Federation which results from a dysfunction of the Russian prison system and has led the Court to conclude that there has been a violation of Article 3 in a large number of judgments since the first finding of a violation in 2002 in the case of *Kalashnikov v. Russia* (no. 47095/99, ECHR 2002-VI) and to adopt a pilot judgment in the above-cited case of *Ananyev and Others*. The Court therefore sees no reason to depart from that conclusion in the present case.

205. Having regard to all the foregoing factors, the Court concludes that the conditions of detention caused undeniable suffering to the Georgian nationals and should be regarded as both inhuman and degrading treatment which amounted to an administrative practice in breach of Article 3 of the Convention.

206. Accordingly, the Court does not consider it necessary to examine the remainder of the parties' observations on the conditions of expulsion of the Georgian nationals during the period in question.

#### VII. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 4 OF PROTOCOL NO. 4 AND WITH ARTICLE 5 §§ 1 AND 4 AND ARTICLE 3 OF THE CONVENTION

207. The applicant Government alleged that there had been a violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 4 of Protocol No. 4 and with Article 5 §§ 1 and 4 and Article 3 of the Convention. Article 13 is worded as follows:

“Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.”

##### **A. The parties' submissions**

208. As they had indicated in their previous observations, the applicant Government submitted that Georgian nationals had not had effective and accessible remedies against the arrests and expulsion orders during the period in question (see paragraph 120 above).

209. The respondent Government disputed those allegations (see paragraph 121 above).

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

210. The Court reiterates that Article 13 of the Convention requires “the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an ‘arguable complaint’ under the Convention and to grant appropriate relief” (see, *inter alia*, *Čonka*, cited above, § 75).

211. Having regard to its finding of a violation of Article 4 of Protocol No. 4 and of Article 5 §§ 1 and 4 and Article 3 of the Convention, the Court cannot but conclude that the complaints made by the applicant Government are “arguable” for the purposes of Article 13.

212. Indeed, the finding of a violation of Article 4 of Protocol No. 4 and of Article 5 § 4 of the Convention in itself means that there was a lack of effective and accessible remedies. Accordingly, there is no need to examine separately the applicant Government's complaint of a violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with those Articles.

213. Furthermore, the Court has already found that there were no effective and accessible remedies for the Georgian nationals against the

arrests, detentions and expulsion orders during the period in question (see paragraphs 151-58 above).

214. It therefore concludes that there has been a violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 5 § 1.

215. With regard to the complaint under Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 3, the Court notes that in its above-cited pilot judgment, *Ananyev and Others*, it found that at the relevant time there was no effective remedy in the Russian legal system that could be used to put an end to the conditions of inhuman and degrading detention or to obtain adequate and sufficient redress in connection with a complaint regarding inadequate conditions of detention (see *Ananyev and Others*, cited above, § 119).

216. Accordingly, it considers that this case is no different and therefore concludes that there has been a violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 3.

#### VIII. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 4 OF PROTOCOL NO. 4 AND WITH ARTICLE 5 §§ 1 AND 4 AND ARTICLE 3 OF THE CONVENTION

217. The applicant Government alleged a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 4 of Protocol No. 4 and with Article 5 §§ 1 and 4 and Article 3 of the Convention. Article 14 is worded as follows:

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

##### **A. The parties' submissions**

218. The applicant Government maintained that the arrests, detentions and expulsions of Georgian nationals had been based on their national origin and on their ethnic origin and not on their situation under the immigration rules in the Russian Federation. In their submission, the arrests had been a measure of reprisal against Georgia, and not based on individual acts by the victims. Moreover, that allegation was supported by the HRW report, according to which among those expelled had been Georgians lawfully resident in the Russian Federation, such as persons of Georgian origin with Russian nationality, holders of residence or work permits, of perfectly valid visas and whose residence had been registered, ethnic Georgians – some

of whom had been waiting for their passport or visa to be renewed – or students enrolled in Russian universities.

219. The respondent Government, for their part, denied all the allegations relating to arrests and expulsions of Georgian nationals on the basis of their nationality or their ethnic origin. They repeated the statements they had made in their earlier observations, namely, that Georgian nationals had been arrested, detained and expelled as part of the general policy of combating illegal immigration on the ground that they were not lawfully resident in the Russian Federation (no valid visa, residence or work permit, or certificate of registration – see paragraphs 25 and 115-16 above). In that connection, the hearing of witnesses had shown that the procedure applied to Georgian nationals had been exactly the same as that implemented in respect of other foreign nationals who had committed the same type of offences. They submitted, further, that the applicant Government's allegations regarding the expulsion of Russian nationals of Georgian origin during the relevant period were unfounded.

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

220. The Court considers that, in the circumstances of the case, the complaints lodged by the applicant Government under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 4 of Protocol No. 4 and with Article 5 §§ 1 and 4 of the Convention are the same – although submitted under a different angle – as those that it has already examined under the latter two Articles, and in respect of which it has found a violation. Accordingly, it considers that it is unnecessary to determine whether there has in the instant case been a violation of Article 14 taken in conjunction with those provisions on account of discriminatory treatment against the Georgian nationals.

221. It also considers it unnecessary to determine whether there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 3, given that the inadequacy of the conditions of detention in Russian prisons concerned all the detainees regardless of their nationality.

#### **IX. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 18 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 4 OF PROTOCOL NO. 4 AND WITH ARTICLE 5 §§ 1 AND 4 AND ARTICLE 3 OF THE CONVENTION**

222. The applicant Government relied on Article 18 of the Convention, which is worded as follows:

“The restrictions permitted under [the] Convention to the said rights and freedoms shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed.”

223. The Court reiterates that Article 18 does not have an autonomous role. It can only be applied in conjunction with other Articles of the Convention (see, *inter alia*, *Gusinskiy v. Russia*, no. 70276/01, § 73, ECHR 2004-IV; *Mudayevy v. Russia*, no. 33105/05, § 127, 8 April 2010; *Lutsenko v. Ukraine*, no. 6492/11, § 105, 3 July 2012; and *Tymoshenko v. Ukraine*, no. 49872/11, § 294, 30 April 2013).

224. The Court has already observed the existence of an administrative practice in breach of Article 4 of Protocol No. 4 and Article 5 § 1 and Article 3 of the Convention taken alone and found that there has been a violation of Article 5 § 4. Accordingly, it does not consider it necessary to examine the same issues under Article 18 of the Convention.

#### X. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 1 OF PROTOCOL NO. 7

225. The applicant Government relied on Article 1 of Protocol No. 7, which provides as follows.

“1. An alien lawfully resident in the territory of a State shall not be expelled therefrom except in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall be allowed:

- (a) to submit reasons against his expulsion,
- (b) to have his case reviewed, and
- (c) to be represented for these purposes before the competent authority or a person or persons designated by that authority.

2. An alien may be expelled before the exercise of his rights under paragraph 1 (a), (b) and (c) of this Article, when such expulsion is necessary in the interests of public order or is grounded on reasons of national security.”

##### **A. The parties' submissions**

226. The applicant Government submitted that many of the expelled Georgian nationals had been lawfully resident in the Russian Federation and referred to the HRW report in that connection.

227. According to the respondent Government, barring very few exceptions all Georgian nationals expelled by administrative order following judicial proceedings had been unlawfully resident in Russian territory as their papers had not been in order. Accordingly, Article 1 of Protocol No. 7, which applied only to persons lawfully resident in the territory of a State, was inapplicable to the present case.

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

228. The Court notes that Article 1 of Protocol No. 7 refers expressly to aliens “lawfully resident in the territory of a State”.

229. Having regard to all the material in its possession, the Court considers that it has not been established that during the period in question there were also arrests and expulsions of Georgian nationals lawfully resident in the territory of the Russian Federation.

230. Accordingly, the Court considers that the complaint raised by the applicant Government under this Article is not sufficiently substantiated and that the evidence before it is insufficient to conclude that there has been a violation.

231. There has therefore been no violation of Article 1 of Protocol No. 7.

## **XI. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION AND OF ARTICLES 1 AND 2 OF PROTOCOL NO. 1**

232. The applicant Government relied on Article 8 of the Convention, which provides:

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

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

233. They also relied on Protocol No. 1, Articles 1 and 2 of which provide:

### **Article 1**

“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

### **Article 2**

“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.”

### **A. The parties’ submissions**

234. The applicant Government referred to their previous observations before the Chamber regarding the alleged violation of Article 8 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1.

They submitted in particular that the individual expulsion orders had not taken account of the family situation of the persons concerned, which had had the effect of separating families (sometimes very young children had thus been left to their own devices) contrary to the requirements of Article 8 of the Convention. Furthermore, the disclosure by schools and universities of information about the origin, family situation and address of the Georgian pupils was not provided for by law and had also infringed Article 8.

Moreover, the conditions of arrest and detention of Georgian nationals had often led them to abandon their property; the removal measures and the suspension of communications between the Russian Federation and Georgia had prevented them from subsequently taking the necessary steps to protect their property, resulting in a violation of Article 1 of Protocol No. 1.

Lastly, the closure of Russian schools in Georgia had removed Georgian pupils’ access to education in Russian and was in breach of Article 2 of Protocol No. 1.

235. The respondent Government stressed in that connection too that the applicant Government had not submitted any evidence in support of their allegations.

With regard to Article 8 of the Convention, they stated on the first point that it had been very difficult for the Russian courts to obtain information about the exact family situation of Georgian nationals, and reiterated that strictly speaking there was no right to family reunification. On the second point, they maintained that if such requests for information had been made by the Russian authorities, the officials in question had subsequently been duly punished.

With regard to Article 1 of Protocol No. 1, Georgian nationals had not been deprived of their right of property and could have brought any action relating to the possession and enjoyment of their property.

Lastly, regarding Article 2 of Protocol No. 1, Russian schools in Georgia were run by the Russian Ministry of Defence and had been closed following the departure of the Russian soldiers from Georgia.

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

236. The Court considers that the complaints raised by the applicant Government under these Articles are not sufficiently substantiated and that the evidence before it is insufficient to conclude that there has been a violation.

237. There has therefore been no violation of Article 8 of the Convention and of Articles 1 and 2 of Protocol No. 1.

## XII. ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

238. Article 41 of the Convention provides:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

239. The applicant Government asked the Court “to award just satisfaction under Article 41, namely, compensation, reparation, *restitutio in integrum*, costs, expenses and further and other relief to be specified for all the pecuniary and non-pecuniary damage suffered or incurred by the injured parties as a result of the violations and the pursuit of these proceedings” (see paragraph 79 above).

240. The Court considers that the question of the application of Article 41 of the Convention is not ready for examination.

## FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds*, by sixteen votes to one, that there has been a violation of Article 38 of the Convention;
2. *Holds*, by sixteen votes to one, that in the autumn of 2006 a coordinated policy of arresting, detaining and expelling Georgian nationals was put in place in the Russian Federation which amounted to an administrative practice for the purposes of Convention case-law;
3. *Dismisses*, by sixteen votes to one, the preliminary objection of the respondent Government concerning non-exhaustion of domestic remedies in that regard;
4. *Holds*, unanimously, that the applicant Government's application was lodged within the six-month time-limit provided for in Article 35 § 1 of the Convention;

5. *Holds*, by sixteen votes to one, that the expulsions of Georgian nationals during the period in question amounted to an administrative practice in breach of Article 4 of Protocol No. 4;
6. *Holds*, by sixteen votes to one, that the arrests and detentions of Georgian nationals during the period in question amounted to an administrative practice in breach of Article 5 § 1 of the Convention;
7. *Holds*, by sixteen votes to one, that the lack of remedies available to Georgian nationals against the arrests, detentions and expulsion orders during the period in question amounted to a violation of Article 5 § 4 of the Convention;
8. *Holds*, by sixteen votes to one, that the conditions of detention of Georgian nationals during the period in question amounted to an administrative practice in breach of Article 3 of the Convention;
9. *Holds*, by sixteen votes to one, that it is not necessary to examine under Article 3 of the Convention the remainder of the parties' observations on the conditions of expulsion of Georgian nationals during the period in question;
10. *Holds*, by thirteen votes to four, that there has been a violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 5 § 1 of the Convention;
11. *Holds*, by sixteen votes to one, that there has been a violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 3 of the Convention;
12. *Holds*, unanimously, that it is not necessary to examine the complaints made by the applicant Government under Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 4 of Protocol No. 4 and with Article 5 § 4 of the Convention;
13. *Holds*, by sixteen votes to one, that it is not necessary to examine the complaints raised by the applicant Government under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 4 of Protocol No. 4 and with Article 5 §§ 1 and 4 and Article 3 of the Convention;
14. *Holds*, by sixteen votes to one, that it is not necessary to examine the complaints raised by the applicant Government under Article 18 of the Convention taken in conjunction with Article 4 of Protocol No. 4 and with Article 5 §§ 1 and 4 and Article 3 of the Convention;
15. *Holds*, by sixteen votes to one, that there has been no violation of Article 1 of Protocol No. 7;

16. *Holds*, unanimously, that there has been no violation of Article 8 of the Convention and of Articles 1 and 2 of Protocol No. 1;
17. *Holds*, unanimously, that the question of the application of Article 41 of the Convention is not ready for decision and accordingly,
  - (a) *reserves* the said question in whole;
  - (b) *invites* the applicant Government and the respondent Government to submit in writing, within twelve months from the date of notification of this judgment, their observations on the matter and, in particular, to notify the Court of any agreement that they may reach;
  - (c) *reserves* the further procedure and *delegates* to the President of the Court the power to fix the same if need be.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 3 July 2014.

Michael O'Boyle  
Deputy Registrar

Josep Casadevall  
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

- (a) partly dissenting opinion of Judge López Guerra joined by Judges Bratza and Kalaydjieva;
- (b) partly dissenting opinion of Judge Tsotsoria;
- (c) dissenting opinion of Judge Dedov.

J.C.M.  
M.O'B.

PARTLY DISSENTING OPINION OF  
JUDGE LÓPEZ GUERRA JOINED BY  
JUDGES BRATZA AND KALAYDJIEVA

My partly dissenting opinion relates to the Grand Chamber’s finding of a violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 5 § 1 (point 10 of the operative part of the judgment), as well as to its reasoning in support of that finding (see paragraphs 210-14 of the present judgment).

As is apparent from an examination of the Convention provisions themselves, as well as from the Court’s case-law, once it is established that there has been a violation of Article 5 § 4, there is no need to examine a further complaint of a violation of Article 13 taken in conjunction with Article 5 § 1, since that complaint is subsumed in the previous finding.

Article 13 requires that an effective remedy be provided in respect of violations of the Convention. Where a violation of Article 5 § 1 is in issue, Article 5 § 4 lays down more stringent procedural requirements as to the provision of a remedy, since it requires that there be some form of judicial proceedings which an arrested or detained person is entitled to take by which a court can examine the lawfulness of the arrest or detention (the Convention’s equivalent of habeas corpus). In that connection, Article 5 § 4 constitutes the *lex specialis* concerning arrest or detention and lays down the “effective remedy” which is required in cases of violations of Article 5 § 1. Having found a violation of the Convention based on that *lex specialis*, re-examination of the same matter by the Grand Chamber under the *lex generalis* of Article 13 is therefore redundant. This is the position already well established in the Court’s case-law (see, for example, *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, 18 June 1971, § 95, Series A no. 12, and *Khadisov and Tsechoyev v. Russia*, no. 21519/02, § 162, 5 February 2009).

## PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE TSOTSORIA

I regret that I cannot subscribe to some of the conclusions of the majority. I particularly disagree, first of all, with the Court's finding that it was not necessary to examine the complaints under Article 18 taken in conjunction with Article 5 of the Convention<sup>1</sup>, under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 4 of Protocol No. 4 and with Article 5 §§ 1 and 4 of the Convention, or to examine the discriminatory nature of the arrests, detentions and expulsion of Georgians under Article 3 of the Convention, and, secondly, that there has been no violation of Article 1 of Protocol No. 7. Although I fully endorse the conclusion that there was an administrative practice in breach of Article 3 based on the conditions of detention, I am unable to agree with the majority's decision not to examine the conditions of expulsion under Article 3 of the Convention and subsequently not to establish a breach of Article 13 in relation to the same complaint.

I wish to set out my own views here on some of the significant issues in order to clarify the grounds for my dissent. The point of departure is Article 18 of the Convention, as this provision relates to the pivotal question raised in the present case – the prohibition of *détournement de pouvoir*.

### **I. Violation of Article 18 of the Convention taken in conjunction with Article 5**

This inter-State case is probably the most vivid example of the use of restrictions permitted under the Convention for purposes other than those for which they have been prescribed.

The case-law regarding Article 18 makes it clear that the whole structure of the Convention rests on the general assumption that public authorities in the member States act in good faith. However, any public policy or individual measure may have a “hidden agenda”, and therefore the presumption of good faith is rebuttable (see, among others, *Khodorkovskiy v. Russia*, no. 5829/04, § 255, 31 May 2011, and *Lutsenko v. Ukraine*, no. 6492/11, § 106, 3 July 2012). In individual applications the Court has established that an applicant alleging a limitation of his or her rights and freedoms for an improper reason must convincingly show that the real aim of the authorities was not the same as that proclaimed (or as can be reasonably inferred from the context) (see *Lutsenko*, cited above, § 106).

---

1. In the light of the scope of the applicant State's complaints (see heading IX of the present judgment), Article 18, which provision has no autonomous role, could be relied on only in conjunction with Article 5, as a violation of the former can only arise where the right or freedom concerned is subject to restrictions permitted under the Convention (see *Gusinskiy v. Russia*, no. 70276/01, § 73, ECHR 2004-IV).

Therefore, when an allegation under Article 18 is made the Court applies a very exacting standard of proof (see *Tymoshenko v. Ukraine*, no. 49872/11, § 295, 30 April 2013).

The Court finds a violation of Article 18 of the Convention when it concludes that the whole legal machinery of a State is misused *ab initio*, which is an indication that from beginning to end the authorities have acted in bad faith and in blatant disregard of the Convention (see *Khodorkovskiy*, cited above, § 260). In most cases the “purpose” referred to in Article 18 is not documented (compare *Gusinskiy v. Russia*, no. 70276/01, §§ 75-78, ECHR 2004-IV). As was correctly noted in the joint concurring opinion of Judges Jungwiert, Nußberger and Potocki in *Tymoshenko* (cited above), knowledge of a “hidden agenda” is within the sphere of the authorities and is thus not accessible to an applicant, so the Court should accept evidence of the authorities’ improper motives which relies on inferences drawn from the concrete circumstances and the context of the case. Otherwise the protection granted by Article 18 would be ineffective in practice.

In a democracy, a State may limit an individual freedom in the interests of the freedom of all.<sup>2</sup> An abuse of rights occurs whenever a State avails itself of its rights in such a way as to inflict an injury on another State which cannot be justified by a legitimate consideration, that is to say, when its actions, although strictly speaking “legal”, are coloured by bad faith.<sup>3</sup>

In the present case, the Court established that the arrest and detention of Georgians under Article 5 § 1 (f) had been arbitrary owing to the collective nature of the expulsions (see paragraph 186 of the present judgment). Further, the absence of effective and accessible remedies available to Georgians gave rise to a breach of Article 5 § 4 (see paragraph 188 of the present judgment). The question arises whether, despite the arbitrariness, the arrests and detentions were nevertheless ordered in good faith or whether the real aim of the authorities was different from that stated and was motivated by an ulterior intention which can be proved according to the standards required by the Convention (see the joint concurring opinion of Judges Jungwiert, Nußberger and Potocki in *Tymoshenko*, cited above).

Ulterior motives and a hidden agenda of the respondent State authorities are barely below the surface here. The Court has established an *administrative practice* – that is, the repetition of acts contrary to the Convention and official tolerance of those acts – of arrests and detentions in breach of Article 5 § 1 of the Convention (see paragraph 187 of the

2. *Collected Edition of the “Travaux préparatoires” of the European Convention on Human Rights*, vol. 5, Council of Europe, Martinus Nijhoff, The Hague, Boston, London, Dordrecht, Lancaster, 1979, p. 290.

3. Guy S. Goodwin-Gill, “The Limits of the Power of Expulsion in Public International Law”, *British Yearbook of International Law* 47(1), 1975, pp. 79-80, with further references.

present judgment). Official tolerance of such acts in itself implies the existence of “improper motives”. The Court’s finding of an administrative practice of collective expulsion of Georgians is a crucial consideration as the latter is inseparable from the preceding arbitrary arrests and detentions. The respondent State authorities kept Georgians in detention on purpose, in order to cause distress and suffering, and did not allow their voluntary return<sup>4</sup>, contrary to the Court’s established case-law that an arrest and detention under Article 5 must be carried out in good faith. All the above-mentioned factors lead to the conclusion that mass expulsion was clearly employed for ulterior motives and should thus *per se* constitute an *abus de droit*.<sup>5</sup> This finding should be read in line with the Court’s statement that problems with managing migratory flows cannot justify a State’s having recourse to practices which are not compatible with its obligations under the Convention (see paragraph 177 of the present judgment).

Moreover, the Court did not overlook the political context of the case. As emphasised in the judgment, political tensions between the two States reached their climax at the time of the arrest of four Russian servicemen in Tbilisi on 27 September 2006 (see paragraph 22 of the present judgment). Subsequently, the same date is used for calculating the six-month time-limit (see paragraph 162). The Russian State Duma did not conceal in its Resolution of 4 October 2006 on the anti-Russian and undemocratic policy of the Government of Georgia that the rapid deterioration of the relationship between the two States was a consequence of the arrest of Russian military servicemen by Georgia.<sup>6</sup>

The Russian response to the arrest of its servicemen instigated the unprecedented and massive harassment of Georgians in the Russian Federation, resulting in particular in interference with the rights and freedoms guaranteed under the Convention. That policy was intended as – and has in fact been – a basis for illegitimate, arbitrary and disproportionate reprisal measures. It was implemented through a series of related steps that occurred simultaneously and which included, but were not limited to, the adoption and implementation of circulars and instructions aimed at the identification, mass arrest, detention and expulsion of Georgians in geographically distant areas of Russia, the closure of land, air and maritime

4. It should be noted that some of the Georgians against whom expulsion orders were issued left Russia by their own means (see paragraph 45 of the present judgment).

5. Jean-Marie Henckaerts, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, Martinus Nijhoff, The Hague, Boston, London, 1995, p. 17.

6. Resolution of the State Duma no. 3536-4 III, see the annex to *Georgia v. Russia (I)* (dec.), no. 13255/07, 30 June 2009, pp. 12-13.

communications between the two States immediately following the political tensions in late September 2006, and the unilateral imposition of an economic embargo on Georgia, including the interruption of all postal communications (see paragraphs 22 and 136 of the present judgment).

I appreciate that the Court requires concrete evidence to establish a violation of Article 18 of the Convention and that the standard of proof is high. However, in this case the Court was acting as a first-instance tribunal and “master of its own procedure and its own rules” and had “complete freedom in assessing not only the admissibility and the relevance but also the probative value of each item of evidence before it” (see paragraphs 104 and 138 of the present judgment). The Court had proof that followed from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact, emanating from various sources. As a consequence, despite conflicting accounts of the events and the lack of cooperation by the respondent State, which had exclusive access to the information, the Court established the existence of an administrative practice (see paragraphs 129 and 159 of the present judgment).

The illegal anti-Georgian policy should be viewed in the light, and as a direct result, of the political statements made by leading members of the Russian Government, including the President, the Foreign Minister, the Deputy Head of the Federal Migration Service, the Speaker of the State Duma and the Defence Minister.<sup>7</sup> The law-enforcement agencies often accused the entire Georgian diaspora of being criminals.<sup>8</sup> In addition, the above-mentioned Resolution of Russia’s State Duma urged and authorised the Russian Government to take all necessary measures, including financial and economic sanctions, against Georgia and threatened to apply stricter measures in the future. Those pronouncements, supplemented by an extensive media campaign, were immediately regarded as an instruction “to wage an organised persecution of Georgian nationals”.<sup>9</sup> According to Human Rights Watch, “this was a coordinated campaign orchestrated at senior levels of government that singled out Georgians for a specific period.

7. *Ibid.*, annex, pp. 8-11 and 117-22; Human Rights Watch “Singled Out: Russia’s Detention and Expulsion of Georgians” (“the HRW report”), vol. 19, no.5(D), October 2007, pp. 2, 22 and 30-33.

8. Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, “Current Tensions between Georgia and Russia”, AS/Mon(2006)40 rev., 22 January 2007, paragraph 63; HRW report, cited above, p. 32.

9. Svetlana Gannushkina, “Human Rights in Russia: Year 2006”, European Parliament, Directorate-General for External Policies of the Union, 2006, p. 4, available at:

[www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2006/348611/EXPO-DROI\\_NT\(2006\)348611\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2006/348611/EXPO-DROI_NT(2006)348611_EN.pdf), accessed on 10 March 2014.

... It suggests that Russia will interrupt peoples' lives in order to serve foreign policy interests."<sup>10</sup>

The whole anti-Georgian campaign was retaliation, employed for ulterior motives contrary to the rules of international law<sup>11</sup> rather than a legitimate migration control measure as claimed by the respondent State. It is equally difficult to accept the respondent State's arguments that the measures were aimed, *inter alia*, at fighting criminality and organised crime in Russia, as there was no indication regarding the arrest of any Georgian criminal, influential or otherwise, at that time. As witnessed, during the campaign the Russian authorities targeted those who were the most vulnerable. The Georgian witnesses before the Court recalled that they had been systematically told about the political motivation for the arrests, detentions and expulsions (see paragraphs 48-49 of the present judgment). In paragraph 52 of its report ("the PACE report"), the Monitoring Committee of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe concluded that "[t]he massive campaign launched as from the end of September against Georgian citizens and persons of Georgian ethnicity ... was a political campaign".<sup>12</sup>

Regretfully, the present case has not been the only instance when the respondent State has used migration control for political purposes. The case of the mass deportation of Tajik migrants in 2011 after the conviction of two pilots (one of them a Russian citizen) by the Tajik authorities<sup>13</sup>, which bears a striking resemblance to the present case, as well as the expulsion of Moldovan nationals weeks before the Eastern Partnership Summit in 2013 when the Association Agreement between the Republic of Moldova and the European Union was due to be initialled<sup>14</sup>, should have been instructive to the Court.

10. "Russia Targets Georgians for Expulsion", Human Rights Watch, 1 October 2007, available at: [www.hrw.org/news/2007/09/30/russia-targets-georgians-expulsion](http://www.hrw.org/news/2007/09/30/russia-targets-georgians-expulsion), accessed on 5 June 2012.

11. James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2007, pp. 281-305; James Crawford, Alain Pellet, and Simon Olleso, *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, pp. 470-73; Jean-Marie Henckaerts, *op. cit.*, p. 46.

12. For the causes of the conflict between the two States, see the PACE report.

13. European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), third report on the Russian Federation, adopted on 16 December 2005, paragraph 167; see also "Tajikistan Ready for Talks, Moscow Threatens Deportations over Jailed Pilot", available at: <http://en.rian.ru/world/20111111/168596798.html>, accessed on 25 April 2012; Tom Washington, "Mass Deportation of Tajiks as Pilot Row Escalates", available at: [www.themoscownews.com/politics/20111111/189196644.html](http://www.themoscownews.com/politics/20111111/189196644.html), accessed on 25 April 2012; and "Russia to Deport Tajik Immigrants over Jailed Pilot Case", available at: <http://rt.com/news/prime-time/tajikistan-russia-pilots-swap-105>, accessed on 25 April 2012.

14. See European Parliament Resolution on the pressure exerted by Russia on Eastern Partnership Countries (in the context of the upcoming Eastern Partnership Summit in Vilnius), no. 2013/2826(RSP), 10 September 2013; "Russia pressures former Soviet republics to join his economic union", Editorial

The respondent State's practice of abusing the migration system, in breach of fundamental rights, in furtherance of its foreign-policy agenda represents a serious instance of *détournement de pouvoir* and should not therefore go without an adequate assessment. The Court should have expressed its firm position that mass violations of human rights can never be the means of achieving political goals or solving political problems. Failure to do so is tantamount to overlooking a serious misuse of the Convention system, especially in the context of inter-State applications and when establishing the existence of an administrative practice. As correctly stated in the joint concurring opinion of Judges Jungwiert, Nußberger and Potocki in the case of *Tymoshenko*, cited above, "in interpreting Article 18 of the Convention the direct link between human rights protection and democracy must be taken into account". This is true, since the Convention was designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society (see *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 86, ECHR 2003-II). Moreover, it is obvious that "when governments resolve their problems by dumping helpless individuals across the border, they are acting at the vanishing point of common sense and good faith. Where dialogue and cooperation disappear, compliance with international law is at high risk".<sup>15</sup> As observed, the arbitrary arrests and detentions of Georgians were intrinsically linked to their collective expulsion, which in itself "is a danger for the peaceful co-existence of countries" posing a threat to democracy, and may even be a "prelude to war"<sup>16</sup>, as evidenced by a recent concrete example.

Referring to the circumstances of the case as explained above, the Court should have examined Article 18 in conjunction with Article 5 and should have come to the conclusion that the whole legal machinery of the respondent State was misused and that from beginning to end the Russian authorities had acted in bad faith and in blatant disregard of the Convention that amounted to an administrative practice in breach of the above-mentioned provisions.

---

Board, 29 September 2013, available at: [www.washingtonpost.com/opinions/putin-presses-former-soviet-republics-to-join-his-economic-union/2013/09/29/d169d736-2610-11e3-b75d-5b7f66349852\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/opinions/putin-presses-former-soviet-republics-to-join-his-economic-union/2013/09/29/d169d736-2610-11e3-b75d-5b7f66349852_story.html), accessed on 2 March 2014; *Россия начала депортацию молдавских гастарбайтеров на родину*, 17 September 2013, available at: [www.grenada.md/post/rossica\\_na4ala\\_deport\\_v\\_md](http://www.grenada.md/post/rossica_na4ala_deport_v_md), accessed on 7 October 2013.

15. Jean-Marie Henckaerts, *op. cit.*, p. 47.

16. Klaus Dieter Deumeland, "Das Verbot der Xenelasia bei Ausweisung von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland", AWR vol. 22, 1984, pp. 182 and 186, Jean-Marie Henckaerts, *op. cit.*, p. 25.

## II. Violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 4 of Protocol No. 4 and with Article 5 §§ 1 and 4 of the Convention

The Court concluded that from October 2006 until the end of January 2007, a coordinated policy of arresting, detaining and expelling Georgian nationals, amounting to an administrative practice, was implemented in the Russian Federation (see paragraph 159 of the present judgment). It is obvious that Georgians, as a specific group, were targeted and discriminated against on the basis of their ethnic and national origin as a result of the respondent State's policy. While I fully subscribe to the discriminatory context of the present inter-State application duly highlighted in the judgment (see, for example, paragraphs 140-41, 152, 175-76 and 185 of the present judgment), I regret that the majority did not address the issue of a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 4 of Protocol No. 4 and with Article 5 §§ 1 and 4 of the Convention separately (the discrimination complaints under Article 3 of the Convention will be discussed in the following section).

In these proceedings the ethnic and national aspects are so closely intertwined that they should be examined together. For the purposes of this opinion, the term “Georgian” covers both ethnicity and nationality. “Ethnic Georgians”, “Georgian nationals” and “Georgians” are used interchangeably by the applicant State. The term “Georgians” used by the respondent State authorities in the context of expulsion, such as “all Georgians shall go”, “you Georgians shall leave Russia” implied more ethnicity than nationality. Official documents that were released by the respondent State during the anti-Georgian campaign denoted ethnicity (for example, the enquiries sent to various schools, using the term “национальность” – see paragraph 36 of the present judgment) and citizenship (such as the instructions and circulars, using the term “гражданство” – see paragraph 31).<sup>17</sup> Similarly, the international governmental and non-governmental organisations indicated that this campaign was based on ethnic and national origin (see paragraphs 63-67).

17. Nationality is defined in formal terms of State membership in the West, but increasingly in terms of ethnicity and culture as one moves East. In the Russian Federation the terms “nation” and “nationality” (национальность) denote an ethnic concept rather than State membership – citizenship in Russian (гражданство); hence the divergence in the terms. See Eric Lohr, *Russian Citizenship from Empire to Soviet Union*, Harvard University Press, 2012, p. 3; Azar Gat and Alexander Yakobson, *Nations: The Long History and Deep Roots of Political Ethnicity and Nationalism*, Cambridge University Press, 2013, pp. 359-60; and Şener Aktürk, *Regimes of Ethnicity and Nationhood in Germany, Russia and Turkey*, Cambridge University Press, 2012.

The principle of respect for and protection of human rights on a non-discriminatory basis is recognised as an international legal standard.<sup>18</sup> Prohibition of discrimination has crystallised into a *jus cogens* norm. It is established in the Court’s case-law that ethnicity and race are related and overlapping concepts (see, among other authorities, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [GC], nos. 27996/06 and 34836/06, § 43, ECHR 2009, and *Timishev v. Russia*, nos. 55762/00 and 55974/00, § 55, ECHR 2005-XII) and that discrimination on account of one’s actual or perceived ethnicity, as a form of racial discrimination, requires special vigilance and a vigorous reaction from the authorities (see *Timishev*, cited above, §§ 55-56).

Furthermore, the Court has developed the approach that “[w]here a substantive Article of the Convention or its Protocols has been relied on both on its own and in conjunction with Article 14 and a separate breach has been found of the substantive Article, it is not generally necessary for the Court to consider the case under Article 14 as well, though the position is otherwise if a clear inequality of treatment in the enjoyment of the right in question is a fundamental aspect of the case” (see, among others, *Timishev*, cited above, § 53; *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, § 89, ECHR 1999-III; *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, § 67, Series A no. 45; see also the partly dissenting opinion of Judge Keller in *Şükran Aydın and Others v. Turkey*, nos. 49197/06, 23196/07, 50242/08, 60912/08 and 14871/09, 22 January 2013).

The violation of the rights of Georgians based on their nationality and ethnic origin was deeply rooted in discrimination, which is the fundamental aspect of the present case. Accordingly, failure to examine Article 14 artificially reduces the scope of the non-discrimination provision of the Convention and disregards the very core feature of this inter-State application, especially considering that the Court’s practice regarding Article 14 has already been the subject of criticism.<sup>19</sup>

The principle of non-discrimination imposes distinct limitations on the liberty of States in their treatment of aliens<sup>20</sup> and should be read together

18. See the dissenting opinion of Judge Tanaka in the *South West Africa* cases, ICJ, judgment of 18 July 1966, pp. 284-317; James Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, eighth edition, Oxford University Press, 2012, pp. 644-46.

19. Harris, O’Boyle and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, second edition, Oxford University Press, 2009, p. 578; Samantha Knights, *Freedom of Religion, Minorities, and the Law*, Oxford University Press, 2007, pp. 56-57; Janneke Gerards, “The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review* vol. 13, no. 1, 2013, pp. 99-124; Ivana Radacic, “Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *The European Journal of International Law* vol. 19, no. 4, 2008, pp. 841-57; and the partly dissenting opinion of Judge Bonello in *Angelova v. Bulgaria*, no. 38361/97, ECHR 2002-IV.

20. Guy S. Goodwin-Gill, op. cit., p. 75.

with the guarantees of procedural rights in expulsion proceedings.<sup>21</sup> A common standard is that expulsions must not discriminate in purpose or effect on grounds of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. This is particularly relevant to cases of collective expulsion of aliens as they carry the risk of discrimination and often involve expulsion on the very ground of membership of a specific group.<sup>22</sup>

The State's discretionary power of expulsion is also limited by an obligation to take account of the legal context in which it is exercised.<sup>23</sup> In the present case, ethnic and national origins were determining factors for the actions of the Russian authorities in their detention, treatment and collective expulsion of Georgians.

The general problem of racial discrimination, xenophobia and intolerance in the Russian Federation is well documented.<sup>24</sup> It is recognised that vulnerable groups (including peoples from the Caucasus) suffer from aggravated discrimination and are subject to racial/ethnic profiling, racially targeted inspections and unlawful practices by law-enforcement bodies.<sup>25</sup> The existence of institutionalised discrimination, especially in the field of migration, has been considered particularly acute.<sup>26</sup> As confirmed by a Russian non-governmental organisation, Memorial, a “repressive mechanism” against foreign citizens was created in the Russian Federation well before the anti-Georgian campaign to be used to pursue political

21. *Migration and International Human Rights Law: Practitioners Guide No. 6*, International Commission of Jurists, 2011, p. 128, with further references; Jean-Marie Henckaerts, op. cit., pp. 21-28.

22. Jean-Marie Henckaerts, op. cit., p. 21.

23. Guy S. Goodwin-Gill, op. cit., p. 154.

24. See, among others, the Concluding Observations of the United Nations Human Rights Committee: Russian Federation, UN Doc. CCPR/C/79/Add.54, 26 July 1995; the Concluding Observations of the United Nations Human Rights Committee: Russian Federation, UN Doc. CCPR/CO/79/RUS, 1 December 2003; the Concluding Observations of the United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Russian Federation, UN Doc. CERD/C/62/CO/7, 2 June 2003; ECRI, third report on the Russian Federation, adopted on 16 December 2005; ECRI, fourth report on the Russian Federation, adopted on 20 June 2013; the Annual Reports of the Commissioner for Human Rights of the Russian Federation are available in Russian at: <http://ombudsmanrf.org/doklady>; Amnesty International, “Dokumenty! Discrimination on Grounds of Race in the Russian Federation”, at p. 11 (AI Index EUR 46/001/2003), available at: [www.amnesty.org/fr/library/asset/EUR46/001/2003/en/70300437-d760-11dd-b024-21932cd2170d/eur460012003en.pdf](http://www.amnesty.org/fr/library/asset/EUR46/001/2003/en/70300437-d760-11dd-b024-21932cd2170d/eur460012003en.pdf), accessed on 20 May 2012.

25. Implementation of General Assembly Resolution 60/251 of 15 March 2006 entitled “Human Rights Council”, Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, Doudou Diène, Addendum, Mission to the Russian Federation, UN Doc. A/HRC/4/19/Add.3, 30 May 2007, paragraph 76; Open Society Justice Initiative, “Ethnic Profiling in the Moscow Metro”, 2006, available at: [www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/metro\\_20060613.pdf](http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/metro_20060613.pdf), pp. 15-17, accessed on 19 May 2012.

26. Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, Addendum, Mission to the Russian Federation, cited above, paragraph 76.

goals.<sup>27</sup> The PACE report, in paragraph 54, also notes the existence of “repressive mechanisms [directed] against foreign citizens” created by Russian legislation. The statement of the Deputy Director of the Federal Migration Service of the Russian Federation that “for the citizens of Georgia [these] quotas will not be provided – neither for residency, nor for work” is additional proof that at the material time the authorities directed the existing discriminatory mechanism against Georgians.<sup>28</sup>

The Court, while establishing the existence of an administrative practice of collective expulsion under Article 4 of Protocol No. 4, reiterated the importance of the background to the expulsion (see paragraph 167 of the present judgment) having regard to the general context of the selective, organised and intentional persecution campaign of the Russian authorities *vis-à-vis* Georgians (see, for example, paragraphs 63-71 and 171-76 of the present judgment). It is also noted that domestic remedies, otherwise in place in the respondent State, were ineffective and inaccessible for Georgians against arbitrary arrests, detentions and expulsions (see paragraphs 150-58 and 188).

The Georgian witnesses heard by the Court confirmed that the underlying reason for the abuse of their rights, unlike other nationalities at the material time, was their ethnicity. Witnesses recalled being insulted, threatened and told “You have to leave Russia, there is no room for you” and “You’re being deported because you’re Georgians”,<sup>29</sup> “Be happy you’re still alive” (see paragraph 46 of the present judgment ...). There was an overwhelming public perception that the expulsion campaign was directed particularly against ethnic Georgians. In the case of G.V., cited by the respondent State as an example of a successful appeal at national level, the claimant argued that he should not have been expelled because, among other reasons, he was not ethnic Georgian, despite his Georgian citizenship.<sup>30</sup>

The policy of discrimination is further evident from various circulars and instructions (for example ordering the expulsion specifically of Georgian citizens, letters sent to schools requesting information about Georgian children and their parents (see paragraphs 31, 36 and 140-44

27. Memorial Human Rights Center, Civic Assistance Committee, “On Anti-Georgian Campaign Launched on the Territory of Russia”, p. 3, available at: [www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004\\_2009/documents/dv/memorial\\_/memorial\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/memorial_/memorial_en.pdf), accessed on 24 February 2014.

28. “Russia Cancels Employment Quotas for Georgians”, Civil Georgia, 5 October 2006, available at: [www.civil.ge/eng/article.php?id=13783](http://www.civil.ge/eng/article.php?id=13783), accessed on 24 February 2014.

29. Witness statement no. 2, verbatim record of the oral evidence given by the witnesses before the delegation of judges of the Grand Chamber from 31 January to 4 February 2011 (“verbatim record”), pp. 35 and 37.

30. Materials submitted by the respondent State on 16 March 2009 for the hearing on the admissibility of the application, pp. 199-200 (in Russian); an English translation of the same document was provided on 6 April 2009, pp. 215-16.

of the present judgment) issued by the authorities in a short period of time in different regions of the respondent State. Expelled persons were subjected to ethnic profiling, were searched, stopped and arrested in streets, at their workplaces, homes, schools and outside churches, primarily on account of their appearance/perceived membership of a particular ethnic group, without even checking the relevant documents, followed by formal acknowledgement of their Georgian nationality (see, by comparison, *Timishev*, cited above, in which freedom of movement of an applicant of Chechen origin was restricted owing to his ethnicity and the absence of the relevant record in the identity documents did not create any problem).

It would be arduous to depict all the discriminatory aspects of the campaign targeting Georgians, with which the entire judgment is imbued, on account of their range and scale. It is increasingly clear that the arrests, detentions and collective expulsion of Georgians from the Russian Federation were carried out on account of their ethnic and national origin. However, no difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person's ethnic origin is capable of being objectively justified even in the context of the fight against illegal migration (see, *mutatis mutandis*, *Timishev*, cited above, § 58, and *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC] no. 57325/00, § 176, ECHR 2007-IV).

The circumstances surrounding the coordinated policy of arrest, detention and expulsion of Georgians in the respondent State between October 2006 and January 2007 should have led the Court to find an administrative practice in breach of Article 14 taken in conjunction with Article 4 of Protocol No. 4 and with Article 5 §§ 1 and 4 of the Convention as Georgians, targeted as a group, were deliberately removed from the protection of the Russian legal system and became victims of *racial discrimination* unlike other foreign nationals in the same situation at the material time.

### **III. Violation of Article 3 of the Convention, taken separately, on account of the seriousness of the discriminatory treatment suffered by Georgians**

In the present case, the Court should also have examined the applicant State's allegation regarding the discriminatory nature of the arrests, detentions and expulsions of Georgians under Article 3 of the Convention since in some circumstances discrimination may be so serious as to constitute in itself degrading treatment within the meaning of Article 3. In the *East African Asians* case, the Commission opined that "a special importance should be attached to discrimination based on race; that publicly to single out a group of persons for differential treatment on the basis of race might, in certain

circumstances, constitute a special form of affront to human dignity; and that differential treatment of a group of persons on the basis of race might therefore be capable of constituting degrading treatment when differential treatment on some other ground would raise no such question” (see *East African Asians v. the United Kingdom*, nos. 4403/70-4419/70, 4422/70, 4423/70, 4434/70, 4443/70, 4476/70-4478/70, 4486/70, 4501/70 and 4526/70-4530/70 (joined), Commission’s report of 14 December 1973, Decisions and Reports 78-A, p. 62).

In its case-law, the Court/Commission has considered the ethnic/racial factor in relation to a breach of Article 3, noting that by virtue of Article 3 “the State’s discretion in immigration matters is not of an unfettered character, for a State may not implement policies of a purely racist nature, such as a policy prohibiting the entry of any person of a particular skin colour” (see *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, § 84 Series A no. 94). Moreover, the State’s treatment of a particular group of persons for the very reason that they belong to the specific community in question has been established as amounting to discrimination motivated by ethnic origin, race and religion (see *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, § 309, ECHR 2001-IV). Prolonged deplorable living conditions caused by discriminatory treatment are considered to cause considerable mental suffering, diminishing human dignity and amounting to degrading treatment (see *Moldovan and Others v. Romania* (no. 2), nos. 41138/98 and 64320/01, §§ 110-11, ECHR 2005-VII). Furthermore, segregating Roma children in educational institutions on the basis of their ethnic origin creates, in the Court’s opinion, a rebuttable presumption of discrimination of a type which of itself may amount to degrading treatment (see *Horváth and Vadász v. Hungary* (dec.), no. 2351/06, 9 November 2010). The standard applied in the *East African Asians* case has most recently been reaffirmed in *Abdu v. Bulgaria* (no. 26827/08, § 38, 11 March 2014).

In the present proceedings, the Court should have attached special importance to the existence of an administrative practice in the respondent State *vis-à-vis* Georgians from the standpoint of discrimination under Article 3. The Court has established, among other reasons, a climate of intimidation at the material time (see paragraph 154 of the present judgment) and psychological factors (see paragraph 156) as circumstances influencing the ability of Georgians to exhaust domestic remedies in the respondent State. It has been emphasized that many detained Georgians had been so stressed at the idea of remaining in detention any longer and so eager to return to Georgia that they would have signed “anything at all” (see paragraph 48).

The Court should have given careful consideration to the evidence that the arrest of Georgians, their placement in detention centres, denial of their voluntary return and their consequent expulsion and harassment and humiliation during transport was a deliberate policy of the respondent State. Many Georgians were forced to go through the whole cycle. The witness statements and the findings of the international governmental and non-governmental organisations unequivocally indicate that arrested persons were placed in deplorable conditions, which exceeded the already notorious situation in the detention facilities of the respondent State. In her testimony, witness no. 1, describing the treatment in the detention facility, said: “When we said that we wanted some water, we wanted to drink, we were told that ‘there’s some water in the toilet, you can drink from the toilet’ ... They did everything to strip away our dignity.”<sup>31</sup>

Police and judges systematically humiliated Georgians because of their origin. For instance, witness no. 1 recalled her treatment in a court: “I insisted that I would be prepared to go back to Georgia at my own expense and under my own steam and I was told no, you will be sent to Georgia as a prisoner, as a detainee. And if you have any problems with that, go ask your President Saakashvili”.<sup>32</sup> Witness no. 7 testified: “We were told all the time ‘don’t say anything, don’t do anything, you are Georgians’.”<sup>33</sup> Those awaiting deportation in the Moscow airports were exposed to the public in a humiliating manner and made to run through a human corridor composed of officers from the Russian Special Purpose Police Force (OMON) with their hands behind their back (see paragraph 57 of the present judgment). Witness no. 3 said that following their arrival at Domodedovo Airport a “ ... corridor ... was formed by the officers. We had to put our hands on our heads and we were told to run, and those who didn’t run, who walked slowly, were actually even hit by the officers and asked to go faster”.<sup>34</sup>

The Court considers such behaviour and attitude of officials and judges as an aggravating factor in the examination of an applicant’s complaints of discrimination under Article 3 of the Convention (see *Moldovan and Others*, cited above, §§ 110-11). What else can the above-described behaviour of the officials be if not discrimination amounting to degrading treatment under Article 3 of the Convention?

Georgians were thus subjected to disrespect for their personality throughout the entire process starting from illegal ethnic profiling and ending with their expulsion and the methods used that caused them considerable

---

31. Witness statement no. 1, verbatim record, p. 20.

32. Witness statement no. 1, verbatim record, p. 22.

33. Witness statement no. 7, verbatim record, p. 112.

34. Witness statement no. 3, verbatim record, p. 57.

mental suffering, diminishing their human dignity and arousing in them such feelings as to cause humiliation and debasement (see, by contrast, *Sejdić and Finci*, cited above, § 58). This is why the trauma experienced by the victims was still visible more than five years following the events, during the witness hearing in Strasbourg.

It is undisputed that the State's obligations under Article 3 comprise the duty not only to prohibit certain misconduct, but also to investigate the existence of a possible link between racist attitudes and an act of violence if an inference of discrimination is to be rebutted (see *Abdu*, cited above, and *B.S. v. Spain*, no. 47159/08, §§ 58-60, 24 July 2012).<sup>35</sup> The respondent State, however, has not undertaken any effective investigation into the specific allegations. The only investigation conducted by the relevant authorities concerning the enquiries sent to various schools for the purpose of identifying Georgian pupils was illusory, as illustrated by the imposition of purely nominal penalties (see paragraphs 37 and 145 of the present judgment). This, among other factors, allowed the Court to conclude that "evidence submitted by the respondent Government ... is not capable of refuting the allegations of 'official tolerance' of such illegal acts by the Russian authorities" (see paragraph 146). This situation is further aggravated in the light of the fact that impunity for hate crimes against members of ethnic, religious and national minorities has been a particularly acute problem in the respondent State.<sup>36</sup>

Having regard to all the above-mentioned factors, it is evident that at the material time Georgians – as the victims of racial discrimination – were singled out for differential treatment publicly and with the aim, among other things, of causing humiliation and debasement that represents an administrative practice of degrading treatment for the purposes of Article 3 of the Convention.

#### **IV. Violation of Article 3 of the Convention based on the conditions of expulsion**

Torture and inhuman and degrading treatment are prohibited in all circumstances. Inhuman treatment includes such treatment as deliberately causing severe mental and physical suffering. While examining the violation of Article 3, account should be taken of the cumulative effects of the

35. James A. Goldston, "Race Discrimination in Europe: Problems and Prospects", *European Human Rights Law Review*, no. 5, Sweet & Maxwell, 1999, pp. 463-83.

36. ECRI, third report on the Russian Federation, paragraphs 50 and 54; ECRI, fourth report on the Russian Federation, paragraphs 80-81; Human Rights First, "Violent Hate Crime in the Russian Federation", p. 2, available at: [www.humanrightsfirst.org/wp-content/uploads/pdf/080908-FD-individual-upr-russian-fed.pdf](http://www.humanrightsfirst.org/wp-content/uploads/pdf/080908-FD-individual-upr-russian-fed.pdf)

conditions, and of the specific allegations (see, *mutatis mutandis*, *Idalov v. Russia* [GC], no. 5826/03, § 94, 22 May 2012).

The Court has never been seised with an application regarding transport conditions during expulsion; it has, however, found a breach of Article 3 in cases involving poor transport conditions of regular detainees (see, among others, *Khudoyorov v. Russia*, no. 6847/02, §§ 116-20, ECHR 2005-X, and *Yakovenko v. Ukraine*, no. 15825/06, § 113, 25 October 2007). In *Pantea v. Romania* (no. 33343/96, §§ 186-87, 3 June 2003), the Court held that transport conditions might constitute either an independent or an aggravating issue and, combined with other aspects, could lead to a violation of Article 3 of the Convention. The Court should have used the opportunity, as it usually does, to develop its jurisprudence in relation to transport conditions during expulsion procedures with regard to Article 3, especially given that there are no detailed regulations regarding methods of expulsion of aliens in international and regional human rights instruments as such cases are covered by general provisions emanating from States' international obligations.<sup>37</sup>

The European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) has developed special guidelines on deportation procedures by air. When assessing the compatibility of the process with the relevant European standards, the CPT monitors the whole period from detention to deportation, since “deportation operations by air entail a manifest risk of inhuman and degrading treatment. This risk exists both throughout preparations for deportation and during the actual flight.”<sup>38</sup> PACE also voiced its concern with regard to protecting safety and dignity during expulsions.<sup>39</sup> Furthermore, the Committee of Ministers, in its Guidelines for Forced Return, emphasises the need to ensure that an alien is “fit to fly”, especially in cases of removal by air.<sup>40</sup>

According to the United Nations Human Rights Committee, States are obliged to ensure deportation without infringement of the rights and dignity of deportees, especially if during the expulsion such provisions as respect for the right to life and prohibition of torture, inhuman or degrading treatment

37. Catherine Phuong, “Minimum Standards for Return Procedures and International Human Rights Law”, *European Journal of Migration and Law* vol. 9, issue 1, 2007, p. 120; Walter Kälin, “Aliens, Expulsion and Deportation”, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2013, Heidelberg and Oxford University Press, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, as of October 2010, paragraph 21.

38. “Deportation Procedures by Air”, extract from the 13th General Report on the CPT’s Activities, CPT/Inf (2003) 35, 10 September 2003, paragraphs 28, 31.

39. Recommendation 1547 (2002) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on expulsion procedures in conformity with human rights and enforced with respect for safety and dignity.

40. Committee of Ministers of the Council of Europe, Twenty Guidelines on Forced Return, 4 May 2005, Guideline 16.

are triggered.<sup>41</sup> The requirement to implement deportation having due regard to the human rights and dignity of aliens was voiced by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, deploring practices of return that endanger physical safety and reiterating that “irrespective of the status of the persons concerned, returns should be undertaken in a humane manner and in full respect for their human rights and dignity and without resort to excessive force”.<sup>42</sup>

There is a consensus among migration-law experts that expulsion has to be carried out in accordance with the general standards of international law on the treatment of aliens, with due regard being paid to dignity and basic human rights<sup>43</sup> and should not be implemented “at all costs”.<sup>44</sup> It is particularly important to ensure that the conditions surrounding the expulsion are humane, expulsion is well prepared and coordinated, no bodily harm is caused to expellees and they are granted with sufficient time to prepare their departure. Adequate precautions have to be taken to ensure that the expulsion does not cause additional, unnecessary hardship.<sup>45</sup>

In the particular circumstances of the case, the Court should have examined the whole period from detention to deportation in the light of Article 3 as a “continuing situation” (see, *mutatis mutandis*, among other authorities, *Ananyev and Others v. Russia*, nos. 42525/07 and 60800/08, § 75, 10 January 2012; *Lutokhin v. Russia*, no. 12008/03, §§ 40-42, 8 April 2010; *Seleznev v. Russia*, no. 15591/03, § 36, 26 June 2008; and *Guliyev v. Russia*, no. 24650/02, § 33, 19 June 2008). It is apparent from the witness statements and the reports by the international governmental and non-governmental organisations that Article 3 was violated in detention facilities (rightly found by the Court to be contrary to Article 3, see paragraph 205 of the present judgment), as well as during the transport of deportees from detention centres to airports and in the process of their removal by air (see paragraphs 57 and 72 to 74 ...).

While I accept that, where conditions of detention are in dispute, there is no need to establish the veracity of each and every disputed or contentious point if there has been a violation of Article 3 on the basis of

41. See United Nations Human Rights Committee, Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Concluding Observations of the Human Rights Committee, Switzerland, UN Doc. CCPR/CO/73/CH, 12 November 2001, paragraph 13; United Nations Human Rights Committee, Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Concluding Observations on Belgium, UN Doc. CCPR/C/79/Add.99, 19 November 1998, paragraph 15.

42. Executive Committee, Conclusion on International Protection, Conclusion No. 85 (XLIX), 9 October 1998, lit. (bb).

43. Guy S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 155.

44. See Twenty Guidelines on Forced Return, cited above, Guideline 17.

45. Jean-Marie Henckaerts, *op. cit.*, pp. 40-41.

any serious allegation which the respondent Government do not dispute (see paragraph 194 of the present judgment), such an approach cannot, however, rectify inhuman treatment that was inflicted on expellees outside the actual places of detention. Where specific allegations regarding a breach of Article 3 are made (see, *mutatis mutandis*, *Idalov*, cited above, § 94) that go well beyond the long-recognised problems of detention conditions in the respondent State, the Convention protection should extend to and not cease outside of the detention facilities.

The majority of Georgians were arrested and detained in Moscow and St Petersburg – two cities with the highest rates of congestion – and were expelled from Moscow airports. Transport from the detention facilities to the airports took an excessively long time: sometimes as much as nine to twelve hours. These facts cannot be disregarded, especially in conjunction with the conditions and treatment that the expellees were subjected to first in the detention facilities and subsequently in the buses/vans. Specifically, harsh transport conditions became a tool for the relevant authorities to inflict excessive humiliation on the deportees. Witnesses noted that the buses transporting them to the airport were very dirty; there was no fresh air; deportees were not given access to a toilet; in some cases they were given electric shocks; and police officers extorted money for various needs ... For example, witness no. 4 indicated that “vans were driving slowly and every time we wanted to have a smoke or wanted to go to the toilet we had to pay for it”.<sup>46</sup> Many witnesses stressed that during the slow journey to the airports they were not allowed to open windows. Allegedly, this was a reason for the death of a Georgian national, Mr Tengiz Togonidze, who suffered from acute asthma. He was detained in the St Petersburg detention centre for foreign nationals and died during transport, immediately after he had left a bus following a long drive to the Moscow airport (see paragraph 72 of the present judgment). Two other Georgians died in detention centres owing to a lack of medical assistance.

The Court should also have attached particular importance to the fact that, according to the witness statements, between three and five OMON officers were present during every means of transport, whether by bus or by van ... Under the Russian legislation, OMON is used in cases of security concerns, including during mass disturbances. Its officers undergo special training and are more heavily armed than the ordinary police. The presence of these officers in buses/vans represented an additional factor of emotional/psychological distress for the expellees and was clearly not dictated by circumstances of necessity. The witness testimonies also indicate that the

---

46. Witness Statement no. 4, verbatim record, p. 65.

Russian authorities treated the expellees as criminals. Such an approach contravenes internationally accepted expulsion procedures according to which an expelling State should “ensure the expelled persons are not considered criminals”.<sup>47</sup>

The Court should also have examined the conditions of Georgian nationals in the cargo plane of the Ministry of Emergency Situations (II-76) used to deport up to 150 passengers on 6 October 2006. Witnesses and the international governmental and non-governmental organisations give concordant descriptions to the effect that the flight conditions in the cargo plane were particularly alarming (see paragraphs 57, 72 and 74 of the present judgment). Witness no. 5 described the flight conditions as follows: “We were packed like sardines, I couldn’t imagine that so many people could fit in one plane ... I would not believe that I would come home alive and I think that was a general feeling.”<sup>48</sup> Unbearable conditions in the cargo plane were assessed by PACE in paragraph 57 of its report in the following terms: “[transportation by cargo plane was done] in violation of the norms of the International Civil Aviation Organisation as such transportation of passengers poses threat to life”. Although States can choose the means of transport for expulsion, they have an obligation to ensure adequate conditions so that the life, health and dignity of deportees are respected.

Due to the absolute character of Article 3 enshrining fundamental values of democratic society, its requirements should be respected at every phase of expulsion. On the basis of all the above-mentioned factors, the question arises as to whether it was acceptable for the Court to examine a violation of Article 3 exclusively with regard to the detention conditions and without an assessment of a “continuing situation”, including the transport conditions and the method of expulsion of Georgians, especially in the light of the particularly vulnerable situation in which these individuals found themselves.

In the specific circumstances of the present case, the Court should have found that the expulsion conditions also caused undeniable suffering to Georgians that should be regarded as both inhuman and degrading treatment amounting to an administrative practice in breach of Article 3 of the Convention. It also follows that there was a breach of Article 13 in conjunction with Article 3 in relation to the conditions of expulsion.

---

47. Recommendation 1547 (2002) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, cited above, paragraph h (vii); see also François Crépeau, “Migrants’ Rights are Human Rights”, *Interights Bulletin*, vol. 17, no. 1, 2012, p. 4.

48. Witness Statement no. 5, verbatim record, p. 89.

## V. Violation of Article 1 of Protocol No. 7

The present case has revealed that there may be situations where aliens are not “lawful residents” for the purposes of Article 1 of Protocol No. 7 only or primarily on account of legislative, structural or other problems in a receiving State. In these circumstances such persons should be considered as *de facto* lawfully resident aliens and hence should fully benefit from the guarantees of Article 1 of Protocol No. 7.<sup>49</sup> In recent years there has been a marked trend towards human rights based regulations in Europe<sup>50</sup> in the area of migration and the extension of the principle of procedural (minimum) safeguards to “unlawful” aliens in European and international law.<sup>51</sup>

While I agree that States have a sovereign right to establish their own immigration policies (see paragraph 177 of the present judgment), sovereignty should not be a negative concept by which States barricade themselves against international scrutiny and involvement, but rather as a positive one entailing responsibility for the protection and general welfare of everyone under their jurisdiction.<sup>52</sup> Appreciating modern-day challenges of migration control and the standards established by the Convention, the problem at stake is the implementation of a discretionary power of a State, which by its nature cannot be unlimited, given that abuse thereof may lead to a violation of the Convention and of general international law (see, among others, *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, § 73, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, and *Ahmed v. Austria*, 17 December 1996, § 38, *Reports* 1996-VI). That power must be exercised in such a way

49. For criticism associated with the legal framework of Article 1 of Protocol No. 7 and the need for flexibility in applying it, see Jean-Marie Henckaerts, *op. cit.*, pp. 37-39.

50. Albert Kraler, “Fixing, Adjusting, Regulating, Protecting Human Rights – The Shifting Uses of Regularisations in the European Union”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 13, no. 3, 2011, p. 303.

51. See Twenty Guidelines on Forced Return, cited above, Guideline 2; Report of the International Law Commission on the work of its fifty-second session, 1 May to 9 June and 10 July to 18 August 2000, “Syllabuses on Topics Recommended for Inclusion in the Long-term Programme of Work of the Commission, Chapter 4, Expulsion of Aliens” (Emmanuel A. Addo), pp. 142-43; Sean D. Murphy, “The Expulsion of Aliens and Other Topics: The Sixty-Fourth Session of the International Law Commission”, George Washington School of Law Faculty Publications & Other Works, 2013, pp. 4-7, available at: [http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1910&context=faculty\\_publications](http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1910&context=faculty_publications), accessed on 22 February 2014; “Draft Articles on the Expulsion of Aliens”, Article 1 § 1, Report of the International Law Commission on the work of its sixty-fourth session, UN Doc. A/CN.4/L.797.

52. Francis Madding Deng, “The Global Challenge of Internal Displacement”, *Journal of Law & Policy*, vol. 5, 2001, p. 144, cited in Satvinder S. Juss, *International Migration and Global Justice (Law and Migration)*, Ashgate Publishing, 2006, p. 48; see also Satvinder S. Juss, “Free Movement and the World Order”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 16, no. 3, Oxford University Press, 2004, pp. 289-335; Third report on the Expulsion of Aliens, Maurice Kamto, Special Rapporteur, UN Doc. A/CN.4/581, International Law Commission, fifty-ninth session, Geneva, 7 May to 8 June and 9 July to 10 August 2007, pp. 8-10.

as not to infringe rights under the Convention and an individual should be expelled only “in pursuance of a decision reached in accordance with law” and subject to the exercise of certain procedural guarantees (see *Nolan and K. v. Russia*, no. 2512/04, § 114, 12 February 2009).

According to the Court’s case-law, the notion of “expulsion” under Article 1 of Protocol No. 7, which provides protection to aliens lawfully residing in a Contracting State, is an autonomous concept. The Court has shown flexibility in applying Article 1 of Protocol No. 7 despite the absence of the formal legal status of the applicant (see, for example, *Nolan and K.*, cited above, § 111).

In the present case, the majority considered that there had been no violation of Article 1 of Protocol No. 7 because all the Georgians arrested and expelled from the respondent State were unlawful residents (see paragraphs 229 and 231 of the present judgment). I cannot agree with this conclusion since it is not supported by the available evidence and even contradicts the Court’s own finding in paragraph 42, as will be explained below. While some of the expellees were indeed illegally present in the respondent State, this circumstance should not have led the Court to make such an absolute assertion. This consideration also finds resonance in the position of the respondent State, which does not deny that there were exceptions when legally present Georgian nationals were expelled (see paragraph 227 of the present judgment). The expulsion of Georgians legally present in the respondent State was also corroborated by the international governmental and non-governmental organisations (see paragraphs 65 and 172).

Furthermore, it is noteworthy that, owing to the peculiarities of inter-State applications, the Court was neither required to establish nor technically capable of establishing the legal status of each and every deportee (see paragraph 128 of the present judgment). The Court had difficulty even defining the legal status of seven witnesses interviewed during the witness hearing, emphasising that “their legal situation in the Russian Federation often appeared confused” and came to the conclusion that the “majority” (*but not all*) of Georgian nationals who gave evidence at the witness hearing were formally unlawfully resident in the Russian Federation (see paragraph 42 of the present judgment). In the light of all the above-mentioned factors, and without thoroughly analysing the main aspects and the reasons connected to the legal status of the expellees, the general conclusion regarding the illegal nature of the presence of Georgians on the territory of the respondent State is not accurate.

Russian migration legislation and practices made it impossible for most migrants to “legalise” their presence in the respondent State. This

problem affected the status of expelled Georgians as well. The Court notes the international governmental and non-governmental organisations' assessment of the Russian migration legislation and practice as "complex" and placing migrants in an insecure position (see paragraph 76 of the present judgment). While "complexity" is a common feature in such an extensive and intricate field as migration policy, in the present case the structural problems triggered by corruption, discrimination, xenophobia, mismanagement and arbitrariness lie at the very heart of this "complexity" and increase the vulnerability of migrants, as illustrated below.

The reform of the residence registration system, being a part of the general migration policy, was among the Russian Federation's obligations on accession to the Council of Europe and the country has subsequently been repeatedly reminded of this commitment (see *Bolat v. Russia*, no. 14139/03, § 50, ECHR 2006-XI).<sup>53</sup> The internal registration system, known as *propiska*, is one of the sources of the problems. In addition, a large number of citizens of the former Soviet Union (Russia being the successor of the Soviet Union), despite having lived for a long time or permanently in Russia, have been considered as illegal migrants since the entry into force of the 2002 Federal Laws on (1) citizenship; and (2) the legal status of foreign nationals. Systemic problems related to overwhelming bureaucracy in obtaining registration and work permits, regular labour inspections, arbitrary refusal or unlawful additional requirements imposed by police, as well as concerns regarding the use of residence registration as a means of discrimination against certain ethnic groups and the existence of a mechanism of extortion have been voiced by many international bodies.<sup>54</sup> The PACE report (paragraph 54) concludes that it is beyond doubt that irregularities in the legal status of

53. Parliamentary Assembly, Opinion no. 193 (1996), Application by Russia for membership of the Council of Europe, paragraph 7.8; Parliamentary Assembly Resolution 1277 (2002), Honouring of obligations and commitments by the Russian Federation, paragraph 8.12; Committee of Ministers, The *propiska* system applied to migrants, asylum-seekers and refugees in Council of Europe member States: effects and remedies, Parliamentary Assembly Recommendation 1544 (2001) (Reply adopted by the Committee of Ministers on 27 February 2003 at the 829th meeting of the Ministers' Deputies), CM/AS(2003)Rec1544 final, 28 February 2003; Resolution CM/ResCMN(2007)7 on the implementation of the Framework Convention for the Protection of National Minorities by the Russian Federation; Guidelines on the Treatment of Chechen Internally Displaced Persons (IDPs), Asylum Seekers and Refugees in Europe, European Council on Refugees and Exiles, PP1/03/2007/EXT/CR, available at: [www.unhcr.org/refworld/pdfid/4603bb602.pdf](http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4603bb602.pdf).

54. Among others, see the Concluding Observations of the United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination to the Russian Federation, 2003, cited above, paragraphs 13-14; see also the Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, cited above, paragraphs 39-40, 74 and 76; ECRI, third report, cited above, pp. 16, 19 and 37-40; ECRI, fourth report, cited above, pp. 10-11, 20-21 and 32-33; HRW report, cited above, p. 26.

many Georgians residing in Russia at the material time were caused by a “*structural problem of Russia’s immigration policies*”.

The complexity of the immigration process and the difficulty in communicating with the Federal Migration Service – the entity officially in charge of registration issues – was such that migrants, including Georgians, constantly applied for assistance to many private agencies operating widely in the respondent State, some of them apparently illegally (see paragraph 42 of the present judgment).<sup>55</sup> The Russian authorities were not able to provide any example of making such companies accountable for their illegal actions (see paragraph 44). Under these conditions, it is obvious that Georgians, acting in good faith, had a legitimate expectation that their registration would be carried out in compliance with the law in force and never questioned the legality of the services provided by these agencies (see, *mutatis mutandis*, *Lelas v. Croatia*, no. 55555/08, § 74, 20 May 2010), while their registration documents created no serious problems over the years (payment of a sum of money – see paragraph 42 of the present judgment – which actually amounted to a bribe, was not an indication that the document was fraudulent).

Various aspects of the deficiencies related to Russian migration legislation and practice, such as the creation of artificial impediments in granting or extending registration (see *Bolat*, cited above), problems associated with the status of citizens of the former USSR (see *Tatishvili v. Russia*, no. 1509/02, ECHR 2007-I), the practice of arbitrary cancellation of visas (see *Nolan and K.*, cited above) and the discriminatory application of domestic procedures (see *Timishev*, cited above), have been examined by the Court and found to be contrary to the Convention.

The manner in which expulsion procedures were conducted against Georgians at the material time made it impossible to carry out a reasonable and objective assessment of each individual case leading to a violation of Article 4 of Protocol No. 4 (see paragraphs 175 and 178 of the present judgment). This, among other things, implies that the domestic courts’ examination of these cases excluded any determination of the individual status of the deportees (especially in the absence of relevant databases), including whether the case concerned former USSR citizens, stateless persons, or refugees, or whether visa/and or registration documents were

55. Andrei Yakimov, “Legal Lawlessness”, Bulletin no. 30, 16 May 2011, Anti-discrimination Centre “Memorial”, available at: <http://adcmemorial.org/www/218.html?lang=en>, accessed on 28 May 2012; “Tajikistan: Exporting the Workforce – At What Price? Tajik Migrant Workers Need Increased Protection”, Preliminary conclusions of an FIDH investigative mission, May 2011, available at: [www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/ngos/FIDH\\_Tajikistan15.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/ngos/FIDH_Tajikistan15.pdf), accessed on 22 May 2012.

indeed forged as often claimed by the authorities purely on the basis of a visual inspection of documents (instances of passports containing a visa and a registration card being destroyed by law-enforcement officials were also reported). In fact, many of the victims referred to in the case file are refugees from Abkhazia, Georgia. It is widely acknowledged that former inhabitants of Abkhazia, who came to Russia as a result of the 1992-93 armed conflict, were largely affected by the persecution campaign.<sup>56</sup> The case of Manana Jabelia, a Georgian refugee who died in the detention facility, is self-evident. She was held in detention contrary to the Moscow City Court's decision overturning her expulsion order.<sup>57</sup> Furthermore, the information note of the Federal Migration Service dated 18 October 2006 indicates the measures taken to reinforce supervision of the lawfulness of Georgian citizens' residence, including "suspension of the issuing of certain documents to Georgian citizens (acquisition of Russian nationality, registration documents, temporary and permanent residence permits)" (see paragraph 31 of the present judgment). Hence it follows that in the preceding period the authorities, among other actions, artificially caused the conversion of many Georgians into irregular migrants, thus creating the preconditions for their expulsion.

The vast majority of Georgians had valid long-term business visas. According to statistical data, the Consular Office of the Russian Federation in Georgia issued 70,000 business visas to Georgians in 2004, 90,000 in 2005, and 75,000 in the first half of 2006 ... while business activities and the exchange of scientific information between the two countries were already hindered a long time ago. It is acknowledged that the system of migration and employment for foreigners not only fails to eliminate irregular immigration, but actually encourages it<sup>58</sup>, and the authorities benefit from the bureaucratic procedures.<sup>59</sup> In fact, in the Russian context possession of a valid long-term business visa creates a legitimate expectation of legal residence and admittance of an individual to seek work. The Russian authorities were, or should have been, aware of this situation. Therefore, the respondent State should bear responsibility for creating and maintaining a system which on the one hand allowed Georgians to receive long-term business visas and on the other made it practically impossible for them to fully legalise their presence and work in the country.

56. See Svetlana Gannushkina, "Human Rights in Russia: Year 2006", cited above, p. 4; "On Anti-Georgian Campaign Launched on the Territory of Russia", Memorial Human Rights Center, cited above, p. 1; HRW report, cited above, pp. 63-65; PACE report, cited above, paragraph 62.

57. HRW report, cited above, pp. 55-57.

58. ECRI, fourth report, cited above, pp. 32-33.

59. 2007 Annual Report of the Commissioner for Human Rights of the Russian Federation, pp. 90-91, available in Russian at: <http://ombudsmanrf.org/doklady>.

State policies and ambiguity of the rules regarding migration status and expulsion of aliens represent only part of the defective system which carries the risk of being used against minorities “should political disputes emerge between Russia and the migrants’ home country”.<sup>60</sup> The present case is an example of the materialisation of this risk, in which the system was fully directed against Georgians in the light of intensive political and media encouragement. This is particularly striking when it is recalled that the vast majority of Georgians lived in the Russian Federation for several years, were frequently stopped and checked but were never subject to forcible expulsion (see paragraph 42 of the present judgment).

The finding of no violation of Article 1 of Protocol No. 7 in the present case leaves the respondent State unaccountable for its actions, thus excluding any guarantee that a similar practice of misuse of the registration system by disregarding the safeguards enshrined in Article 1 of Protocol No. 7 will not persist. The risk of a restrictive interpretation of Article 1 of Protocol No. 7 was recognised by the Court in the case of *Nolan and K.* (cited above, § 111). In that case, the Court considered that cancellation of a visa by the border police “[could not] deprive the applicant of his status as a ‘lawful resident’”, given that “[w]ere it otherwise, a decision to expel would in itself remove the individual from the protection of Article 1 of Protocol No. 7 with the result that its guarantees would have no sphere of application at all”. The threat of removing procedural protection from aliens is further aggravated by the special scope of Article 4 of Protocol No. 4 and the inapplicability of Article 6 of the Convention to migration claims (see, for example, *Maaouia v. France* [GC], no. 39652/98, § 40, ECHR 2000-X) ultimately limiting the safeguards provided for by Article 13 of the Convention (see *Kurić and Others v. Slovenia*, no. 26828/06, §§ 369-72, 13 July 2010, and *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 157, ECHR 2000-XI).

The respondent State manipulates the existing deficient migration legislation and practices and shows no political will to resolve long-standing problems; at the same time, it never hesitates to grant citizenship, through simplified procedures, to the residents of former Soviet Republics when this is politically advantageous. In the light of this situation, the Court should have extended the protection of Article 1 of Protocol No. 7 to those aliens who were not capable of regulating their stay in the respondent State owing to the defective migration system. To do otherwise is tantamount to depriving those most vulnerable of certain fundamental guarantees provided for by the Convention. In addition, it should also be borne in mind that among the expellees were Georgians residing perfectly legally in the Russian

60. HRW report, cited above, p. 2.

Federation and those who artificially became “unlawful” migrants by the actions of the authorities themselves.

Having regard to the above-mentioned factors and considering that neither interests of public order nor reasons of national security justifying the expulsions existed, I consider that during the period in question the respondent State also arrested, detained and expelled Georgians lawfully resident in the territory of the Russian Federation and that this amounted to an administrative practice in breach of Article 1 of Protocol No. 7.

## DISSENTING OPINION OF JUDGE DEDOV

I regret that I cannot share the opinion of the majority, who have found a violation of various Articles of the Convention in the present case. In my view, the Court has taken a controversial approach to the establishment of the facts, assessment of the evidence and application of its own case-law which is hardly acceptable in a situation of strong political opposition between the high authorities of the applicant and respondent States. In such a situation, the Court has to carefully examine all the materials and make well-founded conclusions in order to avoid any concerns being raised about its impartiality. This task would be much easier if the hearings and deliberations in any inter-State case were held by the Court only after peaceful negotiations had been conducted between the parties to mitigate political and emotional tensions. Without such measures a rational analysis of cases like this can never be successful.

### **Establishment of the facts**

Generally, international reports are very helpful in extradition cases in establishing the risk of ill-treatment. They are considered as a reliable source of information if they are of a neutral or official character, up to date and contain information about concrete facts without allegations and value judgments which may impair the impartiality of the Court. In the present case the Court has established the facts on the basis of various reports by international organisations, quoting from them at length throughout the present judgment, in particular in paragraphs 40, 63 to 71, 114, 148, 172 and 173, notwithstanding the fact that the international organisations have already made their own assessments and conclusions but expressed these in the form of allegations and value judgments such as: “mass expulsion”, “mass arrests”, “a campaign conducted in such an ostensible manner”, “repressive orders targeting Georgians”, “arrestees have no right to a lawyer”, “production line ... without those concerned by the expulsion orders being present”, “collusion between the police and the judicial authorities”, “selective and intentional persecution campaign based on ethnic grounds”, “visas and registration papers legally obtained [were] ... cancelled, people [were] ... illegally detained and [expelled]”, “organised persecution of Georgian nationals”, “harassment of a specific group of people [was] a form of inadmissible discrimination”, “mass miscarriages of justice”, “evidence of collusion between the police and the courts”, “[Georgians were] presented as a group before the courts”, “deliberate policy of detention and expulsion”, “people are being illegally detained and expelled”, “flagrant denial of justice

and circumvention of the procedures”, “arbitrary and illegal detention and expulsion”, “many were effectively denied the right to appeal”, and so on.

The international organisations made their overall legal assessment of the events in their reports without providing any documentary evidence to support their conclusions, and the Court has accepted their approach without verifying the actual facts. It appears that the Court has accepted the results of their legal assessment and established the facts on the basis of the reports (see paragraphs 136-39, 152, 153, 159, 185 and 196 of the present judgment).

In particular, the statement of the Monitoring Committee of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe regarding “the complexity of the procedures for obtaining ... permits, which put migrants in an insecure position” (see paragraph 76 of the present judgment) was made without any analysis of Russian law and the Court was not in a position to make such an analysis either. The witness statements of Georgian citizens are expressed in similar terms, such as “summarily imposed administrative penalties” (see paragraph 45 of the present judgment). The Court has followed all these statements and reproduced them in its own judgment. Furthermore, the Court has concluded that the Georgian witnesses made “contradictory statements” which were at the same time “consistent and correspond[ed] to those of the international ... organisations” (see paragraph 196 of the present judgment).

I understand that such organisations, serving as human rights activists, are committed to doing everything possible to protect human rights and are not limited by any instruments in the achievement of their goals, so such reports may exaggerate the gravity of violations. However, if the Court is to be guided and limited by universal principles of fair trial, it should not allow its impartiality to be called into question because of emotional statements made in the reports.

The above-mentioned procedural deficiencies lead to problems with application of the Court’s own case-law in relation to administrative practice and collective expulsion.

### **Administrative practice**

Although the existence of an administrative practice was established by the Court in paragraphs 159 and 178 of the present judgment, it is difficult to understand why the issue of an administrative practice was raised in this case since collective expulsion was allegedly exercised over a very short period of time and no complaints were raised before or after the impugned events. I presume that the status of an inter-State case does not in itself lead to a finding of the existence of an administrative practice.

The Court established the existence of an administrative practice in two inter-State cases which differ substantially from this one. In *Ireland v. the United Kingdom* (18 January 1978, Series A no. 25), the events related to the years between 1971 and 1975, and in *France, Norway, Denmark, Sweden and the Netherlands v. Turkey* (nos. 9940-9944/82, Commission decision of 6 December 1983, Decisions and Reports (DR) 35, p. 145) there were actual violations of Article 6 over three years, from 1980 to 1982. In the present case, the action in question was organised within the space of one or two months and never occurred before or afterwards. The measure was applied not to all Georgian citizens, but to those who had illegally stayed in Russia, and many officials were punished for their mistakes.

An administrative practice consists of a repetition of violent acts and their official tolerance. This means that the Court should first find a violation as a result of one act or a short series of acts and then establish their repetition and official tolerance. In this case, the Court has departed from that approach by establishing the existence of an administrative practice without finding even one concrete example of a violation based on documentary evidence. It has wrongly applied the concept of an administrative practice to collective expulsion, as in the latter case the Court should verify the existence of the collective nature of an action but not the repetition of isolated acts.

As regards tolerance in the sense of an administrative practice, this has not been confirmed by the Court. The “secret” instructions were very problematic in the eyes of the Court. However, the police orders to search for unlawful residents cannot themselves be regarded as violent acts. To overcome this obvious obstacle the Court – at the cost of objectivity – has established the existence of an administrative practice which involves not just the police but all other authorities, including supervising prosecutors and judges. Furthermore, the Court has accepted in paragraph 159 of the present judgment that it was a “coordinated policy of arresting, detaining and expelling Georgian nationals” and that conclusion is based on value judgments with no factual basis.

The instructions and circulars “to identify as many citizens of the Republic of Georgia as possible” were mitigated by the prosecutors, who were instructed to intensify their supervision of the actions of officials of the Directorate of Internal Affairs with a view to guaranteeing respect for the rights and freedoms of nationals of the Commonwealth of Independent States, including the right to be protected against discrimination, and disciplining officials (see paragraphs 37-38 of the present judgment). Thus, the task of the Russian authorities was to concentrate on those who were unlawfully resident in Russia.

Accordingly, I cannot accept that the assessment made by the Court in paragraphs 171 to 176 is well founded. The Court refers to “a production line”, “collusion between the police and the judicial authorities”, “thousands of expulsion orders”, although the number does not matter, a “coordinated policy” with no factual basis other than the wording of the instruction of 2 October 2006 ordering “to ‘initiate’ decisions before [the Russian] courts” which itself merely means that the administrative authorities are obliged to apply to the courts because the latter are empowered to make decisions on expulsion, so demonstrates that the procedure was conducted in accordance with domestic law.

Ultimately, in paragraphs 175 and 178, the Court has concluded that there was no “reasonable and objective examination of the particular case of each individual”, but there is no indication of any individual circumstances being established by the Court in the judgment and no assessment was made as to whether or not any of those circumstances were properly considered by the Russian judges and police officers. On the contrary, the Court is in possession of the expulsion files of Georgian witnesses provided by the respondent Government, but remains reluctant to take them into account.

I believe that the instruction of 2 October 2006, which orders “to ‘initiate’ decisions before [the] courts”, does not in itself mean that there was an organised and coordinated action against Georgians by Russian courts and prosecutors and thus that the courts were not impartial and independent, as was stated in various reports and easily accepted by the Court without verifying the facts. This instruction merely obliges the authorities to bring actions in the courts as the judges alone are authorised to expel unlawful residents from Russia.

### **Collective expulsion**

The “collective expulsion of aliens” within the meaning of Article 4 of Protocol No. 4 is defined by the Court as “any measure of the competent authority compelling aliens as a group to leave the country, except where such a measure is taken after and on the basis of a reasonable and objective examination of the particular cases of each individual alien of the group” (see *Becker v. Denmark*, no. 7011/75, Commission decision of 3 October 1974, DR 4, p. 215; *Andric v. Croatia* (dec.), no. 45917/99, 23 February 1999; and *Čonka v. Belgium*, no. 51564/99, ECHR 2002-I). It means at the very least that the expulsion of a group of persons as a result of internal procedures does not automatically lead to the conclusion that there has been a “collective expulsion of aliens” (see *M.A. v Greece*, no. 25559/03, 2 March 2006; *Berisha and Haljiti v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* (dec.),

no. 18670/03, ECHR 2005-VIII; and *Dritsas v. Italy* (dec.), no. 2344/02, 1 February 2011).

It is clear, for example, from the case of *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* ([GC], no. 27765/09, ECHR 2012) that the removal of aliens to a third State was carried out without any examination of their cases by the competent (migration or judicial) authorities. As regards the particular circumstances of the individuals concerned, in the above-cited *Čonka* case the authorities made no reference to the applications for asylum and concentrated only on the expiry of the three-month permit (see *Čonka*, cited above, §§ 61-63) issued to the four applicants. In the present case, the applicant Government have not provided proof of any such claims or applications. By contrast, the expulsion decisions are evidence that the case of each Georgian citizen was reasonably and objectively examined by the Russian courts.

Establishment of the individual circumstances is vital for a reasonable judgment. This general approach has always been taken by the Court, in particular in the following manner: “the Court would not require evidence of individual circumstances only in the most extreme cases where the general situation of violence in the country of destination is of such intensity as to create a real risk that any removal to that country would necessarily violate Article 3” (see *Savridin Dzhurayev v. Russia*, no. 71386/10, § 153, ECHR 2013; *NA. v. the United Kingdom*, no. 25904/07, §§ 115-16, 17 July 2008; and *Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, nos. 8319/07 and 11449/07, § 217, 28 June 2011). In previous cases, the Court has preferred to establish the individual circumstances, but that approach was not taken in this case.

The applicant Government stated that four persons had valid visas which had expired in 2007, without attaching any copies of those visas and expulsion decisions or any other documents to their application. It seems unrealistic that the Russian court would conclude that a person was illegally resident if he or she had a valid visa, especially as the respondent State presumably acted in good faith (according to the Court’s case-law) and there is a very strong presumption that Russian judges abide by their oaths and duties. By contrast, all documents provided to the Court by the Russian Government prove that the police officers and judges carefully examined all the individual circumstances of each person.

Moreover, according to the judgments of the Russian courts eligible for examination by the Court, the Russian judges reviewed and assessed the particular circumstances of each person. However, in my view, the Court failed to examine the relevant documentation or to assess it impartially.

I cannot believe that the Russian judges (when issuing the expulsion orders) said that the only reason was because the persons concerned were Georgians or that they advised them not to appeal. That would undermine

the independence, impartiality and professional aptitude of all judges in Russia. I understand that in such a politically sensitive case it is not easy to remain within the judicial terminology used in the Convention (collective expulsion) and avoid using politically loaded terms and value judgments such as “mass expulsion”, “collusion” between authorities, “coordinated policy”, “reprisal”. However, the international reports containing such politically loaded value judgments cannot be used as evidence before the Court.

I do not doubt the capacity of Russian courts or the professional ethics of Russian judges. I would need to see proof that a Russian judge could expel a student who was lawfully registered in a Russian university or any other high-ranking professional who worked with Russian specialists. Neither the reports, nor the applicant Government, nor their witnesses, nor ultimately the judgment itself, provide any examples or concrete evidence to support their statements about a miscarriage of justice. But anyone can find thousands of examples of Georgians who lawfully stay in Russia and make successful professional careers for themselves there.

Noting that more than 58,000 persons in total were expelled in 2006, the expulsion of 4,500 Georgian citizens cannot be a basis for concluding that the procedure did not afford sufficient guarantees that the personal circumstances of each of those concerned had been genuinely and individually taken into account (see *Čonka*, cited above, § 63). Even if it could, the Court also needs to state concrete examples and concrete personal circumstances to support that conclusion. The reference to thousands of orders issued by the courts (with a huge capacity of more than 30,000 judges) or to “a coordinated policy” (which implies a lack of impartiality of the judges) in paragraph 176 of the present judgment does not satisfy the criteria established in the Court’s case-law.

### **Assessment of evidence**

The above-mentioned deficiencies have led to a one-sided assessment of the evidence by the Court. In particular, the Court has accepted allegations and value judgments regarding alleged summary procedures and mass expulsions without considering any decisions of the Russian courts and ignoring the judgments of the appellate courts evidencing numerous successful appeals. According to the appeal judgments, all applicants were represented by lawyers or relatives. Expulsion decisions were quashed on the basis of the individual circumstances of each applicant: lawful residence of relatives, ownership of immovable property, age and poor state of health, medical treatment, and status of Abkhazian refugees.

The Court is in possession of files of the Georgian witnesses containing documents which prove that they were not lawfully resident in Russian territory. Their statements to the Court contradict the expulsion decisions, police enquiries, their own written explanations and other documents. According to the decisions, the witnesses appeared before the Russian judges and made their statements and gave explanations which were reasonably assessed by the national courts. These facts refute allegations of a summary procedure.

Moreover, the Court states in paragraph 85 (iv) of the present judgment that only 42 appeal decisions concern Georgian nationals expelled in the period in question, which is not correct as all 86 appeals refer to the impugned events if the date of the first-instance court's decision is taken into account. I presume that there were hundreds of unsuccessful appeals. The Court did not mention that the Russian Government had submitted examples of successful appeals and it gave no reasons why the appeals were not relevant to conclude that this was not a coordinated action or a miscarriage of justice. In my view, in paragraph 158 of the present judgment the Court has misconstrued the number of appeal decisions by failing to regard them as examples of successful appeals but interpreting them as an exhaustive and minimal number. That approach, which allows the Court to ignore the documentary evidence and to make one-sided conclusions, is, in my view, incompatible with the principle of a fair trial.

The Court also stated that only a small percentage of appeal decisions were delivered in Moscow and St Petersburg, yet it has established that expulsion orders were issued in other regions of Russia and that the total number of expelled persons – amounting to thousands – concerned the whole country, whereas in Moscow and St Petersburg the number amounts to several hundred. This raises doubts about allegations of persistent and intolerable overcrowding in cells.

I am very sorry about those who died while in detention, and this fact should be subjected to the Court's scrutiny in order to obtain a legal assessment in terms of adequate medical assistance, but the Court has simply referred to a "large number of cases" where "it has consistently found a violation" (see paragraph 201 of the present judgment). The Court has not given any detailed description of the conditions; nor has it considered whether there was distress or hardship of an intensity actually exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention as was done in both the principal cases of *Ananyev and Others v. Russia* (nos. 42525/07 and 60800/08, 10 January 2012), and *Idalov v. Russia* ([GC], no. 5826/03, 22 May 2012) cited in paragraph 192 of the present judgment (see also *Shishkov v. Russia*, no. 26746/05, §§ 89-94, 20 February 2014, as an example of the general

approach). In *Idalov*, cited above, where the parties disagreed on most aspects of the conditions of detention, the Court noted that it had recently found a violation of Article 3 on account of overcrowding in the same remand prison (see *Skachkov v. Russia*, no. 25432/05, 7 October 2010, and *Sudarkov v. Russia*, no. 3130/03, 10 July 2008) at around the same time as the facts in issue in that case (see *Idalov*, § 97). By contrast, in all extradition cases concerning the same period or following the impugned events, the applicants never complained about poor conditions of detention (see *Muminov v. Russia*, no. 42502/06, 11 December 2008; *Karimov v. Russia*, no. 54219/08, 29 July 2010; *Sidikovy v. Russia*, no. 73455/11, 20 June 2013; *Bakoyev v. Russia*, no. 30225/11, 5 February 2013; *Zokhidov v. Russia*, no. 67286/10, 5 February 2013; and *Azimov v. Russia*, no. 67474/11, 18 April 2013).

The Court did not find that any requests had been made by the Russian Ombudsman, the Consul of Georgia in the Russian Federation, prosecutors or other officials after their numerous inspections of the detention centres. All this information was provided by the Russian Government but again ignored by the Court. By contrast, in paragraphs 184 to 186 of the present judgment the Court concluded that there was a violation of these rights on the basis of previous statements (collective expulsion, administrative practice and absence of effective remedies, which I criticised above). It is interesting to note that the Court's case-law requires that an arrested person should be promptly brought before a judge who should speedily decide the lawfulness of his detention. This was done promptly and speedily, but again, in paragraphs 204 and 205, the Court has clearly refused to adopt its well-established approach in the present case and take into account the short period of detention.

The Russian Government have confirmed and proved that there were appeals and that those who voluntarily left the country were not prevented from appealing or hiring a lawyer, and had the time and opportunity to do so (see paragraph 85 of the present judgment). However, the Court (as the master of its own procedure) has come to the exact opposite conclusion (see paragraphs 152-54).

The Court specifically noted the Russian Government's failure to provide it with monthly statistics. However, the Court has established a "sharp increase" in the number of expulsions (see paragraphs 131 and 135 of the present judgment) without taking into account annual statistics and the fact that the total number of expelled persons in 2006 was ten times higher. It did not observe that the successful appeals were on grounds of personal circumstances and not just procedural ones (see paragraph 85 (iv)) and also diminished the significance of the appeal decisions by reducing

the territory of action to the cities of Moscow and St Petersburg as if all the expelled persons lived in those two cities.

The Court has attached decisive weight to the absence of monthly statistics, concluding that the statistics provided by the Russian Government were not credible for the purpose of determining whether there was an administrative practice (see paragraph 134). At the same time, the Court has considered irrelevant the figures in relation to the expulsion of immigrants from other States and, more importantly, has not mentioned the statistics produced by the Russian Supreme Court which prove that in 2005 the total number of expelled persons (about 79,000) was much higher than in 2006 (about 58,000), the year of the impugned events. In the following years the number of expulsions fell to 29,000 in 2007 and to 23,000 in 2008, but remained very high. Such a large number of expulsions cannot in themselves be considered as collective expulsions since such statistics are quite normal for the situation in Russia, where mass unlawful immigration has a strong historical and economic background, and therefore the impugned events do not look extraordinary. Moreover, according to the official statistics of the Federal Migration Service, in the “new Russia” period (1992-2006) more than 150,000 Georgian nationals were granted Russian citizenship, and more than 73,000 of them enjoyed that right within the five years preceding the impugned events.

Considering the situation as a whole, owing to the inter-State tensions and the suspension of all links between the two States (see paragraph 22 of the present judgment), friendly relations between the authorities (but not between ordinary people) came to an end, which meant that the Russian authorities stopped tolerating the unlawful residence of many Georgians in Russian territory for many years. The message was so clear and evident that half the unlawful residents preferred to leave Russia voluntarily. That fact was mentioned in the judgment, but not properly assessed in accordance with the Court’s case-law. For example, in *De Bruin v. the Netherlands* ((dec.), no. 9765/09, 17 September 2013) the Court confirmed the State’s authority to withdraw previous official tolerance, stating: “it cannot follow, however, that a ‘right’ to commit acts prohibited by law can arise from the absence of sanctions, not even if public authority renounces the right to prosecute. Such renunciation, even if delivered in writing to a particular individual, is not to be equated with a licence granted in accordance with the law” (ibid., § 58).

Lastly, the Court found no violation of Article 1 of Protocol No. 7, confirming in paragraph 229 that, “having regard to all the material in its possession, ... it has not been established that ... there were ... arrests and expulsions of Georgian nationals lawfully resident in the territory of

the Russian Federation”. This position of the Court can be interpreted as follows: although the Russian authorities expelled only unlawful residents, they violated the Convention prohibition on collective expulsion. This is a self-contradictory position. The Georgian Government had their own logic, persuading the Court that there had been a collective expulsion and that the expelled persons had valid permits to stay in Russian territory. This is why the Georgian Government complained under Article 1 of Protocol No. 7. However, the Court (as the master of its own procedure) preferred to take a completely different approach, which creates fresh doubts as to the justification, in terms of the rule of law, of the findings of violations.

ALIŠIĆ AND OTHERS v. BOSNIA AND HERZEGOVINA, CROATIA,  
SERBIA, SLOVENIA AND THE FORMER YUGOSLAV REPUBLIC OF  
MACEDONIA  
*(Application no. 60642/08)*

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 16 JULY 2014<sup>1</sup>

---

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



SUMMARY<sup>1</sup>

**Inability to recover “old” foreign-currency savings following dissolution of former Socialist Federal Republic of Yugoslavia**

Although certain delays in repayment of the applicants’ foreign-currency debts might be justified in exceptional circumstances, and despite a wide margin of appreciation left to the respondent States in this area, the applicants’ continued inability to dispose freely of their savings for over twenty years had been disproportionate (see paragraph 124 of the judgment).

**Article 1 of Protocol No. 1**

*Peaceful enjoyment of possessions – Inability to recover “old” foreign-currency savings following dissolution of former Socialist Federal Republic of Yugoslavia – Lawfulness – Legitimate aim – Fair balance – Wide margin of appreciation*

**Article 46**

*Pilot judgment – Execution of judgment – Systemic problem – General measures – Legislative amendments – Slovenia and Serbia to allow within one year all persons in the applicants’ position to recover their “old” foreign-currency savings under the same conditions as their nationals*

\*

\* \*

*Facts*

The applicants are citizens of Bosnia and Herzegovina. Until 1989-90, the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) made it attractive for its citizens to deposit foreign currency with its banks by offering high interest rates and a State guarantee in the event of bankruptcy or “manifest insolvency”. Depositors were also entitled to withdraw their savings with accrued interest at any time. The first and second applicants deposited foreign currency at what was then Ljubljanska Banka Sarajevo and the third applicant at the Tuzla branch of Investbanka. Following reforms in 1989-90, Ljubljanska Banka Sarajevo became a branch of Ljubljanska Banka Ljubljana, which took over the former’s rights, assets and liabilities. Investbanka became an independent bank with headquarters in Serbia and branches, including the Tuzla branch, in Bosnia and Herzegovina. During this period, the convertibility of the dinar and very favourable exchange rates led to

---

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

massive withdrawals of foreign currency from commercial banks which prompted the SFRY to take emergency measures to restrict such withdrawals. After the break-up of the SFRY in 1991-92, the “old” foreign-currency deposits remained frozen in the successor States, who however agreed to repay them to domestic banks. In Bosnia and Herzegovina, the Constitutional Court examined numerous individual complaints concerning failures to repay “old” foreign-currency savings at the domestic branches of Ljubljanska Banka Ljubljana and Investbanka. The Constitutional Court found no liability on the part of Bosnia and Herzegovina or its Entities and instead ordered the State to help the clients of those branches to recover their savings from Slovenia and Serbia respectively. In the framework of the negotiations for the Agreement on Succession Issues, negotiations regarding the distribution of the SFRY’s guarantees of “old” foreign-currency savings were held in 2001 and 2002. As the successor States could not reach an agreement however, in 2002 the Bank for International Settlements informed them that it would have no further involvement in the matter. The applicants complained that they had been unable to withdraw their foreign-currency savings.

#### *Law*

(1) Article 1 of Protocol No. 1: In its admissibility decision the Chamber found that the statutory guarantee of the SFRY in respect of the “old” foreign-currency savings in Ljubljanska Banka Ljubljana and Investbanka had not been activated until the dissolution of the SFRY and that the relevant liability had therefore not shifted from those banks to the SFRY before its dissolution. The Grand Chamber endorsed the Chamber’s finding in this respect. Moreover, it stressed that the two banks had remained liable for the “old” foreign-currency savings in their Bosnian-Herzegovinian branches since the dissolution of the SFRY. The Court went on to examine whether Slovenia and Serbia were responsible for the failure of those banks to repay their debts to the applicants.

The Slovenian government had nationalised Ljubljanska Banka Ljubljana and transferred most of its assets to a new bank, while at the same time confirming that the old Ljubljanska Banka Ljubljana remained liable for “old” foreign-currency savings in its branches in the other successor States. Indeed Slovenia had become the sole shareholder of the old Ljubljanska Banka Ljubljana, which was administered by a government agency. In addition, Slovenia was to a large extent responsible for the bank’s inability to service its debts (as it had transferred most of its assets to another bank) and there was evidence in the case file that most of the funds of the Sarajevo branch of Ljubljanska Banka Ljubljana had ended up in Slovenia. It was therefore responsible for the debt of Ljubljanska Banka Ljubljana to the first and second applicants.

As to Investbanka, it was State-owned by Serbia and controlled by a Serbian government agency. Moreover, at one point the bank had been required to write off its considerable claims against State-owned and socially owned companies to its own and its stakeholders’ detriment. Serbia had thus disposed of Investbanka’s

assets as it considered fit, which led the Court to conclude that there were sufficient grounds to deem Serbia responsible for Investbanka's debt to the third applicant. As to the applicants' inability to dispose freely of their "old" foreign-currency savings since 1991-92, the explanation of the Serbian and Slovenian Governments for the delay essentially concerned their duty to negotiate that question in good faith with the other successor States, as required by international law. However, the duty to negotiate did not prevent the successor States from adopting measures to protect the savers' interests. The Croatian government had repaid a large part of its citizens' "old" foreign-currency savings in Ljubljanska Banka Ljubljana's Zagreb branch and the Macedonian government had repaid the total amount of "old" foreign-currency savings in the Skopje branch of that bank. At the same time, those two States had never abandoned their position that Slovenia should eventually be held liable, and continued to claim compensation at the inter-State level in the context of the succession negotiations. Furthermore, the Slovenian and Serbian Governments insisted that during State succession negotiations the liability for debts of banks in Bosnia and Herzegovina was to be decided under the territoriality principle. The Court disagreed, pointing to the "equitable proportion" principle which was to be applied under international law on State succession.

Although certain delays in repayment of the above debts could be justified in exceptional circumstances, and despite a wide margin of appreciation left to the respondent States in this area, the applicants' continued inability to dispose freely of their savings for over twenty years had been disproportionate and thus in breach of Article 1 of Protocol No. 1.

The Court emphasised that the above conclusions did not imply that no State would ever be able to rehabilitate a failed bank without incurring direct responsibility for that bank's debt under Article 1 of Protocol No. 1. Given its context, the situation in the present case was unique and different from other cases concerning rehabilitation of an insolvent privately owned bank.

*Conclusion:* violation by Slovenia with regard to the first and second applicants (unanimously), violation by Serbia with regard to the third applicant (unanimously), no violation as regards the other respondent States (fifteen votes to two).

(2) Article 46: There were more than 1,850 similar applications, introduced on behalf of more than 8,000 applicants, already pending before the Court, and thousands of potential applicants. For that reason, it was appropriate to apply the pilot-judgment procedure to the applicants' case. In view of the systemic problem identified, the Court considered that general measures at national level were undoubtedly called for in the execution of the present judgment. Notably, within one year and under the supervision of the Committee of Ministers, Slovenia and Serbia must make all necessary arrangements, including legislative amendments, in order to allow the applicants and all other persons in their position to recover their "old" foreign-currency savings under the same conditions as their nationals who held such savings in the domestic branches of Slovenian and Serbian banks.

While there was no need to indicate that all affected persons should be afforded redress for the damage incurred as a result of their inability to dispose freely of their savings for more than twenty years, the Court pointed out that it may reconsider this issue should either of the respondent States fail to apply the general measure indicated above. Finally, the Court decided to adjourn the examination of similar cases against Serbia and Slovenia for one year.

Article 41: The Court awarded 4,000 euros each to the first, second and third applicants in respect of non-pecuniary damage.

### Case-law cited by the Court

- Anokhin v. Russia* (dec.), no. 25867/02, 31 May 2007  
*Beyeler v. Italy* [GC], no. 33202/96, ECHR 2000-I  
*Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, ECHR 2004-V  
*Burdov v. Russia (no. 2)*, no. 33509/04, ECHR 2009  
*Cooperativa Agricola Slobozia-Hanesei v. Moldova*, no. 39745/02, 3 April 2007  
*E.G. v. Poland and 175 other Bug River applications* (dec.), no. 50425/99, ECHR 2008  
*Iatridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, ECHR 1999-II  
*Immobiliare Saffi v. Italy* [GC], no. 22774/93, ECHR 1999-V  
*Khachatryan v. Armenia*, no. 31761/04, 1 December 2009  
*Kotov v. Russia* [GC], no. 54522/00, 3 April 2012  
*Kovačić and Others v. Slovenia* [GC], nos. 44574/98, 45133/98 and 48316/99, 3 October 2008  
*Kurić and Others v. Slovenia* (just satisfaction) [GC], no. 26828/06, ECHR 2014  
*Likvidējamā p/s Selga and Vasiļevska v. Latvia* (dec.), nos. 17126/02 and 24991/02, 1 October 2013  
*Lukenda v. Slovenia*, no. 23032/02, ECHR 2005-X  
*Merzhoyev v. Russia*, no. 68444/01, 8 October 2009  
*Molnar Gabor v. Serbia*, no. 22762/05, 8 December 2009  
*Mykhaylenky and Others v. Ukraine*, nos. 35091/02, 35196/02, 35201/02, 35204/02, 35945/02, 35949/02, 35953/02, 36800/02, 38296/02 and 42814/02, ECHR 2004-XII  
*Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey* [GC], no. 13279/05, 20 October 2011  
*R. Kačapor and Others v. Serbia*, nos. 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 and 3046/06, 15 January 2008  
*Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 23 September 1982, Series A no. 52  
*Suljagić v. Bosnia and Herzegovina*, no. 27912/02, 3 November 2009  
*Vistiņš and Perepjolkins v. Latvia* [GC], no. 71243/01, 25 October 2012  
*Vučković and Others v. Serbia* (preliminary objection) [GC], nos. 17153/11 and 29 others, 25 March 2014  
*Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/94, ECHR 1999-I  
*Wolkenberg and Others v. Poland* (dec.), no. 50003/99, 4 December 2007

*Yershova v. Russia*, no. 1387/04, 8 April 2010

*Zastava It Turs v. Serbia* (dec.), no. 24922/12, 9 April 2013

*Zolotas v. Greece* (no. 2), no. 66610/09, ECHR 2013



**In the case of Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia,**

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

Dean Spielmann, *President*,  
Josep Casadevall,  
Guido Raimondi,  
Ineta Ziemele,  
Mark Villiger,  
Isabelle Berro,  
David Thór Björgvinsson,  
Danutė Jočienė,  
Dragoljub Popović,  
Päivi Hirvelä,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Ganna Yudkivska,  
Angelika Nußberger,  
Linos-Alexandre Sicilianos,  
André Potocki,  
Faris Vehabović,  
Ksenija Turković, *judges*,

and Michael O’Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 10 July 2013 and 28 May 2014,

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

## PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 60642/08) against Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia (“the Governments”) lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by three citizens of Bosnia and Herzegovina, Ms Emina Ališić, Mr Aziz Sadžak and Mr Sakib Šahdanović (“the applicants”), on 30 July 2005. The first applicant is also a German citizen.

2. The applicants alleged that they had not been able to withdraw their “old” foreign-currency savings from their accounts at the Sarajevo branch of Ljubljanska Banka Ljubljana and the Tuzla branch of Investbanka since

the dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia. They relied on Articles 13 and 14 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1.

3. The application was allocated to the Fourth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 17 October 2011 a Chamber of that Section, composed of Nicolas Bratza, Lech Garlicki, Nina Vajić, Boštjan M. Zupančič, Ljiljana Mijović, Dragoljub Popović and Mirjana Lazarova Trajkovska, judges, and Lawrence Early, Section Registrar, joined to the merits the issue of the exhaustion of domestic remedies and declared the application admissible.

4. In its judgment of 6 November 2012, the Chamber dismissed by six votes to one the Governments' objections as to the exhaustion of domestic remedies and held:

- unanimously, that there had been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 by Serbia with regard to Mr Šahdanović;

- by six votes to one, that there had been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 by Slovenia with regard to Ms Ališić and Mr Sadžak;

- unanimously, that there had been no violation of Article 1 of Protocol No. 1 by the other respondent States;

- unanimously, that there had been a violation of Article 13 of the Convention by Serbia with regard to Mr Šahdanović;

- by six votes to one, that there had been a violation of Article 13 of the Convention by Slovenia with regard to Ms Ališić and Mr Sadžak;

- unanimously, that there had been no violation of Article 13 of the Convention by the other respondent States; and

- unanimously, that there was no need to examine the complaint under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 13 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1 with regard to Serbia and Slovenia and that there had been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 13 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1 with regard to the other respondent States.

The dissenting opinion of Judge Zupančič was appended to the judgment.

5. On 18 March 2013, pursuant to requests by the Serbian and Slovenian Governments, a panel of the Grand Chamber decided to refer the case to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention.

6. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24. Boštjan M. Zupančič, the judge elected in respect of Slovenia, decided to withdraw from the Grand Chamber (Rule 28). The Slovenian Government accordingly appointed Angelika Nußberger, the judge elected in respect of Germany, to sit in his place (Article 26 § 4 of the Convention and Rule 29). Davíð Thór Björgvinsson and Danutė Jočienė, whose term of office expired

on 31 October 2013, continued to sit in the case (Article 23 § 3 of the Convention and Rule 24 § 4).

7. The parties filed further observations (Rule 59 § 1).

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

There appeared before the Court:

(a) *for the applicants*

Mr B. Mujčin,

Mr E. Eser,

Mr A. Mustafić,

*Counsel,*

*Assistant;*

(b) *for the Government of Bosnia and Herzegovina*

Ms M. Mijić,

Ms B. Skalonjić,

Ms E. Veledar Arifagić,

Mr Z. Kelić,

Mr T. Ćurak,

Mr S. Bakić,

Mr E. Kubat,

Ms V. Tufek,

Ms N. Trossat,

Mr M. Mahmutović,

*Agent,*

*Assistant Agent,*

*Advisers;*

(c) *for the Croatian Government*

Ms Š. Stažnik,

Ms N. Katić,

Ms A. Metelko-Zgombić,

Ms M. Bašić,

Ms J. Vlašić,

Ms B. Grabovac,

Ms V. Zvonar,

*Agent,*

*Advisers;*

(d) *for the Serbian Government*

Mr S. Carić,

Ms V. Rodić,

Ms D. Dobrković,

Mr N. Petković,

Mr B. Milisavljević,

Mr B. Kurbalija,

Ms S. Đurđević,

*Agent,*

*Advisers;*

(e) *for the Slovenian Government*

Ms	N. Pintar-Gosenca,	<i>Agent,</i>
Ms	C. Annacker,	<i>Counsel,</i>
Ms	A. Nee,	
Ms	M. Prevc,	
Mr	R. Gabrovec,	
Ms	A. Polak-Petrič,	
Mr	A. Kulick,	<i>Advisers;</i>

(f) *for the Macedonian Government*

Mr	K. Bogdanov,	<i>Agent,</i>
Ms	V. Stanojevska,	<i>Adviser.</i>

The Court heard addresses by Mr Mujčin, Ms Mijić, Ms Stažnik, Mr Carić, Ms Annacker and Mr Bogdanov.

## THE FACTS

## I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

**A. Introduction**

9. The applicants were born in 1976, 1949 and 1952 respectively and live in Germany.

10. Prior to the dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY), two of the present applicants, Ms Ališić and Mr Sadžak, had deposited foreign currency in Ljubljanska Banka Sarajevo<sup>1</sup>. In 1990, within the context of the economic reforms carried out in 1989-90 (see paragraph 21 below), Ljubljanska Banka Sarajevo became a branch of Ljubljanska Banka Ljubljana, a Slovenian bank. Also prior to the dissolution of the SFRY, the third applicant, Mr Šahdanović, had deposited foreign currency in the Tuzla branch, located in Bosnia and Herzegovina, of Investbanka, a Serbian bank. According to the material in the Court's possession, on 31 December 1991 the balance in Ms Ališić's and Mr Sadžak's accounts at the Sarajevo branch of Ljubljanska Banka Ljubljana was 4,715 Deutschmarks (DEM) and DEM 129,874 respectively; on 3 January 2002 the balance in Mr Šahdanović's accounts at the Tuzla branch of Investbanka was DEM 63,880, 4 Austrian schillings and 73 United States dollars (USD).

11. The applicants' complaints under the Convention concern their inability to withdraw their foreign-currency savings from the bank accounts described above. In their submission, this constituted a breach of Article 1

1. Ljubljanska Banka Sarajevo is different from and should not be confused with the homonymous bank set up in 1993, mentioned in paragraph 30 below.

of Protocol No. 1 taken alone and in conjunction with Article 14 of the Convention by all of the respondent States. They also alleged a violation of Article 13 of the Convention.

## **B. Factual background**

### *1. Commercial banking in the SFRY before the reforms carried out in 1989-90*

#### **(a) Basic banks, associated banks and national banks**

12. Before the economic reforms that were carried out in the SFRY in 1989-90, its commercial banking system consisted of *basic* and *associated* banks. Basic banks had separate legal personality, but were integrated into the organisational structure of one of the nine associated banks. As a rule, basic banks were founded and controlled by socially owned companies based in the same territorial unit (that is, in one of the Republics – Bosnia and Herzegovina, Croatia, Macedonia, Montenegro, Serbia and Slovenia – or Autonomous Provinces – Kosovo and Vojvodina – of the SFRY). Socially owned companies were the flagship of the Yugoslav model of self-management: neither private nor State-owned, they were a collective property controlled by their employees, based on a communist vision of industrial relations (the phenomenon and the current status of such companies in Serbia, where they continue to exist, has been described in *R. Kačapor and Others v. Serbia*, nos. 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 and 3046/06, §§ 71-76 and 97, 15 January 2008). Two or more basic banks could form an associated bank. Ljubljanska Banka Ljubljana, one of the associated banks of the SFRY, was composed of Ljubljanska Banka Sarajevo, at which two of the present applicants had opened accounts, Ljubljanska Banka Zagreb<sup>2</sup>, Ljubljanska Banka Skopje<sup>3</sup> and a number of other basic banks. Similarly, Investbanka, at which one of the present applicants had opened accounts, had, together with some other basic banks, formed an associated bank called Beogradska udružena Banka.

13. In the SFRY there were also nine *national* banks, the National Bank of Yugoslavia (“the NBY”) and a national bank in each of the six Republics and two Autonomous Provinces.

#### **(b) Foreign-currency deposits**

14. Being hard-pressed for hard currency, the SFRY made it attractive for its expatriates and other citizens to deposit foreign currency with its banks. Such deposits earned high interest, the annual rate often exceeding 10%,

2. See paragraph 43 below.

3. See paragraph 52 below.

and were guaranteed by the State (section 14(3) of the Foreign-Currency Transactions Act 1985<sup>4</sup> and section 76(1) of the Banks and Other Financial Institutions Act 1989<sup>5</sup>).

15. The State guarantee was to be activated in case of a bank's bankruptcy or "manifest insolvency" at the request of the bank (section 18 of the Banks and Other Financial Institutions Insolvency Act 1989<sup>6</sup> and the relevant secondary legislation<sup>7</sup>). None of the banks under consideration in the present case made such a request.

16. Savers could not request the activation of the guarantee of their own volition, but were entitled, in accordance with the Civil Obligations Act 1978<sup>8</sup>, to collect their deposits at any time, together with accrued interest. Section 1035 of that Act provided as follows:

"(1) A contract for a monetary deposit shall be formed when the bank agrees to accept and the depositor agrees to deposit a certain sum of money in the bank.

(2) Under such a contract, the bank shall have the right to use the deposited money and the obligation to return it in accordance with the terms set out in the agreement."

Section 1043(1) of the Act read as follows:

"If a savings account is opened, the bank or financial institution shall issue the saver with a savings book."

Section 1044 of the Act provided:

"(1) All deposits and withdrawals shall be recorded in a savings book.

(2) Signed and stamped entries in savings books shall constitute proof of deposits and withdrawals.

(3) Any agreement to the contrary shall be null and void."

Furthermore, section 1045 of the Act read as follows:

"Interest shall be paid on savings deposits."

### (c) Redepositing scheme

17. Beginning in the mid-1970s, the banks incurred foreign-exchange losses because of depreciation of the dinar exchange rate. In response, the

4. Here and in the footnotes below the full titles of the domestic legislation referred to in the judgment are provided in the original language. *Zakon o deviznom poslovanju*, Official Gazette of the SFRY nos. 66/85, 13/86, 71/86, 2/87, 3/88, 59/88, 85/89, 27/90, 82/90 and 22/91.

5. *Zakon o bankama i drugim finansijskim organizacijama*, Official Gazette of the SFRY nos. 10/89, 40/89, 87/89, 18/90, 72/90 and 79/90.

6. *Zakon o sanaciji, stečaju i likvidaciji banaka i drugih finansijskih organizacija*, Official Gazette of the SFRY nos. 84/89 and 63/90.

7. *Odluka o načinu izvršavanja obaveza Federacije po osnovu jemstva za devize na deviznim računima i deviznim štednim ulozima građana, građanskih pravnih lica i stranih fizičkih lica*, Official Gazette of the SFRY no. 27/90.

8. *Zakon o obligacionim odnosima*, Official Gazette of the SFRY nos. 29/78, 39/85, 45/89 and 57/89.

SFRY introduced a system for “redepositing” foreign currency, allowing banks to transfer citizens’ foreign-currency deposits to the NBY, which assumed the currency risk (section 51 of the Foreign-Currency Transactions Act 1977<sup>9</sup>). Although the system was legally optional, in practice the banks did not have another option as they were not allowed to maintain foreign-currency accounts with foreign banks, which were necessary to make payments abroad, nor were they allowed to grant foreign-currency loans. Virtually all foreign currency was therefore redeposited with the NBY according to one of the following two methods: either the “accounting” or “pro forma” method, or the method of actual transfer of foreign currency to foreign accounts of the NBY. The accounting method was used far more often, as it enabled commercial banks to shift currency risks to the NBY without having to pay fees to foreign banks (see *Kovačić and Others v. Slovenia* [GC], nos. 44574/98, 45133/98 and 48316/99, § 36, 3 October 2008; see also decision AP 164/04 of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina of 1 April 2006, § 53). According to an internal report of the NBY of September 1988<sup>10</sup>, by 30 June 1988 an equivalent of approximately USD 9 billion had been redeposited with the NBY, of which only around USD 1.4 billion (that is, slightly above 15%) had been physically transferred to the NBY’s many foreign accounts. It would appear that the funds in the NBY’s foreign accounts have recently been divided among the successor States (see paragraph 65 below).

18. With regard to Ljubljanska Banka Sarajevo<sup>11</sup>, where the first two applicants held their accounts, the redepositing scheme operated as follows. Pursuant to a series of agreements (between Ljubljanska Banka Sarajevo and Ljubljanska Banka Ljubljana, the National Bank of Bosnia and Herzegovina and the National Bank of Slovenia), Ljubljanska Banka Sarajevo was to transfer every month to the National Bank of Slovenia, for the account of Ljubljanska Banka Ljubljana, any difference between the foreign currency deposited and the foreign currency withdrawn. Some of those funds were transferred back to Ljubljanska Banka Sarajevo at the request of that bank in order to meet its liquidity needs (during periods when more foreign currency was withdrawn than deposited). Indeed, in the period from 1984 to 1991, DEM 244,665,082 was transferred to Ljubljana and DEM 41,469,528 (that is, less than 17%) back to Sarajevo. The funds which had not been transferred back to Sarajevo were redeposited with the NBY according to

9. *Zakon o deviznom poslovanju i kreditnim odnosima*, Official Gazette of the SFRY nos. 15/77, 61/82, 77/82, 34/83, 70/83 and 71/84.

10. A copy of the report was provided to the Court by the Slovenian Government (annex no. GC10).

11. As noted in footnote 1 above, Ljubljanska Banka Sarajevo should not be confused with the homonymous bank set up in 1993, mentioned in paragraph 30 below.

one of the two methods described in paragraph 17 above: the “accounting” or “pro forma” method (in which case there is no proof that the funds actually left Ljubljana), or the method of actual transfer of foreign currency to foreign accounts of the NBY. Regardless of the redepositing method used, all those funds were recorded as a claim of Ljubljanska Banka Sarajevo against the NBY.

19. Under the agreements mentioned in paragraph 18 above, Ljubljanska Banka Sarajevo was granted dinar loans (initially interest-free) by the NBY, via the National Bank of Bosnia and Herzegovina, in return for the value of the redeposited foreign currency. The dinars received by Ljubljanska Banka Sarajevo were used by that basic bank to offer loans, at interest rates below the rate of inflation, to companies based, as a rule, in the same territorial unit.

20. In late 1988 the redepositing system was stopped (by an amendment to section 103 of the Foreign-Currency Transactions Act 1985). Banks were given permission to open accounts with foreign banks. Ljubljanska Banka Sarajevo, like other banks, seized that opportunity and deposited around USD 13.5 million with foreign banks in the period from October 1988 to December 1989. There is no information in the file as to what has happened to those funds.

## *2. The reform of commercial banking in the SFRY (1989-90)*

21. Within the framework of the reforms carried out in 1989-90, the SFRY abolished the system of basic and associated banks described above. This shift in the banking regulations allowed some basic banks to opt for an independent status, while other basic banks became branches (without legal personality) of the former associated banks to which they had formerly belonged. On 1 January 1990 Ljubljanska Banka Sarajevo, mentioned above, thus became a branch (without legal personality) of Ljubljanska Banka Ljubljana; the latter assumed the former's rights, assets and liabilities. Investbanka, mentioned above, became an independent bank with its seat in Serbia and a number of branches in Bosnia and Herzegovina.

22. Moreover, the convertibility of the dinar was declared, which led to a massive withdrawal of foreign currency. The SFRY therefore resorted to emergency measures restricting to a large extent withdrawals of foreign-currency deposits. For example, as of December 1990, when the amendment to section 71 of the Foreign-Currency Transactions Act 1985 came into

force, savers could withdraw their savings only to pay for imported goods or services for their own or their close relatives' needs, to purchase foreign-currency bonds, to make testamentary gifts for scientific or humanitarian purposes, or to pay for life insurance with a local insurance company. In addition, section 3 of the SFRY government's decision of April 1991<sup>12</sup>, which was in force until February 1992, and section 17(c) of the NBY's decision of January 1991<sup>13</sup>, which the Constitutional Court of the SFRY declared unconstitutional in April 1992, limited the amount that savers could withdraw or use for the above purposes to DEM 500 per transaction, but not more than DEM 1,000 per month (see paragraph 53 below).

### *3. The dissolution of the SFRY in 1991-92*

23. The dissolution of the SFRY occurred in 1991-92. In the successor States of the SFRY, foreign-currency savings deposited prior to the dissolution were placed under a special regime and are commonly referred to as "old" or "frozen" foreign-currency savings. An overview of the relevant domestic law and practice concerning such savings in each of the five successor States is provided below. The successor States, which are also the respondent parties to the present case, are presented below in alphabetical order.

## **C. Circumstances pertaining in the respondent States**

### *1. Bosnia and Herzegovina*

#### **(a) Measures concerning "old" foreign-currency savings**

24. In 1992 Bosnia and Herzegovina took over the statutory guarantee for "old" foreign-currency savings from the SFRY (see section 6 of the SFRY Legislation Application Act 1992<sup>14</sup>). Although the relevant statutory provisions were not clear in that regard, the National Bank of Bosnia and Herzegovina held the view that the guarantee covered such savings in domestic banks only (see report 63/94 of the National Bank of Bosnia and Herzegovina of 8 August 1994<sup>15</sup>).

12. *Odluka o načinu na koji ovlašćene banke izvršavaju naloge za plaćanje domaćih fizičkih lica devizama sa njihovih deviznih računa i deviznih štednih uloga*, Official Gazette of the SFRY nos. 28/91, 34/91, 64/91 and 9/92.

13. *Odluka o načinu vođenja deviznog računa i deviznog štednog uloga domaćeg i stranog fizičkog lica*, Official Gazette of the SFRY nos. 6/91, 30/91, 36/91 and 25/92.

14. *Uredba sa zakonskom snagom o preuzimanju i primjenjivanju saveznih zakona koji se u Bosni i Hercegovini primjenjuju kao republički zakoni*, Official Gazette of the Republic of Bosnia and Herzegovina no. 2/92.

15. A copy of the report was provided by the Bosnian-Herzegovinian Government.

25. Although all “old” foreign-currency savings remained frozen during the war, withdrawals were exceptionally allowed on humanitarian grounds and in some other special cases (see the relevant secondary legislation<sup>16</sup>).

26. After the 1992-95 war, each of the Entities (the Federation of Bosnia and Herzegovina (“the FBH”) and the Republika Srpska) enacted its own legislation on “old” foreign-currency savings. Only the FBH legislation is relevant in the present case, given that the branches in issue are situated in that Entity. In 1997 the FBH assumed liability for “old” foreign-currency savings in banks and branches situated in its territory (see section 3(1) of the Claims Settlement Act 1997<sup>17</sup> and the Non-Residents’ Claims Settlement Decree 1999<sup>18</sup>). Although such savings remained frozen, that Act provided that they could be used to purchase State-owned flats and companies (see section 18 of the Claims Settlement Act 1997, as amended in 2004).

27. In 2004 the FBH enacted new legislation. It undertook to repay “old” foreign-currency savings in domestic banks in that Entity, regardless of the citizenship of the depositor concerned. Its liability for such savings in the branches of Ljubljanska Banka Ljubljana, Investbanka or other foreign banks, in which the applicants had their accounts, was expressly excluded pursuant to section 9(2) of the Settlement of Domestic Debt Act 2004<sup>19</sup>.

28. In 2006, liability for “old” foreign-currency savings in domestic banks passed from the Entities to the State. Liability for such savings at the local branches of Ljubljanska Banka Ljubljana and Investbanka was again expressly excluded, but the State was to help the clients of those branches to obtain payment of their savings from Slovenia and Serbia respectively (see section 2 of the Old Foreign-Currency Savings Act 2006<sup>20</sup>). In addition, all proceedings concerning “old” foreign-currency savings ceased by virtue of the same Act (see section 28 of that Act; that provision was declared

16. *Odluka o uslovima i načinu isplata dinara po osnovu definitivne prodaje devizne štednje domaćih fizičkih lica i korišćenju deviza sa deviznih računa i deviznih štednih uloga domaćih fizičkih lica za potrebe liječenja i plaćanja školarine u inostranstvu*, Official Gazette of the Republic of Bosnia and Herzegovina no. 4/93; *Odluka o uslovima i načinu davanja kratkoročnih kredita bankama na osnovu definitivne prodaje deponovane devizne štednje građana i efektivno prodatih deviza od strane građana*, Official Gazette of the Republika Srpska nos. 10/93 and 2/94; and *Odluka o ciljevima i zadacima monetarno-kreditne politike u 1995*, Official Gazette of the Republic of Bosnia and Herzegovina nos. 11/95 and 19/95.

17. *Zakon o utvrđivanju i realizaciji potraživanja građana u postupku privatizacije*, Official Gazette of the FBH nos. 27/97, 8/99, 45/00, 54/00, 32/01, 27/02, 57/03, 44/04, 79/07 and 65/09.

18. *Uredba o ostvarivanju potraživanja lica koja su imala deviznu štednju u bankama na teritoriju Federacije, a nisu imala prebivalište na teritoriju Federacije*, Official Gazette of the FBH no. 44/99.

19. *Zakon o utvrđivanju i načinu izmirenja unutrašnjih obaveza Federacije*, Official Gazette of the FBH nos. 66/04, 49/05, 35/06, 31/08, 32/09 and 65/09.

20. *Zakon o izmirenju obaveza po osnovu računa stare devizne štednje*, Official Gazette of Bosnia and Herzegovina nos. 28/06, 76/06, 72/07 and 97/11.

constitutional by decision U 13/06 of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina of 28 March 2008, § 35).

**(b) Status of the Sarajevo branch of Ljubljanska Banka Ljubljana and Ljubljanska Banka Sarajevo (set up in 1993)**

29. As stated in paragraph 21 above, in January 1990 Ljubljanska Banka Sarajevo became a branch, without legal personality, of Ljubljanska Banka Ljubljana; the latter assumed the former's rights, assets and liabilities. Pursuant to the companies register, the branch acted on behalf of and for the account of the parent bank. At the end of 1991, the foreign-currency savings at that branch amounted to around DEM 250 million, but less than DEM 350,000 had been placed in its vault (the flow of foreign currency between Sarajevo and Ljubljana is described in paragraph 18 above).

30. A new bank, with the same name as the predecessor of the Sarajevo branch of Ljubljanska Banka Ljubljana – Ljubljanska Banka Sarajevo – was incorporated under the law of Bosnia and Herzegovina in 1993. It assumed unilateral liability for “old” foreign-currency savings at the Sarajevo branch of Ljubljanska Banka Ljubljana, a Slovenian bank.

31. In 1994 the National Bank of Bosnia and Herzegovina carried out an inspection of the new Ljubljanska Banka Sarajevo and noted many shortcomings. First of all, the management of the new Ljubljanska Banka Sarajevo had not been properly appointed and it was not clear who its shareholders were. The National Bank, for that reason, appointed a director of that bank. Secondly, as a domestic bank, Ljubljanska Banka Sarajevo could not have assumed a foreign bank's liability for “old” foreign-currency savings, as this would impose new financial obligations on the State of Bosnia and Herzegovina (as the State was the statutory guarantor for “old” foreign-currency savings in all domestic banks). The National Bank ordered that a closing balance sheet for the Sarajevo branch of Ljubljanska Banka Ljubljana as at 31 March 1992 be drawn up urgently and that its relations with the parent bank be defined.

32. However, according to the companies register, the newly founded Ljubljanska Banka Sarajevo remained liable for “old” foreign-currency savings at Ljubljanska Banka Ljubljana's Sarajevo branch until late 2004 (see paragraph 35 below). Consequently, it continued to administer “old” foreign-currency savings at Ljubljanska Banka Ljubljana's Sarajevo branch; around 3% of those savings were used in the privatisation process in the FBH (see paragraph 26 above). In one case, a civil court ordered Ljubljanska Banka Sarajevo to repay a client of Ljubljanska Banka Ljubljana's Sarajevo branch (see *Višnjevac v. Bosnia and Herzegovina* (dec.), no. 2333/04, 24 October 2006).

33. The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina described the pre-2004 situation as “chaotic” (decision AP 164/04 of 1 April 2006, § 55). The Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina, a domestic human rights body, held that the legal uncertainty surrounding the issue of “old” foreign-currency savings in, *inter alia*, domestic branches of Ljubljanska Banka Ljubljana and Investbanka during that period amounted to a violation of Article 1 of Protocol No. 1 (see decision CH/98/377 and others of 7 November 2003, § 270).

34. In 2003 the FBH Banking Agency placed the domestic Ljubljanska Banka Sarajevo under its provisional administration on the ground that it had undefined relations with Ljubljanska Banka Ljubljana, a foreign bank located in Slovenia.

35. By virtue of an amendment to the Companies Register Act 2000<sup>21</sup>, in 2003 the FBH Parliament extended the statutory time-limit for the deletion of wartime entries in the companies register until 2004. Shortly thereafter, in November 2004, the Sarajevo Municipal Court decided that the domestic Ljubljanska Banka Sarajevo was not the successor of the Sarajevo branch of the Slovenian Ljubljanska Banka Ljubljana; that it was not liable for “old” foreign-currency savings in that branch; and that, as a result, the 1993 entry in the companies register stating otherwise ought to be deleted.

36. In 2006 the domestic Ljubljanska Banka Sarajevo sold its assets to a Croatian company which, in return, undertook to pay the debts of that bank. At the same time, the premises of the Sarajevo branch of the Slovenian Ljubljanska Banka Ljubljana, under the administration of the FBH government pending the final determination of the status of that branch, were let out to the same Croatian company on behalf and for the account of Ljubljanska Banka Ljubljana.

37. In 2010 the competent court opened bankruptcy proceedings against Ljubljanska Banka Sarajevo in Bosnia and Herzegovina. The proceedings are still pending.

**(c) Status of the Tuzla branch of Investbanka**

38. The Tuzla branch of Investbanka has always had the status of a branch without legal personality. The balance of the “old” foreign-currency savings at that branch was approximately USD 67 million (approximately DEM 100 million) as at 31 December 1991. The branch closed in June

21. *Zakon o postupku upisa pravnih lica u sudski registar*, Official Gazette of the FBH nos. 4/00, 49/00, 32/01, 19/03 and 50/03.

1992 and has never resumed its activities. It is not clear what happened to its funds.

39. In 2002 the competent court in Serbia made a bankruptcy order against Investbanka. The Serbian authorities then sold the premises of the FBH branches of Investbanka (those in the Republika Srpska had been sold in 1999). For example, for the sale of the premises in Džafer Mahala Street in Tuzla the Serbian authorities obtained 2,140,650 euros. The bankruptcy proceedings against Investbanka are apparently still pending.

40. In 2010 the FBH government decided to place the premises and archives of the FBH branches of Investbanka under its administration. However, it would appear that Investbanka no longer had any premises or archives in the FBH.

41. In 2011, at the request of the FBH authorities, the Serbian authorities opened a criminal investigation into the manner in which the archives of the Tuzla branch had been transferred to the Serbian territory in 2008.

## 2. Croatia

### (a) Measures concerning “old” foreign-currency savings

42. The Croatian Government stated that they had repaid “old” foreign-currency savings in domestic banks and their foreign branches, regardless of the citizenship of the depositor concerned. Indeed, it is clear that they repaid such savings of Bosnian-Herzegovinian citizens deposited in Bosnian-Herzegovinian branches of Croatian banks. However, the Slovenian Government provided the Court with decisions of the Supreme Court of Croatia (Rev 3015/1993-2 of 1994, Rev 3172/1995-2 of 1996 and Rev 1747/1995-2 of 1996) holding that the term used in the relevant legislation (*građanin*) meant a Croatian citizen (compare *Kovačić and Others*, cited above, § 77).

### (b) Status of the Zagreb branch of Ljubljanska Banka Ljubljana

43. Croatia allowed its citizens to transfer their “old” foreign-currency savings from the Zagreb branch of Ljubljanska Banka Ljubljana to Croatian banks (see section 14 of the Old Foreign-Currency Savings Act 1993<sup>22</sup> and the relevant secondary legislation<sup>23</sup>). Apparently, about two-thirds of all clients of that branch availed themselves of that possibility. In March

22. *Zakon o pretvaranju deviznih depozita građana u javni dug Republike Hrvatske*, Official Gazette of the Republic of Croatia no. 106/93.

23. *Pravilnik o utvrđivanju uvjeta i načina pod kojima građani mogu prenijeti svoju deviznu štednju s organizacijske jedinice banke čije je sjedište izvan Republike Hrvatske na banke u Republici Hrvatskoj*, Official Gazette of the Republic of Croatia no. 19/94.

2013 Croatia and Slovenia signed a memorandum of understanding, urging further succession negotiations regarding those transferred savings. As to the clients who did not transfer their savings from the Zagreb branch of Ljubljanska Banka Ljubljana to Croatian banks, which savings amounted to approximately DEM 300 million, some of them pursued civil proceedings in the Croatian courts: sixty-three of them obtained their “old” foreign-currency savings from a forced sale of assets of that branch located in Croatia (decisions of the Osijek Municipal Court of 8 April 2005 and 15 June 2010<sup>24</sup>; see also *Kovačić and Others*, cited above, §§ 122-33); while others have pursued or are currently pursuing civil proceedings in the Slovenian courts (see paragraph 51 below). According to official papers provided by the Croatian Government, Ljubljanska Banka Ljubljana and its Zagreb branch no longer have any assets in Croatia.

### 3. Serbia

#### (a) Measures concerning “old” foreign-currency savings

44. After the dissolution of the SFRY, “old” foreign-currency savings in Serbian banks remained frozen. However, withdrawals were exceptionally allowed on humanitarian grounds regardless of the citizenship of the saver concerned and the location of the branch in issue (see the relevant secondary legislation<sup>25</sup>). Furthermore, the Serbian courts ruled on at least one occasion that the banks based in Serbia were liable for “old” foreign-currency savings at their branches located in Bosnia and Herzegovina (see *Šekerović v. Serbia* (dec.), no. 32472/03, 4 January 2007).

45. In 1998, and then again in 2002, Serbia agreed to repay, partly in cash and partly in government bonds, “old” foreign-currency savings in domestic branches of domestic banks of its citizens and of citizens of all States other than the successor States of the SFRY together with “old” foreign-currency savings in foreign branches of domestic banks (such as the Tuzla branch of Investbanka) of citizens of all States other than the successor States of the SFRY. Those government bonds were to be amortised by 2016 in twelve annual instalments and earned interest at an annual rate of 2%

24. A copy of the document was provided by the Slovenian Government (annexes nos. 273-74).

25. *Odluka o uslovima i načinu davanja kratkoročnih kredita bankama na osnovu definitivne prodaje deponovane devizne štednje građana*, Official Gazette of the Federal Republic of Yugoslavia nos. 42/93, 49/93, 71/93 and 77/93; *Odluka o uslovima i načinu isplate dela devizne štednje građana koja je deponovana kod NBJ*, Official Gazette nos. 42/94, 44/94 and 50/94; *Odluka o uslovima i načinu isplate dela devizne štednje građana koja je deponovana kod NBJ*, Official Gazette nos. 10/95, 52/95, 58/95, 20/96, 24/96 and 30/96; and *Odluka o privremenom obezbeđivanju i načinu i uslovima isplate sredstava ovlašćenim bankama na ime dinarske protivvrednosti dela devizne štednje deponovane kod NBJ isplaćene građanima za određene namene*, Official Gazette nos. 41/96, 21/98 and 4/99.

(section 4 of the Old Foreign-Currency Savings Act 2002<sup>26</sup>). As regards the amount to be repaid, Serbia undertook to reimburse original deposits with interest accrued by 31 December 1997 at the original rate and interest accrued after that date at an annual rate of 2% (section 2 of the same Act).

46. However, other “old” foreign-currency savings (that is, the savings of citizens of the SFRY successor States other than Serbia deposited in all branches of Serbian banks, both domestic and foreign, as well as the savings of Serbian citizens in Serbian banks’ branches located outside Serbia) were to remain frozen pending succession negotiations, as was the case for example of the third applicant’s deposits. Furthermore, all proceedings concerning “old” foreign-currency savings ceased by virtue of sections 21 and 22 of the Old Foreign-Currency Savings Act 1998<sup>27</sup> and sections 21 and 36 of the Old Foreign-Currency Savings Act 2002.

**(b) Status of Investbanka and its branches**

47. According to the companies register, Investbanka is State-owned. It is controlled by the Deposit Insurance Agency of Serbia. As a State-owned entity, it had to write off its large claims against State- and socially-owned companies in order to enable their privatisation pursuant to the Privatisation Act 2001<sup>28</sup>. In January 2002 the competent court made a bankruptcy order against Investbanka. The bankruptcy proceedings are pending. Hundreds of savers at Bosnian-Herzegovinian branches of Investbanka unsuccessfully applied to be paid back within the context of the bankruptcy proceedings. Twenty of them then pursued civil proceedings against Investbanka, but to no avail.

*4. Slovenia*

**(a) Measures concerning “old” foreign-currency savings**

48. In 1991 Slovenia assumed the statutory guarantee from the SFRY for “old” foreign-currency savings in domestic branches of all banks (including Investbanka and other foreign banks), regardless of the citizenship of the depositor concerned (see section 19(3) of the 1991 Constitutional Act on the Implementation of the Fundamental Constitutional Charter on the Sovereignty and Independence of the Republic of Slovenia – “the

26. *Zakon o regulisanju javnog duga Savezne Republike Jugoslavije po osnovu devizne štednje građana*, Official Gazette of the Federal Republic of Yugoslavia no. 36/02.

27. *Zakon o izmirenju obaveza po osnovu devizne štednje građana*, Official Gazette of the Federal Republic of Yugoslavia nos. 59/98, 44/99 and 53/01.

28. *Zakon o privatizaciji*, Official Gazette of the Republic of Serbia nos. 38/01, 18/03, 45/05, 123/07 and 30/10.

1991 Constitutional Act<sup>29)</sup>, and converted the banks' liabilities towards depositors into public debt (see the Old Foreign-Currency Savings Act 1993<sup>30)</sup>). Slovenia thus undertook to repay original deposits and interest accrued by 31 December 1990 at the original rate, as well as interest accrued from 1 January 1991 until 31 December 1992 at an annual rate of 6% (section 2 of the Old Foreign-Currency Savings Act 1993). As regards the period thereafter, the interest rate depended on whether a depositor had opted for government bonds or cash. The depositors were entitled to obtain either government bonds, which were to be amortised by 2003 in twenty biannual instalments and earned interest at an annual rate of 5%, or cash from the banks in which they had money, together with interest at the market rate plus 0.25% in ten biannual instalments. In the latter case, the banks were to be issued with government bonds. Some depositors opted for government bonds as they could use them to purchase State-owned flats and companies and to pay taxes and pension contributions.

**(b) Status of Ljubljanska Banka Ljubljana and its branches**

49. Shortly after its declaration of independence, Slovenia nationalised and then, in 1994, restructured Ljubljanska Banka Ljubljana by virtue of an amendment to the 1991 Constitutional Act. Most of its assets and a part of its liabilities were transferred to a new bank – Nova Ljubljanska Banka (see section 22(b) of that Act, cited in paragraph 54 below). The old bank retained liability for “old” foreign-currency savings in its branches in the other successor States and the related claims against the NBY (*ibid.*). On the basis of that Act, domestic courts rendered a number of decisions ordering the old Ljubljanska Banka Ljubljana to pay “old” foreign-currency savings to clients at its Sarajevo branch; at the same time, domestic courts considered that the Slovenian State itself had no liabilities in this regard (see the Supreme Court judgments II Ips 415/95 of 27 February 1997; II Ips 613/96 of 1 April 1998; and II Ips 490/97 of 21 January 1999). The old Ljubljanska Banka Ljubljana was initially administered by the Bank Rehabilitation Agency. It is now controlled by a Slovenian government agency – the Succession Fund.

50. In 1997 all proceedings concerning “old” foreign-currency savings in the old Ljubljanska Banka Ljubljana's branches in the other successor States (with the exception of third-instance proceedings before the Supreme Court) were stayed pending the succession negotiations (see the Succession

29. *Ustavni zakon za izvedbo Temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti RS*, Official Gazette of the Republic of Slovenia nos. 1/91 and 45/94.

30. *Zakon o poravnavanju obveznosti iz neizplačanih deviznih vlog*, Official Gazette of the Republic of Slovenia no. 7/93.

Fund of the Republic of Slovenia Act 1993<sup>31</sup>, as amended in 1997, and the Succession Fund and the Senior Representative for Succession of the Republic of Slovenia Act 2006<sup>32</sup>). In December 2009 the Constitutional Court of Slovenia, upon a petition of two Croatian savers, declared that measure unconstitutional.<sup>33</sup>

51. The Ljubljana District Court has since given many judgments ordering the old Ljubljanska Banka Ljubljana to pay “old” foreign-currency savings in its Sarajevo branch together with interest (see, for example, judgment P 119/1995-I of 16 November 2010, which became final and binding on 4 January 2012 when it was upheld by the Ljubljana Higher Court; judgment P 9/2007-II of 7 December 2010; and judgment P 1013/2012-II of 10 January 2013). The court explained that, according to the SFRY law, branches had acted on behalf and for the account of parent banks. Moreover, according to the Slovenian law, the old Ljubljanska Banka Ljubljana retained liability for “old” foreign-currency savings in its Sarajevo branch. The court considered it irrelevant that a homonymous bank, Ljubljanska Banka Sarajevo, had assumed liability of the old Ljubljanska Banka Ljubljana for savings at the Sarajevo branch in 1993 (see paragraph 30 above) as that had been done without the approval of the parent bank or the depositors. In any event, the competent court in Bosnia and Herzegovina had deleted the 1993 entry in the companies register to that effect in 2004 (see paragraph 35 above). The Ljubljana District Court also considered it irrelevant that some foreign currency had been transferred to the NBY’s foreign accounts in accordance with the redepositing scheme set out above.

#### *5. The former Yugoslav Republic of Macedonia*

52. The former Yugoslav Republic of Macedonia paid back “old” foreign-currency savings in domestic banks and local branches of foreign banks, such as the Skopje branch of Ljubljanska Banka Ljubljana, regardless of the citizenship of the depositor concerned.<sup>34</sup>

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW

53. As noted in paragraph 22 above, certain restrictions on withdrawals of foreign-currency savings already existed before the dissolution of the

31. *Zakon o Skladu Republike Slovenije za sukcesijo*, Official Gazette of the Republic of Slovenia nos. 10/93, 38/94 and 40/97.

32. *Zakon o Skladu Republike Slovenije za nasledstvo in visokem predstavniku Republike Slovenije za nasledstvo*, Official Gazette of the Republic of Slovenia nos. 29/06 and 59/10.

33. Decision published in the Official Gazette of the Republic of Slovenia no. 105/09.

34. *Zakon za prezemaње на депонираните девизни влогови на граѓаните од страна на Република Македонија*, Official Gazette of the Republic of Macedonia no. 26/92; *Zakon za garancija na Република Македонија за депонираните девизни влогови на граѓаните и за обезбедување*

SFRY. For example, section 17(c) of the NBY's decision of January 1991<sup>35</sup>, which the Constitutional Court of the SFRY declared unconstitutional in April 1992, read as follows.

“Authorised banks shall execute orders to pay domestic nationals foreign currency deposited in their foreign-currency accounts ... on receipt from such persons of prior notice of their intention to use the foreign currency as follows:

- (i) amounts not exceeding DEM 500: fifteen days for the first withdrawal and thirty days for subsequent withdrawals;
- (ii) amounts not exceeding DEM 1,000: thirty days for the first withdrawal and forty-five days for subsequent withdrawals;
- (iii) amounts not exceeding DEM 3,000: ninety days; and
- (iv) amounts not exceeding DEM 8,000: 180 days.”

That provision, however, did not apply to Yugoslav expatriates who worked and lived abroad, such as the applicants in the present case (see sections 8(6) and 17 of that decision). The present applicants' inability to withdraw their savings from their respective accounts resulted from the application of the following provisions of domestic law, presented below in chronological order.

54. The relevant part of the 1991 Constitutional Act of Slovenia, as amended in 1994, reads as follows.

#### Preamble

“Considering the reluctance of certain States that have emerged on the territory of the former [SFRY] and the banks based in those States;

Considering the current impossibility of reaching a succession agreement in respect of the financial assets and liabilities of the former SFRY and the legal persons on its territory, because of the practical and legal consequences of the war in the territory of the former SFRY, international sanctions imposed on the so-called FRY (Serbia and Montenegro), the breakdown of the financial and economic systems in some successor States, and the use of the financial assets of the former SFRY by the so-called FRY to finance the war of aggression;

...

And with the purpose of finding, through negotiations with foreign creditors, a fair solution to the assumption of an adequate share of the State debts of the former SFRY in cases where the final beneficiary may not be established ...”

---

*на средства и начин за исплата на депонираните девизни влогови на граѓаните во 1993 и 1994, Official Gazette nos. 31/93, 70/94, 65/95 and 71/96; and Закон за начинот и постапката на исплатување на депонираните девизни влогови на граѓаните по кои гарант е Република Македонија, Official Gazette nos. 32/00, 108/00, 4/02 and 42/03.*

35. *Odluka o načinu vođenja deviznog računa i deviznog štednog uloga domaćeg i stranog fizičkog lica, Official Gazette of the SFRY nos. 6/91, 30/91, 36/91 and 25/92.*

**Section 22(b)**

“Ljubljanska Banka Ljubljana and Kreditna Banka Maribor shall transfer their respective businesses and assets to the new banks created hereunder.

Notwithstanding the provisions of the preceding paragraph, Ljubljanska Banka Ljubljana and Kreditna Banka Maribor shall retain:

...

(iii) full liability for foreign-currency ordinary and savings accounts not guaranteed by the Republic of Slovenia;

...

(v) the claims related thereto.

Ljubljanska Banka Ljubljana shall maintain its links with its existing branches and subsidiaries based in the other Republics on the territory of the former SFRY, and shall retain the corresponding share of claims against the National Bank of Yugoslavia in respect of foreign-currency savings accounts.”

55. The relevant parts of the Succession Fund of the Republic of Slovenia Act 1993, as amended in 1997, provide as follows.

**Section 1**

“In order to realise claims and discharge liabilities of the Republic of Slovenia and natural and legal persons on the territory of the Republic of Slovenia in the process of division of the rights, assets and liabilities of the [SFRY], the Succession Fund of the Republic of Slovenia is hereby created.”

**Section 15(č)(1)**

“If court proceedings or enforcement proceedings are pending against persons based or domiciled in Slovenia, the claimant or the creditor is based or domiciled in ... one of the Republics of the former SFRY ... and the claim concerns a legal transaction or enforceable judicial decision, the court shall stay the proceedings of its own motion.”

56. The relevant parts of the Old Foreign-Currency Savings Act 2002 of Serbia read as follows.

**Section 21(1)**

“Citizens of [Bosnia and Herzegovina, Croatia, Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia] who have old foreign-currency savings at banks with the seat in Serbia and Montenegro<sup>36</sup>, as well as citizens of Serbia and Montenegro who have old foreign-currency savings at branch offices of such banks located in the territory of [Bosnia and Herzegovina, Croatia, Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia] shall realise their old foreign-currency claims in a manner to be agreed upon among the successor States of the SFRY.”

36. This Act was enacted by the Federal Republic of Yugoslavia which existed from 1992 until 2003. It was made up of Serbia and Montenegro. Serbia is the sole legal successor of the Federal Republic of Yugoslavia.

### Section 36

“All proceedings, including enforcement proceedings, concerning foreign-currency savings covered by this Act shall cease by virtue of this Act.”

57. Section 2 of the Old Foreign-Currency Savings Act 2006 of Bosnia and Herzegovina reads as follows.

“(1) Under this Act, ‘old foreign-currency savings’ are foreign-currency savings in banks located in the territory of Bosnia and Herzegovina as at 31 December 1991, including interest earned until that date, less any payment after that date and any funds transferred to special privatisation accounts.

(2) Old foreign-currency savings defined in paragraph 1 above shall not include foreign-currency savings in branch offices located in the territory of Bosnia and Herzegovina of the Ljubljanska Banka, Investbanka or other foreign banks.

(3) In accordance with the 2001 Agreement on Succession Issues, foreign-currency savings defined in paragraph 2 above shall be the liability of the successor States in which the banks in issue had their seats. Bosnia and Herzegovina shall provide assistance, within the scope of its international activities, to the holders of such foreign-currency accounts ...”

58. Section 23 of the Succession Fund and the Senior Representative for Succession of the Republic of Slovenia Act 2006 provided as follows.

“(1) Any and all decisions of the courts in Slovenia to stay proceedings concerning foreign-currency savings in a commercial bank or any of its branches in any successor State of the former SFRY rendered pursuant to the Succession Fund of the Republic of Slovenia Act 1993 shall remain in force. Any and all proceedings referred to in the previous sentence that have already resumed shall be further stayed or suspended.

(2) Proceedings referred to in the previous paragraph shall resume automatically upon the settlement of the issue of the guarantees of the SFRY or its NBY for foreign-currency savings pursuant to Article 7 of Annex C to the Agreement on Succession Issues.”

On 3 December 2009 the Constitutional Court of Slovenia declared that provision unconstitutional.

## III. RELEVANT INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

### A. International law concerning State succession

59. The matter of State succession is regulated, at least partly, by rules of general international law reflected in the 1978 Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties and, to a certain extent, in the 1983 Vienna Convention on Succession of States in respect of State Property, Archives and Debts (“the 1983 Vienna Convention”)<sup>37</sup>. Although

37. In 1983 the SFRY signed that treaty. In 2001 the Federal Republic of Yugoslavia lodged an instrument advising its intent to maintain the signature made by the SFRY.

the latter treaty is not yet in force and only three of the respondent States are Parties to it as of now (Croatia, Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia), it is a well-established principle of international law that, even if a State has not ratified a treaty, it may be bound by one of its provisions in so far as that provision reflects customary international law, either codifying it or forming a new customary rule (see *Cudak v. Lithuania* [GC], no. 15869/02, § 66, ECHR 2010, and the judgment of the International Court of Justice in the *North Sea Continental Shelf* cases, judgment of 20 February 1969, *ICJ Reports* 1969, § 71).

60. The obligation to negotiate in good faith with a view to reaching an agreement is the basic principle for the settlement of the various aspects of succession (see Opinion no. 9 of the Arbitration Commission of the International Conference on the Former Yugoslavia<sup>38</sup>, and Article 6 of the 2001 Resolution on State Succession in Matters of Property and Debts of the Institute of International Law – “the 2001 Resolution”). Failing an agreement, the territoriality principle is of vital importance in so far as succession in respect of State property is concerned (Article 18 of the 1983 Vienna Convention and Article 16 of the 2001 Resolution). As regards State debts, the applicable principle is that of “equitable proportion”. The relevant provision of the 1983 Vienna Convention is Article 41, which reads as follows:

“When a State dissolves and ceases to exist and the parts of the territory of the predecessor State form two or more successor States, and unless the successor States otherwise agree, the State debt of the predecessor State shall pass to the successor States in equitable proportions, taking into account, in particular, the property, rights and interests which pass to the successor States in relation to that State debt.”

Article 23 § 2 of the 2001 Resolution similarly provides that the “equitable proportion” principle is the governing principle in so far as State debts are concerned:

“Failing an agreement on the passing of State debts of the predecessor State, the State debt shall, in each category of succession, pass to the successor State in an equitable proportion taking into account, notably, the property, rights and interests passing to the successor State or successor States in relation with such State debt.”

Nevertheless, Articles 27 to 29 of the 2001 Resolution make a distinction between *national*, *localised* and *local* debts and provide that the territoriality principle applies specifically to local debts.

38. The Commission was set up by the European Community and its member States in 1991. It handed down fifteen opinions pertaining to legal issues arising from the dissolution of the SFRY (*International Law Reports* 92 (1993), pp. 162-208, and 96 (1994), pp. 719-37).

**Article 27 – National debts**

“1. State debts made by the predecessor State to the benefit of the whole State (national debts) are subject to the rules contained in Articles 22 and following of this Resolution.

2. The debts of public institutions and State-owned enterprises which operate nationally are subject to the same rules regardless of the location of their registered office.”

**Article 28 – Localised debts**

“1. State debts contracted by the predecessor State or a public institution or enterprise operating nationally, for particular projects or objects in a specific region (localised national debts), are governed by the rules contained in the previous Article.

2. However, the apportionment of this debt in accordance with the demands of equity shall take account of the passing of property (objects/installations) connected to the debt and any profit from these projects or objects benefiting the successor State on whose territory they are situated.”

**Article 29 – Local debts**

“1. Debts of local public institutions (communes, regions, federal entities, departments, public utilities and other regional and local institutions) pass to the successor State on whose territory this public institution is situated.

...

6. The predecessor State and the successor State or States may by agreement otherwise settle the passing of local debts. For settlements involving private debts, the private creditors shall participate in the drafting and conclusion of this agreement.”

Lastly, as regards the effect of State succession on private persons, the relevant parts of the 2001 Resolution read as follows.

**Article 24**

“1. A succession of States should not affect the rights and obligations of private creditors and debtors.

2. Successor States shall, in their domestic legal orders, recognise the existence of rights and obligations of creditors established in the legal order of the predecessor State.

...”

**Article 25**

“Successor States shall in so far as is possible respect the acquired rights of private persons in the legal order of the predecessor State.”

**B. Agreement on Succession Issues and relevant practice**

61. The Agreement on Succession Issues was the result of nearly ten years of negotiations under the auspices of the International Conference

on the former Yugoslavia and the High Representative (an international administrator appointed under Annex 10 to the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina). It was signed on 29 June 2001 and came into force between Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia and Montenegro (later succeeded by Serbia), Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia on 2 June 2004.

62. The issue of “old” foreign-currency savings was a contentious one. The successor States had different views as to whether that issue should be dealt with as a liability of the SFRY under Annex C (“Financial assets and liabilities”) or as a private-law issue under Annex G (“Private property and acquired rights”).<sup>39</sup> Neither could those States agree whether the guarantees of the SFRY of “old” foreign-currency savings should be taken over by the State in which the parent bank in issue had its head office or by the State in which the deposit had actually been made. The following provisions were eventually included in Annex C to the Agreement.

**Article 2 § 3**

“Other financial liabilities [of the SFRY] include:

(a) guarantees by the SFRY or its National Bank of Yugoslavia of hard currency savings deposited in a commercial bank and any of its branches in any successor State before the date on which it proclaimed independence;

...”

**Article 7**

“Guarantees by the SFRY or its NBY of hard currency savings deposited in a commercial bank and any of its branches in any successor State before the date on which it proclaimed its independence shall be negotiated without delay taking into account in particular the necessity of protecting the hard currency savings of individuals. This negotiation shall take place under the auspices of the Bank for International Settlements.”

63. In 2001-02 four rounds of negotiations regarding the distribution of the SFRY’s guarantees of “old” foreign-currency savings were held. As the successor States could not reach an agreement, in September 2002 the Bank for International Settlements (“the BIS”) informed them that the BIS expert, Mr Meyer, had decided to terminate his involvement in the matter and that the BIS had no further role to play in this regard. It concluded as follows:

“If, however, all five successor States were to decide at a later stage to enter into new negotiations about guarantees of hard currency savings deposits and were to seek

39. See the *travaux préparatoires* of the Agreement provided by the Slovenian Government (annexes nos. 265-70).

the BIS' assistance in this regard, the BIS would be prepared to give consideration to providing such assistance, under conditions to be agreed."<sup>40</sup>

It appears that four successor States (all but Croatia) notified the BIS of their willingness to continue the negotiations shortly thereafter. Croatia did so in October 2010 and received a response in November 2010 which, in so far as relevant, reads as follows:

"... the BIS did recently reconsider this issue and believes that its contribution to any new round of negotiations, as part of a good offices role, could not bring added value, also bearing in mind the amount of time which lapsed since the last round of negotiations, as well as its current priorities in the field of monetary and financial stability. However, we would like to emphasise that the organisation of the bi-monthly meetings in Basel offers the practical opportunity for the governors of the successor States to discuss this matter between them on an informal basis at the BIS."<sup>41</sup>

64. It should be noted that a comparable issue of the SFRY's guarantees of savings deposited with the Post Office Savings Bank and its branches had been settled outside the negotiations of the Agreement on Succession Issues, in that each of the States had taken over the guarantees relating to the branches in its territory.

65. The SFRY's financial assets were divided among the successor States according to the following proportions: Bosnia and Herzegovina – 15.5%; Croatia – 23%; the former Yugoslav Republic of Macedonia – 7.5%; Slovenia – 16%; and Serbia and Montenegro (later succeeded by Serbia) – 38% (pursuant to Article 5 of Annex C to the Agreement). It would appear that in the period 2003-12, practically all foreign currency in foreign accounts of the former NBY, in the amount of around USD 237 million in US banks and USD 221 million in other banks, was divided between the successor States according to those proportions.<sup>42</sup>

66. In accordance with Article 4 of the Agreement on Succession Issues, a Standing Joint Committee of senior representatives of the successor States was established to monitor the effective implementation of the Agreement and to serve as a forum in which questions arising during its implementation could be discussed. It has so far met three times: in 2005, 2007 and 2009.

67. The following provisions of the Agreement are also relevant in this case:

#### Article 5

"1. Differences which may arise over the interpretation and application of this Agreement shall, in the first place, be resolved in discussion among the States concerned.

40. A copy of that letter was provided by the Croatian Government.

41. A copy of that letter was provided by the Croatian Government.

42. A copy of relevant SWIFT correspondence and other relevant documents were provided by the Serbian Government.

2. If the differences cannot be resolved in such discussions within one month of the first communication in the discussion the States concerned shall either

(a) refer the matter to an independent person of their choice, with a view to obtaining a speedy and authoritative determination of the matter which shall be respected and which may, as appropriate, indicate specific time-limits for actions to be taken; or

(b) refer the matter to the Standing Joint Committee established by Article 4 of this Agreement for resolution.

3. Differences which may arise in practice over the interpretation of the terms used in this Agreement or in any subsequent agreement called for in implementation of the Annexes to this Agreement may, additionally, be referred at the initiative of any State concerned to binding expert solution, conducted by a single expert (who shall not be a national of any party to this Agreement) to be appointed by agreement between the parties in dispute or, in the absence of agreement, by the President of the Court of Conciliation and Arbitration within the OSCE [Organization for Security and Co-operation in Europe]. The expert shall determine all questions of procedure, after consulting the parties seeking such expert solution if the expert considers it appropriate to do so, with the firm intention of securing a speedy and effective resolution of the difference.

4. The procedure provided for in paragraph 3 of this Article shall be strictly limited to the interpretation of terms used in the agreements in question and shall in no circumstances permit the expert to determine the practical application of any of those agreements. In particular the procedure referred to shall not apply to

- (a) the Appendix to this Agreement;
- (b) Articles 1, 3 and 4 of Annex B;
- (c) Articles 4 and 5 § 1 of Annex C;
- (d) Article 6 of Annex D.

5. Nothing in the preceding paragraphs of this Article shall affect the rights or obligations of the Parties to the present Agreement under any provision in force binding them with regard to the settlement of disputes.”

### Article 9

“This Agreement shall be implemented by the successor States in good faith in conformity with the Charter of the United Nations and in accordance with international law.”

### C. International case-law concerning a *pactum de negotiando* in inter-State cases

68. The obligation flowing from a *pactum de negotiando*, to negotiate with a view to concluding an agreement, must be fulfilled in good faith according to the fundamental principle *pacta sunt servanda*. On 26 January

1972 the Arbitral Tribunal for the Agreement on German External Debts in the case of *Greece v. the Federal Republic of Germany* stated, in this regard, as follows.

“62. ... However, a *pactum de negotiando* is also not without legal consequences. It means that both sides would make an effort, in good faith, to bring about a mutually satisfactory solution by way of a compromise, even if that meant the relinquishment of strongly held positions earlier taken. It implies a willingness for the purpose of negotiation to abandon earlier positions and to meet the other side part way. The language of the Agreement cannot be construed to mean that either side intends to adhere to its previous stand and to insist upon the complete capitulation of the other side. Such a concept would be inconsistent with the term ‘negotiation’. It would be the very opposite of what was intended. An undertaking to negotiate involves an understanding to deal with the other side with a view to coming to terms. Though the Tribunal does not conclude that Article 19 in connection with paragraph II of Annex I absolutely obligates either side to reach an agreement, it is of the opinion that the terms of these provisions require the parties to negotiate, bargain, and in good faith attempt to reach a result acceptable to both parties and thus bring an end to this long drawn out controversy ...

63. The agreement to negotiate the disputed monetary claims, in this case, necessarily involves a willingness to consider a settlement. This is true, even though the dispute extends not only to the amount of the claims but to their existence as well. The principle of settlement is not thereby affected. Article 19 does not necessarily require that the parties resolve the various legal questions on which they have disagreed. For example, it does not contemplate that both sides are expected to see eye to eye on certain points separating them, such as whether the disputed claims legally exist or not, or whether they are government or private claims. As to these points, the parties, in effect, have agreed to disagree but, notwithstanding their contentions with regard to them, they did commit themselves to pursue negotiations as far as possible with a view to concluding an agreement on a settlement.

...

65. The Tribunal considers that the underlying principle of the *North Sea Continental Shelf* cases is pertinent to the present dispute. As enunciated by the International Court of Justice, it confirms and gives substance to the ordinary meaning of ‘negotiation’. To be meaningful, negotiations have to be entered into with a view to arriving at an agreement. Though, as we have pointed out, an agreement to negotiate does not necessarily imply an obligation to reach an agreement, it does imply that serious efforts towards that end will be made.”

69. The International Court of Justice has recently summarised the relevant case-law as follows (judgment of 5 December 2011 in *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, ICJ Reports 2011, § 132):

“The Court notes that the meaning of negotiations for the purposes of dispute settlement, or the obligation to negotiate, has been clarified through the jurisprudence

of the Court and that of its predecessor, as well as arbitral awards. As the Permanent Court of International Justice already stated in 1931 in the case concerning *Railway Traffic between Lithuania and Poland*, the obligation to negotiate is first of all 'not only to enter into negotiations, but also to pursue them as far as possible, with a view to concluding agreements'. No doubt this does not imply 'an obligation to reach an agreement' (*Railway Traffic between Lithuania and Poland, Advisory Opinion, 1931, P.C.I.J., Series A/B, No. 42*, p. 116; see also *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I)*, p. 68, para. 150), or that lengthy negotiations must be pursued of necessity (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 13). However, States must conduct themselves so that the 'negotiations are meaningful'. This requirement is not satisfied, for example, where either of the parties 'insists upon its own position without contemplating any modification of it' (*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 47, para. 85; see also *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I)*, p. 67, para. 146) or where they obstruct negotiations, for example, by interrupting communications or causing delays in an unjustified manner or disregarding the procedures agreed upon (*Lake Lanoux Arbitration (Spain/France) (1957), Reports of International Arbitral Awards (RIAA), Vol. XII*, p. 307). Negotiations with a view to reaching an agreement also imply that the parties should pay reasonable regard to the interests of the other (*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 33, para. 78). As for the proof required for finding of the existence of bad faith (a circumstance which would justify either Party in claiming to be discharged from performance), 'something more must appear than the failure of particular negotiations' (Arbitration on the *Tacna-Arica Question (Chile/Peru) (1925), RIAA, Vol. II*, p. 930). It could be provided by circumstantial evidence but should be supported 'not by disputable inferences but by clear and convincing evidence which compels such a conclusion' (*ibid.*)."

#### **D. Judgment E-16/11 of the Court of Justice of the European Free Trade Association (EFTA) of 28 January 2013**

70. Landsbanki, a privately owned Icelandic bank, had branches in the Netherlands and the United Kingdom, which provided online savings accounts under the brand name Icesave. Such deposits were covered by the Icelandic deposit-guarantee scheme, as well as the Dutch and United Kingdom schemes respectively.

71. In 2008 Landsbanki collapsed and the Icelandic government set up a new bank, New Landsbanki, pursuant to its emergency legislation to prevent a systemic crisis. Domestic deposits were transferred to New Landsbanki. However, the Dutch and United Kingdom deposits were not transferred. Shortly after the setting up of New Landsbanki and the transfer of the domestic deposits to that bank, the obligation to pay was triggered under the Icelandic deposit-guarantee scheme, including for Dutch and United Kingdom deposits. Unlike domestic depositors, depositors with

the branches in the Netherlands and the United Kingdom received no compensation from the Icelandic scheme, but they eventually received payment from the Dutch and United Kingdom schemes.

72. In 2011 the EFTA Surveillance Authority lodged an application with the EFTA Court. It sought a determination that Iceland, a Contracting Party to the European Economic Area (EEA) Agreement, had failed to abide by its obligations resulting from Directive 94/19/EC of the European Parliament and of the Council of 30 May 1994 on deposit-guarantee schemes because it had not ensured payment of the minimum amount of compensation (20,000 euros<sup>43</sup>) to depositors in the Netherlands and the United Kingdom within the given time-limits. The application was supported by the European Commission as intervener.

73. In its judgment of 28 January 2013, the EFTA Court concluded that, although the rules of European Union law concerning the single market had been transposed into the EEA legal order, there had been no violation of that Directive by Iceland. Notably, it held that the Directive did not oblige States and their authorities to ensure compensation if a deposit-guarantee scheme was unable to cope with its obligations in the event of a systemic crisis. It also emphasised that States enjoyed “a wide margin of discretion in making fundamental choices of economic policy in the specific event of a systemic crisis”.

## THE LAW

74. The applicants submitted that their inability to withdraw their “old” foreign-currency savings from their accounts at branches located in Bosnia and Herzegovina of a Slovenian bank, in the case of the first two applicants, and of a Serbian bank, in the case of the third applicant, amounted to a breach of Article 1 of Protocol No. 1 taken alone and in conjunction with Article 14 of the Convention by all of the respondent States. They also alleged a violation of Article 13 of the Convention.

### I. THE GOVERNMENTS’ PRELIMINARY OBJECTIONS

75. The Governments invited the Grand Chamber to review the Chamber’s decision of 17 October 2011 declaring the application admissible. Each of the respondent States argued that the applicants were not within their own “jurisdiction” (Article 1 of the Convention), but within that of

43. The coverage level was increased from 20,000 euros to 100,000 euros in 2010 (Directive 2009/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2009 amending Directive 94/19/EC on deposit-guarantee schemes as regards the coverage level and the payout delay).

other respondent States. The Serbian and Slovenian Governments further submitted that the applicants' claims did not relate to any "possessions" within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 and that their application was consequently incompatible *ratione materiae* with the Convention. All the Governments relied on precisely the same grounds as before the Chamber (see *Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia* (dec.), no. 60642/08, §§ 49-50, 17 October 2011).

76. The applicants disputed these objections and relying, *inter alia*, on the findings of the Chamber requested the Court to reject them.

77. The Chamber held that the applicants were within the jurisdiction of all the respondent States given that the latter had accepted in the context of the succession negotiations that "old" foreign-currency savings were part of the SFRY's financial liabilities which they should share (see paragraphs 38 and 58 of the admissibility decision). It further took into account the obligation of successor States under international law to settle together all aspects of succession by agreement (see paragraphs 36 and 58 of the admissibility decision). As to the issue of compatibility *ratione materiae*, the Chamber found it established on the evidence that there was no reason to doubt that the applicants did indeed have "old" foreign-currency savings in the amounts indicated by them. It also held that the applicants' claims had survived the dissolution of the SFRY for a number of reasons (see paragraphs 52-55 of the admissibility decision). It emphasised, notably, that the legislation of the successor States had never extinguished the applicants' claims or deprived them of legal validity in any other manner and there had never been any doubt that some or all of the successor States would in the end have to repay the applicants (§ 54):

"Indeed, the successor States have on many occasions clearly demonstrated their unequivocal commitment to ensuring that those in the present applicants' situation obtain the payment of their 'old' foreign-currency savings in one way or another (contrast *Bata v. the Czech Republic* (dec.), no. 43775/05, 24 June 2008, where the respondent State has never demonstrated any sign of acceptance or acknowledgment of the applicant's claim and has remained hostile to all such claims since the fall of the communist regime). Moreover, those States have accepted that the 'old' foreign-currency savings were part of the financial liabilities of the SFRY which they should divide, as they divided other financial liabilities and assets of the SFRY ... Given the special features of this case, it must be distinguished from cases such as *X, Y and Z v. Germany* (no. 7694/76, Commission decision of 14 October 1977, Decisions and Reports (DR) 12, p. 131), *S.C. v. France* (no. 20944/92, Commission decision of 20 February 1995, DR 80, p. 78), and *Abraimi Leschi and Others v. France* (no. 37505/97, Commission decision of 22 April 1998, DR 93, p. 120) in which it was held that the impugned international treaties, in the absence of any implementing legislation, had not created

individual rights to compensation for the applicants which could fall within the scope of Article 1 of Protocol No. 1.”

78. It is noted that the Grand Chamber is not precluded from deciding in appropriate cases questions concerning the admissibility of an application under Article 35 § 4 of the Convention, as that provision enables the Court to reject any application which it considers inadmissible “at any stage of the proceedings”. Therefore, even at the merits stage and subject to Rule 55 of the Rules of Court, the Court may reconsider a decision to declare an application admissible where it concludes that it should have been declared inadmissible for one of the reasons given in the first three paragraphs of Article 35 of the Convention (see *Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, § 22, ECHR 2003-III).

79. However, the Grand Chamber, having examined the Governments’ objections, finds that they do not justify reconsidering the Chamber’s decision to dismiss the preliminary objections which the Governments had raised before it. Indeed, the Grand Chamber cannot but note that, in addition to the reasons relied on by the Chamber, the decisions of the Serbian and Slovenian courts set out in paragraphs 44, 49 and 51 above show that claims such as those under consideration in this case survived the dissolution of the SFRY. Furthermore, as regards the Slovenian Government’s questioning of the existence and exact amount of the applicants’ savings, the Grand Chamber has again examined all the evidence in the file, notably a copy of bank statements showing the balance in the accounts of Ms Ališić and Mr Sadžak on 31 December 1991, a copy of Mr Sadžak’s deposit contract, excerpts from Mr Šahdanović’s bank book indicating the balance in one of his accounts on 17 April 1992, official data provided by the Serbian Government in the proceedings before the Chamber indicating the balance in Mr Šahdanović’s accounts on 3 January 2002, data on microfiche regarding the accounts of Ms Ališić and Mr Sadžak provided by the Government of Bosnia and Herzegovina, and a document issued by the FBH Privatisation Agency stating that the applicants had not used their “old” foreign-currency savings in the privatisation process.

80. The Grand Chamber, also taking into consideration the exceptional circumstances of the present case, concludes that it has been demonstrated beyond reasonable doubt that the applicants have “old” foreign-currency savings in the amounts indicated in paragraph 10 above and finds it sufficiently established that these deposits did constitute “possessions” for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1 (see, among other authorities, *Gayduk and Others v. Ukraine* (dec.), nos. 45526/99 and 20 others, ECHR 2002-VI, with regard to the initial deposits; *Merzhoyev v. Russia*, no. 68444/01, § 48, 8 October 2009; *Suljagić v. Bosnia and Herzegovina*,

no. 27912/02, § 35, 3 November 2009; *Boyajyan v. Armenia*, no. 38003/04, § 54, 22 March 2011; *Kotov v. Russia* [GC], no. 54522/00, § 90, 3 April 2012; and *A. and B. v. Montenegro*, no. 37571/05, § 68, 5 March 2013).

81. Consequently, the Grand Chamber rejects the Governments' preliminary objections. It is noted that, unlike their position before the Chamber, none of the Governments raised an objection in their submissions to the Grand Chamber alleging the applicants' failure to exhaust domestic remedies.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 1 OF PROTOCOL NO. 1

82. Article 1 of Protocol No. 1 reads as follows:

“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

### A. The Chamber's conclusions

83. The Chamber found that the issue of “old” foreign-currency savings in the Sarajevo branch of Ljubljanska Banka Ljubljana and the Tuzla branch of Investbanka was a succession matter (see the admissibility decision in the present case). Further, while emphasising that it was not the Court's task to settle this issue in the place of the respondent States, it held that it could nevertheless examine whether the applicants' inability to use their savings for more than twenty years, precisely because of the failure of the respondent States to settle it, had amounted to a violation of Article 1 of Protocol No. 1 by any of those States. The Chamber found in the affirmative with respect to Slovenia (as to Ms Ališić and Mr Sadžak) and with respect to Serbia (as to Mr Šahdanović), taking into account a number of factors, such as the ownership of the banks, legislative and other measures taken regarding the banks' assets, the status of the branches in issue after the dissolution of the SFRY, the transfer of the funds of those branches to the parent banks, the collapse of the negotiations conducted under the auspices of the Bank for International Settlements in 2002 and a lack of any meaningful negotiations as to this matter thereafter (see paragraphs 66-74 of the Chamber judgment). It further concluded that there had been no breach of that Article by any of the other respondent States.

## **B. The parties' submissions**

### *1. The applicants*

84. The applicants argued that all the respondent States, as the successor States of the SFRY, should pay back their “old” foreign-currency savings in view of the fact that they had failed to settle this remaining succession issue. The applicants submitted that they should do so according to the proportions used for the division of the SFRY’s assets (see paragraph 65 above).

### *2. The Governments (in alphabetical order)*

#### **(a) Bosnia and Herzegovina**

85. The Bosnian-Herzegovinian Government asserted that the issue of the applicants’ “old” foreign-currency savings was of a civil-law nature. The applicants and the banks under consideration had entered into civil-law contracts which entitled the applicants to withdraw their savings at any time, either from one of the branches or directly from the headquarters (pursuant to Yugoslav civil law, banks were liable for the debts of their branches). Admittedly, all foreign-currency deposits had been guaranteed by the SFRY, but the guarantee had never been activated as the banks under consideration had remained solvent until the dissolution of the SFRY. Liability had thus not shifted from the banks to the SFRY. Accordingly, the question at stake regarding the applicants’ savings was not a succession issue. They were of the opinion that the Slovenian and Serbian Governments should be held responsible for the debts of Ljubljanska Banka Ljubljana and Investbanka respectively, since they were responsible for those banks’ inability to service their debts. Notably, the Slovenian government had, by virtue of law, transferred most of the assets of Ljubljanska Banka Ljubljana to a new bank (see paragraph 49 above); the Serbian government had written off the debts of State-owned companies to Investbanka in order to be able to privatise them and gain millions in profit.

86. The Government of Bosnia and Herzegovina added that the branches of Ljubljanska Banka Ljubljana and Investbanka had been required to transfer foreign currency collected from their clients to the headquarters. As a result, the vaults of the branches situated in Bosnia and Herzegovina had been almost empty when the SFRY dissolved, this being a further reason to hold Slovenia and Serbia responsible in the present case.

**(b) Croatia**

87. The Croatian Government submitted that Slovenia and Serbia should be held responsible for the reasons advanced by the Bosnian-Herzegovinian Government (see paragraphs 85-86 above). They added that the restructuring of Ljubljanska Banka Ljubljana had not been needed to prevent the collapse of that bank, as claimed by the Slovenian Government, but had been aimed at shielding that bank from liability towards savers at its branches located outside Slovenia. In this connection, the Croatian Government provided a copy of a report issued by Moody's in 1997 showing that the assets of Nova Ljubljanska Banka, which had been founded with assets of Ljubljanska Banka Ljubljana only a couple of years earlier (see paragraph 49 above), were around USD 3.7 billion.

88. The Croatian Government also pointed out that the memorandum of understanding between Croatia and Slovenia of 11 March 2013, urging further succession negotiations, had concerned only the savings which had been transferred from the Zagreb branch of Ljubljanska Banka Ljubljana to Croatian banks in the 1990s (see paragraph 43 above). Therefore, contrary to what was argued by the Slovenian Government, the memorandum should not be interpreted as an acceptance that all "old" foreign-currency savings in the branches of Ljubljanska Banka Ljubljana located outside Slovenia were a succession issue (see paragraph 92 below).

**(c) Serbia**

89. The Serbian Government argued that it had an obligation pursuant to international rules of State succession and the Agreement on Succession Issues only to negotiate in good faith the issue of "old" foreign-currency savings in the branches of Investbanka located outside Serbia. Accordingly, the Court should limit its analysis to the question whether such negotiations had been pursued, rather than consider the substantive question as to which State should pay back the applicants' savings. If the Court were nevertheless to decide to deal with that question, the Serbian Government maintained that Bosnia and Herzegovina should be held responsible in the present case. They relied on different grounds, notably the territoriality principle and the measures taken by that State with regard to "old" foreign-currency savings (see paragraphs 24-28 above). They also claimed that Bosnia and Herzegovina had benefited the most from "old" foreign-currency savings in the Tuzla branch of Investbanka. By way of example, they submitted a copy of loan contracts between the Tuzla branch of Investbanka, on the one hand, and a Bosnian-Herzegovinian company, a branch of a Serbian

company located in Bosnia and Herzegovina and a resident of Bosnia and Herzegovina, on the other.

90. The Slovenian Government's claim (see paragraph 95 below) that foreign currency had ended up either in the foreign accounts of the National Bank of Yugoslavia ("the NBY") or at the NBY in Belgrade had not been substantiated. The Serbian Government pointed out the fact that foreign currency had, as a rule, been redeposited with the NBY according to the "accounting" or "pro forma" method, which did not require physical transfer of funds (see paragraph 17 above). Moreover, foreign currency which had been transferred to the NBY's foreign accounts had already been divided between the successor States (see paragraph 65 above).

91. Lastly, the Serbian Government admitted that Mr Šahdanović's savings had been frozen for many years pursuant to the Serbian legislation (namely, the 1998 and 2002 Old Foreign-Currency Savings Acts), but maintained that the measure was necessary in order to "protect the liquidity of the State funds in the light of the difficult economic situation and financial collapse the country was going through". Furthermore, it did not impose an excessive individual burden on the applicant. The issue of Mr Šahdanović's savings and those of many others in branches of Serbian banks located outside Serbia should be agreed upon among the successor States of the SFRY in succession negotiations. They further relied on *Molnar Gabor v. Serbia* (no. 22762/05, 8 December 2009), in which the Court had indeed held that the legislation in question had struck a fair balance between the general interest of the community and the applicant's persisting legitimate claim to his original savings, as well as the rights of all others in the same situation.

#### (d) Slovenia

92. The Slovenian Government affirmed that the issue of the applicants' "old" foreign-currency savings in the Sarajevo branch of Ljubljanska Banka Ljubljana and the Tuzla branch of Investbanka was a succession issue. They relied in that regard on, *inter alia*, the Agreement on Succession Issues (see paragraphs 62-63 above) and the memorandum of understanding between Croatia and Slovenia of 2013 (see paragraph 43 above). In their opinion, the Court should therefore limit its analysis to the question whether negotiations concerning that issue had been pursued in good faith, rather than examine the substantive question as to which State should repay the applicants. If the Court were nevertheless to decide to deal with that question, they argued that Bosnia and Herzegovina should be held responsible, on the basis of the territoriality principle, for "old" foreign-currency savings in the branches in issue. A further reason was the fact that Bosnia and Herzegovina

had not expressly excluded its liability for such savings until 2004 (see paragraphs 24-28 above).

93. Furthermore, as Ljubljanska Banka Ljubljana had been on the verge of bankruptcy, the Slovenian State had had to restructure it in 1994. However, the Slovenian State should not be held liable for debts of that bank simply because it had become its owner as a result of the rehabilitation process. Otherwise, it was argued, no State would be able to rehabilitate a bank with negative capital without incurring full liability for its debt. In any event, they submitted that Ljubljanska Banka Ljubljana had never exercised public functions; that it had never acted on specific instructions of the State as to the non-payment of the applicants' "old" foreign-currency savings; and that it was subject to the ordinary law (that is, Slovenian company law). The mere fact that a State was the owner of a company, and in that sense controlled it, was not sufficient to attribute its activities to the State or to hold the State liable for the company's debts pursuant to customary international law, as codified in the International Law Commission's Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.

94. The Slovenian Government further submitted that they had not been obliged to rehabilitate Ljubljanska Banka Ljubljana's Sarajevo branch. They referred to the deposit-guarantee schemes adopted by several member States of the Council of Europe, including Belgium, France, Portugal, Switzerland, the United Kingdom and the Netherlands, which accorded deposit guarantees only to branches of domestic banks located on their respective territories. In addition, they relied on judgment E-16/11 of the Court of Justice of the European Free Trade Association (EFTA) of 28 January 2013 (see paragraphs 71-73 above). The EFTA Court had emphasised that States enjoyed a "wide margin of discretion in making fundamental choices of economic policy in the specific event of a systemic crisis". The same was true under Article 1 of Protocol No. 1.

95. Lastly, while it was true that foreign currency had been transferred on a regular basis from Ljubljanska Banka Ljubljana's Sarajevo branch to the National Bank of Slovenia, some funds had subsequently been sent back to Sarajevo (see paragraph 18 above). The funds that had not been sent back to Sarajevo had been recorded as a claim of the Sarajevo branch against the NBY and had been physically transferred to foreign accounts of the NBY. In support of their claim, the Slovenian Government submitted documents showing some transfers of foreign currency from Ljubljana to the NBY's accounts at foreign banks (notably, LBS Bank – New York and LHB Internationale Handelsbank A.G. Frankfurt, both owned by Ljubljanska Banka Ljubljana, but also some other foreign commercial banks) in the period before the dissolution of the SFRY.

(e) **The former Yugoslav Republic of Macedonia**

96. The Macedonian Government, like the Governments of Bosnia and Herzegovina and of Croatia, argued that the issue of the applicants' savings was of a civil-law nature. In their view, since there was no link between the applicants and the Macedonian authorities, the Macedonian Government had clearly not breached the Convention.

**C. The Grand Chamber's assessment**

*1. Applicability of Article 1 of Protocol No. 1*

97. As the Court has already found in paragraph 80 above, the foreign-currency deposits forming the subject matter of the applicants' complaints did constitute "possessions" within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1. As a result, that Article is applicable in the present case.

*2. Compliance with Article 1 of Protocol No. 1*

(a) **Applicable rule**

98. As the Court has stated on many occasions, Article 1 of Protocol No. 1 comprises three rules: the first rule, set out in the first sentence of the first paragraph, is of a general nature and enunciates the principle of the peaceful enjoyment of property; the second rule, contained in the second sentence of the first paragraph, covers the deprivation of property and subjects it to conditions; the third rule, stated in the second paragraph, recognises that the States are entitled, among other things, to control the use of property in accordance with the general interest. The second and third rules, which are concerned with particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property, must be read in the light of the general principle laid down in the first rule (see, among other authorities, *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 23 September 1982, § 61, Series A no. 52; *Iatridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, § 55, ECHR 1999-II; *Immobiliare Saffi v. Italy* [GC], no. 22774/93, § 44, ECHR 1999-V; *Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, § 134, ECHR 2004-V; and *Vistiņš and Perepjolkins v. Latvia* [GC], no. 71243/01, § 93, 25 October 2012).

99. Turning to the present case, it is to be observed that as a result of different measures adopted at national level the applicants have not been able to use their savings for more than twenty years. While, initially at least, the freezing of the bank accounts could be viewed as intended to control the use of their possessions in the sense of the third rule, it may be questioned whether the fact that their deposits remained unavailable for such a long period did not amount to a "deprivation" in the sense of the second rule.

However, bearing in mind the findings in paragraphs 77 to 81 above that the legislation of the respondent States did not extinguish the applicants' claims or otherwise deprive them of legal validity, as well as those States' acceptance in principle that deposit holders such as the applicants should also be able to dispose of their savings, it cannot be said that the applicants have been formally deprived of their savings. For the same reasons, the Court does not find that the subject matter could be regarded as clearly amounting to *de facto* expropriation. Against this background, and in view of the complexity of the legal and factual issues involved in this case, the Court considers that the alleged violation of the right of property cannot be classified as falling into a precise category (see *Beyeler v. Italy* [GC], no. 33202/96, § 106, ECHR 2000-I, and *Zolotas v. Greece (no. 2)*, no. 66610/09, § 47, ECHR 2013). The present case should thus be examined in the light of the general principle laid down in the first rule of Article 1 of Protocol No. 1.

**(b) Nature of the alleged violation**

100. The main object of Article 1 of Protocol No. 1 is to protect a person against unjustified interference by the State with the peaceful enjoyment of his or her possessions. However, by virtue of Article 1 of the Convention, each Contracting Party "shall secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention". The discharge of this general duty may entail positive obligations inherent in ensuring the effective exercise of the rights guaranteed by the Convention. In the context of Article 1 of Protocol No. 1, those positive obligations may require the State to take the measures necessary to protect the right of property (see *Broniowski*, cited above, § 143, with further references, and *Likvidējamā p/s Selga and Vasiļevska v. Latvia* (dec.), nos. 17126/02 and 24991/02, §§ 94-113, 1 October 2013).

101. However, the boundaries between the State's positive and negative duties under Article 1 of Protocol No. 1 do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. Whether the case is analysed in terms of a positive duty of the State or in terms of an interference by a public authority which needs to be justified, the criteria to be applied do not differ in substance. In both contexts regard must be had to the fair balance to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole. It also holds true that the aims mentioned in that provision may be of some relevance in assessing whether a balance between the demands of the public interest involved and the applicant's fundamental right of property has been struck. In both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation in determining the steps to

be taken to ensure compliance with the Convention (see *Broniowski*, cited above, § 144, with further references).

102. In the present case, the applicants complained of their inability to withdraw their savings from their accounts with the banks in question. Their deposits had become unavailable owing to such factors as the lack of funds in the relevant banks, the imposition by law of a freezing of the accounts and the failure by national authorities to take measures with a view to enabling deposit holders in the applicants' situation to dispose of their savings. This state of affairs may well be examined in terms of an interference with the effective exercise of the right protected by Article 1 of Protocol No. 1 or in terms of a failure to secure the exercise of that right (see *Zolotas*, cited above, §§ 40, 47 and 53, where the Court found that the measure complained of constituted an interference and also found that the respondent State had certain positive obligations). Having regard to the particular circumstances of the present case, the Court considers it unnecessary to categorise its examination of the case strictly as being under the head of positive or negative obligations of the respondent States. The Court will determine whether the conduct of the respondent States – regardless of whether that conduct may be characterised as an interference or as a failure to act, or a combination of both – was justifiable in view of the principles of lawfulness, legitimate aim and “fair balance” (see *Broniowski*, cited above, § 146).

**(c) Whether the respondent States respected the principle of lawfulness**

103. The first and most important requirement of Article 1 of Protocol No. 1 is the requirement of lawfulness. The second sentence of the first paragraph authorises a deprivation of possessions “subject to the conditions provided for by law” and the second paragraph recognises that States have the right to control the use of property by enforcing “laws”. Moreover, the rule of law, one of the fundamental principles of a democratic society, is inherent in all the Articles of the Convention. The principle of lawfulness also presupposes that the applicable provisions of domestic law are sufficiently accessible, precise and foreseeable in their application (*ibid.*, § 147, with further references).

104. There is no explicit dispute between the parties as to whether the principle of lawfulness has been respected in this case. The Court sees no reason to find otherwise. Clearly, the situation in issue, namely, the applicants' inability to withdraw their savings at least since the dissolution of the SFRY, had a legal basis in domestic law (see, notably, paragraphs 54-58 above).

**(d) Whether the respondent States pursued a “legitimate aim”**

105. Any interference with the enjoyment of a Convention right must pursue a legitimate aim. Similarly, in cases involving a positive duty, there must be a legitimate justification for the State’s inaction. The principle of a “fair balance” inherent in Article 1 of Protocol No. 1 itself presupposes the existence of a general interest of the community. Moreover, it should be reiterated that the various rules incorporated in Article 1 of Protocol No. 1 are not distinct, in the sense of being unconnected, and that the second and third rules are concerned only with particular instances of interference with the right to the peaceful enjoyment of property. One of the effects of this is that the existence of a public interest required under the second sentence, or the general interest referred to in the second paragraph, are corollaries of the principle set forth in the first sentence, so that an interference with the exercise of the right to the peaceful enjoyment of possessions within the meaning of the first sentence of Article 1 of Protocol No. 1 must also pursue an aim in the public interest (see *Beyeler*, cited above, § 111).

106. Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is “in the public interest”. Under the system of protection established by the Convention, it is thus for the national authorities to make the initial assessment as to the existence of a problem of public concern warranting measures to be applied in the sphere of the exercise of the right of property. Since the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies is wide, the Court will respect the legislature’s judgment as to what is in the public interest, unless that judgment is manifestly without reasonable foundation (see *Broniowski*, cited above, § 149, with further references). The Court has already held that this logic applies necessarily to such fundamental changes as the dissolution of a State followed by a war, phenomena which inevitably involve the enactment of large-scale economic and social legislation (see *Suljagić*, cited above, § 42).

107. Given the wide margin of appreciation, the Court finds that the “legitimate aim” principle was also respected in the present case. According to the Serbian Government, the aim was to protect the liquidity of the State funds in the light of the difficult economic situation and financial collapse the country was going through (see paragraph 91 above). The other respondent States did not comment on this issue. However, the Court is prepared to accept that following the dissolution of the SFRY and the subsequent armed conflicts, the respondent States had to take measures to protect their respective banking systems and national economies in

general. In view of the overall size of the “old” foreign-currency savings, it is clear that none of the successor States was able to allow the uncontrolled withdrawal of such savings. The Court will thus proceed to examine the key issue, namely whether a “fair balance” has been struck between the general interest and the applicants’ rights under Article 1 of Protocol No. 1.

**(e) Whether the respondent States respected the principle of a “fair balance”**

*(i) General principles*

108. An interference with the peaceful enjoyment of possessions and a failure to act must strike a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights. In other words, in each case involving an alleged violation of Article 1 of Protocol No. 1, the Court must ascertain whether by reason of the State’s action or inaction the person concerned had to bear a disproportionate and excessive burden. In assessing compliance with that requirement, the Court must make an overall examination of the various interests in issue, bearing in mind that the Convention is intended to safeguard rights that are “practical and effective”. In that context, it should be stressed that uncertainty – be it legislative, administrative or arising from practices applied by the authorities – is a factor to be taken into account in assessing the State’s conduct. Indeed, where an issue in the general interest is at stake, it is incumbent on the public authorities to act in good time, in an appropriate and consistent manner (see *Broniowski*, cited above, §§ 147-51).

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

109. In its decision of 17 October 2011 declaring the application admissible, the Chamber found that the statutory guarantee of the SFRY in respect of the “old” foreign-currency savings in the banks in issue had not been activated until the dissolution of the SFRY and that the relevant liability, therefore, had not shifted from those banks to the SFRY. Furthermore, pursuant to the SFRY civil law and the companies register, all branches of Ljubljanska Banka Ljubljana and Investbanka had been acting on behalf and for the account of the parent banks at the time of the dissolution of the SFRY. Therefore, the Chamber concluded that Ljubljanska Banka Ljubljana and Investbanka had remained liable for the “old” foreign-currency savings in all their branches until the dissolution of the SFRY (see *Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 60642/08, § 67, 6 November 2012).

110. The parties, in essence, accepted that finding in their pleadings on the merits before the Chamber and continued to do so in their pleadings before the Grand Chamber.

111. The Grand Chamber agrees with and endorses the Chamber's finding.

112. The Court also notes that Ljubljanska Banka Ljubljana and Investbanka have remained liable for the "old" foreign-currency savings in their Bosnian-Herzegovinian branches since the dissolution of the SFRY. The domestic law and practice set out in paragraphs 44, 45, 49 and 51 above undoubtedly confirm that. Notably, domestic courts in Slovenia and Serbia have continued to consider the old Ljubljanska Banka Ljubljana and Investbanka to be liable for "old" foreign-currency savings in their foreign branches.

113. It is true that, according to the companies register for the period 1993-2004, a Bosnian-Herzegovinian bank named Ljubljanska Banka Sarajevo was also liable for the "old" foreign-currency savings in the Sarajevo branch of Ljubljanska Banka Ljubljana. Nevertheless, domestic courts, both in Bosnia and Herzegovina and in Slovenia, held that the impugned wartime entry in the companies register had always been unlawful (see paragraphs 30-35 and 51 above). It was thus deleted from the register. The Court sees no reason to disagree with the domestic courts in this regard. Indeed, the Court has held on many occasions that it is primarily for domestic courts to resolve problems of interpretation of domestic law so that the role of the Court is confined to ascertaining whether the effects of such an interpretation are compatible with the Convention (see *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/94, § 54, ECHR 1999-I; *Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey* [GC], no. 13279/05, § 49, 20 October 2011; and *Vučković and Others v. Serbia* (preliminary objection) [GC], nos. 17153/11 and 29 others, § 80, 25 March 2014).

114. Having found that Ljubljanska Banka Ljubljana and Investbanka were and still are liable for "old" foreign-currency savings in their Bosnian-Herzegovinian branches, it must be examined, as the Chamber did, whether Slovenia and Serbia were responsible for the failure of those banks to repay their debt to the applicants. In this regard, the Court reiterates that a State may be responsible for debts of a State-owned company, even if the company is a separate legal entity, provided that it does not enjoy sufficient institutional and operational independence from the State to absolve the latter from its responsibility under the Convention (see, among many other authorities, *Mykhaylenko and Others v. Ukraine*, nos. 35091/02, 35196/02, 35201/02, 35204/02, 35945/02, 35949/02, 35953/02, 36800/02, 38296/02 and 42814/02, §§ 43-46, ECHR 2004-XII; *Cooperativa Agricola*

*Slobozia-Hanesei v. Moldova*, no. 39745/02, §§ 17-19, 3 April 2007; *Yershova v. Russia*, no. 1387/04, §§ 54-63, 8 April 2010; and *Kotov*, cited above, §§ 92-107). The key criteria used in the above-mentioned cases to determine whether the State was indeed responsible for such debts were as follows: the company's legal status (under public or private law); the nature of its activity (a public function or an ordinary commercial business); the context of its operation (such as a monopoly or heavily regulated business); its institutional independence (the extent of State ownership); and its operational independence (the extent of State supervision and control).

115. Additional factors to be taken into consideration are whether the State was directly responsible for the company's financial difficulties, siphoned the corporate funds to the detriment of the company and its stakeholders, failed to keep an arm's-length relationship with the company or otherwise acted in abuse of the corporate form (see *Anokhin v. Russia* (dec.), no. 25867/02, 31 May 2007, and *Khachatryan v. Armenia*, no. 31761/04, §§ 51-55, 1 December 2009). Lastly, as to the companies under the regime of social ownership, which was widely used in the SFRY and is still used in Serbia, the Court has held that they do not, in general, enjoy "sufficient institutional and operational independence from the State" to absolve the latter from its responsibility under the Convention (see, among many other authorities, *R. Kačapor and Others*, cited above, §§ 96-99, and *Zastava It Turs v. Serbia* (dec.), no. 24922/12, §§ 19-23, 9 April 2013).

116. While the case-law described above has been developed in relation to companies other than financial institutions, the Court considers that it also applies to the banks under consideration in the present case. In this regard, the Court notes that Ljubljanska Banka Ljubljana is State-owned by Slovenia and controlled by a Slovenian government agency – the Succession Fund (see paragraph 49 above). It is moreover crucial that by virtue of an amendment to the 1991 Constitutional Act, Slovenia transferred most of that bank's assets to a new bank, to the detriment of the bank and its stakeholders (*ibid.*). The State thus disposed of Ljubljanska Banka Ljubljana's assets as it saw fit (compare *Khachatryan*, cited above, § 51). The Grand Chamber therefore agrees with and endorses the Chamber's finding that there are sufficient grounds to deem Slovenia responsible for Ljubljanska Banka Ljubljana's debt to Ms Ališić and Mr Sadžak. In this connection, the Court also notes the existence of certain evidence in the case indicating that most of the funds of the Sarajevo branch of Ljubljanska Banka Ljubljana ended up in Slovenia (see paragraph 18 above).

117. As to Investbanka, the Court observes that it is likewise State-owned, by Serbia, and is controlled by a Serbian government agency – the Deposit Insurance Agency (see paragraph 47 above). More importantly,

pursuant to the Privatisation Act 2001, that bank was required to write off its considerable claims against State-owned and socially-owned companies to the detriment of the bank and its stakeholders (ibid.). Like Slovenia in respect of Ljubljanska Banka Ljubljana, Serbia thus disposed of Investbanka's assets as it considered necessary. The Grand Chamber therefore agrees with and endorses the Chamber's finding that there are sufficient grounds to deem Serbia responsible for Investbanka's debt to Mr Šahdanović.

118. The Court would emphasise that these conclusions are limited to the circumstances of the present case and do not imply that no State will ever be able to rehabilitate a failed bank without incurring under Article 1 of Protocol No. 1 direct responsibility for the bank's debt (see *Kotov*, cited above, § 116, and *Anokhin*, cited above) nor, as suggested by Slovenia (see paragraphs 93-94 above), that this provision requires that foreign branches of domestic banks always be included in domestic deposit-guarantee schemes. The Court considers the present case to be special for the following reasons. Firstly, when the applicants deposited their money, the SFRY still existed and the branches in question were not foreign branches. Moreover, Ljubljanska Banka Ljubljana was State-owned even before its rehabilitation. Indeed, both that bank and Investbanka have always been either State-owned or socially-owned. The present case is thus evidently different from a standard case of rehabilitation of an insolvent private bank. The EFTA Court's judgment on which the Slovenian Government relied is of little relevance in the present case as it concerned the rehabilitation of a failed private bank in the particular legal framework applicable to Iceland. Moreover, the savers in issue, unlike the present applicants, had already been repaid by the Dutch and United Kingdom authorities (see paragraphs 71-73 above).

119. Neither has the Court overlooked the reference to *Molnar Gabor* made by the Serbian Government (see paragraph 91 above). However, in that case, the Court examined the provisions of the Serbian Old Foreign-Currency Savings Acts concerning those who, unlike the present applicants, qualified for the gradual repayment of their savings by the Serbian authorities. The Court held that given the dire reality of the Serbian economy at the material time and the margin of appreciation afforded to the States in respect of matters involving economic policy, the impugned provisions had struck a fair balance between the general interest and the applicant's rights. In contrast, Mr Šahdanović did not qualify for such gradual repayment by the Serbian authorities. Thus, the present case must be distinguished from *Molnar Gabor*.

120. Having found that Slovenia is responsible for Ljubljanska Banka Ljubljana's debt to Ms Ališić and Mr Sadžak and that Serbia is responsible for Investbanka's debt to Mr Šahdanović, the Court must examine whether there

is any good reason for the failure of those States to repay the applicants for so many years. The explanation of the Serbian and Slovenian Governments for the delay is essentially that the international law on State succession required only that succession issues be negotiated in good faith, without imposing any time-limits for the settlement of such issues. They further argued that their insistence on the responsibility of Bosnia and Herzegovina for “old” foreign-currency savings in Bosnian-Herzegovinian branches of Slovenian and Serbian banks during succession negotiations was fully in line with the main principle of international law on State succession – the territoriality principle.

121. The Court disagrees with the proposition of Slovenia and Serbia that the territoriality principle should be applied to the applicants’ savings. In accordance with international law on State succession, the “equitable proportion” principle is the governing principle in so far as State debts are concerned. While it is true that the 2001 Resolution on State Succession in Matters of Property and Debts of the Institute of International Law provides that the territoriality principle applies specifically to local debts, the applicants’ savings evidently did not belong to that category of State debts (see paragraph 60 above). The Court disagrees also with the proposition of Slovenia and Serbia that international law requires only that succession issues be negotiated; it also provides that, failing an agreement, State debts must be divided equitably (*ibid.*).

122. It is further to be observed that the equitable distribution of the debt in issue in the present case would require a global assessment of the property and debts of the former State and the size of the portions so far attributed to each of the successor States. That question is far beyond the scope of the present case and outside the Court’s competence (see *Kovačić and Others v. Slovenia* [GC], nos. 44574/98, 45133/98 and 48316/99, § 256, 3 October 2008).

123. However, the succession negotiations did not prevent the successor States from adopting measures at national level aimed at protecting the interests of savers, such as the present applicants. The Croatian government has repaid a large part of their citizens’ “old” foreign-currency savings in the Zagreb branch of Ljubljanska Banka Ljubljana (see paragraph 43 above) and the Macedonian government has repaid the total amount of “old” foreign-currency savings in the Skopje branch of that bank (see paragraph 52 above). Despite that, the Croatian and Macedonian Governments have never abandoned their position that Slovenia should eventually be held liable and have continued to claim compensation for the amounts paid at the inter-State level (notably, in the context of succession negotiations). At the same time, the Slovenian government has repaid the total amount of

“old” foreign-currency savings in domestic branches of Investbanka and other foreign banks (see paragraph 48 above) and the Serbian government has agreed to repay the “old” foreign-currency savings in foreign branches of Serbian banks (such as the Tuzla branch of Investbanka) of those who had the citizenship of any State other than the successor States of the SFRY (see paragraph 45 above). This shows that solutions have been found as regards some categories of “old” foreign-currency savers in the impugned branches, but not with regard to the present applicants.

124. Whereas some delays may be justified in exceptional circumstances (see *Merzhojev*, cited above, § 56, and, *mutatis mutandis*, *Immobiliare Saffi*, cited above, § 69), the Court finds that the present applicants have been made to wait too long. It is therefore not satisfied that the authorities of Slovenia and Serbia, notwithstanding their wide margin of appreciation in this area, as mentioned in paragraph 106 above, struck a fair balance between the general interest of the community and the property rights of the applicants, who were made to bear a disproportionate burden.

125. For all the reasons set out above, the Court concludes that there has been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 by Slovenia in respect of Ms Ališić and Mr Sadžak, that there has been a violation of that Article by Serbia in respect of Mr Šahdanović, and that there has been no violation of that Article by any of the other respondent States.

### III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION

126. Article 13 of the Convention provides:

“Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.”

#### A. The Chamber’s conclusions

127. Having analysed a number of remedies, the Chamber concluded that the applicants had no effective remedy at their disposal for their substantive complaints. It therefore dismissed the Governments’ objections in respect of the applicants’ failure to exhaust domestic remedies. Furthermore, as it held Slovenia liable for “old” foreign-currency savings in the Sarajevo branch of Ljubljanska Banka Ljubljana and Serbia for “old” foreign-currency savings in the Tuzla branch of Investbanka, the Chamber found that there had been a breach of Article 13 of the Convention by Slovenia in respect of Ms Ališić and Mr Sadžak, a breach of that Article by Serbia in respect of Mr Šahdanović, and no breach of that Article by any of the other respondent States (see paragraphs 83-90 of the Chamber judgment).

## **B. The parties' submissions**

### *1. The applicants*

128. The applicants maintained that they did not have at their disposal an effective remedy for their substantive complaints, without going into any details.

### *2. The Governments*

129. Only the Slovenian Government submitted that the applicants had effective domestic remedies at their disposal, notably an action against the old Ljubljanska Banka Ljubljana in the Slovenian courts. The applicants could also have brought an action against the old Ljubljanska Banka Ljubljana in the Croatian courts, where more than 500 clients of the old Ljubljanska Banka Ljubljana's Zagreb branch had obtained judgments against the old Ljubljanska Banka Ljubljana and 63 of them had been paid their "old" foreign-currency savings from a forced sale of that bank's assets located in Croatia (see paragraph 43 above).

130. The other respondent States conceded that there were no effective remedies at the applicants' disposal. The Bosnian-Herzegovinian Government added that even if the applicants were to obtain judgments ordering the old Ljubljanska Banka Ljubljana to pay them their "old" foreign-currency savings, any such ruling would most likely not be enforced, since the 1994 legislation had left that bank with insufficient assets (see paragraph 49 above). The Croatian Government maintained that an action against the old Ljubljanska Banka Ljubljana in the Croatian courts would be equally ineffective as that bank had no more assets in Croatia (see paragraph 43 above).

## **C. The Grand Chamber's assessment**

131. The Court has held on many occasions that Article 13 of the Convention guarantees the availability at national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights in whatever form they may happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an "arguable complaint" under the Convention and to grant appropriate relief. Although the scope of the Contracting States' obligations under Article 13 varies depending on the nature of the applicant's complaint, the remedy required by Article 13 must be effective in practice as well as in law. The "effectiveness" of a "remedy" within the meaning of Article 13 does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant. Nor does the "authority" referred to in that provision necessarily have to be a

judicial authority; but if it is not, its powers and the guarantees which it affords are relevant in determining whether the remedy before it is effective. Furthermore, even if a single remedy does not by itself entirely satisfy the requirements of Article 13, the aggregate of remedies provided for under domestic law may do so (see *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 157, ECHR 2000-XI).

132. As regards a civil action against the old Ljubljanska Banka Ljubljana in the Slovenian courts, the Court notes that the Ljubljana District Court has rendered numerous decisions ordering the old Ljubljanska Banka Ljubljana to pay “old” foreign-currency savings in its Sarajevo branch, together with interest (see paragraph 51 above). However, the Slovenian Government have failed to demonstrate that at least one such judgment has been enforced. There is therefore no evidence to date that this remedy was capable of providing the applicants with appropriate and sufficient redress.

133. As regards a civil action against that bank in the Croatian courts, it is noted from the documents at the Court’s disposal that the old Ljubljanska Banka Ljubljana no longer has any assets in Croatia. Such a remedy thus offered the applicants no reasonable prospects of success.

134. The Court has taken note of the Slovenian Government’s argument that there was no obligation to provide a domestic remedy in the present case, in so far as Article 13 did not require a remedy whereby the laws of a Contracting State could be challenged before a national authority as being themselves contrary to the Convention. While that interpretation of Article 13 is correct (see *Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, § 137, ECHR 2005-X; *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [GC], nos. 27996/06 and 34836/06, § 60, ECHR 2009; and *Paksas v. Lithuania* [GC], no. 34932/04, § 114, ECHR 2011), the present applicants did not in fact complain of the domestic legislation of the respondent States or indeed about any single decision or measure. They complained of the respondent States’ failure to ensure the repayment of their savings in one way or another. An effective domestic remedy should therefore have been provided.

135. As regards Investbanka, the Court notes that Serbia did not contest that Mr Šahdanović did not have an effective remedy at his disposal.

136. The Grand Chamber therefore concludes, as did the Chamber, that there has been a breach of Article 13 of the Convention by Slovenia in respect of Ms Ališić and Mr Sadžak and by Serbia in respect of Mr Šahdanović. It further concludes that there has been no breach of Article 13 by any of the other respondent States.

## IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION

137. Article 14 of the Convention reads as follows:

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

138. Although the applicants relied on this Article, they did not develop the argument in their submissions to the Grand Chamber. The Governments’ submissions in this regard are equally limited. The Grand Chamber, for that reason, agrees with the Chamber that there is no need to examine the matter under Article 14 of the Convention as regards Serbia and Slovenia and that there has been no violation of that Article as regards the other respondent States.

## V. APPLICATION OF ARTICLE 46 OF THE CONVENTION

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

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

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

...”

**A. The Chamber’s conclusions**

140. The Chamber applied the pilot-judgment procedure in the present case and indicated certain general measures (see paragraphs 98-101 of the Chamber judgment).

**B. The parties’ submissions**

141. Only the Serbian and Slovenian Governments objected to the use of the pilot-judgment procedure in the present case, in particular because they would not be able to verify the balance in the “old” foreign-currency accounts at the branches of Ljubljanska Banka Ljubljana and Investbanka situated in other respondent States without the help of those States. The Governments of Bosnia and Herzegovina and Croatia maintained that the Serbian and Slovenian Governments had all the requisite information at their disposal.

### C. The Grand Chamber's assessment

#### 1. General principles

142. The Court reiterates that Article 46 of the Convention, as interpreted in the light of Article 1, imposes on the respondent States a legal obligation to apply, under the supervision of the Committee of Ministers, appropriate general and/or individual measures to secure the applicants' rights which the Court found to be violated. Such measures must also be taken as regards other persons in the applicants' position, notably by solving the problems that have led to the Court's findings (see *Lukenda v. Slovenia*, no. 23032/02, § 94, ECHR 2005-X). This obligation has been emphasised by the Committee of Ministers in the supervision of the execution of the Court's judgments (ResDH(97)336, IntResDH(99)434, IntResDH(2001)65 and ResDH(2006)1).

143. In order to facilitate effective implementation of its judgments, the Court may adopt a pilot-judgment procedure allowing it to clearly identify structural problems underlying the breaches and to indicate measures to be applied by the respondent States to remedy them (see Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem of 12 May 2004; Rule 61 of the Rules of Court; and *Broniowski*, cited above, §§ 189-94). The aim of that procedure is to facilitate the speediest and most effective resolution of a dysfunction affecting the protection of the Convention rights in question in the national legal order (see *Wolkenberg and Others v. Poland* (dec.), no. 50003/99, § 34, 4 December 2007). While the respondent State's action should primarily be aimed at resolving such a dysfunction and at introducing, if necessary, effective remedies for the violations in issue, it may also include *ad hoc* solutions such as friendly settlements with the applicants or unilateral remedial offers in line with the Convention requirements. The Court may decide to adjourn the examination of similar cases, thus giving the respondent States a chance to settle them in such various ways (see, for example, *Burdov v. Russia* (no. 2), no. 33509/04, § 127, ECHR 2009). If, however, the respondent State fails to adopt such measures following a pilot judgment and continues to violate the Convention, the Court will have no choice but to resume the examination of all similar applications pending before it and to take them to judgment in order to ensure effective observance of the Convention (see *E.G. v. Poland and 175 other Bug River applications* (dec.), no. 50425/99, § 28, ECHR 2008, and *Kurić and Others v. Slovenia* (just satisfaction) [GC], no. 26828/06, § 136, ECHR 2014).

*2. Application of the general principles to the present case*

144. The violations which the Court has found in this case affect many people. There are more than 1,850 similar applications, introduced on behalf of more than 8,000 applicants, pending before the Court. They concern “old” foreign-currency savings in Ljubljanska Banka Ljubljana’s Sarajevo and Zagreb branches and such savings in branches of several Serbian banks located in or outside Serbia (see paragraph 46 above). In addition, there are many thousands of potential applicants. Therefore, the Grand Chamber agrees with the Chamber that it is appropriate to apply the pilot-judgment procedure in the present case, notwithstanding the objections of the Serbian and Slovenian Governments in this regard.

145. In view of the systemic situation which it has identified, the Court considers that general measures at national level are undoubtedly called for in the execution of the present judgment.

146. Notably, Slovenia must make all necessary arrangements, including legislative amendments, within one year and under the supervision of the Committee of Ministers, so as to allow Ms Ališić, Mr Sadžak and all others in their position to recover their “old” foreign-currency savings under the same conditions as those who had such savings in the domestic branches of Slovenian banks (those conditions have been set out in paragraph 48 above). Within the same time-limit and under the supervision of the Committee of Ministers, Serbia must make all necessary arrangements, including legislative amendments, in order to allow Mr Šahdanović and all others in his position to recover their “old” foreign-currency savings under the same conditions as Serbian citizens who had such savings in the domestic branches of Serbian banks (those conditions have been set out in paragraph 45 above).

147. It must be pointed out that the above measures do not apply to those who, while in the same position as the present applicants, have already been paid their entire “old” foreign-currency savings, such as those who were able to withdraw their savings on humanitarian grounds (see paragraphs 25 and 44 above), or used them in the privatisation process in the Federation of Bosnia and Herzegovina (see paragraph 32 above), or were paid their savings in the Zagreb and Skopje branches of Ljubljanska Banka Ljubljana by the Croatian and Macedonian governments (see paragraphs 43 and 52 above). Serbia and Slovenia may exclude such persons from their repayment schemes. However, where only a part of a person’s “old” foreign-currency savings has thus been repaid, Serbia and Slovenia are now responsible for the rest (Serbia for “old” foreign-currency savings in all branches of Serbian banks and Slovenia for such savings in all branches of Slovenian banks,

regardless of the citizenship of the depositor concerned and of the branch's location).

148. To allow the Serbian and Slovenian authorities to verify the balance in their accounts, the applicants and all others in their position must comply with the requirements of any verification procedure to be set up by those States. That being said, no claim should be rejected simply because of a lack of original contracts or bankbooks (given the lapse of time and the wars that affected so many people in different ways), provided that the persons concerned are able to prove their claims by other means. Furthermore, any and all verification decisions must be subject to judicial review.

149. While there is no doubt that the inability to dispose freely of their "old" foreign-currency savings for more than twenty years has caused some distress and frustration to all persons affected, the Court does not find it necessary, at present, to indicate as a general measure that they should all be provided with adequate redress for that damage by Serbia and Slovenia. If, however, either of those States fails to apply the measures indicated in paragraph 146 above and thus continues to violate the Convention, the Court may reconsider the issue of redress in an appropriate future case concerning this matter against the State in question (see *Suljagić*, cited above, § 64).

150. Lastly, the Court adjourns its examination of similar cases against Serbia and Slovenia for one year (see *Suljagić*, cited above, § 65). This decision is without prejudice to the Court's power at any moment to declare inadmissible any such case or to strike it out of its list in accordance with the Convention.

## VI. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

151. Article 41 of the Convention provides:

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

### A. Damage

152. The applicants claimed payment of their "old" foreign-currency savings with interest in respect of pecuniary damage. The Court has already made provision in this regard in paragraph 146 above.

153. Each of the applicants further claimed 4,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage.

154. The Governments did not provide any comments in this regard in their pleadings before the Grand Chamber.

155. The Grand Chamber, like the Chamber, accepts that the applicants' inability to dispose freely of their "old" foreign-currency savings for more than twenty years must have caused them some distress and frustration. Their distress and frustration have inevitably been exacerbated by their taking upon themselves the trouble and burden of acting – at least to some extent – on behalf of all others in their position (see *Hutten-Czapska v. Poland* [GC], no. 35014/97, § 248, ECHR 2006-VIII). Therefore, making its assessment on an equitable basis, as required by Article 41 of the Convention, the Court awards the amounts claimed (that is, EUR 4,000 each to Ms Ališić and Mr Sadžak, to be paid by Slovenia, and EUR 4,000 to Mr Šahdanović, to be paid by Serbia).

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

156. The applicants also claimed EUR 27,351 for the costs and expenses incurred before the Court.

157. All of the Governments maintained that the claim was excessive and unsubstantiated.

158. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum. That is, the applicant must have paid them, or be bound to pay them, pursuant to a legal or contractual obligation, and they must have been unavoidable in order to prevent the violation found or to obtain redress. The Court requires itemised bills and invoices that are sufficiently detailed to enable it to determine to what extent the above requirements have been met. Since no such documents have been submitted in the present case, the Court rejects this claim.

### **C. Default interest**

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

## **FOR THESE REASONS, THE COURT**

1. *Dismisses*, unanimously, the Governments' preliminary objections;
2. *Holds*, unanimously, that there has been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 by Serbia in respect of Mr Šahdanović;

3. *Holds*, unanimously, that there has been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 by Slovenia in respect of Ms Ališić and Mr Sadžak;
4. *Holds*, by fifteen votes to two, that there has been no violation of Article 1 of Protocol No. 1 by the other respondent States;
5. *Holds*, unanimously, that there has been a violation of Article 13 of the Convention by Serbia in respect of Mr Šahdanović;
6. *Holds*, unanimously, that there has been a violation of Article 13 of the Convention by Slovenia in respect of Ms Ališić and Mr Sadžak;
7. *Holds*, by fifteen votes to two, that there has been no violation of Article 13 of the Convention by the other respondent States;
8. *Holds*, unanimously, that there is no need to examine the complaint under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 13 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1 with regard to Serbia and Slovenia and that there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 13 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1 with regard to the other respondent States;
9. *Holds*, unanimously, that the failure of the Serbian and Slovenian Governments to include the present applicants and all others in their position in their respective schemes for the repayment of “old” foreign-currency savings represents a systemic problem;
10. *Holds*, by sixteen votes to one, that Serbia must make all necessary arrangements, including legislative amendments, within one year and under the supervision of the Committee of Ministers in order to allow Mr Šahdanović and all others in his position to recover their “old” foreign-currency savings under the same conditions as Serbian citizens who had such savings in domestic branches of Serbian banks;
11. *Holds*, by sixteen votes to one, that Slovenia must make all necessary arrangements, including legislative amendments, within one year and under the supervision of the Committee of Ministers, in order to allow Ms Ališić, Mr Sadžak and all others in their position to recover their “old” foreign-currency savings under the same conditions as those who had such savings in domestic branches of Slovenian banks;
12. *Decides*, unanimously, to adjourn, for one year, examination of all similar cases against Serbia and Slovenia, without prejudice to the Court’s power at any moment to declare inadmissible any such case or to strike it out of its list in accordance with the Convention;
13. *Holds*, by sixteen votes to one,
  - (a) that Serbia is to pay Mr Šahdanović within three months EUR 4,000

(four thousand euros) in respect of non-pecuniary damage, plus any tax that may be chargeable;

(b) that Slovenia is to pay Ms Ališić and Mr Sadžak within three months EUR 4,000 (four thousand euros) each in respect of non-pecuniary damage, plus any tax that may be chargeable;

(c) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

14. *Dismisses*, unanimously, the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 16 July 2014.

Michael O'Boyle  
Deputy Registrar

Dean Spielmann  
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

(a) concurring opinion of Judge Ziemele;

(b) partly concurring opinion of Judge Popović;

(c) partly dissenting opinion of Judge Nußberger joined by Judge Popović.

D.S.  
M.O'B.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE ZIEMELE

1. I voted with the majority in this case. I note that this judgment will become one of the leading cases dealing with the specific context of State succession and the application of the European Convention on Human Rights in a particularly sensitive area: that of the sharing of responsibility for debts. The Court had to ascertain the relevant principles of the law on State succession that might influence the interpretation of Article 1 of Protocol No. 1 in this case. The “Relevant international law and practice” part of the judgment is therefore of particular significance.

2. It is important to point out that despite a very broad approach towards sources of international law enunciated in *Demir and Baykara v. Turkey* ([GC], no. 34503/97, §§ 85-86, ECHR 2008) there are certain limits within which the Court has to operate, and that therefore a more in-depth presentation and analysis of the applicable principles of the law on State succession was not provided by the Court in an area where, ultimately, there are still many questions and a wide variety of State practice (see *Kovačić and Others v. Slovenia* [GC], nos. 44574/98, 45133/98 and 48316/99, § 256, 3 October 2008). The Court thus takes the essential points from the relevant area of international law while focusing, of course, on its own case-law and principles.

3. It is also true that the main argument raised by Slovenia and Serbia concerned their emphasis on the principle of territoriality for the purposes of State responsibility in situations of State succession. The Court answers this submission by pointing out that this is certainly not the only principle applicable to the problem of debts following the dissolution of the State (see paragraph 121 of the present judgment). The Court largely resolves the issue by reiterating and emphasising the principles concerning the obligation to negotiate in State succession situations (see *Kovačić and Others*, cited above, concurring opinion of Judge Ress, point 4) and the principle of equitable proportion in dividing up the debts of the predecessor State. Given the limited scope of the present case, the Court does not (see paragraph 123 of the present judgment) enter full speed into the question of equitable apportionment of debts as such and certainly does not reflect on the unjust enrichment principle, which in my view might also be relevant to the facts of the case (see Articles 37, 40 and 41 of the 1983 Vienna Convention on Succession of States in respect of State Property, Archives and Debts, Badinter Arbitration Commission Opinion no. 1, and Article 8 of the 2001 Resolution on State Succession in Matters of Property and Debts of the Institute of International Law). However, even without *expressis verbis*

reference to these principles, one could argue that the solution is in line with their essence and with their application in international practice.

4. As regards the main point in the case – the role of the principle of territoriality in situations of State succession – the Court strengthens the position taken by the Institute of International Law in its 2001 Resolution in finding that the principle of territoriality is only one relevant element out of many which need to be taken into account in determining the respective responsibilities of the States concerned. The nature of the rights claimed is important. The Court traces the responsibility for the banks where the applicants' foreign-currency accounts are frozen to Serbia and Slovenia (see paragraphs 116-17 of the present judgment). One can compare this approach with that taken by the Court in *Likvidējamā p/s Selga and Vasīļevska v. Latvia* ((dec.), nos. 17126/02 and 24991/02, 1 October 2013), which concerned frozen foreign-currency accounts in a bank in the Russian Federation. It is true that the international legal position of Latvia is different from that of the respondent States in the present case, since Latvia is not a successor State in the context of the demise of the USSR. However, the Russian Federation is a predecessor State and, also in such a scenario, the principle of territoriality, as claimed by the applicants in the Latvian case, could not be applied.

5. As already stated, I was in full agreement with the majority on the merits of the case. At the same time, I retain serious doubts as to the *dicta* in relation to the execution part of the judgment, even though I voted with the majority in the end (see operative paragraphs 10 and 11 of the present judgment). The Court has begun from time to time to set deadlines within which States have to execute a judgment under the supervision of the Committee of Ministers. Practice shows that the Court has repeatedly had to come back to its original decision regarding deadlines. This is to my mind inevitable since judgments of the Court typically involve questions of principle and require legislative reforms, and such political processes are complicated (see, for example, *L. v. Lithuania*, no. 27527/03, ECHR 2007-IV), even more so in the context of State succession. There is no question that it is in the general interest in Europe that judgments of the European Court of Human Rights be implemented swiftly and that the broader consequences be assumed where possible. As far as the Court's share in the common responsibility is concerned, it has done its utmost, even indicating possible solutions to the problem under Article 46 where applicable. It is high time that the States attend to their "homework" in complying with the Court's case-law, since this also directly affects the efficiency of the Court. It is in this context that the Court has decided on occasion, including in the present case, to indicate deadlines of compliance

to the respondent States. This is a somewhat desperate measure. It is a great pity that the Court has been placed in a situation where it has to resort to such measures. It is also a risk for the Court, since it may be asked to take another look at its decision and that raises serious questions in terms of the principles of legal certainty and finality of judgment. I would much prefer the States Parties to the Convention and the Committee of Ministers to tighten up their approach as regards the execution of judgments, rather than the Court having to take such a risk.

## PARTLY CONCURRING OPINION OF JUDGE POPOVIĆ

I voted with the majority for finding a violation in respect of Slovenia and Serbia in this case, but I think that paragraphs 109 to 125 of the judgment need to be clarified. The present judgment may by no means allow the Court in future to deal with applications of the same nature, if lodged against Bosnia and Herzegovina, Croatia and/or the former Yugoslav Republic of Macedonia, in a single-judge formation. Such applications cannot be automatically declared inadmissible. On the contrary, they must be dealt with by a Chamber, first as to the question of admissibility and later on, should they be declared admissible, on the merits as well.

## PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE NUßBERGER JOINED BY JUDGE POPOVIĆ

### **A. Historical dimension and financial implications of the case**

There can be no doubt that the applicants' rights under Article 1 of Protocol No. 1 and Article 13 of the Convention have been violated. What the Grand Chamber was confronted with in this very complex and difficult case was, however, not only to decide if there had been human rights violations or not, but to whom to attribute those violations, which had lasted for more than twenty years and were embedded in the context of the dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia ("the SFRY") and which thus took on a historical dimension.

At the same time, the Grand Chamber had to decide on the amount of money to be paid not only to the applicants, but also to all those in the same situation as the applicants. It thus had to take a decision with enormous financial implications.

To my regret I cannot subscribe to the solution adopted by the majority.

### **B. Attribution of exclusive responsibility for the violation of the applicants' property rights to Slovenia and Serbia**

The responsibility for compensating for the loss of "old" foreign-currency savings can be regarded either as a question of civil law (this is the position of Bosnia and Herzegovina, Croatia and the former Yugoslav Republic of Macedonia, see paragraphs 85, 87 and 96 of the present judgment) or as a State succession issue to be resolved on the basis of international law (this is the position of Serbia and Slovenia, see paragraphs 89 and 92). The majority of the Grand Chamber have opted for a civil-law approach<sup>1</sup> and have decided that it is Slovenia alone which is responsible for the violation of the rights of Ms Ališić and Mr Sadžak, and Serbia alone which is responsible for the violation of Mr Šahdanović's rights. Thus, the States where, in "Yugoslav times", the associated banks within the socialist model of self-management happened to have their head offices are now required to pay back all the

1. The civil-law approach is basically justified with reference to the jurisprudence of the Slovenian and Serbian courts themselves (see paragraphs 44, 45, 49, 51 and 112 of the present judgment), which is said to "undoubtedly confirm" the liability of Ljubljanska Banka Ljubljana and Investbanka. At least concerning the jurisprudence of the Slovenian courts this is, however, not exact. The Slovenian courts found the old (not the new!) Ljubljanska Banka Ljubljana liable for the payment of "old" foreign-currency deposits. The old Ljubljanska Banka Ljubljana (see paragraph 49 of the judgment) as well as Investbanka (see paragraph 47 of the judgment) are, however, in a state of "rehabilitation" or bankruptcy, so the direct civil-law claims are directed against insolvent banks.

debts incurred in a system created by another State before the entry into force of the Convention.

In my view this solution is unsatisfactory and inadequate, as it is based on an oversimplification of the complex historical developments and leaves out some important aspects. While it might be tempting to find a clear-cut and “easy” solution, a more differentiated approach should have been adopted.

### *1. Responsibility of the SFRY in setting up the system*

It is uncontroversial that it was neither Slovenia nor Serbia alone which set up the whole banking system with its repositing schemes, but it was the SFRY which was in dire need of foreign currency (see paragraph 14 of the present judgment). It is also uncontroversial that the system set up had no sound financial basis (see paragraphs 14 and 17). It had to be regarded as risk investment, attracting savers’ money by much higher interest rates than those offered on the market, often exceeding 10% (see paragraph 14). There was clearly no economic foundation for the expectation of the high gains thus promised.

This has already been clearly spelt out by the Court (see *Suljagić v. Bosnia and Herzegovina*, no. 27912/02, § 51, 3 November 2009):

“To begin with, it is a well-known fact that the global economic crisis of the 1970s hit the SFRY particularly hard. The SFRY turned to international capital markets and soon became one of the most indebted countries in the world. When the international community backed away from the loose lending practices of the 1970s, the SFRY resorted to foreign-currency savings of its citizens to pay foreign debts and finance imports.”

### *2. Breakdown of the system in “Yugoslav times”*

The breakdown of the system had already happened in “Yugoslav times” (stoppage of the repositing system in 1988 (see paragraph 20 of the present judgment); abolition of the system of basic and associated banks in 1989-90 (see paragraph 21); massive withdrawal of foreign currency (see paragraph 22)). It was the SFRY which first resorted to emergency measures restricting to a large extent the withdrawals of foreign-currency deposits (see paragraphs 22 and 53). Such measures would not have been necessary if the savers’ money had not already been lost at that time. That all happened in a State which does not exist any more at the present time.

This has already been explicitly outlined in the Court’s case-law (see *Suljagić*, cited above, § 10; compare also *Kovačić and Others v. Slovenia* [GC], nos. 44574/98, 45133/98 and 48316/99, § 40, 3 October 2008, and *Molnar Gabor v. Serbia*, no. 22762/05, § 6, 8 December 2009):

“Problems resulting from the foreign and domestic debt of the SFRY caused a monetary crisis in the 1980s. The national economy was on the verge of collapse and the SFRY resorted to emergency measures, such as statutory restrictions on the repayment of foreign-currency deposits (see section 71 of the Foreign-Currency Transactions Act 1985). As a result, foreign-currency deposits were practically frozen.”

Even though the State guarantee under the civil law had not been activated before the dissolution of the SFRY (see paragraph 15 of the present judgment), the consequences of the dysfunctioning of the system set up by the SFRY are to be regarded as the shared responsibility of the successor States.

The international-law dimension of the case must not therefore be ignored.

### *3. Scope of the Court's jurisdiction ratione temporis*

Most of the measures adopted by the successor States as a follow-up to the breakdown of the system introducing a special regime for “old” foreign-currency savings were adopted in the early 1990s (see paragraphs 23 et seq. of the present judgment) and thus before the entry into force of the Convention in the respective States (Slovenia: 28 June 1994; the former Yugoslav Republic of Macedonia – 10 April 1997; Croatia – 5 November 1997; Bosnia and Herzegovina – 12 July 2002; and Serbia – 3 March 2004). Basically, the foreign-currency accounts remained “frozen” in all the successor States, but withdrawals were allowed under specific conditions, especially on humanitarian grounds (e.g., Bosnia and Herzegovina, see paragraph 25 of the present judgment, and Serbia, see paragraph 44; the materials at the disposal of the Court do not contain any information on the emergency measures taken by Croatia and the former Yugoslav Republic of Macedonia in the early 1990s, see paragraphs 42 and 52). Slovenia assumed the former SFRY guarantee already in 1991 and agreed to repay original deposits and interest accrued in 1993, but only in so far as savings in the domestic branches of the banks were concerned (but covering both Slovenian banks and the domestic branches of foreign banks, see paragraph 48). The guarantees undertaken by Bosnia and Herzegovina were restricted to domestic banks (see paragraph 24).

It is evident that all these measures adopted immediately after the breakdown of the SFRY were emergency measures aimed at securing trust in the new State structures and at avoiding major discontent and protests in turbulent times. With the passing of time, supplementary measures were taken. They were all tailor-made for the concrete needs of the respective successor State, with the consequence of including some and excluding others (e.g., Bosnia and Herzegovina – guarantees and, later on, payments

only for savings in domestic banks (see paragraphs 24 and 27 of the present judgment); Serbia – exclusion of citizens from other former SFRY States in the repayment schemes (see paragraph 45)). The former Yugoslav Republic of Macedonia, on the contrary, repaid all the old foreign-currency debts (see paragraph 52); for Croatia, this seems to be controversial (see paragraph 42, and also *Kovačić and Others*, cited above, § 183).

The Court has no jurisdiction *ratione temporis* to analyse how far the measures adopted before the entry into force of the Convention constituted interferences with the applicants' rights under Article 1 of Protocol No. 1 or how far they were discriminatory and violated that Article taken in conjunction with Article 14 of the Convention. The status quo at the time the Convention came into force in the respective States was that the applicants had been banned from having access to their own money already for several years. In my view, the States' duties under the Convention therefore have to be analysed as positive obligations and not as interferences. The money had *de facto* already been taken away. It could not be taken away a second time, but the losses had to be compensated for.

#### 4. Breach of positive obligations

In the context of State succession, the positive obligations of the respondent States on the basis of Article 1 of Protocol No. 1 were twofold. On a vertical level they had a duty to make up for the losses the applicants had incurred and to provide immediate relief. On a horizontal level they had to negotiate among themselves to achieve an adequate distribution of the debts accumulated within a system that they had all been involved in setting up. While the first duty resulted directly from Article 1 of Protocol No. 1, it was intertwined with the second duty, resulting from general international law and the Agreement on Succession Issues. The Court has repeated many times that the rights guaranteed under the Convention are not theoretical and illusory, but practical and effective. The right to obtain a compensation payment is only effective if it is clear against whom it has to be directed. Therefore, all the respondent States had a positive obligation to negotiate over the issue of the "old" foreign-currency deposits.

In my view, Croatia breached this duty by refusing to continue the negotiations in 2002 (see paragraph 63 of the present judgment), whereas all the other States were willing to take them up again.

Concerning the positive obligation to make up for the losses sustained by the applicants, I agree with the majority that Slovenia and Serbia have not fulfilled their positive obligations under Article 1 of Protocol No. 1. By restructuring the old Ljubljanska Banka Ljubljana and transferring most of its assets to Nova Ljubljanska Banka Slovenia in 1994, that is, at a

time when the Convention had already come into force, Slovenia rendered the repayments *de facto* impossible without adopting any compensatory measures (see paragraph 49 of the present judgment). The same is true for Serbia, which did not prevent the bankruptcy of Investbanka (see paragraph 47).

I do not, however, agree with the majority that Bosnia and Herzegovina is not responsible at all in this respect. They deliberately excluded State guarantees for and repayment of “old” foreign-currency deposits in foreign branches of domestic banks (see paragraphs 24 et seq. of the present judgment) and thus allowed the human rights violations to continue. The example of the former Yugoslav Republic of Macedonia (see paragraph 52), as well as the solution found with respect to the Post Office Savings Bank, where States had taken over the guarantees as regards the branches in their respective territory (see paragraph 64), show that there was no consensus in favour of excluding the responsibility of the State where the deposits had been made. A categorical refusal to pay is all the more unjustified as it is undisputed that, within the redepositing system, part of the money had been transferred back to Bosnia and Herzegovina.

Thus, the majority of the Grand Chamber have failed to scrutinise the positive obligations of all the respondent States against whom the applicants’ complaint was directed.

### C. Compensation scheme

#### *1. Compensation on the basis of schemes developed before the entry into force of the Convention*

The majority of the Grand Chamber have decided that “Slovenia must make all necessary arrangements ... so as to allow Ms Ališić, Mr Sadžak and all others in their position to recover their ‘old’ foreign-currency savings under the same conditions as those who had such savings in the domestic branches of Slovenian banks”, that is to say, repay the original deposits with interest (see paragraphs 146 and 48 of the judgment).<sup>2</sup> Serbia has to repay the “old” foreign-currency savings “under the same conditions as Serbian citizens who had such savings in the domestic branches of Serbian banks”, that is, partly in cash and partly in government bonds (see paragraphs 146 and 45 of the judgment).

Such a solution could be justified if the Court had found a violation of Article 1 of Protocol No. 1 taken in conjunction with Article 14 of the

2. There might be problems in executing the present judgment. As the law to which the Grand Chamber refers was adopted in 1993 and regulated the interest rates up to that time only, it seems to be unclear what scheme applies to interest accrued after 1993.

Convention, as it would offer adequate compensation for discriminatory treatment. It could also be justified on the basis of unjust enrichment if it could be proven that Slovenia and Serbia are still in possession of the money deposited by the applicants and that they earned interest on it in the period between 1990 and 2014.

But neither of those conditions are satisfied in the present case.

The Court has explicitly refrained from finding a violation of Article 1 of Protocol No. 1 taken in conjunction with Article 14 of the Convention in the present case.

Concerning “unjust enrichment” the following aspects have to be taken into account.

Firstly, as it is undisputed that not all money “ended up” in Slovenia and Serbia (see paragraph 116 of the judgment), it is inadequate to request full repayment of the “old” foreign deposits by Slovenia and Serbia alone. In socialist times the associated banks in Slovenia and Serbia had transferred back some of the funds they had received to meet the liquidity needs of the basic banks (see paragraphs 18-19 of the present judgment). As dinar loans (initially interest-free) were granted by the National Bank of Yugoslavia to domestic companies on the basis of the redeposited foreign currency and thus benefited the local economy, the rule of international law concerning local debts (Article 29 of the 2001 Resolution on State Succession in Matters of Property and Debts of the Institute of International Law, see paragraph 60 of the present judgment) is not “evidently” inapplicable, as deemed by the majority of the Grand Chamber (see paragraph 121). Secondly, the fact that redepositing payments were made to the National Bank of Yugoslavia in Belgrade is not contested. Thirdly, as emergency measures were deemed necessary and adopted by the SFRY (see paragraph 22) it is highly likely that most of the money was already lost in “Yugoslav times”.

The Court has thus stated in *Suljagić* (cited above, § 51), referring to Resolution 1410 (2004) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on the repayment of the deposits of foreign exchange made in the offices of the Ljubljanska Banka not on the territory of Slovenia, 1977-1991 of 23 November 2004, and the explanatory memorandum prepared by the rapporteur, Mr Jurgens:

“... The Parliamentary Assembly of the Council of Europe has established that, as a result, a major part of the original deposits ceased to exist before the dissolution of the SFRY ...”

## 2. *Compensation in cases concerning changes in the political system*

Furthermore, the approach taken by the Grand Chamber is not compatible with its jurisprudence in similar cases. Generally, the Court is very reluctant to condemn States for property violations committed before the entry into force of the Convention (see *Kopecný v. Slovakia* [GC], no. 44912/98, §§ 53-61, ECHR 2004-IX; *Von Maltzan and Others v. Germany* (dec.) [GC], nos. 71916/01, 71917/01 and 10260/02, §§ 110-14, ECHR 2005-V; and *Jahn and Others v. Germany* [GC], nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01, §§ 99-117, ECHR 2005-VI). Exceptions are made in the case of continuing violations (see *Loizidou v. Turkey* (merits), 18 December 1996, §§ 63-64, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI) and in the case of legitimate expectations concerning proprietary interests (see *Broniowski v. Poland* (dec.) [GC], no. 31443/96, §§ 97-102, ECHR 2002-X). However, whenever violations of Article 1 of Protocol No. 1 have related to events that took place before the entry into force of the Convention, on a mass scale, the Court has accepted models offering less than full compensation (see *Broniowski v. Poland* (friendly settlement) [GC], no. 31443/96, §§ 31 and 43, ECHR 2005-IX; *Hutten-Czapska v. Poland* (friendly settlement) [GC], no. 35014/97, § 27, 28 April 2008; and *Vistiņš and Perepjolkins v. Latvia* [GC], no. 71243/01, §§ 115 and 118-31, 25 October 2012).

Thus, the Court stated in the case of *Vistiņš and Perepjolkins* (ibid., § 113):

“This principle applies all the more forcefully when laws are enacted in the context of a change of political and economic regime, especially during the initial transition period, which is necessarily marked by upheavals and uncertainties; in such cases the State has a particularly wide margin of appreciation (see, among other authorities, *Kopecný v. Slovakia* [GC], no. 44912/98, § 35, ECHR 2004-IX; *Jahn and Others*, cited above, § 116 (a); and *Suljagić v. Bosnia and Herzegovina*, no. 27912/02, § 42, 3 November 2009). Thus, for example, the Court has held that less than full compensation may also be necessary *a fortiori* where property is taken for the purposes of ‘such fundamental changes of a country’s constitutional system as the transition from a monarchy to a republic’ (see *Former King of Greece and Others v. Greece* [GC], no. 25701/94, § 87[, ECHR 2000-XII]). The Court reaffirmed that principle in *Broniowski* (*v. Poland* [GC], no. 31443/96, § 182[, ECHR 2004-V]), in the context of a property restitution and compensation policy, specifying that a scheme to regulate property, being ‘wide-reaching but controversial ... with significant economic impact for the country as a whole’, could involve decisions restricting compensation for the taking or restitution of property to a level below its market value. The Court has also reiterated these principles regarding the enactment of laws in ‘the exceptional context of German reunification’ (see [*Von*] *Maltzan and Others v. Germany* (dec.) [GC], nos. 71916/01, 71917/01 and 10260/02, §§ 77 and 111-12, ECHR 2005-V, and *Jahn and Others*, cited above).”

It is true that these cases concerned expropriation of real property. But there is no convincing reason to treat the loss of risk investments substantially better than the loss of real property and to expect not only the amount lost to be repaid in full, but even the lost interest to be compensated for.

It is worth mentioning that the Court has accepted considerable deductions in the amounts repaid in cases concerning compensation for “old” foreign-currency deposits lost and has granted the respondent States a wide margin of appreciation (see *Trajkovski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* (dec.), no. 53320/99, ECHR 2002-IV; *Suljagić*, cited above, §§ 27-30 and 52-54; and *Molnar Gabor*, cited above, §§ 21, 23-25 and 50).

Concerning more specifically the interest rates fixed in the original schemes set up in the 1980s, it can be argued that there was no longer a legitimate expectation at the time the Convention came into force in Slovenia in 1994 and in Serbia in 2004. On the other hand, in determining adequate compensation it is necessary to take into account the adaptation to inflation of the savings originally deposited in Deutschmarks (see *Vistiņš and Perepjolkins v. Latvia* (just satisfaction) [GC], no. 71243/01, §§ 38-44, ECHR 2014).

### 3. Subsidiarity and the margin of appreciation

In setting up pilot procedures the Court has, up to now, always left a wide margin of appreciation to member States in finding adequate solutions to systemic problems. In the first two cases (*Broniowski* and *Hutten-Czapska*, both cited above), the Grand Chamber endorsed the friendly settlement reached by the parties in respect of both general and individual measures and has thus accepted models offering less than full compensation in respect of other adversely affected persons. In its recent judgment in *Kurić and Others v. Slovenia* (just satisfaction) ([GC], no. 26828/06, ECHR 2014), where the parties had failed to reach a friendly settlement, the Court had due regard to the fact that the Slovenian Government had set up an *ad hoc* domestic compensation scheme after the expiry of the time-limits indicated in the principal judgment in order to secure proper redress to the “erased” at national level (*ibid.*, §§ 138-40). The Grand Chamber observed in that connection that, according to the principle of subsidiarity and the margin of appreciation which went with it, the amounts of compensation awarded at national level to other adversely affected persons in the context of general measures under Article 46 of the Convention were at the discretion of the respondent State, provided that they were compatible with the Court’s judgment ordering those measures (*ibid.*, § 141; see also, *mutatis mutandis*, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2)* [GC], no. 32772/02, § 88, ECHR 2009).

#### *4. Necessity of cooperation in finding adequate solutions*

As explained above, the context of State succession must not be ignored in determining who is responsible for the human rights violations in the present case. This is also true for the setting up of the compensation mechanism. It is of utmost importance that all the successor States cooperate in establishing the scheme and in verifying the existence of the relevant claims. The Court has already been confronted with regrettable abuses in this context. Thus, for example, two applicants in the case of *Kovačić and Others* (cited above, § 260) failed to inform the Court that, further to the Osijek County Court's decision of 7 July 2005, they had received payment of their foreign-currency deposits in full.

In the case of *Suljagić* (cited above, § 19) the Court stated:

“Legislation providing for the use of ‘old’ foreign-currency savings in the privatisation process had limited appeal and, moreover, led to abuses: an unofficial market emerged on which such savings were sometimes sold for no more than 3% of their nominal value.”

In my view, the important aspect of cooperation between the respondent States in verifying the claims has not been sufficiently dealt with in the judgment of the Grand Chamber.

#### **D. Alternative solution to the case**

To sum up, in my view, Slovenia, Bosnia and Herzegovina and Croatia are responsible for the violation of the rights of Ms Ališić and Mr Sadžak under Article 1 of Protocol No. 1 and Article 13 of the Convention, and Serbia, Bosnia and Herzegovina and Croatia are responsible for the violation of Mr Šahdanović's rights under Article 1 of Protocol No. 1 and Article 13 of the Convention. Whereas Croatia is responsible only for the long duration of the violation and should pay part of the award in respect of non-pecuniary damage, the main responsibility lies with Slovenia and Serbia respectively, which should pay the major part of the award in respect of pecuniary damage, while Bosnia and Herzegovina is responsible for only a small part of the damage under both heads.

On the basis of their shared responsibility for the system created in the SFRY, all the respondent States should cooperate in devising an adequate compensation mechanism.

On that basis, it should be possible to compensate those unlawfully deprived of their assets in an adequate manner and secure the execution of the judgment within a short period of time.



ALIŠIĆ ET AUTRES c. BOSNIE-HERZÉGOVINE, CROATIE, SERBIE,  
SLOVÉNIE ET L'EX-RÉPUBLIQUE YOUGOSLAVE DE MACÉDOINE  
*(Requête n° 60642/08)*

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 16 JUILLET 2014<sup>1</sup>

---

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



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Impossibilité, après la dissolution de la République socialiste fédérative de Yougoslavie, de recouvrer les « anciens » fonds d'épargne en devises étrangères**

Bien que certains retards de remboursement des fonds en devises appartenant aux requérants puissent être justifiés dans des circonstances exceptionnelles et que les États défendeurs bénéficient d'une ample marge d'appréciation en la matière, l'incapacité dans laquelle les intéressés se trouvent depuis plus de vingt ans de disposer librement de leurs avoirs est disproportionnée (paragraphe 124 de l'arrêt).

**Article 1 du Protocole n° 1**

*Respect des biens – Impossibilité, après la dissolution de la République socialiste fédérative de Yougoslavie, de recouvrer les « anciens » fonds d'épargne en devises étrangères – Légalité – But légitime – Juste équilibre – Marge d'appréciation ample*

**Article 46**

*Arrêt pilote – Exécution de l'arrêt – Problème systémique – Mesures générales – Modifications législatives – Délai d'un an accordé à la Slovénie et à la Serbie pour permettre à toutes les personnes qui se trouvent dans la même situation que les requérants de recouvrer leurs « anciens » fonds d'épargne en devises dans les mêmes conditions que leurs ressortissants respectifs*

\*

\* \*

*En fait*

Les requérants sont des ressortissants bosniens. Jusqu'en 1989-1990, la République socialiste fédérative de Yougoslavie (la « RSFY ») incita ses ressortissants à déposer des devises dans ses banques en rémunérant leurs dépôts par des taux d'intérêts élevés et en leur accordant une garantie d'État qui pouvait être appelée en cas de faillite ou d'« insolvabilité manifeste » des banques en question. En outre, les déposants étaient autorisés à retirer à tout moment leurs avoirs, augmentés des intérêts acquis. Les premier et deuxième requérants avaient déposé des fonds en devises auprès d'une banque alors dénommée Ljubljanska Banka Sarajevo. Le troisième requérant avait lui aussi déposé de tels fonds auprès de la succursale de Tuzla d'Investanka. Par le jeu des réformes de 1989-1990, la Ljubljanska Banka Sarajevo

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

devint une filiale de la Ljubljanska Banka Ljubljana, laquelle reprit l'ensemble de ses droits, de ses actifs et de son passif. Pour sa part, Investbanka devint une banque autonome ayant son siège en Serbie et des succursales en Bosnie-Herzégovine, dont celle de Tuzla. Au cours de cette période, la convertibilité du dinar et des taux de change très favorables provoquèrent des retraits massifs des devises déposées dans les banques commerciales, phénomène qui incita la RSFY à prendre des mesures d'urgence destinées à restreindre les retraits en question. Après la dissolution de la RSFY en 1991-1992, les « anciens » dépôts en devises demeurèrent gelés dans les États successeurs. Toutefois, ceux-ci acceptèrent de les rembourser aux banques nationales. La Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine fut saisie de nombreux recours individuels portant sur le non-remboursement des « anciens » dépôts en devises effectués auprès de la Ljubljanska Banka Ljubljana et d'Investbanka. Elle conclut à l'absence de responsabilité de la Bosnie-Herzégovine et de ses entités et enjoignit à l'État d'aider les clients de ces banques à recouvrer leurs avoirs auprès de la Slovénie ou de la Serbie, selon le cas. Dans le cadre des discussions préalables à la conclusion de l'Accord sur les questions de succession, des négociations consacrées à la répartition des garanties accordées par la RSFY aux « anciens » dépôts en devises se tinrent en 2001 et 2002. Les États successeurs n'étant pas parvenus à un accord, la Banque des règlements internationaux les informa qu'elle se désengageait des négociations. Dans leurs requêtes devant la Cour, les requérants alléguèrent qu'ils se trouvaient dans l'incapacité de retirer leurs fonds en devises.

*En droit*

1. Article 1 du Protocole n° 1 : dans sa décision sur la recevabilité des requêtes, la chambre a conclu que la garantie légale accordée par la RSFY aux « anciens » fonds d'épargne en devises déposés auprès de la Ljubljanska Banka Ljubljana et d'Investbanka n'avait pas été appelée avant la dissolution de la RSFY et que les obligations contractées par ces banques n'avaient donc pas été transférées à celle-ci avant sa dissolution. La Grande Chambre souscrit à cette conclusion. En outre, elle souligne que les deux banques concernées sont demeurées responsables des « anciens » fonds d'épargne en devises déposés dans leurs succursales bosniennes depuis la dissolution de la RSFY. La Cour doit maintenant examiner la question de savoir si la Slovénie et la Serbie peuvent être tenues pour responsables du manquement de ces banques à honorer leurs dettes à l'égard des requérants.

Le gouvernement slovène a nationalisé la Ljubljanska Banka Ljubljana et a transféré la plupart des actifs de cet établissement à une nouvelle banque tout en confirmant que l'ancienne Ljubljanska Banka demeurait responsable des « anciens » dépôts en devises détenus par ses succursales sises dans les autres États successeurs. D'ailleurs, la Slovénie est l'actionnaire unique de l'ancienne Ljubljanska Banka, qui est administrée par un organisme gouvernemental slovène. En outre, la Slovénie est responsable dans une large mesure de l'incapacité de cette banque à honorer ses dettes – puisqu'elle a transféré la plupart des actifs de celle-ci à une nouvelle banque – et il ressort de certains éléments du dossier de l'affaire que la plus grande

partie des fonds déposés auprès de la succursale de Sarajevo de la Ljubljanska Banka Ljubljana ont abouti en fin de compte en Slovénie. Dans ces conditions, la Slovénie est tenue aux dettes contractées par la Ljubljanska Banka Ljubljana auprès des premier et deuxième requérants.

Pour sa part, Investbanka est une banque publique appartenant à la Serbie et elle est administrée par un organisme gouvernemental serbe. En outre, Investbanka a été contrainte d'abandonner, à son détriment et à celui de ses partenaires, les importantes créances qu'elle détenait sur des sociétés publiques et des sociétés en propriété collective. Autrement dit, la Serbie a disposé à sa guise des actifs d'Investbanka. En conséquence, la Cour estime qu'il existe des motifs suffisants pour imputer à la Serbie la responsabilité des dettes d'Investbanka à l'égard du troisième requérant.

En ce qui concerne l'incapacité des requérants à disposer librement de leurs « anciens » dépôts en devises depuis 1991-1992, la Cour relève que les gouvernements serbe et slovène ont expliqué leur retard principalement par le fait que le droit international les oblige à négocier cette question avec les autres États successeurs. Toutefois, le devoir de négocier n'empêche pas les États successeurs d'adopter des mesures protectrices des intérêts des épargnants. La Croatie a remboursé à ses citoyens une grande partie des « anciens » fonds en devises déposés à la succursale de Zagreb de la Ljubljanska Banka Ljubljana et le gouvernement macédonien a remboursé la totalité des « anciens » dépôts en devises effectués auprès de la succursale de Skopje de cette banque. Cependant, ces États n'ont jamais abandonné leur position selon laquelle la Slovénie devrait en définitive être tenue pour responsable de ces dettes et ils ont maintenu leurs prétentions au niveau interétatique dans le cadre des négociations sur la succession.

En outre, les gouvernements slovène et serbe soutiennent que la question de la responsabilité à l'égard des dettes des banques situées en Bosnie-Herzégovine doit être réglée par application du principe de territorialité lors des négociations sur la succession. La Cour rejette cette thèse et rappelle que le principe de la « proportion équitable » doit être appliqué en droit international de la succession d'États.

Bien que certains retards de remboursement des dettes litigieuses puissent être justifiés dans des circonstances exceptionnelles et que les États défendeurs disposent en la matière d'une ample marge d'appréciation, l'incapacité dans laquelle les requérants se trouvent depuis plus de vingt ans de disposer librement de leurs avoirs est disproportionnée et s'analyse par conséquent en une violation de l'article 1 du Protocole n° 1.

La Cour souligne que ses conclusions n'impliquent pas que les États ne pourront jamais restructurer une banque défailtante sans être tenus pour directement responsables des dettes de celle-ci sous l'angle de l'article 1 du Protocole n° 1. Compte tenu du contexte dans lequel elle s'inscrit, la présente affaire est singulière et se distingue des affaires mettant en cause la restructuration de banques privées insolubles.

*Conclusion*: violation par la Slovénie à l'égard des premier et deuxième requérants (unanimité), violation par la Serbie à l'égard du troisième requérant (unanimité), non-violation par les autres États défendeurs (quinze voix contre deux).

2. Article 46: plus de 1 850 requêtes similaires concernant plus de 8 000 requérants sont pendantes devant la Cour, et les requérants potentiels se comptent par milliers. En conséquence, il y a lieu d'appliquer en l'espèce la procédure de l'arrêt pilote. Compte tenu de la situation à caractère systémique qu'elle a constatée, la Cour estime que des mesures générales au niveau national s'imposent sans aucun doute dans le cadre de l'exécution du présent arrêt. En particulier, la Slovénie et la Serbie doivent prendre, dans un délai d'un an, sous la surveillance du Comité des Ministres, toutes les mesures, y compris d'ordre législatif, nécessaires pour permettre aux requérants et à tous ceux qui se trouvent dans la même situation qu'eux de recouvrer leurs « anciens » fonds en devises dans les mêmes conditions que leurs ressortissants ayant déposé de tels fonds dans les succursales slovènes et serbes de banques slovènes et serbes. S'il n'y a pas lieu d'indiquer que toutes les personnes touchées doivent obtenir réparation du dommage découlant de l'incapacité où elles se trouvent depuis plus de vingt ans de disposer librement de leurs avoirs, la Cour pourrait réexaminer cette question si l'un ou l'autre des États défendeurs concernés par les mesures générales indiquées ci-dessus devait rester en défaut de les appliquer. Enfin, la Cour décide d'ajourner pendant un an l'examen de toutes les requêtes similaires à la présente affaire dirigées contre la Serbie ou la Slovénie.

Article 41: la Cour accorde 4 000 euros aux premier, deuxième et troisième requérants pour préjudice moral.

### **Jurisprudence citée par la Cour**

*Anokhin c. Russie* (déc.), n° 25867/02, 31 mai 2007

*Beyeler c. Italie* [GC], n° 33202/96, CEDH 2000-I

*Bourdov c. Russie (n° 2)*, n° 33509/04, CEDH 2009

*Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V

*Cooperativa Agricola Slobozia-Hanesei c. Moldova*, n° 39745/02, 3 avril 2007

*E.G. c. Pologne et 175 autres affaires de la rivière Boug* (déc.), n° 50425/99, CEDH 2008

*Iatridis c. Grèce* [GC], n° 31107/96, CEDH 1999-II

*Immobiliare Saffi c. Italie* [GC], n° 22774/93, CEDH 1999-V

*Khachatryan c. Arménie*, n° 31761/04, 1<sup>er</sup> décembre 2009

*Kotov c. Russie* [GC], n° 54522/00, 3 avril 2012

*Kovačić et autres c. Slovénie* [GC], n<sup>os</sup> 44574/98, 45133/98 et 48316/99, 3 octobre 2008

*Kurić et autres c. Slovénie* (satisfaction équitable) [GC], n° 26828/06, CEDH 2014

*Likvidējamā p/s Selga et Vasīļevska c. Lettonie* (déc.), n<sup>os</sup> 17126/02 et 24991/02, 1<sup>er</sup> octobre 2013

- Lukenda c. Slovénie*, n° 23032/02, CEDH 2005-X  
*Merzhoyev c. Russie*, n° 68444/01, 8 octobre 2009  
*Mikhailenki et autres c. Ukraine*, n°s 35091/02, 35196/02, 35201/02, 35204/02, 35945/02, 35949/02, 35953/02, 36800/02, 38296/02 et 42814/02, CEDH 2004-XII  
*Molnar Gabor c. Serbie*, n° 22762/05, 8 décembre 2009  
*Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie* [GC], n° 13279/05, 20 octobre 2011  
*R. Kačapor et autres c. Serbie*, n°s 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 et 3046/06, 15 janvier 2008  
*Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, série A n° 52  
*Suljagić c. Bosnie-Herzégovine*, n° 27912/02, 3 novembre 2009  
*Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie* [GC], n° 71243/01, 25 octobre 2012  
*Vučković et autres c. Serbie* (exception préliminaire) [GC], n°s 17153/11 et 29 autres, 25 mars 2014  
*Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, CEDH 1999-I  
*Wolkenberg et autres c. Pologne* (déc.), n° 50003/99, 4 décembre 2007  
*Yershova c. Russie*, n° 1387/04, 8 avril 2010  
*Zastava It Turs c. Serbie* (déc.), n° 24922/12, 9 avril 2013  
*Zolotas c. Grèce (n° 2)*, n° 66610/09, CEDH 2013



**En l'affaire Ališić et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l'ex-République yougoslave de Macédoine,**

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

Dean Spielmann, *président*,  
Josep Casadevall,  
Guido Raimondi,  
Ineta Ziemele,  
Mark Villiger,  
Isabelle Berro,  
David Thór Björgvinsson,  
Danutė Jočienė,  
Dragoljub Popović,  
Päivi Hirvelä,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Ganna Yudkivska,  
Angelika Nußberger,  
Linos-Alexandre Sicilianos,  
André Potocki,  
Faris Vehabović,  
Ksenija Turković, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 10 juillet 2013 et le 28 mai 2014,

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

## PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 60642/08) dirigée contre la Bosnie-Herzégovine, la Croatie, la Serbie, la Slovénie et l'ex-République yougoslave de Macédoine (« les Gouvernements ») et dont trois ressortissants bosniens, M<sup>me</sup> Emina Ališić, M. Aziz Sadžak et M. Sakib Šahdanović (« les requérants »), ont saisi la Cour le 30 juillet 2005 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). La première requérante a également la nationalité allemande.

2. Les requérants allèguent que depuis la dissolution de la République socialiste fédérative de Yougoslavie ils se trouvent dans l'incapacité de retirer les « anciens » fonds d'épargne en devises qu'ils avaient déposés sur des comptes ouverts auprès de la succursale de Sarajevo de la Ljubljanska

Banka Ljubljana et de la succursale de Tuzla d'Investbanka. Ils invoquent les articles 13 et 14 de la Convention, ainsi que l'article 1 du Protocole n° 1.

3. La requête a été attribuée à la quatrième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour – «le règlement»). Le 17 octobre 2011, une chambre de cette section composée de Nicolas Bratza, Lech Garlicki, Nina Vajić, Boštjan M. Zupančič, Ljiljana Mijović, Dragoljub Popović et Mirjana Lazarova Trajkovska, juges, ainsi que de Lawrence Early, greffier de section, a décidé de joindre au fond l'exception de non-épuisement des voies de recours internes soulevée par les Gouvernements et a déclaré la requête recevable.

4. Par un arrêt du 6 novembre 2012, la chambre a rejeté par six voix contre une l'exception de non-épuisement des voies de recours internes et a dit :

– à l'unanimité, qu'il y avait eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 par la Serbie à l'égard de M. Šahdanović ;

– par six voix contre une, qu'il y avait eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 par la Slovénie à l'égard de M<sup>me</sup> Ališić et de M. Sadžak ;

– à l'unanimité, qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 par les autres États défendeurs ;

– à l'unanimité, qu'il y avait eu violation de l'article 13 de la Convention par la Serbie à l'égard de M. Šahdanović ;

– par six voix contre une, qu'il y avait eu violation de l'article 13 de la Convention par la Slovénie à l'égard de M<sup>me</sup> Ališić et de M. Sadžak ;

– à l'unanimité, qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 13 de la Convention par les autres États défendeurs ;

– à l'unanimité, qu'il n'y avait pas lieu d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 13 de la Convention et l'article 1 du Protocole n° 1 en ce qui concerne la Serbie et la Slovénie, et qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 13 de la Convention et l'article 1 du Protocole n° 1 par les autres États défendeurs.

À l'arrêt se trouvait joint l'exposé de l'opinion dissidente du juge Zupančič.

5. Le 18 mars 2013, faisant droit à la demande formulée par le gouvernement serbe et le gouvernement slovène, le collège de la Grande Chambre a décidé de renvoyer l'affaire devant celle-ci en vertu de l'article 43 de la Convention.

6. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement. À la suite du départ de Boštjan M. Zupančič, juge élu au titre de la Slovénie (article 28 du règlement), le gouvernement slovène a désigné Angelika Nußberger,

juge élue au titre de l'Allemagne, pour siéger à sa place (articles 26 § 4 de la Convention et 29 du règlement). Davíd Thór Björgvinsson et Danutė Jočienė, dont les mandats avaient expiré le 31 octobre 2013, ont continué à siéger dans l'affaire (articles 23 § 3 de la Convention et 24 § 4 du règlement).

7. Les parties ont déposé des observations écrites complémentaires (article 59 § 1 du règlement).

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

Ont comparu :

– *pour les requérants*

M. B. Mujčin,

M<sup>e</sup> E. Eser,

M. A. Mustafić,

*conseils,*

*assistant;*

– *pour le gouvernement de la Bosnie-Herzégovine*

M<sup>mes</sup> M. Mijić,

B. Skalonjić,

E. Veledar Arifagić,

MM. Z. Kelić,

T. Ćurak,

S. Bakić,

E. Kubat,

M<sup>mes</sup> V. Tufek,

N. Trossat,

M. M. Mahmutović,

*agent,*

*agent assistant,*

*conseillers;*

– *pour le gouvernement croate*

M<sup>mes</sup> Š. Stažnik,

N. Katić,

A. Metelko-Zgombić,

M. Bašić,

J. Vlašić,

B. Grabovac,

V. Zvonar,

*agent,*

*conseillers;*

– *pour le gouvernement serbe*

M. S. Carić,

M<sup>mes</sup> V. Rodić,

D. Dobrković,

MM. N. Petković,

*agent,*

- B. Milisavljević,  
 B. Kurbalija,  
 M<sup>me</sup> S. Đurđević, *conseillers;*
- *pour le gouvernement slovène*  
 M<sup>me</sup> N. Pintar-Gosenca, *agent,*  
 M<sup>es</sup> C. Annacker, *conseil,*  
 A. Nee,  
 M<sup>me</sup> M. Prevc,  
 M. R. Gabrovec,  
 M<sup>me</sup> A. Polak-Petrič,  
 M<sup>e</sup> A. Kulick, *conseillers;*
- *pour le gouvernement macédonien*  
 M. K. Bogdanov, *agent,*  
 M<sup>me</sup> V. Stanojevska, *conseiller.*

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Mujčin, M<sup>me</sup> Mijić, M<sup>me</sup> Stažnik, M. Carić, M<sup>e</sup> Annacker et M. Bogdanov.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

#### A. Introduction

9. Les requérants sont nés en 1976, en 1949 et en 1952 respectivement. Ils résident en Allemagne.

10. Avant la dissolution de la République socialiste fédérative de Yougoslavie (la «RSFY»), deux des requérants, M<sup>me</sup> Ališić et M. Sadžak, avaient déposé des fonds en devises sur des comptes ouverts auprès de la Ljubljanska Banka Sarajevo<sup>1</sup>. En 1990, dans le cadre des réformes économiques menées en 1989-1990 (paragraphe 21 ci-dessous), la Ljubljanska Banka Sarajevo devint une succursale de la Ljubljanska Banka Ljubljana, banque slovène. Le troisième requérant, M. Šahdanović, avait, également avant la dissolution de la RSFY, déposé des fonds en devises sur des comptes ouverts auprès de la succursale de Tuzla (Bosnie-Herzégovine) d'Investbanka, banque serbe. D'après les éléments dont la Cour dispose, les comptes ouverts par M<sup>me</sup> Ališić et M. Sadžak auprès de la succursale de Sarajevo de la Ljubljanska Banka Ljubljana présentaient au 31 décembre 1991 des soldes

1. La Ljubljanska Banka Sarajevo n'est pas la même banque que la banque homonyme fondée en 1993, dont il est fait état au paragraphe 30 ci-dessous, et ne doit pas être confondue avec celle-ci.

crédeurs de 4 715 marks allemands (DEM) et de 129 874 DEM respectivement. Les comptes ouverts par M. Šahdanović auprès de la succursale de Tuzla d'Investbanka présentaient au 3 janvier 2002 des soldes crédeurs de 63 880 DEM, de 4 schillings autrichiens et de 73 dollars américains (USD) respectivement.

11. Les griefs soulevés sous l'angle de la Convention concernent l'incapacité dans laquelle les requérants se trouvent de retirer les fonds déposés sur ces comptes. Les intéressés soutiennent que cette situation s'analyse en une violation par les États défendeurs de l'article 1 du Protocole n° 1 pris isolément et combiné avec l'article 14 de la Convention. Par ailleurs, ils se disent victimes d'une violation de l'article 13 de la Convention.

## **B. La genèse de l'affaire**

### *1. Le système bancaire commercial de la RSFY antérieur à la réforme de 1989-1990*

#### **a) Les banques de base, les banques associées et les banques nationales**

12. Avant les réformes économiques de 1989-1990, le système bancaire commercial de la RSFY était composé de banques *de base* et de banques *associées*. Bien que dotée d'une personnalité juridique propre, chaque banque de base était intégrée dans la structure organisationnelle de l'une des neuf banques associées de la RSFY. En règle générale, les banques de base avaient pour fondatrices et propriétaires des sociétés en propriété collective sises dans l'entité territoriale où elles étaient implantées, c'est-à-dire dans l'une des républiques (la Bosnie-Herzégovine, la Croatie, la Macédoine, le Monténégro, la Serbie et la Slovénie) ou provinces autonomes (le Kosovo et la Voïvodine) qui constituaient la RSFY. Fleurons du modèle yougoslave de l'autogestion, les sociétés en propriété collective ne relevaient ni d'un régime de propriété privée ni d'un régime de propriété publique, mais d'un régime de propriété détenue collectivement par leurs employés, qui en assuraient la direction selon une conception communiste de l'organisation du travail (le régime de la propriété collective et le statut des sociétés serbes qui en relèvent encore ont été décrits dans l'arrêt *R. Kačapor et autres c. Serbie*, nos 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 et 3046/06, §§ 71-76 et 97, 15 janvier 2008). Deux ou plusieurs établissements de base pouvaient se réunir pour constituer une banque associée. La Ljubljanska Banka Ljubljana, qui était l'une des banques associées de la RSFY, regroupait la Ljubljanska Banka Sarajevo – dans laquelle deux des requérants détenaient

des comptes –, la Ljubljanska Banka Zagreb<sup>2</sup>, la Ljubljanska Banka Skopje<sup>3</sup> et d'autres banques de base. De la même manière, Investbanka, dont le troisième requérant était client, avait constitué avec d'autres banques de base une banque associée dénommée Beogradska udružena Banka.

13. Enfin, on dénombrait neuf banques nationales en RSFY, à savoir la Banque nationale de Yougoslavie (la «BNY») et les banques nationales respectives des six républiques et des deux provinces autonomes.

#### b) Les dépôts en devises

14. Confrontée à un grand besoin de devises fortes, la RSFY incita ses ressortissants expatriés et les autres à déposer des devises dans ses banques en rémunérant leurs dépôts par un taux d'intérêt élevé (souvent supérieur à 10 % l'an) et en accordant à ces dépôts la garantie de l'État (article 14 § 3 de la loi de 1985 sur les opérations en devises<sup>4</sup> et article 76 § 1 de la loi de 1989 relative aux banques et autres établissements financiers<sup>5</sup>).

15. La garantie de l'État pouvait être appelée par les banques qui se trouvaient en situation d'«insolvabilité manifeste» (voir l'article 18 de la loi de 1989 sur l'insolvabilité des banques et autres établissements financiers<sup>6</sup> et la réglementation y afférente<sup>7</sup>). Aucune des banques dont il est ici question n'a formulé de demande en ce sens.

16. Les épargnants eux-mêmes n'étaient pas habilités à solliciter la garantie de l'État. En revanche, la loi de 1978 sur les obligations civiles<sup>8</sup> les autorisait à retirer à tout moment leurs avoirs, augmentés des intérêts acquis.

L'article 1035 de cette loi était ainsi rédigé :

«1) Le dépôt monétaire est le contrat par lequel une banque reçoit en dépôt une somme que lui confie un déposant.

2) Le contrat de dépôt monétaire confère à la banque dépositaire le droit d'utiliser la somme déposée et lui fait obligation de la restituer selon les modalités stipulées au contrat.»

2. Paragraphe 43 ci-dessous.

3. Paragraphe 52 ci-dessous.

4. *Zakon o deviznom poslovanju*, Journal officiel de la RSFY n° 66/85, 13/86, 71/86, 2/87, 3/88, 59/88, 85/89, 27/90, 82/90 et 22/91. La présente note et les suivantes indiquent l'intitulé complet, dans la langue originale, des normes de droit interne auxquelles elles renvoient.

5. *Zakon o bankama i drugim finansijskim organizacijama*, Journal officiel de la RSFY n° 10/89, 40/89, 87/89, 18/90, 72/90 et 79/90.

6. *Zakon o sanaciji, stečaju i likvidaciji banaka i drugih finansijskih organizacija*, Journal officiel de la RSFY n° 84/89 et 63/90.

7. *Odluka o načinu izvršavanja obaveza Federacije po osnovu jemstva za devize na deviznim računima i deviznim štednim ulozima građana, građanskih pravnih lica i stranih fizičkih lica*, Journal officiel de la RSFY n° 27/90.

8. *Zakon o obligacionim odnosima*, Journal officiel de la RSFY n° 29/78, 39/85, 45/89 et 57/89.

L'article 1043 § 1 de la loi se lisait ainsi :

« L'ouverture d'un compte d'épargne donne lieu, de la part de la banque ou de l'établissement financier concerné, à la délivrance d'un livret d'épargne au titulaire de ce compte. »

L'article 1044 de la loi était ainsi libellé :

« 1) Les dépôts et les retraits sont inscrits sur un livret.

2) Les inscriptions signées et estampillées portées au livret font preuve des dépôts et des retraits effectués.

3) Toute stipulation contraire est réputée nulle et non écrite. »

L'article 1045 de la loi énonçait :

« Les dépôts d'épargne portent intérêt. »

### c) Le système des transferts

17. Au milieu des années 1970, les banques commencèrent à subir des pertes de change dues à la dépréciation du dinar. Pour faire face à cette situation, la RSFY instaura un système de « transfert » de devises autorisant les banques à transférer à la BNY les fonds en devises déposés par les ressortissants yougoslaves, à charge pour cette dernière d'assumer le risque de change (article 51 de la loi de 1977 sur les opérations en devises<sup>9</sup>). Bien que ce dispositif fût juridiquement facultatif, les banques n'eurent en réalité pas d'autre choix que d'y recourir car elles n'étaient pas autorisées à ouvrir dans des banques étrangères les comptes en devises nécessaires pour effectuer des paiements à l'étranger et elles n'étaient pas non plus habilitées à accorder des prêts en devises. En conséquence, elles transféraient à la BNY la quasi-totalité des devises en leur possession selon l'une ou l'autre des méthodes qui s'offraient à elles, à savoir la méthode « comptable » – autrement dénommée méthode « pro forma » – ou la méthode du virement effectif sur des comptes de la BNY à l'étranger. La méthode comptable était de loin la plus utilisée, car elle permettait aux banques commerciales de faire supporter le risque de change à la BNY et leur évitait de payer des frais aux banques étrangères (*Kovačić et autres c. Slovénie* [GC], n<sup>os</sup> 44574/98, 45133/98 et 48316/99, § 36, 3 octobre 2008, ainsi que la décision AP 164/04 adoptée par la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine le 1<sup>er</sup> avril 2006, § 53). Il ressort d'un rapport interne établi par la BNY en septembre 1988<sup>10</sup> que, au 30 juin 1988, le montant des devises ainsi transférées s'élevait à neuf milliards USD environ, dont 1,4 milliard (soit un peu plus de 15 %) seulement avait été effectivement viré sur les nombreux comptes étrangers de la BNY. Il semble

9. *Zakon o deviznom poslovanju i kreditnim odnosima*, Journal officiel de la RSFY n<sup>os</sup> 15/77, 61/82, 77/82, 34/83, 70/83 et 71/84.

10. Le gouvernement slovène a fourni une copie de ce rapport à la Cour (annexe n<sup>o</sup> GC10).

que les fonds virés sur les comptes étrangers de la BNY aient été répartis récemment entre les États successeurs (paragraphe 65 ci-dessous).

18. Le système de transfert de devises en vigueur à la Ljubljanska Banka Sarajevo<sup>11</sup>, où les deux premiers requérants avaient leurs comptes, obligeait cette banque, en application des accords qu'elle avait conclus avec la Ljubljanska Banka Ljubljana, la Banque nationale de Bosnie-Herzégovine et la Banque nationale de Slovénie, à transférer tous les mois à cette dernière, pour le compte de la Ljubljanska Banka Ljubljana, le solde créditeur des opérations de dépôt et de retrait de devises. Une partie de ce montant était ensuite rétrocédée à la Ljubljanska Banka Sarajevo, à sa demande, pour couvrir ses besoins de liquidités pendant les périodes où les retraits de devises étaient supérieurs aux dépôts. De 1984 à 1991, 244 665 082 DEM au total furent transférés à Ljubljana, et 41 469 528 DEM – soit moins de 17 % des fonds transférés – furent rétrocédés à Sarajevo. Les devises non rétrocédées à Sarajevo étaient transférées à la BNY selon l'une ou l'autre des méthodes décrites au paragraphe 17 ci-dessus, à savoir la méthode comptable (ou « pro forma ») – qui ne permet pas de savoir si les fonds ont effectivement quitté Ljubljana – ou la méthode du virement effectif sur des comptes étrangers de la BNY. Quelle que fût la méthode de transfert employée, les devises transférées étaient comptabilisées en tant que créances de la Ljubljanska Banka Sarajevo sur la BNY.

19. En vertu des accords mentionnés au paragraphe précédent, la BNY accordait à la Ljubljanska Banka Sarajevo, par l'intermédiaire de la Banque nationale de Bosnie-Herzégovine, des prêts en dinars – initialement exempts d'intérêt – d'un montant correspondant à la contre-valeur en dinars des devises transférées. Cette banque de base utilisait les sommes en dinars ainsi prêtées pour accorder à son tour des prêts – à un taux d'intérêt inférieur à celui de l'inflation – à des entreprises implantées en règle générale dans la même unité territoriale qu'elle.

20. Fin 1988, une modification apportée à l'article 103 de la loi de 1985 sur les opérations en devises mit fin au système de transfert de devises. Les banques yougoslaves furent autorisées à ouvrir des comptes dans des banques étrangères. Comme d'autres banques, la Ljubljanska Banka Sarajevo usa de cette faculté et déposa, d'octobre 1988 à décembre 1989, environ 13,5 millions USD sur les comptes détenus par elle dans des banques étrangères. Rien dans le dossier ne permet de déterminer ce qu'il est advenu de ces fonds.

---

11. Comme indiqué dans la note de bas de page n° 1, la Ljubljanska Banka Sarajevo ne doit pas être confondue avec la banque homonyme fondée en 1993 et mentionnée au paragraphe 30 ci-dessous.

## 2. *La réforme du système bancaire commercial de la RSFY (1989-1990)*

21. Lors des réformes menées en 1989-1990, la RSFY mit fin au système des banques de base et des banques associées décrit ci-dessus. La modification de la réglementation bancaire permit à certaines banques de base d'acquiescer leur autonomie, tandis que d'autres devinrent des succursales des anciennes banques associées auxquelles elles étaient auparavant rattachées. Le 1<sup>er</sup> janvier 1990, la Ljubljanska Banka Sarajevo, dont il a été question ci-dessus, devint une succursale de la Ljubljanska Banka Ljubljana, laquelle reprit l'ensemble de ses droits, de ses actifs et de son passif. Pour sa part, Investbanka (mentionnée ci-dessus) devint une banque autonome ayant son siège en Serbie et des succursales en Bosnie-Herzégovine.

22. En outre, la convertibilité du dinar fut instaurée, décision qui provoqua des retraits massifs de devises. Pour faire face à cette situation, la RSFY prit des mesures d'urgence restreignant de manière importante les retraits de devises. À ce titre, elle apporta à l'article 71 de la loi de 1985 sur les opérations en devises une modification, applicable à partir de décembre 1990, interdisant aux épargnants de retirer leurs avoirs à d'autres fins que le paiement de biens ou de services importés pour leur propre usage ou celui de leurs proches, l'achat d'obligations convertibles libellées en devises, la réalisation de legs à visées scientifiques ou humanitaires ou le paiement de primes de contrats d'assurance-vie passés avec des compagnies d'assurances nationales. De surcroît, les retraits autorisés pour les opérations en question furent plafonnés à 500 DEM par opération et à 1 000 DEM par mois en application de l'article 3 d'une décision adoptée par le gouvernement de la RSFY en avril 1991<sup>12</sup> – demeurée en vigueur jusqu'en février 1992 – et de l'article 17 c) d'une décision prise par la BNY en janvier 1991<sup>13</sup>, qui fut déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle de la RSFY en avril 1992 (paragraphe 53 ci-dessous).

## 3. *La dissolution de la RSFY (1991-1992)*

23. La dissolution de la RSFY eut lieu en 1991-1992. Dans les États successeurs de la RSFY, les dépôts en devises effectués avant la dissolution furent soumis à un régime spécial. Ils sont communément désignés par l'expression « anciens » fonds d'épargne en devises ou fonds d'épargne en devises « gelés ». On trouvera ci-après un aperçu du droit interne réglementant ces

12. *Odluka o načinu na koji ovlašćene banke izvršavaju naloge za plaćanje domaćih fizičkih lica devizama sa njihovih deviznih računa i deviznih štednih uloga*, Journal officiel de la RSFY n<sup>os</sup> 28/91, 34/91, 64/91 et 9/92.

13. *Odluka o načinu vođenja deviznog računa i deviznog štednog uloga domaćeg i stranog fizičkog lica*, Journal officiel de la RSFY n<sup>os</sup> 6/91, 30/91, 36/91 et 25/92.

fonds dans chacun des cinq États successeurs de la RSFY et des pratiques respectives de ceux-ci en la matière. Les États successeurs, présentés ci-après suivant l'ordre alphabétique de leurs dénominations respectives en anglais, sont aussi les États défendeurs dans la présente affaire.

### C. Les situations respectives des États défendeurs

#### 1. La Bosnie-Herzégovine

##### a) Les mesures relatives aux « anciens » fonds d'épargne en devises

24. En 1992, la Bosnie-Herzégovine prit à sa charge la garantie légale accordée par la RSFY au titre des « anciens » fonds d'épargne en devises (article 6 de la loi de 1992 sur l'application de la législation de la RSFY<sup>14</sup>). Bien que les dispositions légales pertinentes fussent imprécises sur ce point, la Banque nationale de Bosnie-Herzégovine considéra que la garantie ainsi reprise ne couvrait que les fonds déposés dans les banques bosniennes (voir le rapport 63/94 établi par la Banque nationale de Bosnie-Herzégovine le 8 août 1994<sup>15</sup>).

25. Si tous les « anciens » fonds d'épargne en devises demeurèrent gelés pendant la guerre, des retraits étaient autorisés à titre exceptionnel, pour des motifs humanitaires ou d'autres raisons particulières (voir la réglementation pertinente<sup>16</sup>).

26. Après la guerre de 1992-1995, chacune des entités constituantes de la Bosnie-Herzégovine – la Fédération de Bosnie-Herzégovine (la « FBH ») et la Republika Srpska – légiféra sur les « anciens » fonds d'épargne en devises. Les succursales en cause dans la présente affaire étant situées en FBH, seule la législation de cette entité est pertinente en l'espèce. En 1997, la FBH prit à sa charge la garantie couvrant les « anciens » fonds d'épargne en devises déposés dans les banques et les succursales sises sur son territoire (article 3 § 1 de la loi de 1997 sur le règlement des créances<sup>17</sup> et décret de

14. *Uredba sa zakonskom snagom o preuzimanju i primjenjivanju saveznih zakona koji se u Bosni i Hercegovini primjenjuju kao republički zakoni*, Journal officiel de la République de Bosnie-Herzégovine n° 2/92.

15. Le gouvernement bosnien a fourni une copie de ce document à la Cour.

16. *Odluka o uslovima i načinu isplata dinara po osnovu definitivne prodaje devizne štednje domaćih fizičkih lica i korišćenju deviza sa deviznih računa i deviznih štednih uloga domaćih fizičkih lica za potrebe liječenja i plaćanja školarine u inostranstvu*, Journal officiel de la République de Bosnie-Herzégovine n° 4/93; *Odluka o uslovima i načinu davanja kratkoročnih kredita bankama na osnovu definitivne prodaje deponovane devizne štednje građana i efektivno prodatih deviza od strane građana*, Journal officiel de la Republika Srpska n° 10/93 et 2/94; et *Odluka o ciljevima i zadacima monetarno-kreditne politike u 1995*, Journal officiel de la République de Bosnie-Herzégovine n° 11/95 et 19/95.

17. *Zakon o utvrđivanju i realizaciji potraživanja građana u postupku privatizacije*, Journal officiel de la FBH n° 27/97, 8/99, 45/00, 54/00, 32/01, 27/02, 57/03, 44/04, 79/07 et 65/09.

1999 sur le règlement des créances des non-résidents<sup>18</sup>). Si les fonds en question demeuraient gelés, la loi en autorisait l'utilisation pour l'acquisition de logements d'État et d'entreprises publiques (article 18 de la loi de 1997 sur le règlement des créances, telle que modifiée en 2004).

27. En 2004, la FBH adopta une nouvelle législation par laquelle elle s'engageait à rembourser à leurs détenteurs, quelle que fût leur nationalité, les « anciens » fonds d'épargne en devises déposés dans des banques sises sur son territoire. Cependant, l'article 9 § 2 de la loi de 2004<sup>19</sup> sur l'apurement des dettes publiques excluait expressément de cette garantie les fonds déposés dans les succursales de la Ljubljanska Banka Ljubljana, d'Investbanka ou d'autres banques étrangères, où les requérants avaient leurs comptes.

28. En 2006, les obligations contractées par les entités au titre des « anciens » fonds d'épargne en devises déposés dans les banques bosniennes furent transférées à l'État. Celui-ci déclina derechef toute responsabilité quant aux dépôts effectués dans les succursales locales de la Ljubljanska Banka Ljubljana et d'Investbanka, mais il s'engagea à aider les clients de ces succursales à recouvrer leurs avoirs auprès de la Slovénie et de la Serbie (article 2 de la loi de 2006 sur les « anciens » fonds d'épargne en devises<sup>20</sup>). En outre, il mit fin par la même loi à toutes les procédures portant sur les « anciens » fonds d'épargne en devises (voir l'article 28 de cette loi, qui fut déclaré conforme à la Constitution par la décision U 13/06 adoptée par la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine le 28 mars 2008 (§ 35)).

**b) Le statut de la succursale de Sarajevo de la Ljubljanska Banka Ljubljana et de la Ljubljanska Banka Sarajevo (fondée en 1993)**

29. Comme indiqué au paragraphe 21 ci-dessus, la Ljubljanska Banka Sarajevo devint en janvier 1990 une succursale de la Ljubljanska Banka Ljubljana, laquelle reprit l'ensemble de ses droits, de ses actifs et de son passif. Il ressort des inscriptions du registre des sociétés que cette succursale agissait au nom et pour le compte de sa maison mère. Si le montant des dépôts d'épargne en devises inscrits dans les comptes de cette succursale s'élevait à quelque 250 millions de DEM à la fin de l'année 1991, sa chambre forte contenait en réalité moins de 350 000 DEM à cette époque (les mouvements de fonds en devises entre Sarajevo et Ljubljana ont été décrits au paragraphe 18 ci-dessus).

18. *Uredba o ostvarivanju potraživanja lica koja su imala deviznu štednju u bankama na teritoriju Federacije, a nisu imala prebivalište na teritoriju Federacije*, Journal officiel de la FBH n° 44/99.

19. *Zakon o utvrđivanju i načinu izmirenja unutrašnjih obaveza Federacije*, Journal officiel de la FBH n° 66/04, 49/05, 35/06, 31/08, 32/09 et 65/09.

20. *Zakon o izmirenju obaveza po osnovu računa stare devizne štednje*, Journal officiel de la Bosnie-Herzégovine n° 28/06, 76/06, 72/07 et 97/11.

30. Une nouvelle banque de droit bosnien, dénommée Ljubljanska Banka Sarajevo – comme la banque à laquelle la succursale de Sarajevo de la Ljubljanska Banka Ljubljana avait succédé – fut fondée en 1993. Elle prit à sa charge, de manière unilatérale, les obligations contractées au titre des « anciens » fonds en devises déposés auprès de la succursale de Sarajevo de la Ljubljanska Banka Ljubljana, banque de droit slovène.

31. En 1994, la Banque nationale de Bosnie-Herzégovine procéda à une inspection au sein de la nouvelle Ljubljanska Banka Sarajevo, où elle découvrit de nombreuses irrégularités. En premier lieu, elle releva que les dirigeants de cette banque n'avaient pas été régulièrement nommés et que l'on ne savait pas au juste qui étaient les actionnaires. En conséquence, elle nomma un directeur, qu'elle plaça à la tête de la banque. En second lieu, elle considéra qu'une banque bosnienne telle que la Ljubljanska Banka Sarajevo ne pouvait pas reprendre les obligations contractées par une banque étrangère au titre d'« anciens » fonds d'épargne en devises, expliquant qu'une telle opération aurait pour effet d'imposer à la Bosnie-Herzégovine de nouvelles charges financières concernant la garantie légale accordée par l'État aux « anciens » fonds d'épargne en devises déposés dans les banques bosniennes. Elle ordonna la réalisation en urgence d'un bilan de clôture de la succursale de Sarajevo de la Ljubljanska Banka Ljubljana au 31 mars 1992 et la clarification des liens de celle-ci avec sa maison mère.

32. Toutefois, il ressort du registre des sociétés que la nouvelle Ljubljanska Banka Sarajevo est demeurée responsable jusqu'à fin 2004 des obligations contractées par la succursale de Sarajevo de la Ljubljanska Banka Ljubljana au titre des « anciens » fonds d'épargne en devises que celle-ci avait reçus en dépôt (paragraphe 35 ci-dessous). En conséquence, elle continua jusqu'à cette époque à gérer ces fonds, dont 3 % environ furent utilisés dans le cadre du processus de privatisation mené en FBH (paragraphe 26 ci-dessus). Dans un cas précis, elle fut condamnée par un tribunal civil à rembourser un client de la succursale de Sarajevo de la Ljubljanska Banka Ljubljana (*Višnjevac c. Bosnie-Herzégovine* (déc.), n° 2333/04, 24 octobre 2006).

33. La situation antérieure à 2004 a été qualifiée de « chaotique » par la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine (décision AP 164/04 du 1<sup>er</sup> avril 2006, § 55). Pour sa part, la Chambre des droits de l'homme de Bosnie-Herzégovine – institution nationale de protection des droits de l'homme – a jugé que l'insécurité juridique qui entourait pendant cette période la question des « anciens » fonds d'épargne en devises, notamment ceux qui avaient été déposés dans les succursales bosniennes de la Ljubljanska Banka Ljubljana et d'Investbanka, s'analysait en une violation de l'article 1 du Protocole n° 1 (décision CH/98/377 et autres du 7 novembre 2003, § 270).

34. En 2003, l'organisme de contrôle bancaire de la FBH plaça la Ljubljanska Banka Sarajevo sous administration provisoire au motif que cette banque de droit bosnien entretenait des liens mal définis avec la Ljubljanska Banka Ljubljana, banque étrangère située en Slovénie.

35. La même année, le Parlement de la FBH apporta à la loi de 2000 sur le registre des sociétés<sup>21</sup> une modification prolongeant jusqu'en 2004 le délai légal de radiation des inscriptions portées sur ce registre pendant la guerre. Peu après, en novembre 2004, le tribunal municipal de Sarajevo jugea que la Ljubljanska Banka Sarajevo n'était pas le successeur de la succursale de Sarajevo de la Ljubljanska Banka Ljubljana, banque de droit slovène, et qu'elle n'était pas responsable des obligations contractées par celle-ci au titre des « anciens » fonds en devises qu'elle avait reçus en dépôt. En conséquence, il ordonna la radiation des inscriptions contraires portées au registre des sociétés en 1993.

36. En 2006, la Ljubljanska Banka Sarajevo céda ses actifs à une société croate, qui s'engagea en contrepartie à régler ses dettes. Parallèlement, des locaux de la succursale de Sarajevo de la Ljubljanska Banka Ljubljana placés sous l'administration du gouvernement de la FBH dans l'attente d'une décision définitive sur le statut de cette succursale furent loués à cette même société croate au nom et pour le compte de la Ljubljanska Banka Ljubljana.

37. En 2010, un tribunal ouvrit une procédure de faillite contre la Ljubljanska Banka Sarajevo en Bosnie-Herzégovine. Cette procédure est toujours pendante.

#### c) Le statut de la succursale de Tuzla d'Investbanka

38. La succursale de Tuzla d'Investbanka a toujours été une entité dépourvue de la personnalité juridique. Le montant des « anciens » fonds d'épargne en devises déposés dans cette succursale s'élevait à quelque 67 millions USD (soit 100 millions DEM environ) au 31 décembre 1991. La succursale de Tuzla d'Investbanka ferma en juin 1992 et ne reprit jamais ses activités. On ne sait pas précisément ce qu'il est advenu des fonds dont elle était dépositaire.

39. En 2002, un tribunal serbe ouvrit une procédure de faillite contre Investbanka. Les autorités serbes vendirent les locaux des succursales d'Investbanka situées en FBH – comme elles avaient vendu en 1999 ceux des succursales de cette banque situées en Republika Srpska –, retirant par exemple 2 140 650 EUR de la vente des locaux de la rue de Džafer Mahala, à Tuzla. Il semble que la procédure de faillite dirigée contre Investbanka soit toujours pendante.

21. *Zakon o postupku upisa pravnih lica u sudski registar*, Journal officiel de la FBH n° 4/00, 49/00, 32/01, 19/03 et 50/03.

40. En 2010, le gouvernement de la FBH décida de placer les locaux et les archives des succursales d'Investbanka situées en FBH sous son administration. Toutefois, il semble qu'Investbanka n'avait plus de locaux et d'archives en FBH.

41. En 2011, à la demande des autorités de la FBH, les autorités serbes ouvrirent une enquête pénale pour déterminer comment les archives de la succursale de Tuzla avaient été transférées en Serbie en 2008.

## 2. La Croatie

### a) Les mesures relatives aux « anciens » fonds d'épargne en devises

42. Le gouvernement croate affirme avoir remboursé à leurs propriétaires – quelle que fût leur nationalité – les « anciens » fonds en devises déposés dans les banques croates et leurs succursales à l'étranger. Il est de fait établi que la Croatie a restitué à des ressortissants bosniens des fonds déposés dans des succursales de banques croates sises en Bosnie-Herzégovine. Cela étant, le gouvernement slovène a communiqué à la Cour des arrêts de la Cour suprême de Croatie (arrêt Rev 3015/1993-2 rendu en 1994, et arrêts Rev 3172/1995-2 et Rev 1747/1995-2, rendus en 1996) indiquant que le terme (*građanin*) employé dans la loi désigne les ressortissants croates (comparer avec *Kovačić et autres*, précité, § 77).

### b) Le statut de la succursale de Zagreb de la Ljubljanska Banka Ljubljana

43. La Croatie autorisa ses ressortissants à transférer dans des banques croates les « anciens » fonds d'épargne en devises qu'ils avaient déposés auprès de la succursale de Zagreb de la Ljubljanska Banka Ljubljana (voir l'article 14 de la loi de 1993 sur les anciens fonds d'épargne en devises<sup>22</sup> et les textes pris pour son application<sup>23</sup>). Près des deux tiers des clients de cette succursale auraient effectué cette démarche. En mars 2013, la Croatie et la Slovénie conclurent un mémorandum d'entente appelant à de nouvelles négociations sur les questions de succession relatives aux avoirs ainsi transférés. Certains des clients de la succursale de Zagreb de la Ljubljanska Banka Ljubljana qui n'avaient pas transféré leurs dépôts – dont le montant total s'élevait à 300 millions DEM environ – dans des banques croates exercèrent des actions civiles devant les juridictions croates. Soixante-trois d'entre eux recouvèrent leurs avoirs à l'issue d'une vente judiciaire d'actifs de cette suc-

22. *Zakon o pretvaranju deviznih depozita građana u javni dug Republike Hrvatske*, Journal officiel de la République de Croatie n° 106/93.

23. *Pravilnik o utvrđivanju uvjeta i načina pod kojima građani mogu prenijeti svoju deviznu štednju s organizacijske jedinice banke čije je sjedište izvan Republike Hrvatske na banke u Republici Hrvatskoj*, Journal officiel de la République de Croatie n° 19/94.

cursale situés en Croatie (voir les décisions rendues par le tribunal municipal d'Osijek le 8 avril 2005 et le 15 juin 2010<sup>24</sup>, ainsi que *Kovačić et autres*, précité, §§ 122-133). D'autres intentèrent devant les juridictions slovènes des actions civiles, dont certaines sont toujours pendantes (paragraphe 51 ci-dessous). Le gouvernement croate a produit des documents officiels d'où il ressort que la Ljubljanska Banka Ljubljana et sa succursale de Zagreb ne possèdent plus d'actifs en Croatie.

### 3. La Serbie

#### a) Les mesures relatives aux « anciens » fonds d'épargne en devises

44. Les « anciens » fonds d'épargne en devises déposés dans les banques serbes demeurèrent gelés après la dissolution de la RSFY. Toutefois, les épargnants étaient autorisés à effectuer des retraits à titre exceptionnel, pour des motifs humanitaires, quelles que fussent leur nationalité et la localisation des succursales dont ils étaient clients (voir la réglementation pertinente<sup>25</sup>). En outre, la justice serbe a jugé en une occasion au moins que les banques sises en Serbie étaient responsables des obligations contractées au titre des « anciens » fonds d'épargne en devises déposés dans leurs succursales situées en Bosnie-Herzégovine (*Šekerović c. Serbie* (déc.), n° 32472/03, 4 janvier 2007).

45. En 1998, puis en 2002, la Serbie s'engagea à rembourser, pour partie en numéraire et pour partie en obligations d'État, les « anciens » fonds d'épargne en devises déposés dans les succursales serbes de banques serbes par ses citoyens et par les ressortissants d'États autres que les États successeurs de la RSFY, ainsi que ceux déposés dans les succursales étrangères de banques serbes (telles que la succursale de Tuzla d'Investbanka). Il était prévu que les obligations en question arriveraient à échéance en 2016, qu'elles seraient remboursables en douze annuités et qu'elles porteraient un intérêt de 2 % l'an (article 4 de la loi de 2002 sur les anciens fonds d'épargne en devises<sup>26</sup>). Les sommes à rembourser aux épargnants concernés devaient correspondre au montant nominal de leurs dépôts augmentés des intérêts au

24. Le gouvernement slovène a fourni à la Cour une copie de ce document (annexes n°s 273-274).

25. *Odluka o uslovima i načinu davanja kratkoročnih kredita bankama na osnovu definitivne prodaje deponovane devizne štednje građana*, Journal officiel de la République fédérale de Yougoslavie n°s 42/93, 49/93, 71/93 et 77/93; *Odluka o uslovima i načinu isplate dela devizne štednje građana koja je deponovana kod NBJ*, Journal officiel n°s 42/94, 44/94 et 50/94; *Odluka o uslovima i načinu isplate dela devizne štednje građana koja je deponovana kod NBJ*, Journal officiel n°s 10/95, 52/95, 58/95, 20/96, 24/96 et 30/96, et *Odluka o privremenom obezbeđivanju i načinu i uslovima isplate sredstava ovlašćenim bankama na ime dinarske protivrednosti dela devizne štednje deponovane kod NBJ isplaćene građanima za određene namene*, Journal officiel de la République fédérale de Yougoslavie n°s 41/96, 21/98 et 4/99.

26. *Zakon o regulisanju javnog duga Savezne Republike Jugoslavije po osnovu devizne štednje građana*, Journal officiel de la République fédérale de Yougoslavie n° 36/02.

taux initial acquis au 31 décembre 1997 et des intérêts au taux de 2 % l'an acquis depuis cette date (article 2 de la même loi).

46. En revanche, les autres « anciens » fonds d'épargne en devises – ceux déposés par les ressortissants d'autres États successeurs dans l'ensemble des succursales de banques serbes situées en Serbie ou à l'étranger, et ceux déposés par les citoyens serbes dans des succursales étrangères de banques serbes – devaient rester gelés dans l'attente de l'issue des négociations sur la succession (les avoirs du troisième requérant relèvent de cette catégorie de fonds). En outre, les articles 21 et 22 de la loi de 1998 sur les anciens fonds d'épargne en devises<sup>27</sup> et les articles 21 et 36 de la loi de 2002 sur les anciens fonds d'épargne en devises mirent fin à toutes les procédures relatives à ces fonds.

#### **b) Le statut d'Investbanka et de ses succursales**

47. D'après le registre des sociétés, Investbanka est une société publique. Elle est placée sous le contrôle de l'Agence serbe de garantie des dépôts. En tant qu'entité publique, elle a dû abandonner les importantes créances qu'elle détenait sur des entreprises publiques et des sociétés collectives pour que celles-ci puissent être privatisées, conformément à la loi de 2001 sur la privatisation<sup>28</sup>. En janvier 2002, une procédure de faillite – toujours pendante – fut ouverte contre elle. Plusieurs centaines de clients des succursales bosniennes de cette banque tentèrent en vain de recouvrer leurs avoirs dans le cadre de cette procédure. Par la suite, vingt d'entre eux engagèrent des actions civiles, sans plus de succès.

### *4. La Slovénie*

#### **a) Les mesures relatives aux « anciens » fonds d'épargne en devises**

48. En 1991, la Slovénie prit à sa charge la garantie légale accordée par la RSFY au titre des « anciens » fonds en devises déposés dans les succursales slovènes de toutes les banques (y compris Investbanka et d'autres banques étrangères), quelle que fût la nationalité des déposants concernés (voir l'article 19 § 3 de la loi constitutionnelle de 1991 relative à l'Acte constitutionnel fondamental sur l'indépendance et la souveraineté de la République de Slovénie – « la loi constitutionnelle de 1991 »<sup>29</sup>), et convertit en dette publique les dettes des banques à l'égard des déposants (loi de 1993 sur les

27. *Zakon o izmirenju obaveza po osnovu devizne štednje građana*, Journal officiel de la République fédérale de Yougoslavie n<sup>os</sup> 59/98, 44/99 et 53/01.

28. *Zakon o privatizaciji*, Journal officiel de la République de Serbie n<sup>os</sup> 38/01, 18/03, 45/05, 123/07 et 30/10.

29. *Ustavni zakon za izvedbo Temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti RS*, Journal officiel de la République de Slovénie n<sup>os</sup> 1/91 et 45/94.

anciens comptes d'épargne en devises<sup>30</sup>). Elle s'engagea à rembourser aux épargnants concernés le montant nominal de leurs dépôts, augmenté des intérêts au taux initial acquis au 31 décembre 1990 et des intérêts au taux de 6 % l'an acquis pendant la période allant du 1<sup>er</sup> janvier 1991 au 31 décembre 1992 (article 2 de la loi de 1993 sur les anciens fonds d'épargne en devises). Le taux des intérêts acquis après cette dernière date dépendait de la modalité de remboursement – numéraire ou obligations d'État – choisie par les déposants. Ceux-ci pouvaient en effet opter pour des obligations d'État arrivant à échéance en 2003, remboursables en vingt versements semestriels et portant un intérêt de 5 % l'an, ou pour des règlements en numéraire – payables en dix versements semestriels par les banques dont ils étaient clients – augmentés d'intérêts au taux du marché majoré de 0,25 %, auquel cas les banques concernées se voyaient remettre des obligations d'État. Certains déposants choisirent de se faire rembourser en obligations d'État au motif que celles-ci leur permettaient d'acquérir des logements d'État ou des parts d'entreprises publiques, ainsi que de payer leurs impôts et leurs cotisations de retraite.

#### b) Le statut de la Ljubljanska Banka Ljubljana et de ses succursales

49. Peu après avoir proclamé son indépendance, la Slovénie nationalisa la Ljubljanska Banka Ljubljana, puis, en 1994, la restructura en vertu d'une modification apportée à la loi constitutionnelle de 1991. La plupart des actifs de cette banque et une partie de son passif furent transférés à une nouvelle banque, la Nova Ljubljanska Banka (voir l'article 22 b) de la loi constitutionnelle de 1991, dont les passages pertinents sont reproduits au paragraphe 54 ci-dessous). L'ancienne Ljubljanska Banka Ljubljana demeura responsable des obligations contractées au titre des « anciens » fonds d'épargne en devises déposés dans ses succursales implantées dans les autres États successeurs et conserva les créances correspondantes sur la BNY (*ibidem*). Sur le fondement de la loi constitutionnelle de 1991, la justice slovène rendit un certain nombre de décisions condamnant l'ancienne Ljubljanska Banka Ljubljana à rembourser aux clients de sa succursale de Sarajevo les « anciens » fonds d'épargne en devises qu'ils y avaient déposés. Elle estima par ailleurs que l'État slovène n'encourait aucune responsabilité à cet égard (voir les arrêts de la Cour suprême II Ips 415/95 du 27 février 1997, II Ips 613/96 du 1<sup>er</sup> avril 1998 et II Ips 490/97 du 21 janvier 1999). L'ancienne Ljubljanska Banka Ljubljana était initialement administrée par l'Agence pour la restructuration du secteur bancaire. Elle est désormais placée sous le contrôle du Fonds pour la succession, une agence gouvernementale slovène.

30. *Zakon o poravnavanju obveznosti iz neizplačanih deviznih vlog*, Journal officiel de la République de Slovénie n° 7/93.

50. En 1997, toutes les procédures portant sur les « anciens » fonds en devises déposés dans les succursales de l'ancienne Ljubljanska Banka Ljubljana situées dans les autres États successeurs furent suspendues dans l'attente de l'issue des négociations sur la succession, à l'exception des procédures suivies devant la Cour suprême en troisième instance (voir la loi de 1993 sur le Fonds de la République de Slovénie pour la succession<sup>31</sup>, telle que modifiée en 1997, ainsi que la loi de 2006 sur le Fonds de la République de Slovénie pour la succession et sur le Haut Représentant de la République de Slovénie pour la succession<sup>32</sup>). Saisie par deux épargnants croates, la Cour constitutionnelle slovène jugea en décembre 2009 que cette mesure était inconstitutionnelle<sup>33</sup>.

51. Depuis lors, le tribunal de district de Ljubljana a rendu de nombreuses décisions condamnant l'ancienne Ljubljanska Banka Ljubljana à rembourser les « anciens » fonds en devises déposés dans sa succursale de Sarajevo augmentés des intérêts acquis (voir, par exemple, le jugement P 119/1995-I du 16 novembre 2010, qui acquit force de chose jugée le 4 janvier 2012 après avoir été confirmé par la cour d'appel de Ljubljana, ainsi que les jugements P 9/2007-II du 7 décembre 2010 et P 1013/2012-II du 10 janvier 2013). Dans ces décisions, ce tribunal précisa que, selon le droit de la RSFY, les succursales agissaient au nom et pour le compte de leur maison mère et que, d'après la législation slovène, l'ancienne Ljubljanska Banka Ljubljana demeurait responsable des engagements pris au titre des « anciens » fonds en devises déposés auprès de sa succursale de Sarajevo. Il jugea que le fait qu'une banque homonyme – la Ljubljanska Banka Sarajevo – avait repris en 1993 les obligations contractées par l'ancienne Ljubljanska Banka Ljubljana au titre des fonds d'épargne déposés auprès de la succursale de Sarajevo (paragraphe 30 ci-dessus) était sans intérêt dès lors que cette opération n'avait pas été approuvée par la banque mère ou par les déposants concernés et que, en tout état de cause, un tribunal bosnien avait ordonné en 2004 la radiation des inscriptions reflétant cette opération portées au registre des sociétés en 1993 (paragraphe 35 ci-dessus). Enfin, le tribunal de district de Ljubljana considéra que les virements de fonds en devises effectués sur les comptes de la BNY à l'étranger au moyen du système de transfert décrit ci-dessus étaient dépourvus de pertinence.

31. *Zakon o Skladu Republike Slovenije za sukcesijo*, Journal officiel de la République de Slovénie n<sup>os</sup> 10/93, 38/94 et 40/97.

32. *Zakon o Skladu Republike Slovenije za nasledstvo in visokem predstavniku Republike Slovenije za nasledstvo*, Journal officiel de la République de Slovénie n<sup>os</sup> 29/06 et 59/10.

33. Décision publiée au Journal officiel de la République de Slovénie n<sup>o</sup> 105/09.

### 5. *L'ex-République yougoslave de Macédoine*

52. L'ex-République yougoslave de Macédoine a remboursé à leurs propriétaires, quelle que fût leur nationalité, les « anciens » fonds en devises déposés dans les banques macédoniennes et les succursales macédoniennes de banques étrangères (telles que la succursale de Skopje de la Ljubljanska Banka Ljubljana<sup>34</sup>).

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

53. Comme indiqué au paragraphe 22 ci-dessus, certaines limitations avaient été apportées aux retraits de fonds d'épargne en devises avant la dissolution de la RSFY. Par exemple, l'article 17 c) de la décision adoptée par la BNY en janvier 1991<sup>35</sup>, qui fut jugé inconstitutionnel par la Cour constitutionnelle de la RSFY en avril 1992, était ainsi rédigé :

« Les banques habilitées versent aux déposants yougoslaves les fonds en devises déposés sur leurs comptes en devises (...) à condition que les déposants concernés leur aient notifié leur intention de disposer de ces fonds. Les versements sont effectués selon les modalités suivantes :

- i) pour des montants n'excédant pas 500 DEM : dans un délai de quinze jours pour le premier retrait, et dans un délai de trente jours pour les retraits suivants ;
- ii) pour des montants n'excédant pas 1 000 DEM : dans un délai de trente jours pour le premier retrait, et dans un délai de quarante-cinq jours pour les retraits suivants ;
- iii) pour des montants n'excédant pas 3 000 DEM : dans un délai de quatre-vingt-dix jours ;
- iv) pour des montants n'excédant pas 8 000 DEM : dans un délai de cent quatre-vingts jours. »

Les articles 8 § 6 et 17 de la décision précitée excluaient toutefois du bénéfice de cette disposition les expatriés yougoslaves qui, comme les requérants, vivaient et travaillaient à l'étranger. L'incapacité dans laquelle se trouvent les requérants de retirer les avoirs déposés sur leurs comptes découle des dispositions de droit interne exposées ci-après par ordre chronologique.

34. *Закон за преземање на депонираните девизни влогови на граѓаните од страна на Република Македонија*, Journal officiel de la République de Macédoine n° 26/92 ; *Закон за гаранција на Република Македонија за депонираните девизни влогови на граѓаните и за обезбедување на средства и начин за исплата на депонираните девизни влогови на граѓаните во 1993 и 1994*, Journal officiel n° 31/93, 70/94, 65/95 et 71/96 ; et *Закон за начинот и постапката на исплатување на депонираните девизни влогови на граѓаните по кои гарант е Република Македонија*, Journal officiel n° 32/00, 108/00, 4/02 et 42/03.

35. *Odluka o načini vođenja deviznog računa i deviznog štednog uloga domaćeg i stranog fizičkog lica*, Journal officiel de la RSFY n° 6/91, 30/91, 36/91 et 25/92.

54. Les passages pertinents de la loi constitutionnelle de la Slovénie, telle que modifiée en 1994, sont ainsi libellés :

**Préambule**

« Considérant les réticences de certains États qui se sont constitués sur le territoire de l'ex-[RSFY] et des banques situées à l'intérieur de leurs frontières respectives ;

Considérant que des raisons d'ordre pratique et juridique liées à la guerre sévissant sur une partie du territoire de l'ex-RSFY, les sanctions internationales frappant la RFY (la Serbie-Monténégro), l'effondrement du système financier et économique de certains des États successeurs, et l'utilisation d'actifs financiers de la RSFY par la RFY pour financer la guerre d'agression empêchent pour l'instant la conclusion d'un accord sur la succession aux avoirs et engagements financiers de l'ex-RSFY ;

(...)

En vue de trouver une solution équitable, par la négociation avec les créanciers étrangers, à la prise en charge d'une partie adéquate des dettes d'État de l'ex-RSFY dans les cas où les bénéficiaires finaux des créances correspondantes ne peuvent être déterminés (...)

**Article 22 b)**

« La Ljubljanska Banka Ljubljana et la Kreditna Banka Maribor transfèrent leurs activités et actifs respectifs aux nouvelles banques constituées en vertu de la présente loi.

Sans préjudice des dispositions du paragraphe précédent, la Ljubljanska Banka Ljubljana et la Kreditna Banka Maribor :

(...)

iii) demeurent pleinement responsables des obligations contractées au titre des comptes à vue en devises et des comptes d'épargne en devises auxquels la République de Slovénie n'a pas accordé sa garantie ;

(...)

v) conservent les créances correspondant à ces obligations.

La Ljubljanska Banka Ljubljana maintient ses liens avec ses succursales et agences implantées dans les autres républiques qui se sont constituées sur le territoire de l'ex-RSFY et conserve la partie correspondante des créances détenues sur la Banque nationale de Yougoslavie au titre des comptes d'épargne en devises. »

55. Les passages pertinents de la loi de 1993 sur le Fonds de la République de Slovénie pour la succession, telle que modifiée en 1997, se lisent ainsi :

**Article 1**

« Il est créé un Fonds de la République de Slovénie pour la succession (ci-après « le Fonds ») en vue du recouvrement des créances et du règlement des dettes de la République de Slovénie et de celles des personnes physiques ou morales établies sur

son territoire dans le cadre du processus de répartition des droits, actifs et obligations de la RSFY.»

#### **Article 15 ě) 1)**

« Les tribunaux suspendent d'office les procédures judiciaires et les procédures d'exécution pendantes relatives à un acte juridique ou à une décision judiciaire exécutoire intentées contre des personnes basées ou domiciliées en Slovénie par des créanciers ou des demandeurs basés ou domiciliés dans (...) une république de l'ex-RSFY (...)»

56. Les passages pertinents de la loi serbe de 2002 sur les anciens fonds d'épargne en devises sont ainsi rédigés :

#### **Article 21 § 1**

« Les ressortissants de [la Bosnie-Herzégovine, la Croatie, la Slovénie et l'ex-République yougoslave de Macédoine] titulaires d'anciens fonds d'épargne en devises déposés dans des banques ayant leur siège en Serbie-Monténégro<sup>36</sup> et les ressortissants de cet État titulaires de fonds en devises déposés dans les succursales de ces banques situées sur le territoire de [la Bosnie-Herzégovine, la Croatie, la Slovénie et l'ex-République yougoslave de Macédoine] recouvreront leurs créances selon des modalités à convenir par les États successeurs de la RSFY.»

#### **Article 36**

« La présente loi met fin à toutes les procédures – y compris d'exécution – portant sur des fonds d'épargne en devises.»

57. L'article 2 de la loi bosnienne de 2006 sur les anciens fonds d'épargne en devises se lit ainsi :

« 1. Aux fins de la présente loi, l'expression « anciens fonds d'épargne en devises » désigne les fonds d'épargne en devises détenus au 31 décembre 1991 par les banques situées sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine augmentés des intérêts acquis à cette date, déduction faite des paiements effectués après cette date et des fonds transférés sur des comptes de privatisation spéciaux.

2. Sont exclus de la catégorie des anciens fonds d'épargne en devises définie au paragraphe précédent les fonds d'épargne en devises déposés dans les succursales de la Ljubljanska Banka, d'Investbanka ou d'autres établissements bancaires étrangers sises sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine.

3. Conformément à l'Accord de 2001 sur les questions de succession, les fonds d'épargne en devises définis au paragraphe 2 ci-dessus relèvent de la responsabilité des États successeurs dans lesquels les banques susmentionnées ont leur siège. Dans le cadre de ses activités internationales, la Bosnie-Herzégovine apportera son concours aux titulaires desdits comptes (...)»

36. Cette loi a été adoptée par la République fédérale de Yougoslavie. Instaurée en 1992 et dissoute en 2003, cette république regroupait la Serbie et le Monténégro. La Serbie en est l'unique successeur.

58. L'article 23 de la loi de 2006 sur le Fonds de la République de Slovénie pour la succession et sur le Haut Représentant de la République de Slovénie pour la succession était ainsi libellé :

« 1) Les décisions rendues par les juridictions slovènes en application de la loi de 1993 sur le Fonds de la République de Slovénie pour la succession suspendant les procédures relatives aux fonds d'épargne en devises déposés dans les banques commerciales ou leurs succursales situées dans l'un quelconque des États successeurs de l'ex-RSFY sont maintenues. Les procédures en question qui auraient déjà repris leur cours sont à nouveau suspendues ou ajournées.

2) Les procédures mentionnées au paragraphe précédent reprendront de plein droit après que la question des garanties accordées par la RSFY ou la BNY au titre des fonds d'épargne en devises aura été réglée conformément à l'article 7 de l'annexe C à l'Accord sur les questions de succession. »

Cette disposition a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle de Slovénie le 3 décembre 2009.

### III. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNATIONAUX PERTINENTS

#### A. Le droit international de la succession d'États

59. La succession d'États est régie, au moins en partie, par des règles de droit international général reflétées dans la Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités et, dans une certaine mesure, dans la Convention de Vienne de 1983 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États (« la Convention de Vienne de 1983 »)<sup>37</sup>. Bien que le dernier de ces instruments ne soit pas encore entré en vigueur et que seuls trois des États défendeurs à la présente affaire y soient parties (la Croatie, la Slovénie et l'ex-République yougoslave de Macédoine), il est bien établi en droit international que, même non ratifiée, une disposition d'un traité peut avoir force contraignante si elle reflète le droit international coutumier, soit qu'elle « codifie » ce dernier, soit qu'elle donne naissance à de nouvelles règles coutumières (*Cudak c. Lituanie* [GC], n° 15869/02, § 66, CEDH 2010, et Plateau continental de la mer du Nord, arrêt du 20 février 1969, CIJ Recueil 1969, § 71).

60. L'obligation de négocier de bonne foi en vue d'arriver à un accord constitue le principe de base pour le règlement des différents aspects de la succession (voir l'avis n° 9 délivré par la Commission d'arbitrage de la conférence internationale pour la paix en Yougoslavie<sup>38</sup> et l'article 6 de la

37. La RSFY a signé ce traité en 1983. En 2001, la République fédérale de Yougoslavie a déposé un instrument par lequel elle exprimait la volonté de succéder à la signature apposée par la RSFY.

38. Établie par la Communauté européenne et ses États membres en 1991, cette commission a délivré quinze avis portant sur des questions juridiques posées par la dissolution de la RSFY (*International Law Reports* 92 (1993), pp. 162-208, et 96 (1994), pp. 719-737).

Résolution sur la succession d'États en matière de biens et de dettes adoptée par l'Institut de droit international – «la résolution de 2001»). À défaut d'accord, le principe de territorialité revêt une importance capitale pour ce qui est de la succession aux biens d'État (article 18 de la Convention de Vienne de 1983 et articles 16 de la résolution de 2001). En matière de succession aux dettes d'État, le principe applicable est celui de la «proportion équitable». La disposition pertinente de la Convention de Vienne de 1983, à savoir son article 41, est ainsi libellée :

«Lorsqu'un État se dissout et cesse d'exister et que les parties du territoire de l'État prédécesseur forment deux ou plusieurs États successeurs, et à moins que les États successeurs n'en conviennent autrement, la dette d'État de l'État prédécesseur passe aux États successeurs dans des proportions équitables, compte tenu, notamment, des biens, droits et intérêts qui passent aux États successeurs en relation avec cette dette d'État.»

L'article 23 § 2 de la résolution de 2001 dispose lui aussi que le principe de la «proportion équitable» est le principe directeur en matière de succession aux dettes :

«À défaut d'un accord sur le passage des dettes d'État de l'État prédécesseur, de quelque catégorie que soient ces dettes, leur passage se fait dans une proportion équitable, compte tenu notamment des biens, droits et intérêts qui passent en relation avec cette dette à l'État ou aux États successeurs.»

Toutefois, les articles 27 à 29 de la résolution de 2001 établissent une distinction entre les dettes *nationales*, les dettes *localisées* et les dettes *locales* et appliquent spécifiquement à ces dernières le principe de territorialité.

#### **Article 27 – Dettes nationales**

«1. Les dettes d'État contractées par l'État prédécesseur au bénéfice de l'État entier (dettes nationales) sont soumises aux règles de l'article 22 et suivants de la présente Résolution.

2. Les dettes des institutions et entreprises publiques qui ont un champ d'activité national, sont soumises aux mêmes règles, indépendamment du siège de ces institutions ou entreprises.»

#### **Article 28 – Dettes localisées**

«1. Les dettes d'État souscrites pour des projets ou objets particuliers à une région spécifique qui ont été contractées par l'État prédécesseur ou par une institution ou entreprise publique de cet État ayant un champ d'activité national (dettes nationales localisées), sont soumises aux règles de l'article précédent.

2. Toutefois, la répartition d'une telle dette selon l'équité doit prendre en considération le passage de biens (objets/installations) liés à la dette ainsi que le bénéfice généré par ces biens pour l'État successeur sur le territoire duquel ils sont situés.»

### Article 29 – Dettes locales

« 1. Les dettes des institutions publiques locales (communes, régions, entités fédérées, départements, services publics et autres institutions régionales et locales) passent à l'État successeur sur le territoire duquel se trouvent ces institutions.

(...)

6. L'État prédécesseur et l'État ou les États successeurs peuvent convenir par voie d'accord du passage des dettes locales selon des modalités différentes. Pour ce qui concerne des dettes privées, les créanciers de celles-ci devraient participer formellement à l'élaboration et à la conclusion de cet accord. »

Enfin, les passages pertinents de la résolution de 2001 relatifs aux effets de la succession d'État sur les personnes privées se lisent ainsi :

### Article 24

« 1. Une succession d'États ne devrait pas porter atteinte aux droits et obligations des créanciers et débiteurs privés.

2. Les États successeurs ont l'obligation de reconnaître dans leur ordre juridique l'existence des droits et obligations des créanciers qui ont été établis dans l'ordre juridique de l'État prédécesseur.

(...)

### Article 25

« Les États successeurs ont l'obligation de respecter dans toute la mesure du possible les droits acquis des personnes privées dans l'ordre juridique de l'État prédécesseur. »

## B. L'Accord sur les questions de succession et la pratique pertinente en la matière

61. L'Accord sur les questions de succession est le fruit de près de dix ans de négociations menées sous les auspices de la Conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie et du Haut Représentant, administrateur international désigné en application de l'annexe 10 de l'Accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine. Signé le 29 juin 2001, il est entré en vigueur le 2 juin 2004 à l'égard de la Bosnie-Herzégovine, de la Croatie, de la Serbie-Monténégro (à laquelle la Serbie succéda par la suite), de la Slovénie et de l'ex-République yougoslave de Macédoine.

62. La question des « anciens » fonds d'épargne en devises était litigieuse. Les vues des États successeurs divergeaient sur le point de savoir si elle devait être réglée sous l'angle des engagements de la RSFY au sens de l'annexe C (avoirs et engagements financiers) à l'Accord ou si elle ressortissait au droit privé et relevait en conséquence du régime prévu à l'annexe G (biens privés et droits acquis<sup>39</sup>). Les États concernés étaient également en désaccord

39. Voir les travaux préparatoires à l'Accord produits par le gouvernement slovène (annexes n<sup>os</sup> 265-270).

sur la question de savoir si la garantie de la RSFY couvrant les « anciens » fonds en devises devait être assumée par l'État du siège social de la banque mère concernée ou par l'État dans lequel les fonds avaient été effectivement déposés. En définitive, les dispositions suivantes furent insérées dans l'annexe C à l'Accord :

### Article 2 § 3

« Les autres engagements financiers [de la RSFY] comprennent :

a) Les garanties de la RSFY ou de la Banque nationale de Yougoslavie destinées à couvrir l'épargne en devises étrangères fortes déposée auprès de banques commerciales et de leurs agences situées sur le territoire de l'un quelconque des États successeurs avant la date à laquelle celui-ci a proclamé son indépendance ; et »

### Article 7

« Les garanties de la RFSY ou de la Banque nationale de Yougoslavie destinées à couvrir l'épargne en devises étrangères déposée auprès d'une banque commerciale ou de l'une quelconque de ses agences sur le territoire d'un État successeur avant la date à laquelle celui-ci a proclamé son indépendance seront négociées sans délai, en tenant compte notamment de la nécessité de protéger l'épargne en devises étrangères des particuliers. Cette négociation se déroulera sous les auspices de la Banque des règlements internationaux. »

63. En 2001-2002 se tinrent quatre cycles de négociations consacrés à la répartition des garanties accordées par la RSFY aux « anciens » fonds d'épargne en devises. Les États successeurs n'étant pas parvenus à un accord, la Banque des règlements internationaux (« la BRI ») les informa en septembre 2002 que son expert – M. Meyer – avait décidé de mettre fin à son mandat et qu'elle estimait ne plus avoir aucun rôle à jouer dans les négociations, ajoutant cependant que :

« Si toutefois les cinq États successeurs devaient à l'avenir décider de rouvrir les négociations relatives aux garanties couvrant les fonds en devises fortes et solliciter le concours de la BRI, celle-ci serait disposée à leur prêter assistance selon des conditions à convenir<sup>40</sup>. »

Il semble que peu de temps après tous les États successeurs, à l'exception de la Croatie, aient informé la BRI de leur intention de poursuivre les négociations. La Croatie en fit autant en octobre 2010 et reçut en novembre 2010 une réponse dont les passages pertinents se lisent ainsi :

« (...) La BRI a réexaminé cette question récemment. Elle estime que sa contribution à un nouveau cycle de négociations dans le cadre d'une mission de bons offices n'apporterait rien et tient compte à cet égard du laps de temps qui s'est écoulé depuis le dernier cycle de négociations ainsi que de ses priorités actuelles en matière de stabilité monétaire et financière. Toutefois, elle tient à signaler que les réunions bimensuelles qui se

40. Le gouvernement croate a fourni copie de cette lettre à la Cour.

tiennent dans ses locaux à Bâle offrent aux dirigeants des États successeurs l'occasion de discuter de cette question entre eux de manière informelle<sup>41</sup>. »

64. Il convient de relever qu'une question analogue au problème qui se pose en l'espèce, celle des garanties accordées par la RSFY aux dépôts effectués auprès de la caisse d'épargne postale et de ses agences, a été réglée en dehors des négociations qui ont abouti à l'Accord sur les questions de succession, chacun des États successeurs ayant accepté de prendre ces garanties à sa charge relativement aux succursales situées sur son territoire.

65. Les avoirs financiers de la RSFY ont été répartis entre les États successeurs selon la clé de répartition suivante (en application de l'article 5 de l'annexe C à l'Accord) : 15,5 % pour la Bosnie-Herzégovine, 23 % pour la Croatie, 7,5 % pour l'ex-République yougoslave de Macédoine, 16 % pour la Slovénie, 38 % pour la Serbie-Monténégro (à laquelle la Serbie succéda par la suite). Il semble que la quasi-totalité des fonds en devises déposés sur les comptes étrangers de la BNY – soit 237 millions USD environ dans des banques américaines et 221 millions USD environ dans d'autres banques – aient été répartis entre les États successeurs selon la même clé de répartition au cours de la période 2003-2012<sup>42</sup>.

66. Conformément à l'article 4 de l'Accord sur les questions de succession, un Comité mixte permanent composé de hauts représentants de chacun des États successeurs fut mis en place avec mission de veiller à l'application effective de l'Accord et d'offrir une enceinte adéquate pour l'examen des questions relatives à l'application de cet accord. Ce comité s'est réuni trois fois : en 2005, en 2007 et en 2009.

67. Les dispositions suivantes de l'Accord sont également pertinentes en l'espèce :

### Article 5

« 1) Les désaccords qui pourraient surgir au sujet de l'interprétation et de l'application du présent Accord seront résolus, en premier lieu, par des discussions entre les États concernés.

2) Si les désaccords ne peuvent être résolus par de telles discussions dans un délai d'un mois à compter de la première communication présentée dans le cadre de ces discussions, les États concernés devront :

a) soit saisir de la question une personnalité indépendante de leur choix, en vue d'obtenir sur cette question une décision rapide et faisant autorité, qui sera respectée, et dans laquelle pourraient, le cas échéant, être fixés des délais précis pour les mesures à prendre ;

41. Le gouvernement croate a fourni copie de cette lettre à la Cour.

42. Le gouvernement serbe a fourni à la Cour copie de communications SWIFT et d'autres documents pertinents.

b) soit saisir de la question, pour règlement, le Comité mixte permanent établi en vertu de l'article 4 du présent Accord.

3) Les désaccords qui pourraient surgir dans la pratique au sujet de l'interprétation des termes utilisés dans le présent Accord ou dans tout autre accord subséquent nécessaire à la mise en œuvre des annexes audit Accord pourront, en outre, à l'initiative de l'un quelconque des États concernés, être soumis à un expert unique (qui ne devra être ressortissant d'aucune des parties au présent Accord) nommé d'un commun accord par les parties au différend ou, faute d'un tel accord, par le président de la Cour de conciliation et d'arbitrage au sein de l'OSCE, afin qu'il propose une solution autorisée qui aura force obligatoire. L'expert décidera de toutes les questions de procédure après avoir consulté, s'il le juge approprié, les parties qui l'ont saisi, avec la ferme intention de parvenir à un règlement rapide et efficace du désaccord.

4) La procédure prévue au paragraphe 3 du présent article sera strictement limitée à l'interprétation des termes utilisés dans les accords en question et n'autorisera en aucun cas l'expert à se prononcer sur l'application pratique de l'un quelconque de ces accords. En particulier, la procédure visée ne s'appliquera pas aux dispositions suivantes :

- a) L'appendice au présent Accord ;
- b) Les articles 1<sup>er</sup>, 3 et 4 de l'annexe B ;
- c) Les articles 4 et le paragraphe 1 de l'article 5 de l'annexe C ;
- d) L'article 6 de l'annexe D.

5) Les paragraphes précédents du présent article ne modifient en rien les droits et obligations des Parties au présent Accord découlant d'une quelconque disposition contraignante en vigueur entre eux en matière de règlement des différends.»

### Article 9

«Le présent Accord sera appliqué par les États successeurs de bonne foi conformément aux dispositions de la Charte des Nations unies et dans le respect du droit international.»

## C. La jurisprudence internationale en matière de *pactum de negotiando* dans les affaires interétatiques

68. Un *pactum de negotiando* impose aux parties qu'il lie l'obligation de négocier en vue de conclure un accord, et le principe fondamental *pacta sunt servanda* les oblige à négocier de bonne foi. Dans l'affaire Grèce c. République fédérale d'Allemagne, le Tribunal d'arbitrage de l'Accord sur les dettes extérieures allemandes a rendu le 26 janvier 1972 une sentence dont les passages pertinents se lisent ainsi :

[Traduction du greffe]

« 62. Toutefois, la conclusion d'un *pactum de negotiando* n'est pas dépourvue d'effets juridiques. Elle implique que chacune des parties s'efforce de bonne foi de parvenir à

une solution réciproquement satisfaisante par la recherche d'un compromis, même s'il lui faut pour cela renoncer à des positions auxquelles elle tenait fermement. Le *pactum de negotiando* suppose que chacune des parties soit disposée à s'écarter de ses positions initiales dans un esprit de négociation, et à se rallier partiellement à celles de l'autre partie. Les termes de l'accord ne peuvent être interprétés comme autorisant chacune des parties à s'en tenir à sa position initiale et à exiger la capitulation complète de l'autre. Une telle approche serait incompatible avec la notion de « négociation » et diamétralement opposée à l'objectif poursuivi. En s'engageant à négocier, les parties doivent avoir l'intention de traiter l'une avec l'autre en vue de parvenir à un arrangement. Si l'article 19 combiné avec le paragraphe II de l'annexe I ne peut être interprété comme imposant aux parties l'obligation absolue de conclure un accord, le Tribunal estime que le libellé de ces dispositions les oblige à négocier et à transiger en s'efforçant de bonne foi de parvenir à une solution acceptable pour chacune d'entre elles, dans le but de mettre un terme à ce long différend (...)

63. L'accord conclu en vue de la négociation des réclamations monétaires litigieuses postule que les parties sont disposées à envisager un arrangement. Et cela même si leur différend porte non seulement sur le montant des créances, mais aussi sur leur existence même, circonstances qui sont sans incidence sur le principe du règlement des différends. L'article 19 n'exige pas nécessairement que les parties règlent les questions juridiques en litige. Par exemple, il ne tient pas pour acquis que les parties se mettront d'accord sur certaines questions qui les opposent, en l'occurrence celles de savoir si les créances litigieuses ont ou non une existence juridique, et si elles revêtent un caractère public ou privé. D'ailleurs, les parties conviennent que ces questions prêtent à controverse entre elles. Toutefois, malgré le différend qui les oppose sur ce point, elles se sont engagées à négocier dans toute la mesure du possible en vue de parvenir à un accord de règlement.

(...)

65. Le Tribunal estime que le principe qui sous-tend la solution donnée à l'affaire du Plateau continental de la mer du Nord est pertinent en l'espèce. Ce principe, énoncé par la Cour internationale de justice, confirme le sens courant du terme « négociation » et le concrétise. Pour que la négociation ait un sens, il faut qu'elle ait été engagée en vue de la conclusion d'un accord. Si, comme le Tribunal l'a déjà indiqué, un accord de négociation n'impose pas aux parties l'obligation de conclure un accord de règlement, il les oblige à déployer de réels efforts pour y parvenir. »

69. Dans une affaire récente (Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce), arrêt du 5 décembre 2011, CIJ Recueil 2011, § 132), la Cour internationale de justice a récapitulé la jurisprudence pertinente de la manière suivante :

« La Cour fait observer que la notion de négociation aux fins du règlement des différends, ou d'obligation de négocier, a été clarifiée par sa jurisprudence et celle de sa devancière, ainsi que par des sentences arbitrales. Comme la Cour permanente de justice internationale l'a précisé dès 1931 dans l'avis consultatif qu'elle a donné sur la question du Trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne, l'obligation de négocier, avant tout, n'est « pas seulement [celle] d'entamer des négociations, mais encore [celle]

de les poursuivre autant que possible, en vue d'arriver à des accords». De toute évidence, cela n'implique cependant ni «[l'obligation] de s'entendre» (Trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne, avis consultatif, 1931, CPJI série A/B n° 42, p. 116; voir également Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, CIJ Recueil 2010 (I), p. 68, par. 150) ni la nécessité de mener de longues négociations (Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, CPJI série A n° 2, p. 13). Les États ont néanmoins l'obligation de se comporter de telle sorte que «les négociations aient un sens». Il n'est pas satisfait à cette condition lorsque, par exemple, l'une ou l'autre partie «insiste sur sa propre position sans envisager aucune modification» (Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas), arrêt, CIJ Recueil 1969, p. 47, par. 85); voir également Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, CIJ Recueil 2010 (I), p. 67, par. 146) ou fait obstacle aux négociations, par exemple, en interrompant toute communication, en causant des retards injustifiés, en ne tenant pas compte des procédures convenues (Affaire du Lac Lanoux (Espagne/France) (1957), Recueil des sentences arbitrales (RSA), vol. XII, p. 307). La tenue de négociations en vue de parvenir à un accord implique également que chaque partie tienne raisonnablement compte de l'intérêt de l'autre (Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt, CIJ Recueil 1974, p. 33, par. 78). En ce qui concerne la preuve requise pour établir la mauvaise foi (ce qui fonderait l'une ou l'autre Partie à soutenir qu'elle est libérée de son obligation d'exécution), «le simple échec de certaines négociations ne constitue pas un élément suffisant» (arbitrage de Tacna-Arica (Chili/Pérou) (1925), RSA, vol. II, p. 930). Si ladite preuve peut être apportée par des éléments indirects, elle doit cependant être étayée «non par des déductions contestables mais par des éléments clairs et convaincants qui appellent nécessairement pareille conclusion» (*ibidem*).»

#### **D. L'arrêt E-16/11 rendu par la Cour de justice de l'Association européenne de libre-échange (AELE) le 28 janvier 2013**

70. La Landsbanki était une banque privée de droit islandais qui avait des succursales aux Pays-Bas et au Royaume-Uni, et dont l'une des activités consistait à commercialiser des comptes d'épargne en ligne sous la désignation «Icesave». Les dépôts effectués sur ces comptes étaient couverts par les systèmes de garantie islandais, néerlandais ou britannique, selon le cas.

71. En 2008, la Landsbanki s'effondra. Le gouvernement islandais légiféra en urgence pour éviter une crise systémique et créa une nouvelle banque, la «New Landsbanki». Les dépôts effectués en Islande furent transférés à cette nouvelle banque, mais non ceux qui avaient été réalisés aux Pays-Bas et au Royaume-Uni. Peu après la fondation de la New Landsbanki et le transfert des dépôts effectués en Islande, le système de garantie islandais fut appelé à rembourser les avoirs des épargnants, y compris ceux qui avaient été déposés aux Pays-Bas et au Royaume-Uni. Contrairement à ceux qui avaient effectué des dépôts en Islande, les épargnants qui avaient placé des fonds dans les succursales néerlandaises et britanniques de la Landsbanki ne

furent pas indemnisés par le système de garantie islandais, mais se firent, en définitive, rembourser leurs avoirs par le système de garantie néerlandais ou britannique, selon le cas.

72. En 2001, l'Autorité de surveillance de l'Association européenne de libre-échange (AELE) saisit la Cour de justice de l'AELE, alléguant que, faute d'avoir versé aux épargnants qui avaient effectué des dépôts aux Pays-Bas et au Royaume-Uni l'indemnité minimale (20 000 euros<sup>43</sup>) dans les délais prévus, l'Islande, État partie à l'Accord sur l'Espace économique européen («EEE»), avait manqué aux obligations découlant de la Directive 94/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 1994 relative aux systèmes de garantie des dépôts. La Commission européenne intervint dans la procédure au soutien de l'Autorité de surveillance.

73. Par un arrêt rendu le 28 janvier 2013, la Cour de justice de l'AELE conclut que, bien que les normes de l'Union européenne relatives au marché unique eussent été transposées dans l'ordre juridique de l'EEE, l'Islande n'avait pas violé la directive susmentionnée. Pour se prononcer ainsi, elle releva notamment que la directive en question n'imposait pas aux États et à leurs autorités une obligation d'indemnisation en cas de défaillance d'un système de garantie des dépôts liée à une crise systémique. Par ailleurs, elle souligna que les États jouissaient d'une « ample marge d'appréciation dans les choix fondamentaux à opérer en matière de politique économique dans le contexte particulier d'une crise systémique ».

## EN DROIT

74. Les requérants allèguent que l'incapacité dans laquelle ils se trouvent de retirer les « anciens » fonds d'épargne en devises que les deux premiers d'entre eux avaient déposés dans des succursales d'une banque slovène situées en Bosnie-Herzégovine et que le troisième avait placés auprès d'une succursale d'une banque serbe établie dans le même État s'analyse en une violation par l'ensemble des États défendeurs de l'article 1 du Protocole n° 1 pris isolément et combiné avec l'article 14 de la Convention. Ils se disent par ailleurs victimes d'une violation de l'article 13 de la Convention.

---

43. Le niveau de garantie a été porté de 20 000 à 100 000 euros en 2010 (Directive 2009/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 modifiant la directive 94/19/CE relative aux systèmes de garantie des dépôts).

## I. SUR LES EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES SOULEVÉES PAR LES GOUVERNEMENTS

75. Les Gouvernements invitent la Cour à revenir sur la décision par laquelle la chambre a déclaré la requête recevable le 17 octobre 2011. Chacun d'entre eux soutient que les requérants relèvent non de sa juridiction – au sens de l'article 1 de la Convention –, mais de celle d'un autre État défendeur. Par ailleurs, le gouvernement serbe et le gouvernement slovène avancent que les prétentions des intéressés ne portent pas sur des « biens » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1, et que leur requête est par conséquent incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention. Les moyens soulevés par les Gouvernements devant la Grande Chambre sont identiques à ceux qu'ils avaient exposés devant la chambre (*Ališić et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l'ex-République yougoslave de Macédoine* (déc.), n° 60642/08, § 49-50, 17 octobre 2011).

76. Les requérants combattent ces thèses et, s'appuyant notamment sur les conclusions de la chambre, invitent la Cour à rejeter les exceptions soulevées par les Gouvernements.

77. La chambre a conclu que les requérants relevaient de la juridiction de chacun des États défendeurs après avoir constaté que ceux-ci avaient reconnu, lors des négociations sur la succession, que les « anciens » fonds d'épargne en devises étaient couverts par les engagements financiers de la RSFY qu'ils devaient se répartir (paragraphe 38 et 58 de la décision sur la recevabilité). Par ailleurs, elle a observé que le droit international imposait aux États successeurs de régler par voie d'accord tous les aspects de la succession (paragraphe 36 et 58 de la décision sur la recevabilité). En ce qui concerne la compétence *ratione materiae* de la Cour, la chambre a estimé, au vu des éléments dont elle disposait, qu'il n'y avait aucune raison de douter que les requérants étaient titulaires d'« anciens » fonds d'épargne en devises dont les montants correspondaient aux sommes qu'ils avaient indiquées. Elle a également considéré, pour diverses raisons, que les créances des intéressés ne s'étaient pas éteintes avec la dissolution de la RSFY (paragraphe 52-55 de la décision sur la recevabilité). Elle a souligné, en particulier, que la législation des États successeurs n'avait pas annulé ou invalidé d'une autre manière les créances litigieuses et que personne n'avait jamais douté que les États successeurs ou certains d'entre eux devraient en définitive rembourser les intéressés. Elle a ajouté (§ 54) :

« D'ailleurs, les États successeurs se sont maintes fois engagés, dans des termes non équivoques, à faire en sorte que les personnes se trouvant dans la même situation que les intéressés obtiennent d'une manière ou d'une autre la restitution de leurs « anciens » fonds en devises (voir, *a contrario*, l'affaire *Bata c. République tchèque* (déc.), n° 43775/05, 24 juin 2008, dans laquelle l'État défendeur n'avait jamais déclaré qu'il

acceptait ou reconnaissait les revendications des requérants et s'était montré hostile, depuis la chute du régime communiste, à toute revendication de ce genre). En outre, les États concernés ont reconnu que les « anciens » fonds en devises faisaient partie des engagements financiers de la RSFY qu'ils devaient se répartir comme ils s'étaient répartis d'autres éléments du passif et de l'actif de la RSFY (...) La présente espèce se distingue par ses particularités d'autres affaires, telles que *X, Y et Z c. Allemagne* (n° 7694/76, décision de la Commission du 14 octobre 1977, Décisions et rapports (DR) 12, p. 131), *S.C. c. France* (n° 20944/92, décision de la Commission du 20 février 1995, DR 80, p. 78), et *Abraïni Leschi et autres c. France* (n° 37505/97, décision de la Commission du 22 avril 1998, DR 93, p. 120), dans lesquelles la Commission avait jugé que, en l'absence de textes d'application, les traités internationaux litigieux n'avaient pas fait naître dans le chef des requérants un droit à indemnisation susceptible d'entrer dans le champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1.»

78. La Cour rappelle que rien n'empêche la Grande Chambre de connaître, le cas échéant, de questions concernant la recevabilité de la requête au titre de l'article 35 § 4 de la Convention. En vertu de cette disposition, en effet, la Cour peut « à tout stade de la procédure » rejeter une requête qu'elle juge irrecevable. Dès lors, même au stade de l'examen au fond, sous réserve de ce qui est prévu à l'article 55 de son règlement, la Cour peut revenir sur la décision par laquelle la requête a été déclarée recevable lorsqu'elle constate que celle-ci aurait dû être considérée comme irrecevable pour une des raisons énumérées aux alinéas 1 à 3 de l'article 35 de la Convention (*Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, § 22, CEDH 2003-III).

79. Toutefois, après examen des exceptions formulées par les Gouvernements, la Grande Chambre estime qu'il n'y a pas lieu de revenir sur la décision de la chambre de rejeter les exceptions préliminaires dont elle avait été saisie. Au contraire, outre les motifs sur lesquels la chambre s'est fondée pour se prononcer sur ces exceptions, la Grande Chambre retient que les décisions des tribunaux serbes et slovènes exposées aux paragraphes 44, 49 et 51 ci-dessus indiquent que la dissolution de la RSFY n'a pas entraîné l'extinction des créances telles que celles ici en cause. En outre, le gouvernement slovène ayant contesté la réalité et l'exactitude du montant des dépôts dont les requérants se disent créanciers, la Grande Chambre a réexaminé toutes les pièces du dossier, notamment une copie des relevés bancaires de M<sup>me</sup> Ališić et de M. Sadžak où figure le solde de leurs comptes respectifs au 31 décembre 1991, une copie du contrat de dépôt conclu par M. Sadžak, des extraits du livret bancaire de M. Šahdanović indiquant le solde de l'un de ses comptes au 17 avril 1992, des données officielles, communiquées par le gouvernement serbe devant la chambre, indiquant le solde des comptes de M. Šahdanović au 3 janvier 2002, des informations sur microfiches relatives aux comptes de M<sup>me</sup> Ališić et de M. Sadžak produites par le gouvernement de Bosnie-Herzégovine, et une attestation de l'Agence de la FBH pour la

privatisation certifiant que les requérants n'ont pas utilisé leurs « anciens » fonds d'épargne en devises dans le cadre du processus de privatisation.

80. Eu égard également aux circonstances exceptionnelles de l'espèce, la Grande Chambre tient pour établi au-delà de tout doute raisonnable que les requérants sont titulaires d'« anciens » fonds d'épargne en devises dont les montants correspondent aux sommes indiquées au paragraphe 10 ci-dessus et estime qu'il a été suffisamment démontré que les fonds en question constituent des « biens » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 (voir, parmi d'autres, *Gayduk et autres c. Ukraine* (déc.), n°s 45526/99 et 20 autres, CEDH 2002-VI, en ce qui concerne les dépôts initiaux, *Merzhoyev c. Russie*, n° 68444/01, § 48, 8 octobre 2009, *Suljagić c. Bosnie-Herzégovine*, n° 27912/02, § 35, 3 novembre 2009, *Boyajyan c. Arménie*, n° 38003/04, § 54, 22 mars 2011, *Kotov c. Russie* [GC], n° 54522/00, § 90, 3 avril 2012, et *A. et B. c. Monténégro*, n° 37571/05, § 68, 5 mars 2013).

81. En conséquence, la Grande Chambre rejette les exceptions préliminaires soulevées par les Gouvernements. Par ailleurs, elle observe que si les Gouvernements ont soulevé devant la chambre une exception de non-épuisement des recours internes par les requérants, ils ne l'ont pas réitérée devant elle.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1

82. L'article 1 du Protocole n° 1 se lit ainsi :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

### A. Les conclusions de la chambre

83. La chambre a jugé que le problème des « anciens » fonds d'épargne en devises déposés auprès de la succursale de Sarajevo de la Ljubljanska Banka Ljubljana et auprès de la succursale de Tuzla d'Investbanka relevait des questions de succession (voir la décision sur la recevabilité rendue par la chambre). Tout en soulignant qu'il ne lui appartenait pas de résoudre cette question en lieu et place des États défendeurs, elle a estimé pouvoir néanmoins examiner si l'incapacité dans laquelle se trouvaient les requérants depuis plus de vingt ans de disposer de leurs avoirs du fait de l'absence de

règlement de cette question par les États défendeurs s'analysait en une violation de l'article 1 du Protocole n° 1 par un ou plusieurs d'entre eux. Prenant en compte un certain nombre d'éléments, notamment le régime de la propriété des banques, les mesures – particulièrement législatives – régissant les actifs des banques en question, le statut des succursales mises en cause après la dissolution de la RFSY, le transfert des fonds détenus par ces succursales vers leurs maisons mères respectives, l'échec en 2002 des négociations menées sous les auspices de la Banque des règlements internationaux, et l'absence de toute véritable négociation ultérieure sur les « anciens » fonds en devises, elle a conclu que la Slovénie avait violé cette disposition à l'égard de M<sup>me</sup> Ališić et de M. Sadžak, et que la Serbie l'avait violée à l'égard de M. Šahdanović (paragraphe 66-74 de l'arrêt de la chambre). La chambre a en outre conclu à la non-violation de l'article 1 du Protocole n° 1 par les autres États défendeurs.

## **B. Thèses des parties**

### *1. Les requérants*

84. Les requérants allèguent que, en leur qualité d'États successeurs, les États défendeurs sont tous tenus de leur rembourser leurs « anciens » fonds d'épargne en devises, faute pour eux d'avoir réglé cet aspect de la succession. Ils considèrent que les États défendeurs doivent effectuer ce remboursement selon la clé de répartition employée pour le partage des avoirs de la RSFY (paragraphe 65 ci-dessus).

### *2. Les gouvernements défendeurs (présentés suivant l'ordre alphabétique de leurs dénominations respectives en anglais)*

#### **a) Le gouvernement bosnien**

85. Le gouvernement bosnien soutient que la question des « anciens » fonds d'épargne en devises des requérants relève du droit privé. Il estime que les intéressés et les banques ici en cause ont conclu des contrats de droit privé en vertu desquels les premiers pourraient à tout moment exiger la restitution de leurs avoirs par les succursales concernées, ou directement par les maisons mères de celles-ci (le gouvernement bosnien explique que d'après le droit civil yougoslave, les banques étaient tenues aux dettes contractées par leurs succursales). Tout en reconnaissant que la garantie de la RSFY couvrait la totalité des dépôts en devises, le gouvernement bosnien indique que cette garantie n'a jamais été appelée, les banques dont il est ici question ayant, selon lui, été solvables jusqu'à la dissolution de la RSFY. Il en déduit que les obligations de ces banques n'ont pas été transférées à la RSFY et que le différend portant sur les avoirs des requérants ne relève donc pas des ques-

tions de succession. Il considère que l'État slovène et l'État serbe doivent être tenus pour responsables, respectivement, des dettes de la Ljubljanska Banka Ljubljana et de celles d'Investbanka, l'incapacité de ces banques à honorer leurs dettes étant, selon lui, imputable à ces États. À cet égard, il indique que le gouvernement slovène a transféré, par le biais d'une loi, les principaux actifs de la Ljubljanska Banka Ljubljana à une nouvelle banque (paragraphe 49 ci-dessus) et que le gouvernement serbe a annulé les créances détenues par Investbanka sur des sociétés publiques pour pouvoir privatiser les sociétés en question, opération qui lui aurait rapporté des millions.

86. En outre, les succursales de la Ljubljanska Banka Ljubljana et d'Investbanka auraient été tenues de transférer à leurs maisons mères respectives les devises collectées auprès de leurs clients, ce qui expliquerait pourquoi les coffres des succursales bosniennes de ces banques auraient été presque vides au moment de la dissolution de la RSFY. Il y aurait là un motif supplémentaire de retenir la responsabilité de la Slovénie et de la Serbie dans la présente affaire.

#### **b) Le gouvernement croate**

87. Pour les mêmes motifs que ceux exposés par le gouvernement bosnien (paragraphe 85-86 ci-dessus), le gouvernement croate estime que la responsabilité de la Slovénie et de la Serbie se trouve engagée en l'espèce. Il ajoute que, contrairement à ce qu'avance le gouvernement slovène, la restructuration de la Ljubljanska Banka Ljubljana n'était pas nécessaire pour éviter son effondrement, mais visait à exonérer cette banque de toute responsabilité à l'égard des épargnants clients de ses succursales situées hors de Slovénie. À l'appui de cette thèse, il produit la copie d'un rapport établi par Moody's en 1997 qui indiquerait que les avoirs de la Nova Ljubljanska Banka, fondée seulement quelques années plus tôt avec des actifs de la Ljubljanska Banka Ljubljana (paragraphe 49 ci-dessus), s'élevaient à quelque 3,7 milliards USD.

88. Par ailleurs, il soutient que le mémorandum d'entente conclu entre la Croatie et la Slovénie le 11 mars 2013 et appelant à de nouvelles négociations sur la succession ne portait que sur les dépôts qui avaient été transférés de la succursale de Zagreb de la Ljubljanska Banka Ljubljana vers des banques croates dans les années 1990 (paragraphe 43 ci-dessus). Il s'ensuit selon lui que, contrairement aux allégations du gouvernement slovène, ce mémorandum ne doit pas être interprété comme signifiant que ses signataires reconnaissent que tous les « anciens » fonds d'épargne en devises déposés dans les succursales de la Ljubljanska Banka Ljubljana implantées hors du territoire slovène relevaient des questions de succession (paragraphe 92 ci-dessous).

### c) Le gouvernement serbe

89. Le gouvernement serbe soutient que les règles internationales de la succession d'États et les clauses de l'Accord sur les questions de succession lui imposent seulement de négocier de bonne foi la question des « anciens » fonds d'épargne en devises déposés dans les succursales d'Investbanka situées hors du territoire serbe. En conséquence, il invite la Cour à se borner à rechercher si des négociations ont été menées de bonne foi et à ne pas statuer sur la question de fond consistant à savoir lequel des États mis en cause doit rembourser les avoirs des requérants. Il estime que si la Cour devait néanmoins décider d'examiner cette question, elle devrait conclure en l'espèce à la responsabilité de la Bosnie-Herzégovine, en raison notamment du principe de territorialité et des mesures prises par cet État relativement aux « anciens » fonds d'épargne en devises (paragraphe 24-28 ci-dessus). Il affirme que la Bosnie-Herzégovine est l'État qui a le plus profité des « anciens » fonds d'épargne en devises déposés auprès de la succursale de Tuzla d'Investbanka. Il en veut pour preuve des copies de contrats de prêts conclus entre, d'une part, la succursale de Tuzla d'Investbanka et, d'autre part, une société bosnienne, succursale d'une société serbe implantée en Bosnie-Herzégovine et un résident de Bosnie-Herzégovine.

90. D'après le gouvernement serbe, le gouvernement slovène n'a pas démontré que les fonds en devises litigieux aboutissaient finalement sur des comptes de la Banque nationale de Yougoslavie (la « BNY ») à l'étranger ou au siège social de cette banque à Belgrade (paragraphe 95 ci-dessus). À cet égard, le gouvernement serbe déclare que les devises étaient en règle générale transférées à la BNY selon la méthode comptable – ou « pro forma » –, qui n'aurait pas exigé de transfert effectif de fonds (paragraphe 17 ci-dessus), et que les devises transférées sur des comptes de la BNY à l'étranger avaient été réparties entre les États successeurs (paragraphe 65 ci-dessus).

91. Enfin, tout en reconnaissant que les avoirs de M. Šahdanović sont gelés depuis de longues années en raison des lois serbes de 1998 et de 2002 relatives aux « anciens » fonds d'épargne en devises, le gouvernement serbe soutient que cette mesure était nécessaire pour « protéger la liquidité des finances de l'État face aux difficultés économiques et à l'effondrement financier auxquels le pays était confronté » et qu'elle n'a pas imposé au requérant une charge individuelle excessive. Il estime que la question des avoirs déposés par M. Šahdanović et par de nombreux autres épargnants dans des succursales de banques serbes situées hors du territoire serbe doit être réglée par voie d'accord entre les États successeurs de la RSFY dans le cadre des négociations sur la succession. Il ajoute que la Cour a jugé, dans l'arrêt *Molnar Gabor c. Serbie* (n° 22762/05, 8 décembre 2009), que la

législation incriminée ménageait un juste équilibre entre l'intérêt général, la prétention persistante et légitime du requérant à se voir restituer ses dépôts initiaux et les droits de tous ceux qui se trouvaient dans la même situation que l'intéressé.

**d) Le gouvernement slovène**

92. S'appuyant notamment sur l'Accord sur les questions de succession (paragraphe 62-63 ci-dessus) et sur le mémorandum d'entente conclu entre la Croatie et la Slovénie en 2013 (paragraphe 43 ci-dessus), le gouvernement slovène soutient que la question des « anciens » fonds d'épargne en devises déposés par les requérants auprès de la succursale de Sarajevo de la Ljubljanska Banka Ljubljana et de la succursale de Tuzla d'Investbanka s'inscrit dans le cadre de la succession. En conséquence, il invite la Cour à se borner à rechercher si des négociations ont été menées de bonne foi à cet égard et à ne pas statuer sur la question de fond consistant à savoir lequel des États mis en cause doit rembourser les avoirs des requérants. Il estime que si la Cour devait néanmoins décider d'examiner cette question, le principe de territorialité devrait la conduire à tenir la Bosnie-Herzégovine pour responsable des « anciens » fonds d'épargne en devises litigieux, d'autant que, jusqu'en 2004, celle-ci n'aurait pas expressément exclu sa responsabilité à ce titre (paragraphe 24-28 ci-dessus).

93. Il ajoute que les autorités slovènes ont été contraintes de restructurer la Ljubljanska Banka Ljubljana en 1994, considérant que la société était au bord de la faillite. Il estime toutefois que l'État slovène ne doit pas être tenu aux dettes de cette banque par cela seul qu'il en est devenu propriétaire à la suite du processus de restructuration et que, s'il en allait autrement, aucun État ne pourrait restructurer une banque au capital négatif sans risquer d'être reconnu pleinement responsable des dettes de celle-ci. Il affirme en tout état de cause que la Ljubljanska Banka Ljubljana n'a jamais exercé de mission de service public, qu'en ce qui concerne le non-remboursement des « anciens » fonds d'épargne en devises des requérants elle n'a jamais agi sur instruction spécifique de l'État, et qu'elle relevait du droit commun (c'est-à-dire du droit des sociétés slovène). Il soutient que, d'après le droit international coutumier tel que codifié par le projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illégitime, le simple fait qu'un État soit propriétaire d'une société et qu'il exerce en ce sens un contrôle sur elle ne suffit pas à lui imputer les activités de la société ou à le tenir pour responsable des dettes de celle-ci.

94. Le gouvernement slovène ajoute que rien ne l'obligeait à restructurer la succursale de Sarajevo de la Ljubljanska Banka Ljubljana. Il explique à cet égard que les systèmes de garantie des dépôts en vigueur dans plusieurs

États membres du Conseil de l'Europe – dont la Belgique, la France, le Portugal, la Suisse, le Royaume-Uni et les Pays-Bas – n'accordent cette garantie qu'aux dépôts effectués dans les succursales des banques nationales situées sur leurs territoires respectifs. Il soutient en outre que, dans son arrêt E-16/11 du 28 janvier 2013 (paragraphe 71-73 ci-dessus), la Cour de justice de l'Association européenne de libre-échange (AELE) a souligné que les États jouissaient d'une « ample marge d'appréciation dans les choix fondamentaux à opérer en matière de politique économique dans le contexte particulier d'une crise systémique », et considère que ce principe trouve aussi à s'appliquer sur le terrain de l'article 1 du Protocole n° 1.

95. Enfin, s'il admet que des fonds en devises étaient régulièrement transférés de la succursale de Sarajevo de la Ljubljanska Banka Ljubljana à la Banque nationale de Slovénie, le gouvernement slovène affirme que certains d'entre eux étaient ensuite rétrocédés à Sarajevo (paragraphe 18 ci-dessus), que les fonds non rétrocédés étaient comptabilisés en tant que créances de la succursale de Sarajevo sur la BNY et qu'ils faisaient l'objet d'un virement effectif sur des comptes de la BNY à l'étranger. Il en veut pour preuve des documents faisant état de transferts de devises opérés avant la dissolution de la RSFY depuis Ljubljana vers des comptes de la BNY à l'étranger (notamment auprès de deux banques appartenant à la Ljubljanska Banka Ljubljana, la LBS – New York et la LHB Internationale Handelsbank A.G. Frankfurt, et auprès d'autres banques commerciales étrangères).

#### e) Le gouvernement macédonien

96. À l'instar des gouvernements bosnien et croate, le gouvernement macédonien soutient que la question des dépôts des requérants ressortit au droit civil. Il estime qu'en l'absence de lien entre les intéressés et les autorités macédoniennes, force est de conclure à la non-violation de la Convention par l'ex-République yougoslave de Macédoine.

### C. Appréciation de la Grande Chambre

#### 1. *Applicabilité de l'article 1 du Protocole n° 1*

97. La Cour a conclu au paragraphe 80 ci-dessus que les dépôts en devises, objet des griefs des requérants, sont des « biens » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1. Dès lors, cette disposition trouve à s'appliquer en l'espèce.

#### 2. *Observation de l'article 1 du Protocole n° 1*

##### a) Règle applicable

98. Ainsi que la Cour l'a déclaré à plusieurs reprises, l'article 1 du Protocole n° 1 contient trois normes distinctes : la première, qui s'exprime

dans la première phrase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété; la deuxième, qui figure dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux États le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. La deuxième et la troisième, qui ont trait à des exemples particuliers d'atteintes au droit de propriété, doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première (voir, parmi beaucoup d'autres, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, § 61, série A n° 52, *Iatridis c. Grèce* [GC], n° 31107/96, § 55, CEDH 1999-II, *Immobiliare Saffi c. Italie* [GC], n° 22774/93, § 44, CEDH 1999-V, *Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, § 134, CEDH 2004-V, et *Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie* [GC], n° 71243/01, § 93, 25 octobre 2012).

99. En l'espèce, la Cour observe qu'en raison de diverses mesures adoptées au niveau national les requérants se trouvent depuis plus de vingt ans dans l'incapacité de disposer de leurs fonds. Si le gel des comptes bancaires des intéressés pouvait passer, au moins au départ, pour une mesure de réglementation de l'usage des biens au sens de la troisième règle de l'article 1 du Protocole n° 1, on peut se demander si l'indisponibilité de ces fonds pendant une période aussi longue ne constitue pas une « privation » de biens au sens de la deuxième règle énoncée par cette disposition. Toutefois, la Cour ayant conclu que la législation des États successeurs n'avait pas annulé ou invalidé d'une autre manière les créances des requérants (paragraphes 77-81 ci-dessus), et les États concernés ayant reconnu que les épargnants tels que les requérants devaient en principe pouvoir disposer de leurs avoirs, on ne peut dire que les intéressés aient été formellement privés de leurs biens. Pour les mêmes raisons, la Cour estime que le différend sur lequel porte la présente affaire ne peut être assimilé de manière évidente à une expropriation de fait. Dans ces conditions, et eu égard à la complexité des questions de fait et de droit qui se posent en l'espèce, la Cour estime que la violation du droit de propriété alléguée par les requérants ne relève pas d'une catégorie précise (*Beyeler c. Italie* [GC], n° 33202/96, § 106, CEDH 2000-I, et *Zolotas c. Grèce (n° 2)*, n° 66610/09, § 47, CEDH 2013). Dès lors, il convient d'examiner la présente affaire sous l'angle du principe général posé par la première règle de l'article 1 du Protocole n° 1.

#### **b) Nature de la violation alléguée**

100. L'article 1 du Protocole n° 1 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre toute atteinte injustifiée de l'État au respect de ses biens. L'article 1 de la Convention dispose quant à lui que chaque État contractant « reconnaî[t] à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés

définis (...) [dans] la (...) Convention». Cette obligation générale peut impliquer des obligations positives inhérentes à la garantie d'un exercice effectif des droits consacrés par la Convention. En ce qui concerne l'article 1 du Protocole n° 1, de telles obligations positives peuvent conduire l'État à devoir prendre les mesures nécessaires à la protection du droit de propriété (voir *Broniowski*, précité, § 143, et les références qui s'y trouvent citées, ainsi que *Likvidējamā p/s Selga et Vasilevska c. Lettonie* (déc.), n<sup>os</sup> 17126/02 et 24991/02, §§ 94-113, 1<sup>er</sup> octobre 2013).

101. La frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'État au titre de l'article 1 du Protocole n° 1 ne se prête toutefois pas à une définition précise. Les principes applicables sont néanmoins comparables. Que l'on analyse l'affaire sous l'angle d'une obligation positive à la charge de l'État ou sous celui d'une ingérence des pouvoirs publics demandant une justification, les critères à appliquer ne sont pas différents en substance. Dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble. Il est vrai également que les objectifs énumérés au paragraphe 2 peuvent jouer un certain rôle dans l'appréciation de la question de savoir si un équilibre entre les exigences de l'intérêt public et le droit de propriété fondamental du requérant a été ménagé. Dans les deux hypothèses, l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer les dispositions à prendre afin d'assurer le respect de la Convention (*Broniowski*, précité, § 144, et les références qui s'y trouvent citées).

102. En l'espèce, les intéressés se plaignent de ne pas pouvoir retirer les fonds déposés dans les banques en question. L'indisponibilité de leurs avoirs découle d'un certain nombre d'éléments, notamment de l'insuffisance des ressources des banques en cause, du gel des comptes imposé par la loi et du fait que les autorités n'ont pas pris de mesures propres à permettre aux épargnants se trouvant dans la situation des requérants de disposer de leurs avoirs. Cet état de choses peut fort bien s'analyser comme une entrave à l'exercice effectif du droit protégé par l'article 1 du Protocole n° 1 ou comme un manquement à l'obligation de permettre l'exercice de ce droit (voir *Zolotas*, précité, §§ 40, 47 et 53, où la Cour a jugé que la mesure litigieuse s'analysait en une ingérence et que l'État défendeur avait certaines obligations positives). Eu égard aux circonstances particulières de la présente affaire, la Cour juge inutile de trancher le point de savoir s'il faut envisager la cause sous l'angle des obligations positives qui auraient pu peser sur les États défendeurs ou sous celui de leurs obligations négatives. Elle recherchera si la conduite des États défendeurs – que cette conduite puisse être caractérisée comme une ingérence ou comme une inaction, ou encore comme une combinaison des deux – était justifiée au regard des principes de

légalité, de légitimité du but poursuivi et de proportionnalité (*Broniowski*, précité, § 146).

**c) Sur le respect par les États défendeurs du principe de légalité**

103. La première exigence de l'article 1 du Protocole n° 1, qui est également la plus importante, est celle de légalité : en effet, la seconde phrase du premier alinéa de cet article n'autorise une privation de propriété que « dans les conditions prévues par la loi » ; le second alinéa reconnaît aux États le droit de réglementer l'usage des biens en mettant en vigueur des « lois ». De plus, la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique, est inhérente à l'ensemble des articles de la Convention. Le principe de légalité présuppose également l'existence de normes de droit interne suffisamment accessibles, précises et prévisibles dans leur application (*Broniowski*, précité, § 147, et les références qui s'y trouvent citées).

104. En l'espèce, la question du respect du principe de légalité ne fait pas l'objet d'une controverse explicite entre les parties. La Cour ne voit de son côté aucune raison de considérer que ledit principe a été méconnu. La situation dont les intéressés se plaignent, à savoir l'incapacité dans laquelle ils se trouvent de retirer leurs avoirs au moins depuis la dissolution de la RSFY, a manifestement une base légale en droit interne (voir, entre autres, les paragraphes 54-58 ci-dessus).

**d) Sur le respect par les États défendeurs du principe de « légitimité du but poursuivi »**

105. Toute ingérence dans la jouissance d'un droit reconnu par la Convention doit poursuivre un but légitime. De même, dans les affaires impliquant une obligation positive, il doit y avoir une justification légitime à l'inaction de l'État. Le principe du « juste équilibre » inhérent à l'article 1 du Protocole n° 1 lui-même suppose l'existence d'un intérêt général. De surcroît, il convient de rappeler que les différentes règles incorporées dans l'article 1 du Protocole n° 1 ne sont pas dépourvues de rapport entre elles et que la deuxième et la troisième ne sont que des cas particuliers d'atteintes au droit au respect des biens. Il en découle, notamment, que l'existence d'une « cause d'utilité publique » requise par la deuxième phrase, ou encore « l'intérêt général » mentionné dans le deuxième alinéa, constituent des corollaires du principe énoncé à la première phrase. En conséquence, une ingérence dans l'exercice du droit au respect des biens, au sens de la première phrase de l'article 1, doit également poursuivre un but d'utilité publique (*Beyeler*, précité, § 111).

106. Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge

international pour déterminer ce qui est « d'utilité publique ». Dans le mécanisme de protection créé par la Convention, il leur appartient par conséquent de se prononcer les premières sur l'existence d'un problème d'intérêt général justifiant des mesures applicables dans le domaine de l'exercice du droit de propriété. Dès lors, elles jouissent ici d'une certaine marge d'appréciation, comme en d'autres domaines auxquels s'étendent les garanties de la Convention. Le législateur disposant d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale, la Cour respecte la manière dont il conçoit les impératifs de l'« utilité publique », sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable (*Broniowski*, précité, § 149, et les références qui s'y trouvent citées). La Cour a déjà jugé qu'il en va nécessairement de même lorsque sont en cause des bouleversements aussi radicaux que la dissolution d'un État suivie d'une guerre, phénomènes qui entraînent inévitablement l'adoption de lois économiques et sociales de grande ampleur (*Suljagić*, précité, § 42).

107. Eu égard à la large marge d'appréciation reconnue aux États défendeurs, la Cour estime que le principe de légitimité du but poursuivi a également été respecté en l'espèce. Selon le gouvernement serbe, les mesures incriminées visaient à protéger la liquidité des finances de l'État face aux difficultés économiques et à l'effondrement financier auxquels le pays était confronté (paragraphe 91 ci-dessus). Les autres États défendeurs n'ont pas formulé d'observations sur ce point. Toutefois, la Cour est disposée à admettre que, après la dissolution de la RSFY et les conflits armés qui s'ensuivirent, les États défendeurs ont dû prendre des mesures pour protéger leur système bancaire et, plus généralement, leur économie. Eu égard au montant total des « anciens » fonds d'épargne en devises, il est évident qu'aucun des États successeurs n'était en mesure d'autoriser leurs détenteurs à les retirer de manière incontrôlée. Aussi la Cour examinera-t-elle la question principale qui se pose en l'espèce, celle de savoir si un « juste équilibre » a été ménagé entre l'intérêt général et les droits des requérants découlant de l'article 1 du Protocole n° 1.

**e) Sur le respect par les États défendeurs du principe du « juste équilibre »**

*i. Principes généraux*

108. Toute mesure d'ingérence dans l'exercice du droit au respect des biens comme toute inaction à cet égard doivent ménager un « juste équilibre » entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. En conséquence, dans chaque affaire où une allégation de violation de l'article 1 du Protocole n° 1 est en cause, la Cour doit vérifier si, en raison de l'action ou de l'inaction de

l'État, la personne concernée a dû supporter une charge disproportionnée et excessive. Pour apprécier la conformité de la conduite de l'État à cette disposition, la Cour doit se livrer à un examen global des divers intérêts en jeu, en gardant à l'esprit que la Convention vise à sauvegarder des droits « concrets et effectifs ». À cet égard, il faut souligner que l'incertitude – qu'elle soit législative ou administrative, ou qu'elle tienne aux pratiques mises en œuvre par les autorités – est un facteur qu'il faut prendre en compte pour apprécier la conduite de l'État. En effet, lorsqu'une question d'intérêt général est en jeu, les pouvoirs publics sont tenus de réagir en temps utile, de façon correcte et avec la plus grande cohérence (*Broniowski*, précité, §§ 147-151).

*ii. Application en l'espèce des principes susmentionnés*

109. Dans sa décision du 17 octobre 2011 déclarant la requête recevable, la chambre a constaté que la garantie légale accordée par la RSFY aux « anciens » fonds d'épargne en devises déposés dans les banques en cause n'avait pas été appelée avant la dissolution de la RSFY et en a déduit que les obligations contractées par ces banques au titre de ces dépôts n'avaient pas été transférées à la RSFY. En outre, elle a relevé que jusqu'à la dissolution de la RSFY, les succursales de la Ljubljanska Banka Ljubljana et celles d'Investbanka avaient, conformément au droit civil de la RSFY et aux inscriptions portées au registre des sociétés, agi au nom et pour le compte de leurs maisons mères respectives. La chambre en a conclu que, jusqu'à la dissolution de la RSFY, la Ljubljanska Banka Ljubljana et Investbanka étaient demeurées responsables des « anciens » fonds d'épargne en devises reçus en dépôt par leurs succursales respectives (*Ališić et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l'ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 60642/08, § 67, 6 novembre 2012).

110. Les parties avaient du reste admis que telle était la situation dans les mémoires sur le fond de l'affaire qu'elles avaient soumis à la chambre, et elles n'ont pas dit autre chose dans leurs plaidoiries devant la Grande Chambre.

111. Dans ces conditions, la Grande Chambre approuve et fait sienne la conclusion de la chambre.

112. La Cour constate par ailleurs qu'après la dissolution de la RSFY la Ljubljanska Banka Ljubljana et Investbanka sont demeurées responsables des « anciens » fonds d'épargne en devises déposés dans leurs succursales bosniennes respectives, ce que le droit et la pratique internes exposés aux paragraphes 44, 45, 49 et 51 ci-dessus établissent de manière certaine. Il convient notamment de relever que les juridictions slovènes et serbes ont jugé que l'ancienne Ljubljanska Banka Ljubljana et Investbanka demeuraient

responsables des « anciens » fonds d'épargne en devises déposés dans leurs succursales étrangères respectives.

113. S'il est exact que les mentions inscrites au registre des sociétés pendant la période 1993-2004 indiquent qu'une banque bosnienne dénommée Ljubljanska Banka Sarajevo était elle aussi responsable des « anciens » fonds d'épargne en devises déposés auprès de la succursale de Sarajevo de la Ljubljanska Banka Ljubljana, des juridictions bosniennes et slovènes ont jugé que les inscriptions portées au registre des sociétés pendant la guerre étaient illégales dès l'origine (paragraphe 30-35 et 51 ci-dessus) et en ont ordonné la radiation. La Cour n'aperçoit aucune raison de s'écarter des conclusions de ces juridictions. Elle a d'ailleurs dit à maintes reprises que c'est au premier chef aux autorités nationales, notamment aux cours et tribunaux, qu'il appartient d'interpréter la législation interne et que son rôle à elle se limite à vérifier la compatibilité avec la Convention des effets de pareille interprétation (*Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, § 54, CEDH 1999-I, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie* [GC], n° 13279/05, § 49, 20 octobre 2011, et *Vučković et autres c. Serbie* (exception préliminaire) [GC], n°s 17153/11 et 29 autres, § 80, 25 mars 2014).

114. La Grande Chambre ayant conclu que la Ljubljanska Banka Ljubljana et Investbanka étaient et demeurent responsables des « anciens » fonds d'épargne en devises déposés dans leurs succursales bosniennes respectives, elle doit rechercher, comme l'a fait la chambre, si le non-paiement par ces banques de leurs dettes à l'égard des requérants est imputable à la Slovénie et à la Serbie. À cet égard, la Cour rappelle qu'un État peut être tenu aux dettes contractées par une société publique, fût-elle dotée d'une personnalité juridique autonome, dès lors qu'elle ne jouit pas vis-à-vis de l'État d'une indépendance institutionnelle et opérationnelle suffisante pour que celui-ci puisse se trouver exonéré de sa responsabilité au regard de la Convention (voir, parmi beaucoup d'autres, *Mikhailenki et autres c. Ukraine*, n°s 35091/02, 35196/02, 35201/02, 35204/02, 35945/02, 35949/02, 35953/02, 36800/02, 38296/02 et 42814/02, §§ 43-46, CEDH 2004-XII, *Cooperativa Agricola Slobozia-Hanesei c. Moldova*, n° 39745/02, §§ 17-19, 3 avril 2007, *Yershova c. Russie*, n° 1387/04, §§ 54-63, 8 avril 2010, et *Kotov*, précité, §§ 92-107). Dans les affaires précitées, pour apprécier si l'État était effectivement responsable de pareilles dettes, la Cour s'est fondée sur les principaux critères suivants : le statut juridique (de droit public ou de droit privé) de la société concernée, la nature de ses activités (missions de service public ou activités commerciales ordinaires), le cadre d'exercice de ses activités (monopole ou secteur hautement réglementé), et son indépendance institutionnelle (mesurée à l'aune du niveau de participation de l'État

au capital social) et opérationnelle (appréciée au regard de l'étendue de la surveillance et du contrôle exercés sur elle par l'État).

115. Dans certaines affaires, la Cour a également recherché si l'État était directement responsable des difficultés financières de la société concernée, s'il avait détourné, au détriment de celle-ci ou de ses partenaires, des fonds appartenant à la société et s'il avait porté atteinte à son indépendance ou abusé d'une autre manière de sa personnalité morale (*Anokhin c. Russie* (déc.), n° 25867/02, 31 mai 2007, et *Khachatryan c. Arménie*, n° 31761/04, §§ 51-55, 1<sup>er</sup> décembre 2009). Enfin, la Cour a jugé que les sociétés en propriété collective, très répandues en RSFY et encore courantes en Serbie, ne jouissaient généralement pas vis-à-vis de l'État d'une « indépendance institutionnelle et opérationnelle suffisante » pour que celui-ci puisse se trouver exonéré de sa responsabilité au regard de la Convention (voir, parmi beaucoup d'autres, *R. Kačapor et autres c. Serbie*, nos 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 et 3046/06, §§ 96-99, 15 janvier 2008, et *Zastava It Turs c. Serbie* (déc.), n° 24922/12, §§ 19-23, 9 avril 2013).

116. Bien que la jurisprudence décrite ci-dessus concerne des sociétés qui ne sont pas des établissements financiers, la Cour estime qu'elle trouve à s'appliquer aux banques ici en cause. À cet égard, elle note que la Ljubljanska Banka Ljubljana appartient à l'État slovène et qu'elle est contrôlée par un organisme gouvernemental slovène, le Fonds pour la succession (paragraphe 49 ci-dessus). Le fait que la Slovénie ait apporté à la loi constitutionnelle de 1991 une modification par laquelle la plupart des actifs de la Ljubljanska Banka Ljubljana ont été transférés à une nouvelle banque au détriment de la première et de ses partenaires (*ibidem*) revêt par ailleurs une importance cruciale. Cette opération démontre en effet que l'État slovène a disposé à sa guise des actifs de la Ljubljanska Banka Ljubljana (comparer avec *Khachatryan*, précité, § 51). En conséquence, la Grande Chambre approuve et fait sienne la conclusion de la chambre selon laquelle il existe des motifs suffisants pour imputer à la Slovénie la responsabilité des dettes de la Ljubljanska Banka Ljubljana à l'égard de M<sup>me</sup> Ališić et de M. Sadžak. De surcroît, la Cour observe que certains éléments du dossier indiquent que la plupart des fonds déposés auprès de la succursale de Sarajevo de la Ljubljanska Banka Ljubljana aboutissaient en fin de compte en Slovénie (paragraphe 18 ci-dessus).

117. En ce qui concerne Investbanka, la Cour relève que c'est aussi une société publique, qu'elle appartient à l'État serbe, et qu'elle est administrée par un organisme gouvernemental serbe, l'Agence serbe de garantie des dépôts (paragraphe 47 ci-dessus). Qui plus est, la loi de 2001 sur la privatisation a contraint Investbanka à abandonner, à son détriment et à celui de ses partenaires, les importantes créances qu'elle détenait sur des sociétés

publiques et des sociétés en propriété collective (*ibidem*). Autrement dit, la Serbie a disposé à sa guise des actifs d'Investbanka, comme la Slovénie a disposé de ceux de la Ljubljanska Banka Ljubljana. En conséquence, la Grande Chambre approuve et fait sienne la conclusion de la chambre selon laquelle il existe des motifs suffisants pour imputer à la Serbie la responsabilité des dettes d'Investbanka à l'égard de M. Šahdanović.

118. La Cour tient à préciser que la portée des conclusions auxquelles elle est parvenue ci-dessus est circonscrite aux faits de l'espèce. Ces conclusions n'impliquent pas que les États ne pourront jamais restructurer une banque défaillante sans être tenus pour directement responsables de ses dettes sous l'angle de l'article 1 du Protocole n° 1 (*Kotov*, précité, § 116, et *Anokhin*, décision précitée). Contrairement à la thèse défendue par la Slovénie (paragraphes 93-94 ci-dessus), elles ne signifient pas non plus que cette disposition oblige les systèmes nationaux de garantie des dépôts à étendre systématiquement leur garantie aux succursales étrangères des banques nationales. La Cour estime que, pour les raisons énumérées ci-dessous, la présente affaire revêt un caractère singulier. En premier lieu, la RSFY existait encore à l'époque où les requérants ont effectué les dépôts litigieux, et les succursales en question n'étaient pas des établissements implantés à l'étranger. En second lieu, la Ljubljanska Banka Ljubljana était une société publique avant même sa restructuration. En fait, la Ljubljanska Banka Ljubljana et Investbanka ont toujours été des sociétés publiques ou des sociétés en propriété collective. En conséquence, la présente affaire se distingue à l'évidence des affaires ordinaires de restructuration de banques privées insolubles. L'arrêt de la Cour de justice de l'AELE invoqué par le gouvernement slovène, qui portait sur la restructuration d'une banque privée défaillante dans un cadre juridique particulier, celui de l'Islande, n'est guère pertinent en l'occurrence. En outre, à la différence des requérants en l'espèce, les épargnants concernés dans l'affaire en question avaient été remboursés par les autorités néerlandaises et britanniques selon le cas (paragraphes 71-73 ci-dessus).

119. La Cour garde à l'esprit que le gouvernement serbe a invoqué l'affaire *Molnar Gabor* (paragraphe 91 ci-dessus) mais précise que les dispositions de la loi serbe relative aux « anciens » fonds d'épargne en devises examinées par la Cour dans cette affaire concernaient des épargnants qui, contrairement aux requérants en l'espèce, étaient éligibles au remboursement échelonné de leurs dépôts par les autorités serbes. Dans l'arrêt *Molnar Gabor*, la Cour a jugé que, eu égard à la situation désastreuse de l'économie serbe à l'époque pertinente et à la marge d'appréciation accordée aux États en matière de politique économique, les mesures critiquées menaçaient un juste équilibre entre l'intérêt général et les droits des intéressés.

M. Šahdanović ne pouvant prétendre à un remboursement échelonné de ses avoirs par les autorités serbes, il y a lieu de distinguer la présente espèce de l'affaire *Molnar Gabor*.

120. Ayant conclu à la responsabilité de la Slovénie pour les dettes de la Ljubljanska Banka Ljubljana à l'égard de M<sup>me</sup> Ališić et de M. Sadžak, et à la responsabilité de la Serbie pour les dettes d'Investbanka à l'égard de M. Šahdanović, la Cour doit rechercher si une raison valable justifie le non-remboursement des requérants par ces États depuis tant d'années. Les gouvernements serbe et slovène expliquent que ce retard tient principalement à ce que le droit international de la succession d'États n'obligerait les États qu'à négocier de bonne foi les questions de succession, sans leur imposer de délai pour le règlement de celles-ci. Ils soutiennent en outre que les efforts déployés par eux dans le cadre des négociations sur la succession pour que la Bosnie-Herzégovine soit reconnue responsable des « anciens » fonds d'épargne en devises déposés dans les succursales bosniennes des banques slovènes et des banques serbes sont parfaitement conformes au principe de territorialité, qui est d'après eux le principe directeur du droit international de la succession d'États.

121. La Cour ne souscrit pas à la thèse de la Slovénie et de la Serbie voulant que les dépôts des requérants soient régis par le principe de territorialité. En matière de dettes d'État, le principe directeur du droit international de la succession d'États est celui de la répartition dans des « proportions équitables ». S'il est vrai que la Résolution de 2001 sur la succession d'États en matière de biens et de dettes adoptée par l'Institut de droit international applique spécifiquement le principe de territorialité aux dettes locales, les dépôts des requérants ne relèvent de toute évidence pas de cette catégorie de dettes (paragraphe 60 ci-dessus). La Grande Chambre rejette également la thèse de la Slovénie et de la Serbie selon laquelle le droit international n'oblige les États qu'à négocier les questions de succession : en réalité il prévoit aussi que, à défaut d'accord entre les États successeurs, les dettes d'État doivent être réparties entre eux de manière équitable (*ibidem*).

122. Il convient également de relever que la question de la répartition équitable des dettes d'État ici en cause appellerait une évaluation globale des biens et des dettes de l'État prédécesseur ainsi que des quotes-parts déjà attribuées à chacun des États successeurs. Cette question excède largement le cadre de la présente affaire et ne relève pas de la compétence de la Cour (*Kovačić et autres c. Slovénie* [GC], n<sup>os</sup> 44574/98, 45133/98 et 48316/99, § 256, 3 octobre 2008).

123. Cela étant, les négociations sur la succession n'empêchaient pas les États successeurs de prendre au niveau national des mesures protectrices des intérêts d'épargnants tels que les requérants. Le gouvernement croate

a remboursé à ses ressortissants une grande partie des « anciens » fonds d'épargne en devises qu'ils avaient déposés auprès de la succursale de Zagreb de la Ljubljanska Banka Ljubljana (paragraphe 43 ci-dessus), et le gouvernement macédonien a restitué la totalité de ces « anciens » fonds qui avaient été déposés auprès de la succursale de Skopje de cette banque (paragraphe 52 ci-dessus). Toutefois, les gouvernements croate et macédonien n'ont jamais abandonné leur position selon laquelle la Slovénie devrait en définitive être tenue pour responsable de ces dettes et ils ont maintenu au niveau interétatique – notamment dans le cadre des négociations sur la succession – leurs demandes de remboursement des sommes qu'ils avaient versées aux épargnants. Parallèlement, le gouvernement slovène a remboursé l'intégralité des « anciens » fonds d'épargne en devises qui avaient été déposés dans les succursales slovènes d'Investbanka et dans d'autres banques étrangères (paragraphe 48 ci-dessus), et le gouvernement serbe s'est engagé à restituer aux ressortissants des États autres que les États successeurs de la RSFY les « anciens » fonds d'épargne en devises déposés dans les succursales étrangères de banques serbes, telles que la succursale de Tuzla d'Investbanka (paragraphes 45 ci-dessus). Autrement dit, des solutions ont été trouvées pour certaines catégories de titulaires d'« anciens » fonds d'épargne en devises déposés dans les succursales visées, mais non pour les requérants.

124. Si certains retards peuvent être justifiés dans des circonstances exceptionnelles (voir *Merzhoyev*, précité, § 56, et, *mutatis mutandis*, *Immobiliare Saffi*, précité, § 69), la Cour estime que l'on a fait trop attendre les requérants et que, nonobstant l'ample marge d'appréciation dont elles bénéficient dans ce domaine (paragraphe 106 ci-dessus), les autorités slovènes et les autorités serbes n'ont pas ménagé un juste équilibre entre l'intérêt général et le droit de propriété des requérants, qui se sont vu imposer une charge disproportionnée.

125. Au vu de ce qui précède, la Cour conclut à la violation de l'article 1 du Protocole n° 1 par la Slovénie à l'égard de M<sup>me</sup> Ališić et de M. Sadžak, à la violation de cet article par la Serbie à l'égard de M. Šahdanović, et à la non-violation de cette disposition par les autres États défendeurs.

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

126. L'article 13 de la Convention est ainsi libellé :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

## A. Conclusions de la chambre

127. Après avoir analysé un certain nombre de voies de recours internes, la chambre a conclu que les requérants n'avaient disposé d'aucun recours effectif quant à leurs griefs matériels. En conséquence, elle a rejeté les exceptions de non-épuisement des voies de recours internes soulevées par les Gouvernements. Par ailleurs, après avoir jugé que la Slovénie et la Serbie étaient responsables, pour la première, des « anciens » fonds d'épargne en devises déposés auprès de la succursale de Sarajevo de la Ljubljanska Banka Ljubljana et, pour la seconde, de ceux déposés auprès de la succursale de Tuzla d'Investbanka, la chambre a conclu à la violation de l'article 13 de la Convention par la Slovénie à l'égard de M<sup>me</sup> Ališić et de M. Sadžak, à la violation de cette disposition par la Serbie à l'égard de M. Šahdanović, et à la non-violation de cet article par les autres États défendeurs (paragraphe 83-90 de l'arrêt de la chambre).

## B. Thèses des parties

### 1. Les requérants

128. Les requérants allèguent sans plus de détails qu'ils n'ont disposé d'aucun recours effectif quant à leurs griefs matériels.

### 2. Les gouvernements défendeurs

129. Seul le gouvernement slovène soutient que le droit interne offrait des recours effectifs aux requérants. À cet égard, il avance que ceux-ci auraient notamment pu exercer une action contre l'ancienne Ljubljanska Banka Ljubljana devant les tribunaux slovènes. Il ajoute que les intéressés auraient également pu attirer cette banque devant les juridictions croates, indiquant que plus de cinq cents clients de la succursale de Zagreb de l'ancienne Ljubljanska Banka Ljubljana ont obtenu des jugements contre cette banque et que soixante-trois d'entre eux ont recouvré leurs « anciens » fonds d'épargne en devises à l'issue d'une vente judiciaire d'actifs de la succursale de Zagreb situés en Croatie (paragraphe 43 ci-dessus).

130. Les autres gouvernements défendeurs concèdent que les requérants ne disposaient d'aucun recours effectif. Le gouvernement bosnien ajoute que, même si les intéressés avaient obtenu des décisions ordonnant à l'ancienne Ljubljanska Banka Ljubljana de leur rembourser leurs « anciens » fonds d'épargne en devises, ces décisions n'auraient certainement pas reçu exécution car, selon lui, la législation adoptée en 1994 n'avait pas laissé à cette banque des actifs suffisants (paragraphe 49 ci-dessus). Pour sa part, le gouvernement croate soutient qu'une action contre l'ancienne

Ljubljanska Banka Ljubljana devant les juridictions croates aurait été tout aussi inefficace, faute pour la banque d'avoir encore des actifs en Croatie (paragraphe 43 ci-dessus).

### C. Appréciation de la Grande Chambre

131. La Cour l'a dit à de nombreuses reprises, l'article 13 de la Convention garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de s'y prévaloir des droits et libertés de la Convention tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés. Cette disposition a donc pour conséquence d'exiger un recours interne offrant la possibilité d'obtenir l'examen du contenu d'un « grief défendable » fondé sur la Convention et l'octroi du redressement approprié. La portée de l'obligation que l'article 13 fait peser sur les États contractants varie en fonction de la nature du grief du requérant. Toutefois, le recours exigé par l'article 13 doit être « effectif » en pratique comme en droit. L'« effectivité » d'un « recours » au sens de l'article 13 ne dépend pas de la certitude d'une issue favorable pour le requérant. De même, l'« instance » dont parle cette disposition n'a pas besoin d'être une institution judiciaire, mais alors ses pouvoirs et les garanties qu'elle présente entrent en ligne de compte pour l'appréciation de l'effectivité du recours s'exerçant devant elle. En outre, l'ensemble des recours offerts par le droit interne peut remplir les exigences de l'article 13, même si aucun d'eux n'y répond en entier à lui seul (*Kudła c. Pologne* [GC], n° 30210/96, § 157, CEDH 2000-XI).

132. S'agissant d'abord de l'action civile contre l'ancienne Ljubljanska Banka Ljubljana que les requérants, aux dires du gouvernement slovène, auraient pu exercer devant les juridictions slovènes, la Cour relève que le tribunal de district de Ljubljana a rendu de nombreuses décisions ordonnant à cette banque de rembourser les « anciens » fonds d'épargne en devises déposés dans sa succursale de Sarajevo augmentés des intérêts acquis (paragraphe 51 ci-dessus). Toutefois, le gouvernement slovène n'a pas démontré que l'une au moins de ces décisions eût été exécutée. En conséquence, il n'est pas établi à ce jour que cette voie de recours fût susceptible d'offrir aux requérants un redressement adéquat et suffisant de leurs griefs.

133. S'agissant ensuite de la possibilité d'introduire une action civile contre l'ancienne Ljubljanska Banka Ljubljana devant les juridictions croates, la Grande Chambre observe que, d'après les documents en sa possession, cette banque ne possède plus d'actifs en Croatie. En conséquence, cette voie de droit n'offrirait pas aux intéressés des chances raisonnables de succès.

134. La Cour prend note de l'argument du gouvernement slovène consistant à dire que l'article 13 de la Convention ne va pas jusqu'à exiger un recours par lequel on puisse dénoncer, devant une autorité nationale, les lois

d'un État contractant comme contraires en tant que telles à la Convention, et qu'il n'y avait donc en l'espèce nulle obligation de fournir aux requérants un recours interne. Tout en confirmant cette interprétation de l'article 13 (*Roche c. Royaume-Uni* [GC], n° 32555/96, § 137, CEDH 2005-X, *Sejdić et Finčić c. Bosnie-Herzégovine* [GC], nos 27996/06 et 34836/06, § 60, CEDH 2009, et *Paksas c. Lituanie* [GC], n° 34932/04, § 114, CEDH 2011), la Cour relève que les griefs des intéressés ne sont pas dirigés contre les législations nationales des États défendeurs, ni même contre une décision ou une mesure interne. Les requérants reprochent aux États défendeurs de ne pas avoir assuré, d'une manière ou d'une autre, le remboursement de leurs avoirs. En conséquence, la Cour considère que les intéressés auraient dû disposer d'un recours interne effectif.

135. En ce qui concerne Investbanka, la Cour observe que la Serbie ne conteste pas que M. Šahdanović n'a pas disposé d'un recours effectif.

136. Dans ces conditions, la Grande Chambre conclut, à l'instar de la chambre, que l'article 13 de la Convention a été violé par la Slovénie à l'égard de M<sup>me</sup> Ališić et de M. Sadžak, qu'il a été violé par la Serbie à l'égard de M. Šahdanović, et qu'il n'a pas été violé par les autres États défendeurs.

#### IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION

137. L'article 14 de la Convention est ainsi libellé :

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

138. Les requérants ont invoqué cet article dans leurs observations devant la Grande Chambre, mais sans y consacrer de véritables développements. Les observations des gouvernements défendeurs sont tout aussi lapidaires sur ce point. En conséquence, la Grande Chambre conclut, à l'instar de la chambre, qu'il n'y a pas lieu d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 14 en ce qui concerne la Serbie et la Slovénie, et qu'il n'y a pas eu violation de cette disposition par les autres États défendeurs.

#### V. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 46 DE LA CONVENTION

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

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

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

(...)»

### **A. Conclusions de la chambre**

140. La chambre a en l'espèce appliqué la procédure de l'arrêt pilote et indiqué un certain nombre de mesures générales (paragraphe 98-101 de l'arrêt de la chambre).

### **B. Thèses des parties**

141. Seuls le gouvernement serbe et le gouvernement slovène s'opposent à l'application de la procédure de l'arrêt pilote à la présente affaire, avançant notamment qu'ils ne seraient pas en mesure de vérifier le solde des « anciens » comptes d'épargne en devises tenus par les succursales de la Ljubljanska Banka Ljubljana et d'Investbanka situées dans les autres États défendeurs sans l'aide de ceux-ci. Le gouvernement bosnien et le gouvernement croate soutiennent que le gouvernement serbe et le gouvernement slovène disposent de toutes les informations nécessaires à cet égard.

### **C. Appréciation de la Grande Chambre**

#### *1. Principes généraux*

142. La Cour rappelle que l'article 46 de la Convention interprété à la lumière de l'article 1 impose à l'État défendeur l'obligation légale de mettre en œuvre, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou individuelles appropriées pour garantir le droit du requérant dont la Cour a constaté la violation. L'État doit également appliquer ces mesures à l'égard des autres personnes se trouvant dans la même situation que le requérant, l'objectif pour lui devant être de résoudre les problèmes qui ont conduit la Cour à son constat de violation (*Lukenda c. Slovénie*, n° 23032/02, § 94, CEDH 2005-X). Le Comité des Ministres ne cesse de souligner cette obligation lors du contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour (ResDH(97)336, IntResDH(99)434, IntResDH(2001)65 et ResDH(2006)1).

143. Afin de faciliter une mise en œuvre effective de ses arrêts, la Cour peut adopter une procédure d'arrêt pilote lui permettant de mettre clairement en lumière l'existence de problèmes structurels à l'origine des violations et d'indiquer à l'État défendeur des mesures pour y remédier (voir la Résolution Res(2004)3 sur les arrêts qui révèlent un problème structurel sous-jacent adoptée par le Comité des Ministres le 12 mai 2004, l'article 61 du règlement de la Cour et l'arrêt *Broniowski*, précité, §§ 189-194). Cette procédure vise à faciliter la résolution la plus rapide et la plus efficace d'un

dysfonctionnement affectant la protection des droits conventionnels en cause dans l'ordre juridique interne (*Wolkenberg et autres c. Pologne* (déc.), n° 50003/99, § 34, 4 décembre 2007). Si elle doit tendre principalement au règlement de ces dysfonctionnements et à la mise en place, le cas échéant, de recours internes effectifs permettant de dénoncer les violations commises, l'action des États défendeurs peut aussi comprendre l'adoption de solutions *ad hoc* telles que des règlements amiables avec les requérants ou des offres unilatérales d'indemnisation, en conformité avec les exigences de la Convention. La Cour peut donc décider d'ajourner l'examen de toutes les affaires similaires, donnant ainsi aux États défendeurs une possibilité de les régler selon ces diverses modalités (voir, par exemple, *Bourdiv c. Russie* (n° 2), n° 33509/04, § 127, CEDH 2009). Si toutefois l'État défendeur n'adopte pas ces mesures à la suite de l'arrêt pilote et s'il persiste à méconnaître la Convention, la Cour n'a d'autre choix que de reprendre l'examen de toutes les requêtes similaires portées devant elle et de statuer sur celles-ci afin de garantir le respect effectif de la Convention (*E.G. c. Pologne et 175 autres affaires de la rivière Boug* (déc.), n° 50425/99, § 28, CEDH 2008, et *Kurić et autres c. Slovénie* (satisfaction équitable) [GC], n° 26828/06, § 136, CEDH 2014).

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

144. Les violations constatées par la Cour dans la présente affaire touchent un grand nombre de personnes. Plus de 1 850 requêtes similaires, concernant plus de 8 000 requérants, sont pendantes devant la Cour. Elles portent sur les « anciens » fonds d'épargne en devises déposés dans les succursales de Sarajevo et de Zagreb de la Ljubljanska Banka Ljubljana ainsi que dans les succursales de banques serbes situées en Serbie ou à l'étranger (paragraphe 46 ci-dessus). En outre, les requérants potentiels se comptent par milliers. En conséquence, la Grande Chambre souscrit à la conclusion de la chambre selon laquelle il y a lieu d'appliquer en l'espèce la procédure de l'arrêt pilote, bien que le gouvernement serbe et le gouvernement slovène s'y opposent.

145. Compte tenu de la situation à caractère systémique qu'elle constate, la Cour estime que des mesures générales au niveau national s'imposent sans aucun doute dans le cadre de l'exécution du présent arrêt.

146. En particulier, la Slovénie doit prendre, dans un délai d'un an, sous la surveillance du Comité des Ministres, toutes les mesures, y compris d'ordre législatif, nécessaires pour permettre à M<sup>me</sup> Ališić, à M. Sadžak et à tous ceux qui se trouvent dans la même situation qu'eux de recouvrer leurs « anciens » fonds en devises dans les mêmes conditions que les personnes ayant déposé de tels fonds dans les succursales slovènes de banques slovènes

(ces conditions ont été décrites au paragraphe 48 ci-dessus). De son côté, la Serbie doit prendre dans un délai d'un an, sous la surveillance du Comité des Ministres, toutes les mesures, y compris d'ordre législatif, nécessaires pour permettre à M. Šahdanović et à tous ceux qui se trouvent dans la même situation que lui de recouvrer leurs « anciens » fonds en devises dans les mêmes conditions que les ressortissants serbes ayant déposé de tels fonds dans les succursales serbes de banques serbes (ces conditions ont été décrites au paragraphe 45 ci-dessus).

147. Il convient de souligner que les mesures indiquées ci-dessus ne s'appliquent pas aux personnes qui, bien que se trouvant dans la même situation que les requérants, se sont vu restituer l'intégralité de leurs « anciens » fonds en devises – par exemple celles qui ont pu les retirer pour des raisons humanitaires (paragraphe 25 et 44 ci-dessus) ou en disposer dans le cadre du processus de privatisation mené en Fédération de Bosnie-Herzégovine (paragraphe 32 ci-dessus) –, ou ont obtenu du gouvernement croate ou du gouvernement macédonien le remboursement des dépôts effectués dans les succursales de Zagreb et de Skopje de la Ljubljanska Banka Ljubljana (paragraphe 43 et 52 ci-dessus). En conséquence, la Serbie et la Slovénie pourront exclure ces personnes de leurs programmes de remboursement respectifs. Toutefois, en cas de remboursement seulement partiel des « anciens » fonds en devises, la Serbie et la Slovénie demeureront débitrices du reliquat des créances dues à ces personnes – la Serbie pour les « anciens » fonds en devises déposés dans les succursales de banques serbes, la Slovénie pour les « anciens » fonds en devises déposés dans les succursales de banques slovènes – quelles que soient la nationalité des déposants concernés et la localisation des succursales en question.

148. Pour permettre aux autorités serbes et aux autorités slovènes de vérifier le solde des comptes concernés par les mesures susmentionnées, les requérants et tous ceux qui se trouvent dans la même situation qu'eux devront se conformer aux exigences des procédures de vérification que la Serbie et la Slovénie pourront mettre en place. Cela étant, compte tenu du temps écoulé et des guerres qui ont affecté tant de personnes de différentes façons, les réclamations des déposants ne pourront être rejetées au seul motif que ceux-ci ne disposent pas des originaux de leurs contrats ou de leurs livrets bancaires lorsque l'existence de leurs créances pourra être établie par d'autres moyens. En outre, toutes les décisions prises dans le cadre des procédures de vérification devront être susceptibles de contrôle juridictionnel.

149. S'il ne fait aucun doute que l'incapacité dans laquelle les personnes concernées se trouvent depuis plus de vingt ans de disposer librement de leurs « anciens » fonds d'épargne en devises est pour elles source de détresse et de frustration, la Cour estime qu'à ce stade il n'y a pas lieu d'indiquer à

titre de mesure générale que la Serbie et la Slovénie doivent leur fournir une réparation adéquate de ce préjudice. Toutefois, si l'un ou l'autre de ces États devait rester en défaut d'appliquer les mesures indiquées au paragraphe 146 ci-dessus et persister de ce fait à violer la Convention, la Cour pourrait réexaminer la question de la réparation dans une prochaine affaire qui serait dirigée contre l'État concerné et qui se prêterait à un tel réexamen (*Suljagić*, précité, § 64).

150. Enfin, la Cour décide d'ajourner pendant un an l'examen de toutes les requêtes similaires à la présente affaire dirigées contre la Serbie ou la Slovénie (*Suljagić*, précité, § 65), tout en précisant que, comme le prévoit la Convention, elle peut néanmoins à tout moment déclarer telle ou telle de ces requêtes irrecevable ou la rayer de son rôle.

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

151. Aux termes de l'article 41 de la Convention :

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

### A. Dommage

152. Les requérants réclament pour préjudice matériel le remboursement de leurs « anciens » fonds en devises augmentés d'intérêts. La Cour a déjà statué sur ce point au paragraphe 146 ci-dessus.

153. En outre, les intéressés sollicitent chacun 4 000 euros (EUR) pour préjudice moral.

154. Les Gouvernements ne se sont pas exprimés à ce sujet dans leurs observations devant la Grande Chambre.

155. À l'instar de la chambre, la Grande Chambre admet que l'incapacité dans laquelle les requérants se trouvent depuis plus de vingt ans de disposer librement de leurs « anciens » fonds d'épargne en devises n'a pu manquer de leur causer de la détresse et de la frustration. Le fait que les intéressés aient pris la peine – dans une certaine mesure au moins – d'agir au nom des épargnants se trouvant dans la même situation qu'eux a inévitablement aggravé ces sentiments de détresse et de frustration (*Hutten-Czapska c. Pologne* [GC], n° 35014/97, § 248, CEDH 2006-VIII). En conséquence, statuant en équité comme le veut l'article 41 de la Convention, la Cour alloue aux requérants les sommes qu'ils réclament, à savoir 4 000 EUR chacun à M<sup>me</sup> Ališić et M. Sadžak (sommes à verser par la Slovénie) et 4 000 EUR à M. Šahdanović (somme à verser par la Serbie).

## B. Frais et dépens

156. Les requérants sollicitent 27 351 EUR au titre des frais et dépens exposés par eux dans le cadre de la procédure devant la Grande Chambre.

157. Les Gouvernements jugent cette demande excessive et non étayée.

158. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. Autrement dit, le requérant doit les avoir réglés, ou être tenu de les régler, en vertu d'une obligation légale ou contractuelle, et il faut qu'il ait été contraint de les engager pour empêcher la violation constatée ou y faire remédier. À cet égard, la Cour exige la production de notes d'honoraires et de factures suffisamment précises pour lui permettre de déterminer dans quelle mesure les conditions susmentionnées se trouvent remplies. Les requérants n'ayant produit ni notes d'honoraires ni factures, la Cour rejette leur demande pour frais et dépens.

## C. Intérêts moratoires

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

## PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Rejette*, à l'unanimité, les exceptions préliminaires soulevées par les gouvernements défendeurs ;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 par la Serbie à l'égard de M. Šahdanović ;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 par la Slovénie à l'égard de M<sup>me</sup> Ališić et de M. Sadžak ;
4. *Dit*, par quinze voix contre deux, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 par les autres États défendeurs ;
5. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 13 de la Convention par la Serbie à l'égard de M. Šahdanović ;
6. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 13 de la Convention par la Slovénie à l'égard de M<sup>me</sup> Ališić et de M. Sadžak ;
7. *Dit*, par quinze voix contre deux, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 13 de la Convention par les autres États défendeurs ;
8. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief sous l'angle de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 13 de la Convention

et l'article 1 du Protocole n° 1 en ce qui concerne la Serbie et la Slovénie, et qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 13 de la Convention et l'article 1 du Protocole n° 1 par les autres États défendeurs;

9. *Dit*, à l'unanimité, que le fait que le gouvernement serbe et le gouvernement slovène n'ont pas intégré les requérants et tous ceux qui se trouvent dans la même situation qu'eux dans leurs programmes respectifs de remboursement des « anciens » fonds en devises constitue un problème systémique;
10. *Dit*, par seize voix contre une, que la Serbie doit prendre dans un délai d'un an, sous la surveillance du Comité des Ministres, toutes les mesures, y compris d'ordre législatif, nécessaires pour permettre à M. Šahdanović et à tous ceux qui se trouvent dans la même situation que lui de recouvrer leurs « anciens » fonds en devises dans les mêmes conditions que les ressortissants serbes ayant déposé de tels fonds dans les succursales serbes de banques serbes;
11. *Dit*, par seize voix contre une, que la Slovénie doit prendre dans un délai d'un an, sous la surveillance du Comité des Ministres, toutes les mesures, y compris d'ordre législatif, nécessaires pour permettre à M<sup>me</sup> Ališić, à M. Sadžak et à tous ceux qui se trouvent dans la même situation qu'eux de recouvrer leurs « anciens » fonds en devises dans les mêmes conditions que les personnes ayant déposé de tels fonds dans les succursales slovènes de banques slovènes;
12. *Décide*, à l'unanimité, d'ajourner pendant un an l'examen de toutes les requêtes similaires à la présente affaire dirigées contre la Serbie ou la Slovénie, étant entendu qu'en vertu de la Convention elle peut toujours, à tout moment, déclarer telle ou telle de ces requêtes irrecevable ou la rayer de son rôle;
13. *Dit*, par seize voix contre une,
  - a) que la Serbie doit verser, dans les trois mois, 4 000 EUR (quatre mille euros) à M. Šahdanović pour dommage moral, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt ou de taxe sur cette somme;
  - b) que la Slovénie doit verser, dans les trois mois, 4 000 EUR (quatre mille euros) chacun à M<sup>me</sup> Ališić et à M. Sadžak pour dommage moral, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt ou de taxe sur cette somme;
  - c) qu'à compter de l'expiration desdits délais et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de

la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;

14. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable des requérants pour le surplus.

Fait en français et anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 16 juillet 2014.

Michael O'Boyle  
Greffier adjoint

Dean Spielmann  
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion concordante de la juge Ziemele ;
- opinion en partie concordante du juge Popović ;
- opinion en partie dissidente de la juge Nußberger, à laquelle se rallie le juge Popović.

D. S.  
M. O'B.

## OPINION CONCORDANTE DE LA JUGE ZIEMELE

(Traduction)

1. J'ai voté avec la majorité dans la présente affaire. À mon avis, l'arrêt rendu par la Cour est appelé à devenir l'un des arrêts de principe dans un domaine particulier, celui de la succession d'États et de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, sur la question extrêmement délicate de la répartition des responsabilités pour dettes d'États. Il incombait à la Cour d'identifier les principes du droit de la succession d'États susceptibles d'influer sur l'interprétation qu'elle devait donner à l'article 1 du Protocole n° 1 en l'espèce. La partie de l'arrêt consacrée au droit et à la pratique internationaux pertinents revêtait donc ici une importance particulière.

2. Il convient de souligner que, bien que la Cour ait une approche extrêmement large des sources du droit international, exposée dans son arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* ([GC], n° 34503/97, §§ 85-86, CEDH 2008), ses interventions s'inscrivent dans certaines limites, raison pour laquelle elle s'est abstenue de décrire et d'analyser de manière plus détaillée les principes du droit de la succession d'États, matière qui suscite encore de nombreuses questions et donne lieu à des pratiques très diverses de la part des États (*Kovačić et autres c. Slovénie* [GC], n<sup>os</sup> 44574/98, 45133/98 et 48316/99, § 256, 3 octobre 2008). Aussi la Cour s'en est-elle tenue aux points essentiels de la branche pertinente du droit international tout en mettant l'accent – cela va sans dire – sur sa propre jurisprudence et sur les principes qui sont les siens.

3. Il convient aussi de relever que la Slovénie et la Serbie défendaient principalement la thèse selon laquelle il fallait appliquer le principe de territorialité en cas de succession d'États pour déterminer les responsabilités respectives des États concernés. Or la Cour a estimé qu'il ne s'agissait certainement pas là du seul principe applicable au problème du sort des dettes d'un État après la dissolution de celui-ci (paragraphe 121 de l'arrêt). Pour résoudre ce problème, la Cour s'est principalement attachée à rappeler et à mettre en exergue les principes relatifs à l'obligation de négocier en matière de succession d'États (*Kovačić et autres*, précité, opinion concordante du juge Ress, point 4) et le principe selon lequel les États successeurs doivent se répartir les dettes de l'État prédécesseur dans des proportions équitables. La présente affaire ayant une portée limitée, la Cour n'a pas approfondi la question de la répartition équitable des dettes litigieuses en tant que telle (paragraphe 123 de l'arrêt) et n'a assurément pas abordé celle de l'enrichissement sans cause, question qui était à mes yeux non dénuée de pertinence

en l'espèce (voir les articles 37, 40 et 41 de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États, l'avis n° 1 de la Commission d'arbitrage Badinter et l'article 8 de la Résolution de 2001 sur la succession d'États en matière de biens et de dettes adoptée par l'Institut du droit international). Cela étant, la solution retenue dans l'arrêt peut passer pour conforme à l'esprit de ces principes et à l'application qui en est faite par la pratique internationale, même si la Cour n'en a pas fait expressément mention.

4. Quant à la question centrale de l'affaire – celle de savoir quelle était la place à accorder au principe de territorialité en matière de succession d'États –, la conclusion de la Cour selon laquelle ce principe n'est qu'un élément parmi d'autres à prendre en compte aux fins de l'établissement des responsabilités respectives des États concernés renforce la position de l'Institut du droit international exposée dans la résolution adoptée par celui-ci en 2001, étant entendu que la nature des droits en cause revêt une importance certaine. La Cour a imputé à la Serbie et à la Slovénie respectivement la responsabilité des dettes des banques auprès desquelles les requérants détiennent des comptes en devises gelés (paragraphe 116-117 de l'arrêt). Cette solution est à comparer avec l'approche suivie par la Cour dans l'affaire *Likvidējamā p/s Selga et Vasilevska c. Lettonie* ((déc), n°s 17126/02 et 24991/02, 1<sup>er</sup> octobre 2013), qui portait sur des comptes en devises gelés tenus par une banque sise en Fédération de Russie. Si le statut juridique international de la Lettonie diffère de celui des États défendeurs ici en cause en ce que celle-ci n'est pas un État successeur issu de l'effondrement de l'URSS, la Fédération de Russie est un État prédécesseur. Or la Cour a également constaté dans ce cas de figure que le principe de territorialité dont les requérants se prévalaient n'était pas applicable.

5. Comme je l'ai déjà indiqué, je souscris pleinement aux conclusions auxquelles la majorité est parvenue sur le fond de l'affaire. Cela dit, j'émetts de sérieuses réserves sur les énonciations de l'arrêt relatives à son exécution (points 10 et 11 du dispositif), bien que j'aie en définitive voté avec la majorité. Il arrive parfois à la Cour d'impartir aux États des délais pour l'exécution de ses arrêts sous le contrôle du Comité des Ministres. Or la pratique montre qu'elle doit fréquemment revenir sur ses décisions initiales à cet égard. Pareille situation me paraît inévitable car les arrêts de la Cour portent généralement sur des questions de principe et appellent des réformes législatives, processus politiques complexes (voir, par exemple, *L. c. Lituanie*, n° 27527/03, CEDH 2007-IV), *a fortiori* en matière de succession d'États. Il est incontestablement dans l'intérêt collectif de l'Europe que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme soient exécutés rapidement et que les États concernés assument les conséquences plus

générales qui en découlent, dans la mesure du possible. Pour ce qui est de la Cour et de sa part dans la responsabilité collective du système de protection des droits de l'homme instauré par la Convention, aucun effort n'a été épargné, la Cour allant même jusqu'à indiquer des solutions possibles au titre de l'article 46 lorsque celui-ci trouve à s'appliquer. Il est grand temps que les États fassent leurs «devoirs» en ce qui concerne le respect de la jurisprudence de Strasbourg, leur attitude à cet égard ayant aussi des effets directs sur l'efficacité de la Cour. C'est dans ce contexte qu'il arrive à la Cour – comme en l'espèce – d'impartir aux États défendeurs des délais dans lesquels ils doivent se conformer à ses arrêts, mesure quelque peu désespérée. Il est extrêmement regrettable que la Cour se trouve placée dans des situations l'obligeant à recourir à des dispositions de ce genre. En outre, de telles dispositions présentent des risques pour la Cour dans la mesure où celle-ci peut être appelée à reconsidérer ses décisions, et elles soulèvent de sérieuses questions au regard du principe de sécurité juridique et du caractère définitif des décisions de justice. Je préférerais de beaucoup que les États parties à la Convention et le Comité des Ministres adoptent une position plus stricte en ce qui concerne l'exécution des arrêts de la Cour plutôt que de la voir contrainte de prendre de tels risques.

OPINION EN PARTIE CONCORDANTE  
DU JUGE POPOVIĆ*(Traduction)*

J'ai voté avec la majorité en ce qui concerne la violation de la Convention par la Slovénie et la Serbie en l'espèce. Toutefois, j'estime que les paragraphes 109 à 125 du présent arrêt auraient dû être clarifiés. En effet, celui-ci n'autorise en aucun cas la Cour à appliquer la procédure du juge unique à des requêtes qui seraient dirigées contre la Bosnie-Herzégovine, la Croatie et/ou l'ex-République yougoslave de Macédoine. De telles requêtes ne pourront être déclarées irrecevables d'office. Elles devront au contraire être attribuées à une chambre, qui examinera d'abord leur recevabilité, puis statuera sur le fond de celles qui auront été déclarées recevables.

## OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DE LA JUGE NUßBERGER, À LAQUELLE SE RALLIE LE JUGE POPOVIĆ

*(Traduction)*

### **A. Dimension historique et conséquences financières de l'affaire**

Il ne fait aucun doute que les droits des requérants au titre de l'article 1 du Protocole n° 1 et de l'article 13 de la Convention ont été violés en l'espèce. Toutefois, dans cette affaire très complexe et difficile, la Grande Chambre était non seulement appelée à se prononcer sur la réalité des atteintes alléguées aux droits de l'homme, mais aussi à rechercher qui était responsable de ces violations qui duraient depuis plus de vingt ans, et qui revêtaient une dimension historique en ce qu'elles s'inscrivaient dans le contexte de la dissolution de la République socialiste fédérative de Yougoslavie (la « RSFY »).

Parallèlement, il incombait à la Grande Chambre de déterminer les sommes à verser aux requérants eux-mêmes ainsi qu'à tous ceux qui se trouvaient dans la même situation qu'eux. Aussi la Grande Chambre devait-elle rendre une décision aux conséquences financières considérables.

À mon grand regret, je ne puis souscrire à la solution à laquelle la majorité est parvenue.

### **B. L'imputation à la Slovénie et à la Serbie de l'entière responsabilité de la violation des droits patrimoniaux des requérants**

L'obligation d'indemniser la perte des « anciens » dépôts d'épargne en devises pouvait être regardée soit comme une question de droit civil (cette position, exposée aux paragraphes 85, 87 et 96 du présent arrêt, était celle de la Bosnie-Herzégovine, de la Croatie et de l'ex-République yougoslave de Macédoine), soit comme une question de succession à régler par application du droit international (telle était la position de la Serbie et de la Slovénie, exposée aux paragraphes 89 et 92 du présent arrêt). Optant pour une approche civiliste<sup>1</sup>, la majorité de la Grande Chambre a jugé en l'espèce

---

1. Pour justifier son choix de l'approche civiliste, la majorité s'est principalement appuyée sur la jurisprudence des tribunaux slovènes et serbes (paragraphes 44, 45, 49, 51, 112 du présent arrêt) qui, selon elle, établit « de manière certaine » la responsabilité de la Ljubljanska Banka Ljubljana et d'Investbanka. Toutefois, cette assertion est inexacte, au moins pour ce qui est de la jurisprudence des juridictions slovènes. En effet, celles-ci ont jugé que l'ancienne (et non la nouvelle!) Ljubljanska Banka Ljubljana était tenue au remboursement des « anciens » dépôts d'épargne en devises. Cependant, l'ancienne Ljubljanska Banka Ljubljana (paragraphe 49 de l'arrêt) et Investbanka (paragraphe 47 de l'arrêt) étant en situation de « restructuration » ou de faillite, les actions civiles directes exercées contre ces banques se heurtent à leur insolvabilité.

que la Slovénie et la Serbie étaient seules responsables, respectivement, de la violation des droits de M<sup>me</sup> Ališić, de M. Sadžak et de M. Šahdanović. Et c'est ainsi que des États où se trouvait à « l'époque yougoslave » le siège de banques associées constituées sur le modèle de l'autogestion socialiste sont aujourd'hui tenus de rembourser l'intégralité des dettes issues d'un système créé par un autre État avant l'entrée en vigueur de la Convention.

J'estime que cette solution est insatisfaisante et inappropriée en ce qu'elle est fondée sur une vision réductrice d'une évolution historique complexe et qu'elle élude un certain nombre d'éléments importants. Il pouvait être tentant d'apporter une solution tranchée et « facile » à ce problème. Pourtant, une approche plus nuancée s'imposait.

### *1. La responsabilité de la RSFY quant à la mise en place du système*

Il est incontestable que ni la Slovénie ni la Serbie ne sont seules responsables de la mise en place de l'ensemble du système bancaire et du mécanisme des transferts, et que la responsabilité en incombe à la RSFY, qui était à l'époque confrontée à un grand besoin de devises fortes (paragraphe 14 du présent arrêt). Il est tout aussi indiscutable que le système en question ne reposait pas sur des bases financières saines (paragraphe 14 et 17 de l'arrêt). Ce système doit être considéré comme un mécanisme de placements à risque qui attirait les dépôts des épargnants en les rémunérant par des taux d'intérêts beaucoup plus élevés que ceux du marché, et souvent supérieurs à 10 % (paragraphe 14 de l'arrêt). Il est clair que les gains élevés promis aux épargnants ne reposaient sur aucun fondement économique.

La Cour l'a clairement indiqué, dans les termes suivants (*Suljagić c. Bosnie-Herzégovine*, n° 27912/02, § 51, 3 novembre 2009) :

« Tout d'abord, chacun sait que la crise économique mondiale des années 1970 fut particulièrement dure pour la RSFY. Celle-ci fit appel aux marchés internationaux de capitaux, et devint rapidement l'un des pays les plus endettés au monde. Lorsque la communauté internationale abandonna les pratiques de crédit laxistes des années 1970, la RSFY utilisa les dépôts d'épargne en devises de ses citoyens pour honorer ses dettes extérieures et financer ses importations. (...) »

### *2. L'effondrement du système à « l'époque yougoslave »*

Le système s'était déjà effondré à « l'époque yougoslave » (abandon du mécanisme des transferts en 1988 (paragraphe 20 de l'arrêt), abolition du système des banques de base et des banques associées dans les années 1989-1990 (paragraphe 21 de l'arrêt), retraits massifs de devises étrangères (paragraphe 22 de l'arrêt)). La RSFY eut recours la première à des mesures d'urgence restreignant de manière importante les retraits de fonds en devises (paragraphe 22 et 53 de l'arrêt). Ces mesures n'auraient pas été nécessaires

si les dépôts des épargnants n'avaient pas déjà disparu à cette époque. Tous ces événements ont eu lieu dans un État qui n'existe plus aujourd'hui.

Cette situation a été explicitement constatée dans la jurisprudence de la Cour (*Suljagić*, précité, § 10, comparer également avec *Kovačić et autres c. Slovénie* [GC], nos 44574/98, 45133/98 et 48316/99, § 40, 3 octobre 2008, et *Molnar Gabor c. Serbie*, n° 22762/05, § 6, 8 décembre 2009), dans les termes suivants :

« Les difficultés dues à la dette extérieure et intérieure de la RSFY provoquèrent une crise monétaire dans les années 1980. L'économie nationale étant sur le point de s'effondrer, la RSFY prit des mesures d'urgence, notamment des dispositions législatives restreignant les remboursements des dépôts en devises (article 71 de la loi de 1985 sur les opérations en devises), de telle manière que les dépôts en devises furent en pratique gelés. »

Bien que la garantie de droit civil accordée par l'État n'ait pas été appelée avant la dissolution de la RSFY (paragraphe 15 de l'arrêt), les conséquences des dysfonctionnements du système instauré par cet État relèvent de la responsabilité conjointe des États successeurs.

Il s'ensuit que l'affaire présente une dimension de droit international que l'on ne saurait ignorer.

### 3. *L'étendue de la compétence ratione temporis de la Cour*

La plupart des mesures que les États successeurs prirent en vue de parer à l'effondrement du système par la création de régimes spéciaux applicables aux « anciens » fonds d'épargne en devises furent adoptées au début des années 1990 (paragraphe 23 et suivants de l'arrêt), c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur de la Convention dans les États concernés (le 28 juin 1994 en Slovénie, le 10 avril 1997 en ex-République yougoslave de Macédoine, le 5 novembre 1997 en Croatie, le 12 juillet 2002 en Bosnie-Herzégovine et le 3 mars 2004 en Serbie). En pratique, les comptes en devises demeurèrent « gelés » dans tous les États successeurs, mais il était possible d'effectuer des retraits dans des situations particulières, notamment pour des motifs humanitaires (en ce qui concerne la Bosnie-Herzégovine, voir par exemple le paragraphe 25 de l'arrêt, et le paragraphe 44 pour ce qui est de la Serbie, les éléments mis à la disposition de la Cour ne comportant aucune indication sur les mesures d'urgence prises par la Croatie et l'ex-République yougoslave de Macédoine au début des années 1990, voir les paragraphes 42 et 52 de l'arrêt). La Slovénie avait accepté dès 1991 de reprendre à sa charge la garantie initialement accordée par l'ex-RSFY et, en 1993, de rembourser les fonds initiaux majorés des intérêts acquis, mais seulement ceux qui avaient été déposés dans des succursales bancaires slovènes (sachant que cet engagement s'étendait aux banques slovènes et aux succursales slovènes de banques étrangères, voir le

paragraphe 48 de l'arrêt). La garantie accordée par la Bosnie-Herzégovine ne couvrait que les banques bosniennes (paragraphe 24 de l'arrêt).

Il va sans dire que toutes ces dispositions prises immédiatement après l'effondrement de la RSFY étaient des mesures d'urgence visant à inspirer confiance dans les nouvelles structures étatiques et à éviter un mécontentement profond et un mouvement de protestation à une époque perturbée. Au fil du temps, d'autres mesures furent adoptées. Elles étaient adaptées aux besoins concrets de chacun des États successeurs et s'accompagnaient de mécanismes d'inclusion et d'exclusion (par exemple, la Bosnie-Herzégovine a garanti et par la suite remboursé les seuls dépôts effectués dans les banques bosniennes – paragraphes 24 et 27 de l'arrêt – tandis que la Serbie a exclu de son programme de remboursement les ressortissants des autres États de l'ex-RSFY (paragraphe 45 de l'arrêt)). Au contraire, l'ex-République yougoslave de Macédoine a remboursé l'intégralité des dettes correspondant aux anciens dépôts en devises (paragraphe 52 de l'arrêt), tandis que cette question semble prêter à controverse en ce qui concerne la Croatie (paragraphe 42 de l'arrêt et *Kovačić et autres*, précité, § 183).

La Cour n'a pas compétence *ratione temporis* pour examiner dans quelle mesure les dispositions adoptées avant l'entrée en vigueur de la Convention portaient atteinte aux droits des requérants au titre de l'article 1 du Protocole n° 1 ou étaient discriminatoires et contraires à cette disposition combinée avec l'article 14. Au moment de l'entrée en vigueur de la Convention dans chacun des États concernés, les requérants se trouvaient depuis plusieurs années déjà dans l'impossibilité d'accéder à leurs dépôts. Par conséquent, j'estime que les devoirs des États au titre de la Convention doivent être analysés en termes d'obligations positives et non en termes d'ingérence. Concrètement, les fonds des intéressés avaient déjà disparu et ne pouvaient disparaître à nouveau, mais les pertes encourues devaient faire l'objet d'une indemnisation.

#### 4. *La violation d'obligations positives*

Dans le cadre de la succession d'États, l'article 1 du Protocole n° 1 imposait aux États défendeurs une double obligation : sur le plan vertical, ils devaient réparer les pertes subies par les requérants et leur apporter une aide immédiate tandis que, sur le plan horizontal, ils devaient négocier entre eux pour parvenir à une répartition adéquate des dettes contractées dans un système qu'ils avaient tous contribué à mettre en place. Si le premier de ces devoirs était une conséquence directe de l'article 1 de la Convention, il était étroitement lié au second, qui découlait du droit international général et de l'Accord sur les questions de succession. La Cour rappelle fréquemment que les droits garantis par la Convention ne sont pas théoriques ou illusoire,

mais concrets et effectifs. Le droit à une indemnisation ne peut être effectif que si le débiteur de celle-ci est clairement identifié. En conséquence, tous les États défendeurs avaient l'obligation positive de négocier sur la question des « anciens » dépôts en devises.

J'estime que la Croatie a manqué à ce devoir en refusant en 2002 de continuer à négocier (paragraphe 63 de l'arrêt), alors même que tous les autres États concernés souhaitaient reprendre les négociations.

En ce qui concerne l'obligation positive de compenser les pertes subies par les requérants, je souscris à l'opinion de la majorité selon laquelle la Slovénie et la Serbie ont manqué à cette obligation au titre de l'article 1 du Protocole n° 1. En restructurant l'ancienne Ljubljanska Banka Ljubljana et en transférant la majeure partie des actifs de cet établissement à la Nova Ljubljanska Banka en 1994, alors que la Convention était déjà entrée en vigueur, la Slovénie a *de facto* empêché tout remboursement sans pour autant prendre la moindre mesure compensatoire (paragraphe 49 de l'arrêt). Il en va de même de la Serbie, qui n'a rien fait pour empêcher la faillite d'Investbanka (paragraphe 47 de l'arrêt).

En revanche, je marque mon désaccord avec la conclusion de la majorité exonérant la Bosnie-Herzégovine de toute responsabilité à cet égard. En refusant délibérément de garantir et de rembourser les « anciens » dépôts en devises effectués dans les succursales étrangères des banques bosniennes (paragraphe 24 et suivants de l'arrêt), la Bosnie-Herzégovine a laissé les violations des droits de l'homme se poursuivre. L'exemple de l'ex-République yougoslave de Macédoine (paragraphe 52 de l'arrêt) et le règlement de la question des dépôts effectués auprès de la caisse d'épargne postale – aux termes duquel chacun des États successeurs a garanti les fonds déposés dans les succursales situées sur son territoire (paragraphe 64 de l'arrêt) – montrent que l'exclusion de la responsabilité de l'État où les dépôts avaient été effectués ne faisait pas consensus. Le refus catégorique de payer opposé par la Bosnie-Herzégovine est d'autant plus injustifié qu'il est incontestable qu'une partie des fonds lui a été rétrocédée par le biais du système des transferts.

En d'autres termes, la majorité n'a pas examiné les obligations positives de tous les États défendeurs contre lesquels les griefs des requérants étaient dirigés.

### **C. Le système d'indemnisation**

#### *1. Une indemnisation fondée sur des dispositifs conçus avant l'entrée en vigueur de la Convention*

La majorité de la Grande Chambre a enjoint à la Slovénie de « prendre (...) toutes les mesures (...) nécessaires pour permettre à M<sup>me</sup> Ališić, à

M. Sadžak et à tous ceux qui se trouvent dans la même situation qu'eux de recouvrer leurs « anciens » fonds en devises dans les mêmes conditions que les personnes ayant déposé de tels fonds dans les succursales slovènes de banques slovènes», c'est-à-dire de rembourser les dépôts initiaux majorés des intérêts acquis (paragraphe 146 et 48 de l'arrêt<sup>2</sup>). Pour sa part, la Serbie doit rembourser les « anciens » dépôts d'épargne en devises « dans les mêmes conditions que les ressortissants serbes ayant déposé de tels fonds dans les succursales serbes de banques serbes », c'est-à-dire pour partie en numéraire et pour partie en obligations d'État (paragraphe 146 et 45 de l'arrêt).

Une telle solution aurait été justifiée si la Cour avait conclu à la violation de l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14, car elle aurait alors constitué un remède adéquat à un traitement discriminatoire. Elle aurait également été justifiée sur le terrain de l'enrichissement sans cause s'il avait été établi que la Slovénie et la Serbie étaient encore en possession des fonds déposés par les requérants et qu'elles avaient perçu des intérêts sur ces sommes au cours de la période 1990-2014.

Or aucune de ces conditions n'est remplie en l'espèce.

La Cour a expressément indiqué qu'il n'y avait pas lieu de conclure à la violation de l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 dans la présente affaire.

En ce qui concerne la question de « l'enrichissement sans cause », il convient de tenir compte des éléments exposés ci-après.

En premier lieu, il est indiscutable que les fonds n'ont pas tous « abouti » en Slovénie et en Serbie (paragraphe 116 de l'arrêt). Par conséquent, il est inapproprié d'exiger de la Slovénie et de la Serbie le remboursement de l'intégralité des « anciens » dépôts en devises. À l'époque socialiste, les banques associées implantées en Slovénie et en Serbie rétrocédaient une partie des fonds qu'elles avaient reçus pour permettre aux banques de base de couvrir leurs besoins de liquidités (paragraphe 18 et 19 de l'arrêt). Les prêts en dinars (initialement exempts d'intérêts) ayant été accordés par la Banque nationale de Yougoslavie à des sociétés implantées en Bosnie-Herzégovine sur la base des devises transférées et ayant ainsi bénéficié à l'économie locale, la règle de droit international qui régit les dettes locales (article 29 de la Résolution sur la succession d'États en matière de biens et de dettes adoptée par l'Institut de droit international, paragraphe 60 de l'arrêt) n'apparaît pas « évidemment » inapplicable, contrairement à ce qu'indique la majorité de la Grande Chambre au paragraphe 121 de l'arrêt. En deuxième lieu, il ne

---

2. L'exécution de l'arrêt risque de poser problème. Adoptée en 1993, la loi à laquelle la Grande Chambre s'est référée ne régit pas les taux d'intérêt au-delà de cette époque, de sorte qu'il est difficile de savoir quel sera le régime applicable aux intérêts acquis après 1993.

prête pas à controverse que des fonds ont été versés à la Banque nationale de Yougoslavie, à Belgrade, par le biais du système des transferts. En troisième et dernier lieu, dès lors que la RSFY elle-même avait estimé que des mesures d'urgence s'imposaient et qu'elle avait pris de telles dispositions (paragraphe 22 de l'arrêt), il est fort probable que la majeure partie des fonds avaient déjà disparu à « l'époque yougoslave ».

D'ailleurs, s'appuyant sur la Résolution 1410 (2004) relative à la restitution des dépôts en devises étrangères effectués dans les filiales de l'ancienne Ljubljanska Banka situées en dehors du territoire de la Slovénie entre 1977 et 1991 adoptée par l'Assemblée parlementaire le 23 novembre 2004 et sur la note introductive préparée par M. Jurgens, rapporteur, la Cour s'est exprimée ainsi dans l'affaire *Suljagić* (précitée, § 51) :

« (...) L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a établi que, de ce fait, une grande partie des dépôts initiaux avaient disparu avant la dissolution de la RSFY (...) »

## 2. *La question de l'indemnisation dans les affaires liées à des changements de régime politique*

Par ailleurs, l'approche adoptée par la Grande Chambre en l'espèce n'est pas compatible avec la jurisprudence établie par la Cour dans des affaires similaires. En général, la Cour est très peu encline à condamner des États pour des violations de droits patrimoniaux survenues avant l'entrée en vigueur de la Convention à leur égard (*Kopecký c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98, §§ 53-61, CEDH 2004-IX, *Von Maltzan et autres c. Allemagne* (déc.) [GC], n°s 71916/01, 71917/01 et 10260/02, §§ 110-114, CEDH 2005-V, et *Jahn et autres c. Allemagne* [GC], n°s 46720/99, 72203/01 et 72552/01, §§ 99-117, CEDH 2005-VI). Il est fait exception à ce principe lorsque sont en cause des violations continues (*Loizidou c. Turquie* (fond), 18 décembre 1996, §§ 63-64, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI) ou des espérances légitimes portant sur des intérêts patrimoniaux (*Broniowski c. Pologne* (déc.) [GC], n° 31443/96, §§ 97-102, CEDH 2002-X). En revanche, lorsque des violations de l'article 1 du Protocole n° 1 sont liées à des événements de grande ampleur survenus avant l'entrée en vigueur de la Convention, la Cour s'accommode de dispositifs offrant une indemnisation inférieure à la réparation intégrale du préjudice subi (*Broniowski c. Pologne* (règlement amiable) [GC], n° 31443/96, §§ 31 et 43, CEDH 2005-IX, *Hutten-Czapska c. Pologne* (règlement amiable) [GC], n° 35014/97, § 27, 28 avril 2008, et *Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie* [GC], n° 71243/01, §§ 115 et 118-131, 25 octobre 2012).

Dans l'affaire *Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie* (*ibidem*, § 113), la Cour l'a précisé en ces termes :

«Ce principe s'impose avec encore plus de vigueur lorsque sont en cause des lois adoptées dans le contexte d'un changement de régime politique et économique, surtout au cours d'une période initiale de transition nécessairement marquée par des bouleversements et des incertitudes. En pareil cas, l'État dispose d'une marge d'appréciation particulièrement large (voir, notamment, *Kopecný c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98, § 35, CEDH 2004-IX, *Jahn et autres* précité, § 116 a), et *Suljagić c. Bosnie-Herzégovine*, n° 27912/02, § 42, 3 novembre 2009). Ainsi la Cour a-t-elle jugé qu'une indemnisation inférieure à une réparation intégrale pouvait s'imposer également, *a fortiori*, en cas de mainmise sur des biens visant à opérer «des changements du système constitutionnel d'un pays aussi radicaux que la transition de la monarchie à la république» (*Ex-roi de Grèce et autres* (fond) précité, § 87). Elle a réaffirmé ce principe dans l'arrêt *Broniowski* précité (§ 182), où était en cause une politique de restitution de biens et d'indemnisation, précisant qu'un dispositif de réglementation des rapports de propriété «ayant de lourdes conséquences et prêtant à controverse, dont l'impact économique sur l'ensemble du pays [était] considérable» pouvait impliquer des décisions restreignant l'indemnisation pour la privation ou la restitution de biens à un niveau inférieur à la valeur marchande de ceux-ci. La Cour a également réitéré ces principes en ce qui concerne l'adoption de lois dans «le contexte unique de la réunification allemande» (*Von Maltzan et autres c. Allemagne* (déc.) [GC], n°s 71916/01, 71917/01 et 10260/02, §§ 77 et 111-112, CEDH 2005-V, et *Jahn et autres* précité).

Certes, les affaires précitées portaient sur des expropriations de biens fonciers. Cela étant, aucune raison convaincante n'impose de réserver aux pertes de placements à risque un traitement nettement plus favorable qu'aux pertes de biens fonciers et d'exiger des responsables des premières, outre le remboursement intégral des sommes perdues, le versement des intérêts non perçus.

Il faut relever que, dans d'autres affaires portant sur l'indemnisation d'«anciens» dépôts en devises disparus, la Cour s'est accommodée de remboursements très réduits et qu'elle a reconnu aux États défendeurs une ample marge d'appréciation en la matière (*Trajkovski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* (déc.), n° 53320/99, CEDH 2002-IV, *Suljagić*, précité, §§ 27-30 et 52-54, et *Molnar Gabor*, précité, §§ 21, 23-25, 50).

Par ailleurs, en ce qui concerne plus particulièrement les taux d'intérêt stipulés dans les régimes initiaux mis en place dans les années 1980, on peut considérer que toute espérance légitime d'en obtenir le paiement avait disparu lorsque la Convention est entrée en vigueur à l'égard de la Slovénie (en 1994) et de la Serbie (en 2004). En revanche, les effets de l'inflation sur les dépôts initiaux effectués en marks allemands doivent entrer en ligne de compte aux fins de la fixation d'une indemnisation adéquate (*Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie* (satisfaction équitable) [GC], n° 71243/01, §§ 38-44, CEDH 2014).

### 3. *La subsidiarité et la marge d'appréciation*

Jusqu'à présent, lorsqu'elle a été conduite à mettre en place des procédures pilotes, la Cour avait toujours laissé une ample marge d'appréciation aux États membres pour rechercher une solution adéquate à des problèmes systémiques. Dans les deux premières affaires (*Broniowski* et *Hutten-Czapska*, précitées), la Grande Chambre a entériné le règlement amiable conclu par les parties, tant sur le plan des mesures générales que des mesures individuelles, s'accommodant ainsi de systèmes de remboursement offrant une indemnisation inférieure à la réparation intégrale du préjudice en ce qui concerne d'autres personnes lésées. Dans un arrêt récent rendu en l'affaire *Kurić et autres c. Slovénie* (satisfaction équitable) ([GC], n° 26828/06, CEDH 2014), où les parties n'étaient pas parvenues à un règlement amiable, la Cour a dûment tenu compte du fait que le gouvernement slovène avait mis en place un régime d'indemnisation *ad hoc* au niveau interne après l'expiration du délai indiqué dans l'arrêt au principal afin d'assurer un redressement adéquat aux « personnes effacées » (*ibidem*, §§ 138-140). À cet égard, la Grande Chambre a considéré que, conformément au principe de subsidiarité et à la marge d'appréciation qui en découlait, le montant des indemnités accordées au niveau national à d'autres personnes touchées, dans le cadre des mesures générales prises en vertu de l'article 46 de la Convention, relevait de l'appréciation de l'État défendeur, pour autant que ce montant fût compatible avec l'arrêt de la Cour ordonnant ces mesures (*ibidem*, § 141, et, *mutatis mutandis*, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (n° 2) [GC], n° 32772/02, § 88, CEDH 2009).

### 4. *La nécessaire coopération des États successeurs en vue de la recherche de solutions adéquates*

J'ai indiqué ci-dessus que l'on ne pouvait faire abstraction du contexte de la succession d'États pour déterminer qui était responsable des violations des droits de l'homme constatées en l'espèce. Cela vaut également pour la mise en place d'un système d'indemnisation. La coopération de tous les États successeurs en vue de l'établissement d'un tel système et de la vérification des créances qui en relèvent revêt une importance cruciale. La Cour a déjà été confrontée à des abus regrettables à cet égard, notamment de la part de deux des requérants de l'affaire *Kovačić et autres* (précitée, § 260), qui avaient omis de l'informer qu'ils avaient obtenu le remboursement intégral de leurs dépôts à la suite d'un jugement rendu par le tribunal de comté d'Osijek le 7 juillet 2005.

Dans l'arrêt *Suljagić* (précité, § 19), la Cour s'est exprimée ainsi :

« Les dispositions législatives réglementant l'usage des « anciens » dépôts d'épargne en devises dans le cadre du processus de privatisation n'étaient guère attractives et ont

donné lieu à des abus. Un marché parallèle apparut, où les dépôts en question se négociaient parfois à 3 % seulement de leur valeur nominale. (...)»

Je considère que l'importante question de la nécessaire coopération des États défendeurs au dispositif de vérification des créances n'a pas été suffisamment examinée dans l'arrêt.

#### **D. L'autre solution à donner à l'affaire**

En résumé, j'estime, d'une part, que la Slovénie, la Bosnie-Herzégovine et la Croatie sont responsables de la violation des droits de M<sup>me</sup> Ališić et de M. Sadžak au titre de l'article 1 du Protocole n° 1 et de l'article 13 et, d'autre part, que la Serbie, la Bosnie-Herzégovine et la Croatie sont responsables de la violation des droits de M. Šahdanović au titre des mêmes dispositions. La Croatie, responsable uniquement d'avoir prolongé la durée des atteintes aux droits des requérants, doit régler une partie des sommes allouées par la Cour pour préjudice moral. La Slovénie et la Serbie, principales responsables de ces violations, doivent payer la majeure partie des sommes accordées au titre du dommage matériel. La Bosnie-Herzégovine est également responsable du préjudice moral et du dommage matériel subis par les requérants, mais dans une mesure nettement moindre.

Les États défendeurs étant conjointement responsables du système instauré en RSFY, ils doivent coopérer en vue de la mise en place d'un dispositif d'indemnisation approprié.

De telles conditions devraient permettre d'indemniser convenablement les personnes illégalement privées de leurs fonds et de garantir l'exécution rapide de l'arrêt.

HÄMÄLÄINEN v. FINLAND  
*(Application no. 37359/09)*

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 16 JULY 2014<sup>1</sup>

---

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



SUMMARY<sup>1</sup>**Refusal to give applicant female identity number following sex change unless marriage was transformed into a civil partnership**

As regards the positive obligation under Article 8 to recognise the change of gender undergone by post-operative transsexuals, it is not disproportionate for the State to require, as a precondition to legal recognition of an acquired gender, that the applicant's marriage be converted into a registered partnership as that is a genuine option which provides legal protection for same-sex couples that is almost identical to that of marriage (see paragraphs 68 and 87 of the judgment).

**Article 8**

*Respect for private and family life – Refusal to give applicant female identity number following sex change unless marriage was transformed into a civil partnership – Positive obligation to recognise change of gender undergone by post-operative transsexuals – Change of gender in context of pre-existing marriage – Same-sex marriage – Possibility of converting existing marriage into registered partnership – Margin of appreciation – Proportionality*

\*

\* \*

*Facts*

Under Finnish law, marriage is only permitted between persons of opposite sex. However, while same-sex couples are not permitted to marry, they can contract a civil partnership. The applicant was born a male and married a woman in 1996. The couple had a child in 2002. In 2009 the applicant underwent gender reassignment surgery. However, although she changed her first names she could not have her identity number changed to a female one unless her wife consented to the transformation of their marriage into a civil partnership or the couple divorced. Both the applicant and her spouse wished to remain married as a divorce would be against their religious convictions and they considered that a civil partnership did not provide the same security as marriage for them and their child.

In her application to the Court, the applicant complained, *inter alia*, under Article 8 that her right to private and family life had been violated when the full recognition of her new gender was made conditional on the transformation of her marriage into a civil partnership.

---

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

*Law*

(1) Article 8: The question to be determined by the Court was whether respect for the applicant's private and family life entailed a positive obligation on the State to provide an effective and accessible procedure allowing the applicant to have her new gender legally recognised while remaining married.

The Court reiterated that the Convention did not impose an obligation on the Contracting States to allow same-sex marriage. The regulation of the effects of a change of gender in the context of marriage fell to a large extent, though not entirely, within the margin of appreciation of the Contracting States. Furthermore, the Convention did not require that any further special arrangements be put in place for situations such as the applicant's. The Grand Chamber also noted that there was still no European consensus on allowing same-sex marriages and no consensus in those States which did not allow same-sex marriages as to how to deal with gender recognition in the case of a pre-existing marriage (the situation in the applicant's case). Indeed, the majority of the States did not have any kind of legislation on gender recognition in place. In the absence of a consensus, and given the sensitive moral and ethical issues at stake, Finland had to be afforded a wide margin of appreciation, both as to its decision whether or not to enact legislation concerning legal recognition of the new gender of post-operative transsexuals and, having intervened, to the rules laid down in order to achieve a balance between the competing public and private interests.

Finnish law currently provided the applicant with three options. Leaving aside the options of maintaining the status quo or divorcing, the applicant's complaint was primarily directed at the possibility of converting the marriage into a civil partnership, with the consent of her wife. According to the Government, the aim of the relevant legislation was to unify the varying practices applied in different parts of the country and to establish coherent requirements for legal gender recognition. If the spouse's consent was received, it provided both for legal recognition of the new gender and legal protection of the relationship. The Court found that, since the conversion of the marriage into a civil partnership was automatic under the Finnish system, the spouse's consent to registration of the change of gender was an elementary requirement designed to protect each spouse from the effect of unilateral decisions taken by the other.

Moreover, the applicant and her wife would not lose any other rights if their marriage were converted into a registered partnership. Thus, for example, for the purposes of assessing pension rights, the length of the relationship would be calculated from the date of the marriage, not from the date of its conversion into a civil partnership. Turning to the family-life aspects of the case, the Court observed that the civil partnership would not affect the paternity of the applicant's daughter as it had already been validly established during the marriage. Nor did the gender reassignment have any legal effects on the responsibility for the care, custody, or maintenance of the child, as responsibility in Finland was based on parenthood, irrespective of sex or

form of partnership. Consequently, the change to a civil partnership would have no implications for the applicant's family life.

While it was regrettable that she was inconvenienced on a daily basis by her incorrect identity number, the applicant had a genuine possibility of changing that state of affairs via the conversion, at any time, of her marriage into a registered partnership with the consent of her spouse. In the Court's view, it was not disproportionate to require such a conversion as a precondition to legal recognition of an acquired gender, as that was a genuine option which provided legal protection for same-sex couples that was almost identical to that of marriage. The minor differences between these two legal concepts were not capable of rendering the Finnish system deficient from the point of view of the State's positive obligation. The system as a whole was not disproportionate in its effects on the applicant and a fair balance had been struck between the competing interests in the case.

*Conclusion:* no violation (fourteen votes to three).

(2) Article 14 in conjunction with Article 8: The Grand Chamber reiterated that in order for an issue to arise under Article 14 there must be a difference in treatment of persons in relevantly similar situations. In her complaints, the applicant had compared her situation to that of cissexuals, who obtained legal gender recognition automatically at birth and whose marriages, according to the applicant, did not run the risk of "forced" divorce in the way that hers did. The Grand Chamber found, however, that the applicant's situation and the situation of cissexuals were not sufficiently similar to be compared with each other.

*Conclusion:* no violation (fourteen votes to three).

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

*A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, ECHR 2010

*Airey v. Ireland*, 9 October 1979, Series A no. 32

*B. v. France*, 25 March 1992, Series A no. 232-C

*Botta v. Italy*, 24 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I

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

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

*Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, ECHR 2007-V

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

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

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

*Gaskin v. the United Kingdom*, 7 July 1989, Series A no. 160

*Glass v. the United Kingdom*, no. 61827/00, ECHR 2004-II

*Grant v. the United Kingdom*, no. 32570/03, ECHR 2006-VII

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

*Konstantin Markin v. Russia* [GC], no. 30078/06, ECHR 2012

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

*L. v. Lithuania*, no. 27527/03, ECHR 2007-IV

*McGinley and Egan v. the United Kingdom*, 9 June 1998, *Reports* 1998-III  
*Nitecki v. Poland* (dec.), no. 65653/01, 21 March 2002  
*Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, ECHR 2003-III  
*Parry v. the United Kingdom* (dec.), no. 42971/05, ECHR 2006-XV  
*Pentiacova and Others v. Moldova* (dec.), no. 14462/03, ECHR 2005-I  
*Petrovic v. Austria*, 27 March 1998, *Reports* 1998-II  
*Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, ECHR 2002-III  
*Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986, Series A no. 106  
*Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, ECHR 2005-X  
*S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, ECHR 2011  
*Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, ECHR 2010  
*Sentges v. the Netherlands* (dec.), no. 27677/02, 8 July 2003  
*Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, ECHR 1999-VI  
*Söderman v. Sweden* [GC], no. 5786/08, ECHR 2013  
*Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, ECHR 2006-VI  
*Vallianatos and Others v. Greece* [GC], nos. 29381/09 and 32684/09, ECHR 2013  
*Van Kück v. Germany*, no. 35968/97, ECHR 2003-VII  
*X and Others v. Austria* [GC], no. 19010/07, ECHR 2013  
*X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, Series A no. 91  
*X, Y and Z v. the United Kingdom*, 22 April 1997, *Reports* 1997-II

**In the case of Hämäläinen v. Finland,**

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

Dean Spielmann, *President*,

Josep Casadevall,

Guido Raimondi,

Ineta Ziemele,

Mark Villiger,

Isabelle Berro,

Khanlar Hajiyev,

Danutė Jočienė,

Päivi Hirvelä,

András Sajó,

Linos-Alexandre Sicilianos,

Erik Møse,

Helen Keller,

André Potocki,

Paul Lemmens,

Valeriu Grițco,

Faris Vehabović, *judges*,

and Johan Callewaert, *Deputy Grand Chamber Registrar*,

Having deliberated in private on 16 October 2013 and 11 June 2014,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 37359/09) against the Republic of Finland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Finnish national, Ms Heli Maarit Hannele Hämäläinen (“the applicant”), on 8 July 2009. Having originally been designated by the initial H., the applicant subsequently agreed to the disclosure of her name.

2. The applicant was represented by Mr C. Cojocariu, a lawyer practising in London. The Finnish Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr A. Kosonen, of the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant alleged, in particular, under Articles 8 and 14 of the Convention that her right to private and family life had been violated

when the full recognition of her new gender was made conditional on the transformation of her marriage into a registered partnership.

4. The application was allocated to the Fourth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 13 November 2012 a Chamber, composed of Lech Garlicki, President, Päivi Hirvelä, George Nicolaou, Ledi Bianku, Zdravka Kalaydjieva, Nebojša Vučinić and Vincent A. De Gaetano, judges, and Lawrence Early, Section Registrar, delivered its judgment. It decided, unanimously, to declare the complaints concerning Articles 8, 12 and 14 of the Convention admissible and the remainder of the application inadmissible, and held that there had been no violation of Article 8 of the Convention, no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8, and that there was no need to examine the case under Article 12 of the Convention.

5. On 13 February 2013 the applicant requested that the case be referred to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention. A panel of the Grand Chamber accepted the request on 29 April 2013.

6. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24. At the final deliberations, Danutė Jočienė continued to sit in the case following the expiry of her term of office (Article 23 § 3 of the Convention and Rule 24 § 4).

7. The applicant and the Government each filed further observations on the merits (Rule 59 § 1). In addition, third-party comments were received from Amnesty International and Transgender Europe, which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3).

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

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr	A. Kosonen, Director, Ministry of Foreign Affairs,	<i>Agent,</i>
Ms	S. Silvola, Senior Adviser, Ministry of Justice,	
Ms	M. Faurie, Senior Officer, Ministry of Social Affairs and Health,	
Ms	K. Fokin, Legal Officer, Ministry of Foreign Affairs,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicant*

Mr	C. Cojocariu, Lawyer, Interights,	<i>Counsel,</i>
Ms	V. Vandova, Legal Director, Interights,	<i>Adviser.</i>

The applicant was also present.

The Court heard addresses by Mr Kosonen, Mr Cojocariu and Ms Silvola, as well as their replies to questions put by Judges Hirvelä, Sajó and Lemmens.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicant was born in 1963 and lives in Helsinki.

10. The applicant was born male. She always felt that she was a female in a male body but decided to cope with the situation. In 1996 she married a woman and in 2002 they had a child.

11. The applicant started feeling worse in 2004, and decided in 2005 to seek medical help. In April 2006 she was diagnosed as a transsexual. Since that time, she has lived as a woman. On 29 September 2009 she underwent gender reassignment surgery.

12. On 7 June 2006 the applicant changed her first names and renewed her passport and driver's licence but she could not have her identity number changed. The identity number still indicates that she is male, as does her passport.

#### **A. Proceedings to have her identity number changed**

13. On 12 June 2007 the applicant requested the local registry office (*maistraatti, magistraten*) to confirm her status as female and to change her male identity number to a female one as it no longer corresponded to the reality.

14. On 19 June 2007 the local registry office refused the applicant's request. It found that, under sections 1 and 2 of the Transsexuals (Confirmation of Gender) Act (*laki transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta, lagen om fastställande av transsexuella personers könstillhörighet*), confirmation of such status required that the person was not married or that the spouse gave his or her consent (see paragraph 29 below). As the applicant's wife had not given her consent to the transformation of their marriage into a registered partnership (*rekisteröity parisuhde, registrerat partnerskap*), the applicant's new gender could not be recorded in the population register.

15. On 6 July 2007 the applicant instituted proceedings in the Helsinki Administrative Court (*hallinto-oikeus, förvaltningsdomstolen*) complaining, *inter alia*, that her wife's decision not to give her consent, which she was perfectly entitled to withhold as they both preferred to remain married, meant that the applicant could not be registered as female. A divorce would

be against their religious convictions. A registered partnership did not provide the same security as marriage and would mean, among other things, that their child would be placed in a different situation from children born in wedlock.

16. On 5 May 2008 the Helsinki Administrative Court dismissed the applicant's complaint on the same grounds as the local registry office. Moreover, it found, *inter alia*, that the impugned decision of 19 June 2007 was not contrary to Article 6 of the Finnish Constitution as same-sex partners had the possibility, by registering their relationship, to benefit from family-law protection in a manner partially comparable to marriage. Similarly, sections 1 and 2 of the Transsexuals (Confirmation of Gender) Act did not violate the constitutional rights of the applicant's child.

17. On 8 May 2008 the applicant appealed to the Supreme Administrative Court (*korkein hallinto-oikeus, högsta förvaltnings-domstolen*), reiterating the grounds submitted before the local registry office and the Helsinki Administrative Court. She also asked the court to make a request for a preliminary ruling to the Court of Justice of the European Communities, in particular on the interpretation of Article 8 of the Convention. Referring to Articles 8 and 14 of the Convention, the applicant claimed that the State should not tell her that a registered partnership was appropriate for her, especially when this required that her wife become a lesbian. Their sexual identity was a private matter which could not be a condition for confirmation of gender. Transgenderism was a medical condition falling within the scope of private life. The State was violating her right to privacy every time the male identity number revealed that she was a transsexual. Moreover, she claimed that if her marriage were turned into a registered partnership, it would mean that she could no longer be a legal father to her child and could not be her mother either, as a child could not have two mothers.

18. On 3 February 2009 the Supreme Administrative Court refused the applicant's request to apply for a preliminary ruling to the Court of Justice of the European Communities and dismissed her appeal. It found that by enacting the Transsexuals (Confirmation of Gender) Act the legislature had not intended to change the fact that only a man and a woman could marry and that same-sex partners could have their relationship judicially confirmed by registering it. The European Court of Human Rights had found, under Article 12 of the Convention, that there were no acceptable grounds for denying transsexuals the right to marry but that the margin of appreciation in this respect was wide. It was not possible under Finnish law for persons of the same sex to marry, but in such a case they could enter into a registered partnership. As to its legal and economic consequences, a registered partnership was essentially comparable to marriage. The question

of transforming the institution of marriage into a gender-neutral one brought significant ethical and religious values into play and required the enactment of an Act of Parliament. The current state of the law was within the margin of appreciation afforded to the State by the Convention.

### **B. Extraordinary proceedings**

19. On 29 October 2009 the applicant lodged an extraordinary appeal with the Supreme Administrative Court, requesting it to overturn its previous decision of 3 February 2009. She stated that she had undergone gender reassignment surgery on 29 September 2009 and that she could no longer prove that she had been male as indicated by her identity number and passport. Even though, for marriage purposes, she would still be considered as male, the fact remained that she should not be discriminated against on account of her gender.

20. On 18 August 2010 the Supreme Administrative Court dismissed the extraordinary appeal.

### **C. Other proceedings**

21. On an unspecified date the applicant also lodged a complaint with the Ombudsman for Equality (*Tasa-arvovaltuutettu, Jämställdhetsombudsmannen*), complaining, *inter alia*, that she had the wrong identity number.

22. On 30 September 2008 the Ombudsman for Equality stated that she could not take a stand on the identity number issue as the matter had already been dealt with by the Administrative Court and the Ombudsman was not competent to supervise the courts. Moreover, the matter was pending before the Supreme Administrative Court.

## **II. RELEVANT DOMESTIC LAW**

### **A. The Finnish Constitution**

23. Article 6 of the Finnish Constitution (*Suomen perustuslaki, Finlands grundlag*; Law no. 731/1999) provides as follows.

“Everyone is equal before the law.

No one shall, without an acceptable reason, be treated differently from other persons on the ground of sex, age, origin, language, religion, conviction, opinion, health, disability or other reason that concerns his or her person. Children shall be treated equally and as individuals and they shall be allowed to influence matters pertaining to themselves to a degree corresponding to their level of development.

Equality of the sexes shall be promoted in society and working life, especially in the determination of pay and other terms of employment, as provided for in more detail by an [implementing] Act.”

### **B. The Marriage Act**

24. Section 1 of the Marriage Act (*avioliittolaki, äktenskapslagen*; Law no. 411/1987) provides that marriage is between a woman and a man.

25. Section 115 of the same Act (as amended by Law no. 226/2001) provides as follows:

“A marriage concluded between a woman and a man in a foreign State before an authority of that State shall be valid in Finland if it is valid in the State in which it was concluded or in a State of which either spouse was a citizen or in which either spouse was habitually resident at the time of conclusion of the marriage.”

### **C. The Registered Partnerships Act**

26. Under section 1 of the Registered Partnerships Act (*laki rekisteröidystä parisuhteesta, lagen om registrerat partnerskap*; Law no. 950/2001), a partnership between two persons of the same sex and over 18 years of age may be registered as provided by the Act.

27. Section 8(1) of the same Act provides:

“The registration of the partnership shall have the same legal effects as the conclusion of marriage, unless otherwise provided.”

### **D. The Transsexuals (Confirmation of Gender) Act**

28. Section 1 of the Transsexuals (Confirmation of Gender) Act (*laki transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta, lagen om fastställande av transsexuella personers könstillhörighet*; Law no. 563/2002) provides that it shall be established that a person belongs to the opposite sex to the one noted in the population register if he or she

“(1) provides medical certification that he or she permanently feels that he or she belongs to the opposite gender and lives in the corresponding gender role and that he or she has been sterilised or is for some other reason incapable of reproducing;

(2) is over 18 years of age;

(3) is not married or in a registered partnership; and

(4) is a Finnish citizen or is resident in Finland.”

29. Section 2 of the Act provides for exceptions from the marital-status requirement. A marriage or registered partnership does not prevent the confirmation of gender if the spouse or the partner personally gives his or her consent to it before a local registry office. Where membership of

the opposite sex is confirmed, a marriage is turned automatically, without further action, into a registered partnership and a registered partnership into a marriage. This change is noted in the population register.

30. The *travaux préparatoires* of the Transsexuals (Confirmation of Gender) Act (Government Bill HE 56/2001 vp) state, *inter alia*, that established paternity cannot be annulled solely on the ground that the man has subsequently become a woman. Similarly, a woman who has given birth legally remains the child's mother even if she subsequently becomes a man. The duties of custody, care and maintenance of a child are primarily based on parenthood. The change of gender of a parent does not therefore affect those rights and obligations.

### III. COMPARATIVE LAW

31. From the information available to the Court, it would appear that ten member States of the Council of Europe permit same-sex marriage (Belgium, Denmark, France, Iceland, the Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden and the United Kingdom (England and Wales only)).

32. It would also appear that twenty-four member States (Albania, Andorra, Azerbaijan, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Estonia, Georgia, Greece, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, the Republic of Moldova, Monaco, Montenegro, Poland, Romania, Russia, Serbia, Slovakia, Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia) have no clear legal framework for legal gender recognition or no legal provisions that specifically deal with the status of married persons who have undergone gender reassignment. The absence of legal regulations in these member States leaves a number of questions unanswered, among which is the fate of a marriage concluded before gender reassignment surgery. In six member States (Italy, Hungary, Ireland, Malta, Turkey and Ukraine) relevant legislation on gender recognition exists. In these States the legislation specifically requires that a person be single or divorced, or there are general provisions in the civil codes or family-law provisions stating that after a change of sex any existing marriage is declared null and void or dissolved. Exceptions allowing a married person to gain legal recognition of his or her acquired gender without having to end a pre-existing marriage exist in only three member States (Austria, Germany and Switzerland).

33. It would thus appear that, where same-sex marriage is not permitted, only three member States permit an exception which would allow a married person to gain legal recognition of his or her acquired gender without having to end his or her existing marriage. In twenty-four member States the position is rather unclear, given the lack of specific legal regulations in place.

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

34. The applicant complained under Article 8 of the Convention that her right to private and family life had been violated when the full recognition of her new gender was made conditional on the transformation of her marriage into a registered partnership.

35. Article 8 of the Convention reads as follows:

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

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

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

36. In its judgment of 13 November 2012, the Chamber found that the facts of the case fell within the ambit of Article 8 of the Convention and within the scope of the concept of “private life”. There had been an interference with the applicant’s right to respect for her private life in that she had not been granted a new female identity number. This interference had a basis in national law, namely, in section 2(1) of the Transsexuals (Confirmation of Gender) Act. The interference was thus “in accordance with the law” and pursued the legitimate aim of protecting “health and morals” and the “rights and freedoms of others”.

37. As to whether the impugned measures were necessary in a democratic society, the Chamber noted that the applicant and her spouse were lawfully married under domestic law and that they wished to remain married. In domestic law, marriage was only permitted between persons of opposite sex and same-sex marriages were not permitted. The applicant could obtain a new identity number as a woman only if her spouse consented to their marriage being turned into a registered partnership. If no such consent was obtained, the applicant had a choice between remaining married and tolerating the inconvenience caused by the male identity number, or divorcing her spouse.

38. The Chamber considered that there were two competing rights which needed to be balanced against each other, namely, the applicant’s right

to respect for her private life by obtaining a new female identity number and the State's interest in maintaining the traditional institution of marriage intact. Obtaining the former while remaining married would imply a same-sex marriage between the applicant and her spouse, which was not allowed by the current legislation in force in Finland. The Chamber reiterated that, according to the Court's case-law, Article 12 of the Convention did not impose an obligation on Contracting States to grant same-sex couples access to marriage. Nor could Article 8, a provision of more general purpose and scope, be interpreted as imposing such an obligation. The Court had also held that the matter of regulating the effects of the change of gender in the context of marriage fell within the appreciation of the Contracting State.

39. The Chamber noted that consensus on same-sex marriages was evolving in the European context, and that some Council of Europe member States had already included such a possibility in their domestic legislation. In Finland, however, this possibility did not exist, although it was currently being examined by Parliament. On the other hand, the rights of same-sex couples were currently protected by the possibility to register a partnership. While it was true that the applicant faced daily situations in which the incorrect identity number created inconvenience for her, the Chamber considered that the applicant had a genuine possibility to change that state of affairs: her marriage could be turned at any time, *ex lege*, into a registered partnership with the consent of her spouse. If no such consent was obtained, the applicant had the possibility to divorce.

40. For the Chamber, it was not disproportionate to require that her spouse give consent to such a change as her rights were also at stake. Nor was it disproportionate that the applicant's marriage be turned into a registered partnership as the latter was a genuine option which provided legal protection for same-sex couples that was almost identical to that of marriage. Moreover, although there was a child from the marriage, there was no suggestion that this child, or any other individual, would be adversely affected if the applicant's marriage were turned into a registered partnership. The applicant's rights and obligations arising either from paternity or parenthood would not be altered if her marriage were turned into a registered partnership. The Chamber therefore considered that the effects of the Finnish system had not been shown to be disproportionate and that a fair balance had been struck between the competing interests. There had accordingly been no violation of Article 8 of the Convention.

## **B. The parties' submissions**

### *1. The applicant*

41. The applicant argued that, under the domestic law, she was forced to choose between two fundamental rights recognised under the Convention, namely, her right to sexual self-determination and her right to remain married, with the result that she was effectively compelled to forego one of them. Such legislation placed her in a quandary. She referred in that respect to a judgment of the Federal Constitutional Court of Germany of 27 May 2008. The object of her application was not to extend marriage rights to same-sex couples but only to preserve her pre-existing marriage to her spouse. In her case, same-sex marriage was an unintended and accidental outcome of legal gender recognition. She sought protection of a pre-acquired right and not the presumptive right to marry a woman.

42. The applicant claimed that there was an interference with both her private life and family life. Following the Court's line of reasoning in *Parry v. the United Kingdom* ((dec.), no. 42971/05, ECHR 2006-XV) and *Dadouch v. Malta* (no. 38816/07, 20 July 2010), the family-life aspect of the case could not be excluded. The margin of appreciation should be narrower where a particularly important facet of an individual's existence or identity was at stake. In her submission, the Court should narrow it down even further and move towards removing the divorce requirement in the legal gender recognition context. The margin of appreciation could not extend so far as to allow States to terminate a marriage at their discretion.

43. The applicant submitted that the divorce requirement imposed by the Transsexuals (Confirmation of Gender) Act was an unnecessary and disproportionate interference with her Article 8 rights. The balancing act carried out by the Chamber had been fundamentally flawed for several reasons.

44. Firstly, the Chamber had failed to weigh up in the balancing exercise the applicant's and her wife's acquired right to be married. If the applicant had chosen legal gender recognition, this would have terminated her marriage either through divorce or by conversion into a registered partnership. Both scenarios involved termination of the marriage. Conversion into a registered partnership was akin to divorce as the consequences of the conversion only applied for the future. As the spouse's consent was needed, divorce in these circumstances was "forced" by the State. The compulsory termination of the applicant's marriage would have substantially undermined her rights under the Convention as well as the rights of her spouse and daughter. Such dissolution of a valid marriage would have contradicted the underlying commitment to permanence in marriage, distinguishing it from other

relationships. Marriage continued to qualify for the highest degree of protection under Article 8 of the Convention. The applicant and her wife had been married for seventeen years, still lived together and had had a child together. The survival of their relationship, despite the gender reassignment of one spouse, demonstrated a high degree of mutual commitment between the spouses. Important distinctions remained between marriage and a registered partnership: when the female partner in a registered partnership gave birth, both parents did not automatically become parents as in the case of marriage. Nor was adoption possible if neither of the parents was a biological parent of the child to be adopted. The applicant and her family would have lost these rights, which were not insignificant, if they had agreed to enter into a registered partnership. It was also doubtful to what extent the legal parent-child relationship between the applicant and her daughter would have survived as there were no provisions to that effect in the Transsexuals (Confirmation of Gender) Act. The spouses had contracted marriage on the understanding, inspired by their strong religious beliefs, that it would last for life. They were not willing to relinquish their marriage under any circumstances. The applicant's gender reassignment did not necessarily transform the couple into a homosexual couple. The applicant's wife, who had entered into the heterosexual relationship seventeen years ago, continued to be heterosexual. Accordingly, the downgrading of the applicant's relationship to a registered partnership did not reflect the reality of the applicant's wife's position. She was forced to make an impossible choice between supporting the applicant or preserving their marriage. Their child's situation would be similar to that of children born out of wedlock.

45. Secondly, the applicant claimed that the Chamber had not given sufficient weight to her right to sexual self-determination. The lack of legal recognition of the applicant's female gender had had profound implications for her daily life. She had effectively been forced to reveal her transsexual condition to complete strangers in daily situations that most people took for granted. For example, the applicant travelled extensively in connection with her job but her passport still indicated that she was a man. When she travelled on her current passport, she was forced to buy airline tickets with the title "Mr". Her appearance with female characteristics at the airport, carrying a passport which stated her gender as male, had inevitably led to intrusive questioning, delays, embarrassment and distress. As Finland had allowed the applicant to change her first names to correspond to her female identity, it was illogical to deny her legal gender recognition at this juncture, thus leaving her stranded in the territory between two sexes for a potentially indeterminate period. The applicant had not chosen to become transsexual and should therefore not be punished by being deprived of her marriage.

The express requirement that legal gender recognition was contingent on the termination of marriage did not allow the Finnish courts to make an individualised assessment taking into account the applicant's circumstances. In *Schlumpf v. Switzerland* (no. 29002/06, 8 January 2009), the Court had found a violation in similar circumstances. The domestic courts had also failed to consider other alternatives that did not require the termination of marriage.

46. Thirdly, the applicant argued that the Chamber's assumption that the State's interest in protecting marriage would be fatally undermined if transsexuals were allowed to marry was inaccurate. The Chamber had wrongly assumed that the only interest of public value involved in the case was protecting the heterosexual character of marriage. The applicant did not specifically challenge the importance of preserving heterosexual marriage but claimed that forcing her to divorce in order to achieve legal gender recognition was an unnecessary and disproportionate means of achieving the State's objective. Allowing transsexuals to marry would only marginally affect heterosexual marriage as such cases were extremely rare. *De facto* or *de jure* same-sex marriages might already exist in Finland as the marriage of persons in the same situation as the applicant created the appearance of same-sex marriage. Moreover, legal gender recognition obtained in a foreign State was also valid in Finland.

47. Moreover, the applicant claimed that the Chamber had failed to take due account of the recent international trends towards abandonment of the compulsory divorce requirement, legalisation of same-sex marriage and divorce by free consent. Abandoning compulsory divorce requirements was achieved by either explicitly allowing transsexuals to marry or by legalising same-sex marriage. The applicant referred to comparative-law studies concerning legal gender recognition and marital-status requirements.

48. In Finland there had also been a trend towards abolishing the compulsory divorce requirement. The Ombudsman for Equality had suggested in 2012 that equal marriage rights for all could be a solution which would allow the continuation of marriage where one spouse was transgender. The Commissioner for Human Rights of the Council of Europe had also called for abolition of the divorce requirement following his visit to Finland in 2012. In that context, the Finnish Government had committed themselves to establishing a working group to examine the possibility of reforming the impugned legislation. There was also a European and international trend towards allowing same-sex marriages. Ten European States currently allowed same-sex marriage. The situation in Finland was also expected to change in the near future. In February 2013 the Parliamentary Law Committee had voted down a draft bill to that effect

by a narrow majority of nine votes to eight. Public support for same-sex marriage had also grown from 45% in 2006 to 58% in March 2013.

## 2. *The Government*

49. The Government agreed with the Chamber's reasoning and conclusion to the effect that there had been no violation of Article 8 of the Convention in the present case. They noted that the impugned legislation had been passed in order to prevent inequality caused by varying administrative practices throughout the country and in order to set coherent preconditions for legal gender recognition. The bill had initially required that the person requesting legal gender recognition be unmarried or not in a registered partnership and had not allowed his or her marriage or registered partnership to continue in another legally recognised form. This had been seen as unreasonable during the legislative procedure and therefore the conversion mechanism had been introduced into the provision. Since the entry into force of the Transsexuals (Confirmation of Gender) Act, at least fifteen marriages had been turned into registered partnerships and sixteen registered partnerships into marriages. In nine cases the spouses had had children together and in none of these cases had the legal parent-child relationship changed.

50. The Government noted that the applicant had on many occasions in her observations erroneously referred to compulsory divorce legislation. However, if the spouse's consent was received, the marriage turned automatically, *ex lege*, into a registered partnership. The expression "turns into" in section 2 of the Transsexuals (Confirmation of Gender) Act had been explicitly used to illustrate the fact that the legal relationship continued with only a change of title and minor changes to the content of the relationship. This continuity preserved certain derived rights, such as a widower's pension, and did not create a right or obligation to divide the property between the spouses. The length of the partnership was calculated from the beginning of the relationship, not from the change of title of it. Moreover, the rights and obligations pertaining to parenthood did not depend on the gender of the parent. Consequently, there was no obligatory divorce in Finland but, on the contrary, the possibility of divorcing was at the applicant's own discretion. Finnish legislation offered the chance to reconcile both the right to sexual self-determination and the right to marry, in the form of a registered partnership.

51. The Government pointed out that the only differences between marriage and registered partnership appeared in two areas: establishment of paternity on the basis of marriage did not apply to registered partnerships, nor did the provisions of the Adoption Act or the Names Act regarding

the family name of the spouse. However, a registered partner could adopt the other partner's child. Those exceptions were applicable only to those cases in which parenthood had not been established beforehand. Paternity presumed on the basis of marriage or established paternity could not be annulled on the ground that the man later underwent gender reassignment and became a woman. Nor did the father's gender reassignment have any legal effects on his responsibility for the care, custody or maintenance of a child as such responsibility was based on parenthood, irrespective of sex or form of partnership. The applicant was not even claiming that her legal rights and obligations would be reduced were her marriage turned into a registered partnership, but rather relied on the social and symbolic significance of marriage. The Government stressed that the applicant's legal rights and obligations *vis-à-vis* her child arising either from paternity or parenthood would not be altered and the applicant had not produced any evidence to the contrary. Finnish law did not impose compulsory divorce on the applicant, nor annulment or dissolution of marriage. Nor was there any evidence of possible implications for the applicant's private or family life as she could continue her family life without any interference.

52. The Government noted that, while the Federal Constitutional Court of Germany, in its judgment of 27 May 2008, had found a similar situation to be unconstitutional, it had left it to the legislature to decide by what means to remedy the situation. According to that court, a marriage could be transformed into a registered civil partnership or a legally secured civil partnership *sui generis* but the rights acquired by the couple and the duties imposed on them by the marriage had to remain intact. The Finnish provisions were thus in line with the said judgment of the Federal Constitutional Court of Germany.

53. The Government concluded that there was still no European consensus on allowing a transsexual's marriage to subsist following post-operative legal gender recognition or on allowing same-sex marriages. Consequently, the State's margin of appreciation should be wide and it should be able to regulate the effects of the change of gender on pre-existing marriages.

### 3. *Third-party observations*

#### (a) **Amnesty International**

54. Amnesty International noted that all human rights treaties should, as far as possible, be interpreted in harmony in order to give rise to a single set of compatible obligations. It was well-established in international human rights law that the general prohibition of discrimination included a prohibition of discrimination on the ground of sexual orientation. Both

gender identity and sexual orientation related to highly subjective notions of self. Often, discrimination based on sexual orientation or gender identity found its expression in relation to family relationships. In the vast majority of those cases, the adjudicating bodies concluded that the States had not put forward reasonable, convincing, objective or weighty arguments to justify discrimination against individuals on the ground of their sexual orientation. Stereotypes constituted a form of discrimination when they resulted in differentiated treatment that nullified or impaired the enjoyment of human rights or fundamental freedoms. Many differences in treatment based on sexual orientation had their roots in stereotypes about gender roles.

55. Same-sex relationships were gaining legal recognition equal to that of different-sex couples in many jurisdictions but the laws in many countries still made many distinctions. If two individuals in a couple identified as women, they were assumed to be lesbian. This conflation affected a person's dignity and rights by forcing a gender definition that might not align with the individual's sense of self. Such conflation was also unnecessary if the law conferred the same status and rights on all couples. States could not impose one particular vision of rights on those who did not share that vision. Traditions and values could not justify a limitation of rights even if these traditions and values were shared by the majority of society.

**(b) Transgender Europe**

56. Transgender Europe submitted in its observations comparative information regarding the situation in different Council of Europe member States as far as legal recognition of the new gender of transgender persons was concerned. In some Council of Europe member States transgender persons could not obtain any legal recognition of their gender, while in other member States legal gender recognition was dealt with in a variety of different ways. Some of the member States either allowed same-sex couples to marry or offered the option of a registered partnership. Of the States which offered the option of a registered partnership, some States currently required mandatory termination of marriage while some other States did not. Generally, there was a strong tendency among the Council of Europe member States to review their approach as a result of Recommendation Rec(2010)5 of the Committee of Ministers on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, adopted on 31 March 2010. Most of the new laws, revisions and current political discussions showed that member States took greater account of the right to self-determination of transgender individuals when designing legislation.

### C. The Court's assessment

#### 1. *Applicability of Article 8 of the Convention*

57. In the instant case the applicant formulated her complaint under Article 8 of the Convention and the Government did not dispute the applicability of that provision.

58. The Court notes that the applicant sought to have her identity number changed from a male to a female one because, having undergone male-to-female gender reassignment surgery, her old male identity number no longer corresponded to the reality.

59. The Court has held on numerous occasions that a post-operative transsexual may claim to be a victim of a breach of his or her right to respect for private life contrary to Article 8 of the Convention on account of the lack of legal recognition of his or her change of gender (see, for example, *Grant v. the United Kingdom*, no. 32570/03, § 40, ECHR 2006-VII, and *L. v. Lithuania*, no. 27527/03, § 59, ECHR 2007-IV). In the present case it is not disputed that the applicant's situation falls within the notion of "private life" within the meaning of Article 8 of the Convention.

60. The Court notes that the present case also involves issues which may have implications for the applicant's family life. Under the domestic law, the conversion of the applicant's existing marriage into a registered partnership requires the consent of her wife. Moreover, the applicant and her wife have a child together. Accordingly, the Court is of the view that the applicant's relationship with her wife and child also falls within the notion of "family life" within the meaning of Article 8 of the Convention.

61. Article 8 of the Convention therefore applies to the present case under both its private-life and family-life aspects.

#### 2. *Whether the case involves a positive obligation or an interference*

62. While the essential object of Article 8 is to protect individuals against arbitrary interference by public authorities, it may also impose on a State certain positive obligations to ensure effective respect for the rights protected by Article 8 (see, among other authorities, *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, § 23, Series A no. 91, and *Söderman v. Sweden* [GC], no. 5786/08, § 78, ECHR 2013).

63. The Court has previously found that Article 8 imposes on States a positive obligation to secure to their citizens the right to effective respect for their physical and psychological integrity (see, for example, *Nitecki v. Poland* (dec.), no. 65653/01, 21 March 2002; *Sentges v. the Netherlands* (dec.), no. 27677/02, 8 July 2003; *Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, § 42, ECHR 2003-III; *Glass v. the United Kingdom*, no. 61827/00,

§§ 74-83, ECHR 2004-II; and *Pentiacova and Others v. Moldova* (dec.), no. 14462/03, ECHR 2005-I). In addition, this obligation may involve the adoption of specific measures, including the provision of an effective and accessible means of protecting the right to respect for private life (see *Airey v. Ireland*, 9 October 1979, § 33, Series A no. 32; *McGinley and Egan v. the United Kingdom*, 9 June 1998, § 101, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III; and *Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, § 162, ECHR 2005-X). Such measures may include both the provision of a regulatory framework of adjudicatory and enforcement machinery protecting individuals' rights and the implementation, where appropriate, of these measures in different contexts (see *A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, § 245, ECHR 2010).

64. The Court observes that it is common ground between the parties that there has been an interference with the applicant's right to respect for her private life in that she was not granted a new – female – identity number. The Chamber also examined the case from that point of view. The Grand Chamber, however, is of the opinion that the question to be determined by the Court is whether respect for the applicant's private and family life entails a positive obligation on the State to provide an effective and accessible procedure allowing the applicant to have her new gender legally recognised while remaining married. The Grand Chamber therefore considers it more appropriate to analyse the applicant's complaint with regard to the positive aspect of Article 8 of the Convention.

### 3. *General principles applicable to assessing a State's positive obligations*

65. The principles applicable to assessing a State's positive and negative obligations under the Convention are similar. Regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, the aims in the second paragraph of Article 8 being of a certain relevance (see *Gaskin v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 42, Series A no. 160, and *Roche*, cited above, § 157).

66. The notion of "respect" is not clear cut, especially as far as positive obligations are concerned: having regard to the diversity of the practices followed and the situations obtaining in the Contracting States, the notion's requirements will vary considerably from case to case (see *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 72, ECHR 2002-VI). Nonetheless, certain factors have been considered relevant for the assessment of the content of those positive obligations on States. Some of them relate to the applicant. They concern the importance of the interest at stake and whether "fundamental values" or "essential aspects" of private life are in issue

(see *X and Y v. the Netherlands*, cited above, § 27, and *Gaskin*, cited above, § 49), or the impact on an applicant of a discordance between the social reality and the law, the coherence of the administrative and legal practices within the domestic system being regarded as an important factor in the assessment carried out under Article 8 (see *B. v. France*, 25 March 1992, § 63, Series A no. 232-C, and *Christine Goodwin*, cited above, §§ 77-78). Other factors relate to the impact of the alleged positive obligation at stake on the State concerned. The question here is whether the alleged obligation is narrow and precise or broad and indeterminate (see *Botta v. Italy*, 24 February 1998, § 35, *Reports* 1998-I), or about the extent of any burden the obligation would impose on the State (see *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986, §§ 43-44, Series A no. 106, and *Christine Goodwin*, cited above, §§ 86-88).

67. In implementing their positive obligations under Article 8, the States enjoy a certain margin of appreciation. A number of factors must be taken into account when determining the breadth of that margin. Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted (see, for example, *X and Y v. the Netherlands*, cited above, §§ 24 and 27, and *Christine Goodwin*, cited above, § 90; see also *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 71, ECHR 2002-III). Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider (see *X, Y and Z v. the United Kingdom*, 22 April 1997, § 44, *Reports* 1997-II; *Fretté v. France*, no. 36515/97, § 41, ECHR 2002-I; and *Christine Goodwin*, cited above, § 85). There will also usually be a wide margin of appreciation if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights (see *Fretté*, cited above, § 42; *Odièvre*, cited above, §§ 44-49; *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007-I; *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 78, ECHR 2007-V; and *S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, § 94, ECHR 2011).

68. The Court has already examined several cases relating to the lack of legal recognition of gender reassignment surgery (see, for example, *Christine Goodwin*, cited above; *Van Kück v. Germany*, no. 35968/97, ECHR 2003-VII; *Grant*, cited above; and *L. v. Lithuania*, cited above, § 56). While affording a certain margin of appreciation to States in this field, it has held that States are required, in accordance with their positive obligations under Article 8, to recognise the change of gender undergone by post-operative transsexuals through, *inter alia*, the possibility to amend the data relating to

their civil status, and the ensuing consequences (see, for example, *Christine Goodwin*, cited above, §§ 71-93, and *Grant*, cited above, §§ 39-44).

4. *Application of the general principles to the applicant's case*

69. The Court notes first of all that the applicant and her spouse were lawfully married under domestic law in 1996 and that they wish to remain married. Under domestic law, marriage is only permitted between persons of opposite sex. Same-sex marriages are not, for the time being, permitted in Finland although that possibility is currently being examined by Parliament. On the other hand, the rights of same-sex couples are currently protected by the possibility of contracting a registered partnership.

70. The Court is mindful of the fact that the applicant is not advocating same-sex marriage in general but merely wants to preserve her own marriage. However, it considers that the applicant's claim, if accepted, would in practice lead to a situation in which two persons of the same sex could be married to each other. As already stated above, no such right currently exists in Finland. Therefore, the Court must first examine whether the recognition of such a right is required in the circumstances by Article 8 of the Convention.

71. The Court reiterates its case-law according to which Article 8 of the Convention cannot be interpreted as imposing an obligation on Contracting States to grant same-sex couples access to marriage (see *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, § 101, ECHR 2010). The Court has also held that the regulation of the effects of a change of gender in the context of marriage falls to a large extent, though not entirely, within the margin of appreciation of the Contracting State (see *Christine Goodwin*, cited above, § 103). Furthermore, the Convention does not require that any further special arrangements be put in place for situations such as the present one. The Court found in 2006 in the case in *Parry* (cited above) that, even if same-sex marriage was not allowed at the time in English law, the applicants could continue their relationship in all its essentials and could also give it a legal status akin, if not identical, to marriage, through a civil partnership which carried with it almost all the same legal rights and obligations. The Court thus regarded civil partnerships as an adequate option.

72. The Court observes that the present case involves issues which are subject to constant developments in the Council of Europe member States. It will therefore examine the situation in other Council of Europe member States in respect of the issues at stake in the present case.

73. From the information available to the Court (see paragraph 31 above), it appears that, currently, ten member States allow same-sex marriage. Moreover, in the majority of the member States not allowing same-sex marriage there is either no clear legal framework for legal gender recognition

or no legal provisions specifically dealing with the status of married persons who have undergone gender reassignment. Only in six member States which do not allow same-sex marriage does relevant legislation on gender recognition exist. In those States either the legislation specifically requires that a person be single or divorced or there are general provisions stating that after a change of sex any existing marriage is declared null and void or dissolved. Exceptions allowing a married person to gain legal recognition of his or her acquired gender without having to end a pre-existing marriage seem to exist in only three member States (see paragraphs 31-33 above).

74. Thus, it cannot be said that there exists any European consensus on allowing same-sex marriages. Nor is there any consensus in those States which do not allow same-sex marriages as to how to deal with gender recognition in the case of a pre-existing marriage. The majority of the member States do not have any kind of legislation on gender recognition in place. In addition to Finland, such legislation appears to exist in only six other States. The exceptions afforded to married transsexuals are even fewer. Thus, there are no signs that the situation in the Council of Europe member States has changed significantly since the Court delivered its latest rulings on these issues.

75. In the absence of a European consensus and taking into account that the case at stake undoubtedly raises sensitive moral or ethical issues, the Court considers that the margin of appreciation to be afforded to the respondent State must still be a wide one (see *X, Y and Z v. the United Kingdom*, cited above, § 44). This margin must in principle extend both to the State's decision whether or not to enact legislation concerning legal recognition of the new gender of post-operative transsexuals and, having intervened, to the rules it lays down in order to achieve a balance between the competing public and private interests.

76. Turning now to the domestic system, the Court finds that Finnish domestic law currently provides the applicant with several options. First of all, she can maintain the status quo of her legal situation by remaining married and tolerating the inconvenience caused by the male identity number. The Court finds it established that in the Finnish system a legally contracted marriage between a different-sex couple is not annulled or dissolved on account of the fact that one of the spouses has undergone reassignment surgery and is thus subsequently of the same sex as his or her spouse. Contrary to the situation in some other countries, in Finland a pre-existing marriage cannot be unilaterally annulled or dissolved by the domestic authorities. Accordingly, nothing prevents the applicant from continuing her marriage.

77. Secondly, if the applicant wishes both to obtain legal recognition of her new gender and to have her relationship with her wife legally protected, Finnish legislation provides for the possibility to convert their marriage into a registered partnership, with the consent of the applicant's wife. Under the domestic law, if the spouse's consent to the change of gender is received, a marriage turns automatically, *ex lege*, into a registered partnership and a registered partnership into a marriage, depending on the situation.

78. The third option provided by the domestic law is the option of divorce. As for any other married couple, this option is also open to the applicant if she so wishes. Contrary to the applicant's assertions, the Court considers that there is nothing in the Finnish legal system which can be understood as implying that the applicant must divorce against her will. On the contrary, the Court finds that in the Finnish legal system the possibility of divorcing is at the applicant's own discretion.

79. Leaving aside the options of maintaining the status quo or divorcing, the applicant's complaint is primarily directed at the second option: providing legal recognition of the new gender while at the same time legally protecting an existing relationship. Thus, the key question in the present case is whether the Finnish system currently fulfils the positive obligation on the State in this respect or whether the applicant should be allowed to remain married while at the same time obtaining legal recognition of her new gender, even if that option would imply a same-sex marriage between the applicant and her spouse.

80. The Court notes that, contrary to the majority of the Council of Europe member States, there exists a legal framework in Finland designed to provide legal recognition for the change of gender. The Court observes that the aim of the impugned legislation, as explained by the Government, was to unify the varying practices applied in different parts of the country and to establish coherent requirements for legal gender recognition. If the consent of the spouse is received, the system provides both for legal recognition of the new gender and legal protection of the relationship. The system works both ways, thus providing not only for a marriage to be converted into a registered partnership, but also for a registered partnership to be converted into a marriage, depending on whether the gender reassignment surgery has the effect of turning the existing relationship into a same-sex or a heterosexual partnership. According to the information received from the Government, thirty-one such conversions have occurred so far concerning both the above-mentioned situations in almost equal measure.

81. In devising this legal framework, the Finnish legislature has opted for reserving marriage to heterosexual couples, this rule being capable of no exceptions. It therefore remains for the Court to determine whether, in the

circumstances of the case, the Finnish system currently strikes a fair balance between the competing interests and satisfies the proportionality test.

82. One of the applicant's concerns relates to the requirement of the spouse's consent, which she sees as a "forced" divorce. However, the Court considers that as the conversion is automatic under the Finnish system, the spouse's consent to the registration of a change of gender is an elementary requirement designed to protect each spouse from the effects of unilateral decisions taken by the other. The requirement of consent is thus clearly an important safeguard which protects the spouse who is not seeking gender recognition. In this context, it is worth noting that consent is also needed when a registered partnership is to be converted into a marriage. This requirement thus applies also for the benefit of the institution of marriage.

83. Also of concern to the applicant are the differences between a marriage and a registered partnership. As the Government explained, these differences concern the establishment of paternity, adoption outside of the family and the family name. However, these exceptions are applicable only to the extent that those issues have not been settled beforehand. They are therefore not applicable to the present case. Consequently, the Court considers that the differences between a marriage and a registered partnership are not such as to involve an essential change in the applicant's legal situation. The applicant would thus be able to continue enjoying in essence, and in practice, the same legal protection under a registered partnership as that afforded by marriage (see, *mutatis mutandis*, *Schalk and Kopf*, cited above, § 109).

84. Moreover, the applicant and her wife would not lose any other rights if their marriage were converted into a registered partnership. As convincingly explained by the Government, the expression "turns into" in section 2 of the Transsexuals (Confirmation of Gender) Act is explicitly used to illustrate the fact that the original legal relationship continues with only a change of title and minor changes to the content of the relationship. The length of the partnership is thus calculated from the date on which it was contracted and not from the change of its title. This may be important in situations in which the length of the relationship is relevant in the domestic legislation, for example when calculating a widower's pension. The Court cannot therefore uphold the applicant's complaint that the conversion of a marriage into a registered partnership would be akin to a divorce.

85. Furthermore, the Court considers that the effects of the conversion of the applicant's marriage into a registered partnership would be minimal or non-existent as far as the applicant's family life is concerned. The Court stresses that Article 8 also protects the family life of same-sex partners and their children (see *Schalk and Kopf*, cited above, §§ 91 and 94). It does

not therefore matter, from the point of view of the protection afforded to family life, whether the applicant's relationship with her family is based on marriage or a registered partnership.

86. The family-life aspects are also present in the applicant's relationship with her daughter. As the applicant's paternity of her daughter has already been validly established during the marriage, the Court is satisfied that under current Finnish law the subsequent conversion of the marriage into a registered partnership would not have any effect on the paternity of the applicant's child. She would thus continue to be considered to have been born in wedlock. Moreover, as the Government noted, in the Finnish system paternity presumed on the basis of marriage or established paternity cannot be annulled on the ground that the man later undergoes gender reassignment and becomes a woman. This is confirmed by the fact that, as the Government have observed, in none of the cases in which conversion has already taken place in Finland has the legal parent-child relationship changed. Nor does the father's gender reassignment have any legal effects on the responsibility for the care, custody or maintenance of a child as in Finland that responsibility is based on parenthood, irrespective of sex or form of partnership. The Court therefore finds it established that the conversion of the applicant's marriage into a registered partnership would have no implications for her family life, as protected by Article 8 of the Convention.

87. While it is regrettable that the applicant faces daily situations in which the incorrect identity number creates inconvenience for her, the Court considers that the applicant has a genuine possibility of changing that state of affairs: her marriage can be converted at any time, *ex lege*, into a registered partnership with the consent of her spouse. If no such consent is obtained, the possibility of divorce, as in any marriage, is always open to her. In the Court's view, it is not disproportionate to require, as a precondition to legal recognition of an acquired gender, that the applicant's marriage be converted into a registered partnership as that is a genuine option which provides legal protection for same-sex couples that is almost identical to that of marriage (see *Parry*, cited above). The minor differences between these two legal concepts are not capable of rendering the current Finnish system deficient from the point of view of the State's positive obligation.

88. In conclusion, the Court considers that the current Finnish system as a whole has not been shown to be disproportionate in its effects on the applicant and that a fair balance has been struck between the competing interests in the present case.

89. Accordingly, there has been no violation of Article 8 of the Convention.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 12 OF THE CONVENTION

90. The applicant did not initially rely on Article 12 of the Convention in her application to the Court. However, on 23 March 2010 the Chamber decided, of its own motion, to give notice of the application under Article 12 of the Convention as well.

91. Article 12 of the Convention reads as follows:

“Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.”

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

92. In its judgment of 13 November 2012, the Chamber observed that the issue at stake in the present case did not as such involve any issue under Article 12 of the Convention, which guaranteed a right to marry. The applicant had been legally married since 1996. The issue at stake rather concerned the consequences of the applicant’s change of gender for the existing marriage between her and her spouse, which had already been examined under Article 8 of the Convention. In view of those findings, the Chamber found it unnecessary to examine the facts of the case separately under Article 12 of the Convention.

### **B. The parties’ submissions**

#### *1. The applicant*

93. The applicant claimed that the Chamber had adopted a “pick and choose” approach to Article 12 of the Convention. An analysis under Article 12 would have been important as it required a different test from Article 8, namely whether the compulsory termination of marriage affected “the substance of the right to marry” in line with the Court’s case-law. It could also have corrected the failure to consider the applicant’s family rights under Article 8 of the Convention.

94. The applicant claimed that Article 12 of the Convention should either be interpreted restrictively to cover only the contracting of marriage or more broadly to cover also the continued existence of a marriage. In the former case, Article 12 would not be relevant to the applicant’s situation as her marriage to her wife had been contracted when they were a different-sex couple. In the latter case, however, the test whether the “forced” divorce injured “the very substance of the right to marry” would have to be satisfied. In the applicant’s submission, the latter interpretation applied since the Government’s ability to interfere with a marriage in a manner such as in

the present case would render the right to marry largely ineffective. Thus construed, Article 12 of the Convention would apply to the present case and require an examination under that Article.

## 2. *The Government*

95. The Government shared the Chamber's view that it was unnecessary to examine the facts of the case separately under Article 12 of the Convention. The Court's case-law did not protect the applicant's wish to remain married to her female spouse after the confirmation of her new gender, and the matter of how to regulate the effects of the gender change fell within the margin of appreciation of the Contracting State. The Supreme Administrative Court had found in the present case that the domestic legislation did not aim to change the fact that only a man and a woman could marry but rather allowed the relationship to continue as a registered partnership that was legally protected and comparable to marriage. Transformation of the institution of marriage into a gender-neutral one required the enactment of an Act of Parliament.

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

### 1. *General principles*

96. The Court reiterates that Article 12 of the Convention is a *lex specialis* for the right to marry. It secures the fundamental right of a man and woman to marry and to found a family. Article 12 expressly provides for regulation of marriage by national law. It enshrines the traditional concept of marriage as being between a man and a woman (see *Rees*, cited above, § 49). While it is true that some Contracting States have extended marriage to same-sex partners, Article 12 cannot be construed as imposing an obligation on the Contracting States to grant access to marriage to same-sex couples (see *Schalk and Kopf*, cited above, § 63).

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

97. The issue at stake concerns the consequences of the applicant's change of gender for the existing marriage between her and her spouse. The Grand Chamber finds, as did the Chamber, that this question has already been examined above under Article 8 of the Convention and resulted in the finding of no violation of that Article. In these circumstances, the Court considers that no separate issue arises under Article 12 of the Convention and accordingly makes no separate finding under that Article.

### III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLES 8 AND 12

98. The applicant complained under Article 14 of the Convention that by refusing to give her a female identity number which corresponded to her actual gender, the State was discriminating against her. The fact that she had been denied a female identity number revealed the confidential information that she was a transsexual because, unlike any other person, she had to explain this difference whenever the identity number was required.

99. Article 14 of the Convention reads as follows:

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

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

100. In its judgment of 13 November 2012, the Chamber noted that Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 was applicable.

101. The Chamber noted that the applicant’s complaints under Article 14 of the Convention related to the impossibility of obtaining a female identity number. The applicant compared her situation to that of any other person, including cissexuals and unmarried transsexuals. For the Chamber, these situations were not sufficiently similar to be compared with each other. The applicant could not therefore claim to be in the same situation as the other category of persons relied on.

102. Moreover, the Chamber noted that in essence the problem in the present case was caused by the fact that Finnish law did not allow same-sex marriages. According to the Court’s case-law, Articles 8 and 12 of the Convention did not impose an obligation on Contracting States to grant same-sex couples access to marriage. Nor could Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 be interpreted as imposing an obligation on Contracting States to grant same-sex couples a right to remain married. Therefore, it could not be said that the applicant had been discriminated against *vis-à-vis* other persons when she had been unable to obtain a female identity number, even assuming that she could be considered to be in a similar position to them. The Chamber found that there had been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

## **B. The parties' submissions**

### *1. The applicant*

103. The applicant argued under Article 14 of the Convention that she had been discriminated against on two counts.

104. Firstly, she had to comply with an additional requirement of terminating her marriage in order to obtain legal gender recognition. She had therefore been discriminated against *vis-à-vis* cissexuals, who obtained legal gender recognition automatically at birth without any additional requirement. She had been facing daily problems on account of that difference in treatment.

105. Secondly, the applicant, her wife and their child had received less protection than persons in heterosexual marriages owing to stereotypical views associated with the applicant's gender identity. Cissexuals' marriages did not run the risk of "forced" divorce in the way that the applicant's marriage did. However, gender identity was now commonly recognised as a ground that attracted protection for the purposes of prohibiting discrimination.

### *2. The Government*

106. The Government agreed that Article 14 of the Convention was applicable here as the case fell within the scope of Article 8, but argued that there was no separate issue under Article 14. Were the Court to have a different opinion, the Government pointed out that cissexuals were not in a similar situation to the applicant because they were not applying for a change of their gender. In any event, there had been an objective and reasonable justification. The Finnish legal system prohibited discrimination based on transsexualism.

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

### *1. General principles*

107. The Court notes that Article 14 of the Convention complements the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to "the enjoyment of the rights and freedoms" safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions, and to this extent it is autonomous, there can be no room for its application

unless the facts in issue fall within the ambit of one or more of the latter (see, for instance, *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, § 47, 22 January 2008, and *Vallianatos and Others v. Greece* [GC], nos. 29381/09 and 32684/09, § 72, ECHR 2013).

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

109. On the one hand, the Court has held repeatedly that differences based on gender or sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification (see *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, § 90, ECHR 1999-VI; *L. and V. v. Austria*, nos. 39392/98 and 39829/98, § 45, ECHR 2003-I; *Karner v. Austria*, no. 40016/98, § 37, ECHR 2003-IX; *Konstantin Markin v. Russia* [GC], no. 30078/06, § 127, ECHR 2012; *X and Others v. Austria* [GC], no. 19010/07, § 99, ECHR 2013; and *Vallianatos and Others*, cited above, § 77). On the other hand, a wide margin is usually allowed to the State under the Convention when it comes to general measures of economic or social strategy, for example (see, for instance, *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 52, ECHR 2006-VI). The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and its background; 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 *Petrovic v. Austria*, 27 March 1998, § 38, *Reports* 1998-II).

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

110. It is undisputed in the present case that the applicant's situation falls within the notion of "private life" and "family life" within the meaning of Article 8 of the Convention as well as within the scope of Article 12. Consequently, Article 14 of the Convention taken in conjunction with Articles 8 and 12 applies.

111. The Court notes that the applicant's complaints under Article 14 of the Convention relate to her request for a female identity number and to the problems she has experienced in that respect. In her complaints, the

applicant compared her situation to that of cissexuals, who obtained legal gender recognition automatically at birth and whose marriages, according to the applicant, did not run the risk of “forced” divorce in the way that hers did.

112. The Grand Chamber agrees with the Chamber that the applicant’s situation and the situation of cissexuals are not sufficiently similar to be compared with each other. The applicant cannot therefore claim to be in the same situation as cissexuals.

113. In conclusion, the Court finds that there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Articles 8 and 12.

### FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds*, by fourteen votes to three, that there has been no violation of Article 8 of the Convention;
2. *Holds*, by fourteen votes to three, that there is no need to examine the case under Article 12 of the Convention;
3. *Holds*, by fourteen votes to three, that there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Articles 8 and 12.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 16 July 2014.

Johan Callewaert  
Deputy Registrar

Dean Spielmann  
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

- (a) concurring opinion of Judge Ziemele;
- (b) joint dissenting opinion of Judges Sajó, Keller and Lemmens.

D.S.  
J.C.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE ZIEMELE

1. I voted with the majority in this case. However, I would like to add a few comments on the methodology used in the judgment. I find that in this case in particular the methodological choices were the tricky points. The case concerns an alleged right to remain married and a right to change one's gender. The Chamber approached the case as a right to privacy case and examined it from the point of view of an interference with the right to privacy. It had regard to the absence of a common view in Europe on same-sex marriages when examining the proportionality of this interference. The Grand Chamber took note of the Chamber's approach but decided that the case was one of positive obligations (see paragraph 64 of the present judgment). It is true that the Court has always emphasised that it is difficult to draw a clear line between negative and positive obligations. However, I wonder whether this is indeed difficult or whether it is the choice of the Court to leave the issue rather open. This case shows how the difference might be quite important, because the Grand Chamber chose to take a different approach from that of the Chamber. Recently, in another case, the Grand Chamber decided that the Chamber's approach, which had decided the case as one of interference, should be changed to one of positive obligations (see, for example, *Fernández Martínez v. Spain* [GC], no. 56030/07, ECHR 2014).

2. In the context of Article 8, the Court referred to its case-law according to which there is no obligation to grant same-sex couples access to marriage (see paragraph 71 of the present judgment). Indeed, the Court has repeatedly stated that, in view of the absence of clear practice in Europe and the ongoing debate in many European societies, it cannot interpret Article 8 as imposing such an obligation. For the purposes of this case, the Court once again ventures into an examination of the so-called European consensus. Has anything changed since its last case? This basically means that the Court tries to establish what the domestic law and practice is, if possible, in forty-seven member States and thus attempts to determine whether a subsequent State practice may have emerged leading to a new interpretation, or even an amendment, of a treaty (see Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties), or possibly confirming the existence of *opinio juris* (see I. Ziemele, "Customary International Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights – The Method", in *The Judge and International Custom* (Council of Europe, 2012), pp. 75-83).

3. However, I wonder to what extent and in what way the above-mentioned analysis was necessary for the present case. This analysis appears

to be linked to the Court's choice to examine the case from the perspective of positive obligations. In paragraph 79 of the present judgment, the Court reiterates that "the key question in the present case is whether the Finnish system currently fulfils the positive obligation on the State in this respect or whether the applicant should be allowed to remain married while at the same time obtaining legal recognition of her new gender, even if that option would imply a same-sex marriage between the applicant and her spouse". The only point at which a reference to the data provided by the comparative-law study appears to be relevant is the observation that in any event Finland already belongs to a minority group of States which recognise the relevant legal consequences of a gender change. This seems to imply that Finland is rather advanced in its internal processes as compared with the other societies and probably does comply with its positive obligations in so far as they can be deduced to exist.

4. In this regard, the fact that Finland is not under a specific Convention obligation to provide for same-sex marriage does not assist the Court in addressing the problem in this case (see paragraph 79 of the present judgment). The applicant cannot maintain that she is entitled to remain married as a matter of Convention law. She does not argue that. Her submission is that the change imposed on her interferes with her right to privacy. However, it is not shown that her family life within the meaning of Article 8 would be somehow affected by her change of gender. The real task of the Court in the present case is the assessment of an interference with privacy matters and, therefore, in terms of methodology I would also have followed the line taken by the dissenting judges while disagreeing with their conclusion. I see a logical flaw in the Court's conclusion that there has been no violation on account of the absence of a specific positive obligation to introduce legislation on same-sex marriages. If the case were about positive obligations, the Court could probably have stopped at paragraph 80 of the present judgment, in which it notes the progress made by Finland among other States. I also note that for the most part the reasoning in fact follows the arguments relevant to an assessment of the proportionality of an interference (see paragraphs 81 and 84 et seq. of the present judgment). Unlike the judges in the minority, I consider that the protection of morals remains a relevant justification for the interference with the applicant's right to privacy in so far as it concerns the status of her marriage and is viewed in the context of the wide margin of appreciation left to the States.

## JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES SAJÓ, KELLER AND LEMMENS

1. To our regret, we cannot agree with the majority's finding that there has been no violation of Article 8 of the Convention in the present case. We will concentrate our reasoning on Article 8 of the Convention. However, we believe that the case should also have been dealt with differently with regard to both Article 12 and Article 14 taken in conjunction with Article 8.

### **I. Preliminary remarks**

2. The starting-point for the examination of the applicant's claim under Article 8 of the Convention is that one's gender identity is a particularly important facet of individual existence and that States are required to recognise the change of gender undergone by post-operative transsexual individuals (see paragraphs 67-68 of the present judgment). In this context, the Court held in 2002 that, in the absence of any "concrete or substantial hardship or detriment to the public interest" arising from the legal acknowledgment of the post-transition gender of a transsexual person, "society may reasonably be expected to tolerate a certain inconvenience to enable individuals to live in dignity and worth in accordance with the sexual identity chosen by them at great personal cost" (see *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 91, ECHR 2002-VI). On that point we agree with the majority.

3. In our view, however, the majority based its reasoning on three assumptions that we do not share.

4. Firstly, the majority held that the complaint must be analysed from the perspective of a positive obligation (see paragraphs 62-64 of the present judgment). This choice is important because the Court grants States a wider margin of appreciation concerning their positive obligations than their negative ones (see *Fadeyeva v. Russia*, no. 55723/00, § 96, ECHR 2005-IV, and *A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, §§ 248-49 and 266, ECHR 2010). However, the State's refusal to grant the applicant a new identity card reflecting her acquired gender should, in our view, be examined as a potential breach of a negative obligation, for it neither requires any major steps by the State authorities nor entails important social or economic implications. In other words, the majority held that the interference by the State authorities should be understood simply as its refusal to unlink the issue of a new identity card from the civil status of the applicant. On this point, we disagree in doctrinal terms.

5. Secondly, a decisive argument for the majority's finding is the fact that there is no consensus among the member States of the Council of Europe on issues concerning transgender persons (see paragraph 74 of the present judgment). In our view, this is not the correct approach, not least because it is contrary to the Court's previous case-law. The Court should have recourse to general consensus as one of a set of tools or criteria for determining the width of the State margin of appreciation in a given area (see *X and Others v. Austria* [GC], no. 19010/07, § 148, ECHR 2013). In other words, the existence of a consensus is not the only factor that influences the width of the State's margin of appreciation: that same margin is restricted where "a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake" (see *S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, § 94, ECHR 2011).<sup>1</sup> As a general rule, where a particularly important aspect of a Convention right is concerned, the Court should therefore examine individual cases with strict scrutiny and, if there has been an interference incompatible with Convention standards, rule accordingly – even if many Contracting States are potentially concerned. This rule applies to the present case: a particularly important facet of the applicant's identity is at stake here, hence the narrower margin of appreciation afforded to the State. Mindful of past criticism of the consensus approach, which has been considered a potential instrument of retrogression and of allowing the "lowest common denominator" among the member States to prevail, we consider that the Court's deference to this approach must have its limits, and find that the absence of a consensus cannot serve to widen the State's narrowed margin of appreciation in the present case.<sup>2</sup> In this context, we note that proof of the existence of a consensus, when adduced, must not depend on the existence of a common approach in a super-majority of States: the Court has some discretion regarding its acknowledgment of trends (compare *Vallianatos and Others v. Greece* [GC], nos. 29381/09 and 32684/09, § 91, ECHR 2013).<sup>3</sup> We also note that, in the landmark *Christine Goodwin* judgment (cited above), regarding the absence of a consensus on the legal acknowledgment of acquired gender among the member States, the Court held that

1. See Luzius Wildhaber, Arnaldur Hjartarson and Stephen Donnelly, "No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Journal* 33 (2013), pp. 248-63, at p. 252.

2. Paul Martens, "Perplexity of the National Judge Faced with the Vagaries of European Consensus", in *Dialogue between Judges* (Council of Europe, 2008), pp. 77-98, at p. 95. See also Eyal Benvenisti, "Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards", *New York University Journal of International Law and Politics* 31(4) (1999), pp. 843-54, at p. 852.

3. In this regard, see the analysis of the Court's case-law by Laurence R. Helfer and Erik Voeten, "International Courts as Agents of Legal Change: Evidence from LGBT Rights in Europe", *International Organization* 68(1) (2014), pp. 77-110, at p. 93.

“the lack of such a common approach among forty-three Contracting States with widely diverse legal systems and traditions is hardly surprising. ... The Court accordingly attaches less importance to the lack of evidence of a common European approach to the resolution of the legal and practical problems posed, than to the clear and uncontested evidence of a continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals.” (see *Christine Goodwin*, cited above, § 85)

The Court went on to hold that the question of allowing legal recognition of acquired gender no longer fell within the State’s margin of appreciation (see *Christine Goodwin*, cited above, § 93). As concerns this “trend”, we note that legal recognition of the rights of transsexual and intersex persons is being steadily strengthened worldwide.<sup>4</sup> Regarding the significance of the lack of consensus among the member States, we therefore disagree with the majority from a methodological point of view.

6. Thirdly, the majority’s starting-point is the assumption that the applicant had a real choice between maintaining her marriage and obtaining a female identity number (see paragraphs 76-78 of the present judgment). We believe that it is highly problematic to pit two human rights – in this case, the right to recognition of one’s gender identity and the right to maintain one’s civil status – against each other. Furthermore, it is our view that the majority did not sufficiently take into account the fact that the applicant and her spouse are deeply religious (see paragraph 44 of the present judgment). The couple accordingly believes that their marriage will last for life. Lastly, the applicant’s spouse continues to identify as heterosexual. Given their religious background, the applicant and her spouse cannot simply change their marriage into a same-sex partnership, as this would contradict their religious beliefs. In this regard, we believe that the majority did not take important factual information sufficiently into account.

7. At this juncture, we would like to emphasise that the Court should have examined the complaint under Article 8 with regard to the particular importance of gender identity to an individual and the narrow margin of appreciation that States therefore enjoy in this field, as well as to the strong religious convictions of the applicant and her spouse in respect of their marriage.

---

4. We note that, within the Council of Europe, the existence of a “third gender” has been acknowledged by the German federal legislature (section 22(3) of the *Personenstandsgesetz* (PStG), in force since 19 February 2007 (BGBl. I p. 122), amended by section 3 of the Law of 28 August 2013 (BGBl. I p. 3458)). Outside the Council of Europe, the Supreme Courts of some countries have come to the same conclusion (Supreme Court of Nepal, *Sunil Babu Pant and Others v. Nepal*, writ no. 917, judgment of 21 December 2007; High Court of Australia, *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie* [2014] HCA 11, judgment of 2 April 2014; and Supreme Court of India, *National Legal Services Authority v. Union of India and Others*, writ petition (civil) no. 400 of 2012, judgment of 15 April 2014).

## II. Article 8 of the Convention

8. The applicant has an interest in being granted a female identification number because otherwise she will be required to identify herself as transgender – and thus reveal an aspect of her personality belonging to her most intimate sphere – every time the discrepancy between her gender presentation and her identity card has to be explained. We believe that this amounts to more than a regrettable “inconvenience” (see paragraph 87 of the present judgment). In this connection we again refer to the judgment in *Christine Goodwin*, in which the Grand Chamber held that

“[t]he stress and alienation arising from a discordance between the position in society assumed by a post-operative transsexual and the status imposed by law which refuses to recognise the change of gender cannot, in the Court’s view, be regarded as a minor inconvenience arising from a formality. A conflict between social reality and law arises which places the transsexual in an anomalous position, in which he or she may experience feelings of vulnerability, humiliation and anxiety.” (see *Christine Goodwin*, cited above, § 77)

Secondly, the alternative offered to the applicant, namely the conversion of her marriage into a same-sex partnership, is – as mentioned above – not an option, because the couple, who have been married since 1996, feels united by a religious conviction which does not allow the transformation of their relationship into a same-sex partnership. The couple’s history of seventeen years of marriage, in which the assistance and support provided by the applicant’s wife was a crucial element not only for their relationship but also for the applicant’s difficult process of transition from male to female, gives us no reason to doubt the deep commitment of the applicant and her heterosexual spouse to the marriage. As the present judgment shows, the applicant is forced to choose between the continuation of her marriage, which falls under “family life” for the purposes of Article 8, and the legal recognition of her acquired gender identity, which falls under “private life” for the purposes of Article 8 (see paragraphs 57-61 of the present judgment). On this basis, we are unable to agree with the majority’s finding that the applicant has several acceptable options (see paragraphs 76-77), and must conclude that she will suffer an interference with her rights under Article 8 no matter which of these “options” she chooses.

9. A classic examination of the alleged interference with the applicant’s rights under Article 8 would assess whether the interference was in accordance with the law and was necessary in a democratic society for the protection of one or more of the legitimate aims listed in Article 8 § 2. The first of these two requirements is certainly fulfilled. Regarding the pursuit of a legitimate aim, in the context of its case-law under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8, the Court has

accepted that States have a legitimate interest in protecting marriage in the traditional sense by legally reserving marriage to heterosexual partners, and that this interest can justify a difference in treatment (see *Karner v. Austria*, no. 40016/98, § 40, ECHR 2003-IX; *Parry v. the United Kingdom* (dec.), no. 42971/05, ECHR 2006-XV; *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, §§ 61-62, ECHR 2010; and *Vallianatos and Others*, cited above, §§ 83-85). When examining Article 8 separately, however, the Court must examine not whether a justification for a difference in treatment exists, but whether a restriction of rights is permissible in pursuit of one of the aims listed in Article 8 § 2. As the restriction in question is clearly not necessary in order to protect Finnish national security, public safety, or economic well-being, to prevent disorder or crime, or to protect health, the only two possible grounds for restriction are the protection of the rights and freedoms of others or of morals.

10. We submit that the rights and freedoms of others would in no way be affected if the applicant and her wife were permitted to remain married despite the applicant's legal change of gender. Their continued marital relationship would not have detrimental effects for the right of others to marry, or for existing marriages.

11. Secondly, while we acknowledge that the protection of the traditional family may be justified by certain moral concerns, we consider that the protection of morals does not provide sufficient justification for the restriction of the applicant's rights in this case. In order for this aim to justify the present interference with Article 8 in terms of its second paragraph, the interference must be necessary in a democratic society. The Court must accordingly determine whether the interference was justified by the existence of a pressing social need and was proportionate to the legitimate aim pursued. It must thereby determine whether a fair balance was struck between the competing interests in question, an issue which entails a certain margin of appreciation on the part of the State (see *A, B and C v. Ireland*, cited above, § 229).

12. The Government have not argued that there would be significant practical difficulties if married transgender individuals were allowed to obtain legal recognition of their post-transition gender. The only interest in issue is, in plain terms, the public interest in keeping the institution of marriage free of same-sex couples. While we do not purport to deny the legitimacy of the State's interest in protecting the institution of marriage, we do consider that the weight to be afforded to this argument is a different question and one that must be considered separately. In our view, the institution of marriage would not be endangered by a small number of couples who may wish to remain married in a situation such as that of the applicant. In the light of

the above, we are not able to conclude that the respondent State can invoke a pressing social need to refuse the applicant the right to remain married after the legal recognition of her acquired gender.

13. With respect, more specifically, to the proportionality of the interference, we note that the State has a certain margin of appreciation regarding whether a fair balance was struck between the competing interests in question. Taking this into consideration, we nevertheless find that the Government have not shown that the danger to morals is substantial enough to warrant the interference in issue. In this vein, we note that, since the applicant and her wife continue to be married at the time of this judgment, they currently present themselves to the outside world as two individuals with female gender expression who are united in a legally valid marriage. In other words, they continue to live together as a married couple, perfectly in accordance with Finnish law, notwithstanding the fact that in the eyes of many people they are a same-sex couple. The applicant's change in gender identity being a *fait accompli*, it is difficult to comprehend why the legal recognition of her acquired gender will have any significant (additional) impact on public morals. Furthermore, we refer to the recent judgment of the Supreme Court of India, which noted that society ill-treats transgender individuals while “forgetting the fact that the moral failure lies in the society's unwillingness to contain or embrace different gender identities and expressions, a mind-set which we have to change”.<sup>5</sup> As one author has put it, society's problematic “yuk factor” concerning transgender individuals is not a normative idea that should be supported by the law.<sup>6</sup>

14. In the light of the above considerations, in examining whether the restriction of the applicant's rights under Article 8 is justified in accordance with paragraph 2 of that provision, we cannot but conclude that the interference with these rights is not necessary in a democratic society. We therefore consider that there has been a violation of Article 8.

### III. Article 12 of the Convention

15. Since we conclude that there has been a violation of Article 8, we consider that there is no separate issue under Article 12.

16. We would like to note, however, that the question of whether an issue arises under Article 12 becomes more difficult after a finding, such as that of the majority, that there has not been a violation of Article 8. We believe that the majority should have examined the issue of whether Article 12 guarantees not only a right to marry, but also a right to remain

5. *National Legal Services Authority*, *supra* note 4.

6. Alex Sharpe, “Transgender Marriage and the Legal Obligation to Disclose Gender History”, *The Modern Law Review* 75(1) (2012), pp. 33-53, at p. 39.

married unless compelling reasons justify an interference with the civil status of the spouses. We do not consider the gender reassignment undergone by one spouse to be a compelling reason justifying the dissolution of a marriage where both spouses expressly wish to continue in their pre-existing marital relationship. This argument is supported by Principle 3 of the Yogyakarta Principles<sup>7</sup> and recent judgments of the Constitutional Courts of Austria, Germany and Italy, which have all three overturned decisions requiring the dissolution of pre-existing marriages as a precondition for the legal acknowledgment of acquired gender.<sup>8</sup>

#### IV. Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8

17. Undoubtedly, the issues raised by the present case fall under the notions of both private life and family life within the meaning of Article 8 (see paragraphs 59-60 of the present judgment and paragraph 8 above). Furthermore, the applicant has been subjected to a difference in treatment on the basis of her gender (and not on the basis of her sexual orientation, which is a distinct and separate matter). The majority rightly points out that it is the Court's well-established case-law that differences based on gender require particularly serious reasons by way of justification (see paragraph 109 of the present judgment). In our opinion, there is no need to refer also to the Court's case-law on sexual orientation.

18. The difficult question in this case concerns the identification of the group to which the applicant and her spouse can be compared. The applicant argues that she has been treated differently *vis-à-vis* cissexuals, with regard to the refusal to issue her with a new identity card, and also *vis-à-vis* heterosexuals, with regard to the protection of her marriage to a heterosexual spouse.

19. We regret that the majority rejects these issues simply on the ground that the applicant's situation is not similar enough to that of cissexuals (see

7. International Commission of Jurists, Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity, March 2007, available at: [www.yogyakartaprinciples.org/principles\\_en.htm](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm). Principle 3, which concerns the right to recognition before the law, states among other things: "No status, such as marriage or parenthood, may be invoked as such to prevent the legal recognition of a person's gender identity."

8. Constitutional Court of Austria, V 4/06-7, 8 June 2006, at IV.2; Federal Constitutional Court of Germany, 1 BvL 10/05, § 49, 27 May 2008; Constitutional Court of Italy, no. 170/2014, 11 June 2014 (the latter decision was delivered after the adoption by the Grand Chamber of the present judgment). We acknowledge, however, that the Austrian Constitutional Court considered only the fact that a legal change of gender was not possible for persons who were married, and did not examine the consequences of this change for the person's civil status. The German and Italian Constitutional Courts considered that the dissolution of marriages in these cases was forbidden because – unlike in the present case – the domestic regulation provided no possibility of continuing the relationship in another form (i.e., as a registered partnership), and the rights and duties of the spouses would therefore be diminished.

paragraph 112 of the present judgment). The majority does not deal with the issue of whether the applicant has been subjected to discriminatory treatment *vis-à-vis* heterosexuals (see paragraph 105). We cannot think of any situation – other than cases of fictitious or unconsummated marriage, which are a different matter – in which a legally married cisgender heterosexual couple would be required to choose between maintaining their civil status and obtaining identity cards reflecting the gender with which they identify. While States enjoy a certain margin of appreciation in determining whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify differential treatment (see *X and Others v. Austria*, cited above, § 98; *Vallianatos and Others*, cited above, § 76; and *Konstantin Markin v. Russia* [GC], no. 30078/06, § 126, ECHR 2012), it is ultimately for the Court to determine whether the requirements of the Convention have been met (see *Konstantin Markin*, cited above, § 126). Therefore, we consider that the Court should have examined this question.

20. Last but not least, we submit that the applicant and her spouse are the victims of discrimination because the authorities fail to differentiate between their situation and that of homosexual couples (see, *mutatis mutandis*, *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, § 44, ECHR 2000-IV). In fact, the national legal order treats their situation like that of homosexuals. However, at least at the time of their entry into marriage, the applicant and her spouse were not homosexual partners. Even after the applicant's gender reassignment, it is an oversimplification of the situation to treat her relationship as a homosexual one. In our view, the crucial question regarding the discrimination issue is whether the State has failed to differentiate between the applicant's situation and that of a homosexual couple by failing to introduce appropriate exceptions to the rule debarring same-sex couples from the institution of marriage (see, *mutatis mutandis*, *Thlimmenos*, cited above, § 48). We regret that this issue was not raised.

## V. Conclusion

21. To conclude, we disagree with the majority's findings on several points. Firstly, we do not agree with the majority regarding the nature of the obligation in question, the methodology regarding the level of scrutiny, and the finding that the applicant had a real choice between continuing her marriage and obtaining legal recognition of her acquired gender. Secondly, regarding the justification of the interference with the applicant's rights under Article 8, we argue that the legitimate aim of protecting the traditional family would not be compromised if individuals in a situation analogous to that of the applicant and her wife were permitted to remain married after the acknowledgment of the acquired gender of one of the parties to

the marriage. As there was no pressing social need for the interference in question, which was accordingly not necessary in a democratic society, we consider that the applicant has suffered a violation of her rights under Article 8. Thirdly, we argue that, in the light of the majority's conclusion under Article 8, the issues raised under Article 12 should have been examined. Lastly, we are not convinced that the applicant has not been subjected to discrimination contrary to Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8, and consider that the Court's examination should have gone into more depth in this regard.

HÄMÄLÄINEN c. FINLANDE  
*(Requête n° 37359/09)*

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 16 JUILLET 2014<sup>1</sup>

---

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



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Refus d’octroyer à la requérante un numéro d’identité féminin à la suite de son changement de sexe, sauf transformation de son mariage en partenariat enregistré**

Quant à l’obligation positive au titre de l’article 8 de la Convention de reconnaître le changement de sexe des transsexuels opérés, il n’est pas disproportionné pour l’État de poser comme condition préalable à la reconnaissance juridique du changement de sexe de la requérante que son mariage soit transformé en partenariat enregistré, celui-ci représentant une option sérieuse offrant aux couples de même sexe une protection juridique pratiquement identique à celle du mariage (paragraphes 68 et 87 de l’arrêt).

**Article 8**

*Respect de la vie privée et familiale – Refus d’octroyer à la requérante un nombre d’identité féminin à la suite de son changement de sexe, sauf transformation de son mariage en partenariat enregistré – Obligation positive de reconnaître le changement de sexe des transsexuels opérés – Changement de sexe en cas de mariage préexistant – Mariage homosexuel – Possibilité de transformer le mariage existant en partenariat enregistré – Marge d’appréciation – Proportionnalité*

\*

\* \*

*En fait*

En droit finlandais, le mariage n’est autorisé qu’entre personnes de sexe opposé. Les couples de même sexe ne peuvent donc se marier mais peuvent contracter un partenariat enregistré. De sexe masculin à la naissance, la requérante épousa en 1996 une femme avec qui elle eut un enfant en 2002. En septembre 2009, elle subit une opération de conversion sexuelle. Elle changea de prénoms mais ne put faire modifier son numéro d’identité sur ses documents officiels de manière à ce qu’il corresponde à son nouveau sexe féminin, cette modification étant soumise à la condition que sa femme consente à la transformation de leur mariage en partenariat enregistré ou que le couple divorce. La requérante et son épouse préférèrent demeurer mariées car, d’une part, le divorce allait à l’encontre de leurs convictions religieuses et, d’autre part, elles considéraient que le partenariat enregistré n’offrait pas la même sécurité que le mariage pour elles et leur enfant.

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

Dans sa requête à la Cour, la requérante se plaignait en particulier sous l'angle de l'article 8 de la Convention, de ne pouvoir obtenir la pleine reconnaissance de son nouveau sexe sans transformer son mariage en un partenariat enregistré. Elle y voyait une violation de son droit à la vie privée et familiale.

*En droit*

1. Article 8 : la question à trancher par la Cour est celle de savoir si le respect de la vie privée et familiale de la requérante implique pour l'État l'obligation positive de mettre en place une procédure effective et accessible, propre à permettre à l'intéressée de faire reconnaître juridiquement son nouveau sexe tout en conservant ses liens maritaux.

La Cour réitère que la Convention n'impose pas aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels. La question de la réglementation des effets d'un changement de sexe sur le mariage relève dans une large mesure, mais pas entièrement, de l'appréciation de l'État contractant concerné. Par ailleurs, la Convention n'exige pas que des dispositions spéciales soient prises dans des situations telles que celle de la requérante. La Grande Chambre note en outre qu'il n'existe toujours pas au niveau européen de consensus sur l'autorisation du mariage homosexuel ni, dans les États qui interdisent pareil mariage, sur la façon dont il convient de réglementer la reconnaissance des changements de sexe dans les cas de mariages préexistants (ce qui correspond à la situation de la requérante). De fait, la majorité des États membres ne disposent d'aucune législation sur le genre. En l'absence d'un consensus européen, et compte tenu des questions morales et éthiques délicates qui sont en jeu, la Finlande dispose d'une large marge d'appréciation, tant en ce qui concerne la décision de légiférer ou non sur la reconnaissance juridique des changements de sexe résultant d'opérations de conversion sexuelle que les règles édictées pour ménager un équilibre entre les intérêts publics et les intérêts privés en conflit.

Le droit finlandais offre actuellement à la requérante trois options. Laissant de côté celles du maintien du *statu quo* et du divorce, l'intéressée s'en prend pour l'essentiel à la possibilité de transformer son mariage en un partenariat enregistré, avec le consentement de son épouse. D'après le Gouvernement, la législation litigieuse a pour but d'unifier les diverses pratiques ayant cours dans le pays et d'établir des critères cohérents en matière de reconnaissance juridique du genre. Dès lors que le consentement du conjoint est obtenu, le système permet de concilier la reconnaissance juridique du changement de sexe et la protection juridique de la relation. La Cour estime que, eu égard à l'automatisme de la transformation du mariage en un partenariat enregistré (ou *vice versa*) dans le cadre du système finlandais, le consentement du conjoint à l'enregistrement d'un changement de sexe constitue une exigence élémentaire, conçue pour protéger un conjoint des effets de décisions unilatérales prises par l'autre.

De plus, la requérante et son épouse ne perdraient aucun autre droit si leur mariage était transformé en partenariat enregistré. Ainsi, par exemple, pour le calcul d'une

pension de réversion, la durée de la relation serait calculée à partir de la date du mariage et non à partir de la date à laquelle celui-ci a été transformé en partenariat enregistré.

Pour en venir aux aspects relatifs à la vie familiale, la Cour fait observer que le passage à un partenariat enregistré n'aurait aucun effet sur le lien de filiation paternelle entre la requérante et sa fille puisque la paternité a déjà été valablement établie au cours du mariage. En outre, le changement de sexe n'a aucun effet juridique sur la responsabilité relative aux obligations de soins, de garde ou d'entretien du parent vis-à-vis de l'enfant, étant donné qu'en Finlande cette responsabilité se fonde sur la parentalité, quel que soit le sexe des parents ou la forme de leur relation. Par conséquent, la transformation du mariage de la requérante en un partenariat enregistré n'aurait aucune incidence sur la vie familiale de la requérante.

S'il est regrettable que la requérante se retrouve quotidiennement dans des situations où son numéro d'identité inapproprié lui vaut des désagréments, elle dispose d'une possibilité réelle de modifier cet état de choses: son mariage peut à tout moment, sous réserve du consentement de son épouse, être transformé en un partenariat enregistré. La Cour considère qu'il n'est pas disproportionné d'exiger pareille transformation comme condition préalable à la reconnaissance juridique d'un changement de sexe, le partenariat enregistré représentant une option sérieuse offrant aux couples de même sexe une protection juridique pratiquement identique à celle du mariage. On ne peut donc pas dire que, du fait des différences mineures qui existent entre ces deux formes juridiques, le système en vigueur ne permet pas à l'État finlandais de remplir les obligations positives qui lui incombent. Partant, les effets sur la requérante du système finlandais actuel dans son ensemble ne sont pas disproportionnés et un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts concurrents en jeu.

*Conclusion*: non-violation (quatorze voix contre trois).

2. Article 14 combiné avec l'article 8: la Cour rappelle qu'une question ne peut se poser au regard de l'article 14 que lorsqu'il existe une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables. Dans ses observations, la requérante compare sa situation à celle des cissexuels, expliquant que ceux-ci bénéficient automatiquement à la naissance de la reconnaissance de leur genre et que leurs mariages, contrairement au sien, ne courent pas le risque d'un divorce «forcé». La Grande Chambre estime cependant que la situation de la requérante et celle des cissexuels ne présentent pas une similarité suffisante pour pouvoir être comparées l'une avec l'autre.

*Conclusion*: non-violation (quatorze voix contre trois).

### **Jurisprudence citée par la Cour**

*A, B et C c. Irlande* [GC], n° 25579/05, CEDH 2010

*Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, série A n° 32

*B. c. France*, 25 mars 1992, série A n° 232-C

- Botta c. Italie*, 24 février 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I  
*Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, CEDH 2008  
*Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI  
*Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, CEDH 2007-V  
*E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, 22 janvier 2008  
*Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I  
*Fretté c. France*, n° 36515/97, CEDH 2002-I  
*Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 160  
*Glass c. Royaume-Uni*, n° 61827/00, CEDH 2004-II  
*Grant c. Royaume-Uni*, n° 32570/03, CEDH 2006-VII  
*Karner c. Autriche*, n° 40016/98, CEDH 2003-IX  
*Konstantin Markin c. Russie* [GC], n° 30078/06, CEDH 2012  
*L. et V. c. Autriche*, nos 39392/98 et 39829/98, CEDH 2003-I  
*L. c. Lituanie*, n° 27527/03, CEDH 2007-IV  
*McGinley et Egan c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, *Recueil* 1998-III  
*Nitecki c. Pologne* (déc.), n° 65653/01, 21 mars 2002  
*Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, CEDH 2003-III  
*Parry c. Royaume-Uni* (déc.), n° 42971/05, CEDH 2006-XV  
*Pentiacova et autres c. Moldova* (déc.), n° 14462/03, CEDH 2005-I  
*Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, *Recueil* 1998-II  
*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III  
*Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, série A n° 106  
*Roche c. Royaume-Uni* [GC], n° 32555/96, CEDH 2005-X  
*S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, CEDH 2011  
*Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, CEDH 2010  
*Sentges c. Pays-Bas* (déc.), n° 27677/02, 8 juillet 2003  
*Smith et Grady c. Royaume-Uni*, nos 33985/96 et 33986/96, CEDH 1999-VI  
*Söderman c. Suède* [GC], n° 5786/08, CEDH 2013  
*Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], nos 65731/01 et 65900/01, CEDH 2006-VI  
*Vallianatos et autres c. Grèce* [GC], nos 29381/09 et 32684/09, CEDH 2013  
*Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, CEDH 2003-VII  
*X et autres c. Autriche* [GC], n° 19010/07, CEDH 2013  
*X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, série A n° 91  
*X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, *Recueil* 1997-II

**En l'affaire Hämäläinen c. Finlande,**

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

Dean Spielmann, *président*,

Josep Casadevall,

Guido Raimondi,

Ineta Ziemele,

Mark Villiger,

Isabelle Berro,

Khanlar Hajiyev,

Danutė Jočienė,

Päivi Hirvelä,

András Sajó,

Linos-Alexandre Sicilianos,

Erik Møse,

Helen Keller,

André Potocki,

Paul Lemmens,

Valeriu Grițco,

Faris Vehabović, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 16 octobre 2013 et le 11 juin 2014,

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

**PROCÉDURE**

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 37359/09) dirigée contre la République de Finlande et dont une ressortissante de cet État, M<sup>me</sup> Heli Maarit Hannele Hämäläinen («la requérante»), a saisi la Cour le 8 juillet 2009 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»). D'abord désignée par l'initiale H., la requérante a consenti ultérieurement à la divulgation de son identité.

2. La requérante a été représentée par M<sup>e</sup> Constantin Cojocariu, avocat à Londres. Le gouvernement finlandais («le Gouvernement») a été représenté par son agent, M. Arto Kosonen, du ministère des Affaires étrangères.

3. La requérante se plaignait en particulier, sous l'angle des articles 8 et 14 de la Convention, de ne pouvoir obtenir la pleine reconnaissance de

son nouveau sexe sans transformer son mariage en un partenariat enregistré. Elle y voyait une violation de son droit à la vie privée et familiale.

4. La requête a été attribuée à la quatrième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour – «le règlement»). Le 13 novembre 2012, une chambre de cette section composée de Lech Garlicki, président, Päivi Hirvelä, George Nicolaou, Ledi Bianku, Zdravka Kalaydjieva, Nebojša Vučinić et Vincent A. De Gaetano, juges, ainsi que de Lawrence Early, greffier de section, a rendu un arrêt concluant, à l'unanimité, à la recevabilité des griefs tirés des articles 8, 12 et 14 de la Convention et à l'irrecevabilité de la requête pour le surplus, à la non-violation de l'article 8, lu isolément et combiné avec l'article 14 de la Convention, et à l'absence de nécessité d'examiner le grief tiré de l'article 12 de la Convention.

5. Le 13 février 2013, la requérante 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 29 avril 2013.

6. La composition de la Grande Chambre a ensuite été arrêtée conformément aux articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement. Lors des dernières délibérations, Danutė Jočienė a continué de siéger après l'expiration de son mandat (articles 23 § 3 de la Convention et 24 § 4 du règlement).

7. Tant la requérante que le Gouvernement ont déposé des observations écrites complémentaires sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement). Des observations ont par ailleurs été reçues d'Amnesty International et de Transgender Europe, que le président de la Grande Chambre avaient autorisées à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement).

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 16 octobre 2013 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M. A. Kosonen, directeur, ministère des Affaires étrangères, *agent*,  
 M<sup>mes</sup> S. Silvola, conseiller principal, ministère de la Justice,  
 M. Faurie, administrateur principal, ministère  
 des Affaires sociales et de la Santé,  
 K. Fokin, juriste, ministère des Affaires étrangères, *conseillers*;

– *pour la requérante*

M<sup>e</sup> C. Cojocariu, avocat, Interights, *conseil*,  
 M<sup>me</sup> V. Vandova, directeur juridique, Interights, *conseiller*.  
 La requérante était également présente.

La Cour a entendu M. Kosonen, M<sup>e</sup> Cojocariu et M<sup>me</sup> Silvola en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses aux questions posées par les juges Hirvelä, Sajó et Lemmens.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. La requérante est née en 1963 et réside à Helsinki.

10. Elle était de sexe masculin à la naissance. Elle a toujours eu le sentiment d'être une femme dans un corps d'homme, mais elle avait décidé d'assumer cette situation. En 1996, elle épousa une femme, avec laquelle elle eut un enfant en 2002.

11. En 2004, son mal-être s'accrut et, en 2005, elle décida de se faire aider médicalement. En avril 2006, les médecins conclurent qu'elle était transsexuelle. Depuis lors, elle mène une vie de femme. Le 29 septembre 2009, elle subit une opération de conversion sexuelle.

12. Le 7 juin 2006, elle changea de prénoms et renouvela son passeport et son permis de conduire, mais elle ne put faire modifier son numéro d'identité. Celui-ci ainsi que son passeport la désignent donc toujours comme appartenant au sexe masculin.

#### A. La procédure de modification du numéro d'identité

13. Le 12 juin 2007, la requérante demanda au bureau d'état civil (*maistraatti, magistraten*) local de confirmer son sexe féminin et de substituer un numéro d'identité féminin à son numéro masculin, qu'elle estimait ne plus correspondre à la réalité.

14. Le 19 juin 2007, le bureau d'état civil local rejeta sa demande au motif que, selon les articles 1 et 2 de la loi sur la confirmation du genre des personnes transsexuelles (*laki transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta, lagen om fastställande av transsexuella personers könstillhörighet*), pareille confirmation exigeait que la personne ne fût pas mariée ou que le conjoint y consentît (paragraphe 29 ci-dessous). Pour le bureau d'état civil, dès lors que l'épouse de la requérante refusait de donner son consentement à la transformation de leur mariage en un partenariat enregistré (*rekisteröity parisuhde, registrerat partnerskap*), le nouveau sexe de l'intéressée ne pouvait pas être inscrit au registre d'état civil.

15. Le 6 juillet 2007, la requérante saisit le tribunal administratif (*hallinto-oikeus, förvaltningsdomstolen*) d'Helsinki, se plaignant notamment que la décision de son épouse de refuser son consentement – décision parfaitement légitime aux yeux de la requérante puisque toutes deux préféraient

rester mariées – entraînait pour elle-même l'impossibilité de faire enregistrer son nouveau sexe. Elle expliquait qu'un divorce allait à l'encontre des convictions religieuses du couple. D'après elle, un partenariat enregistré n'offrait pas la même sécurité qu'un mariage et, entre autres conséquences, mettrait sa fille dans une situation différente de celle des enfants nés dans le mariage.

16. Le 5 mai 2008, le tribunal administratif d'Helsinki rejeta le recours de la requérante pour les mêmes motifs que le bureau d'état civil local. En outre, il estima notamment que la décision litigieuse du 19 juin 2007 n'était pas contraire à l'article 6 de la Constitution, les partenaires de même sexe ayant la possibilité, en faisant enregistrer leur relation, de bénéficier au regard du droit de la famille d'une protection en partie comparable à celle offerte par le mariage. Par ailleurs, selon le tribunal, les articles 1 et 2 de la loi sur la confirmation du genre des personnes transsexuelles ne portaient pas atteinte aux droits constitutionnels de l'enfant de la requérante.

17. Le 8 mai 2008, la requérante saisit la Cour administrative suprême (*korkein hallinto-oikeus, högsta förvaltningsdomstolen*), réitérant les moyens qu'elle avait présentés devant le bureau d'état civil local et le tribunal administratif. Elle invitait également la haute juridiction à poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes, en particulier sur l'interprétation à donner à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Invoquant les articles 8 et 14 de la Convention, elle soutenait que l'État n'avait pas à lui dire qu'un partenariat enregistré était adapté à son cas, expliquant notamment que pareille solution exigerait de son épouse qu'elle devînt lesbienne. L'intéressée estimait que l'identité sexuelle du couple était une question privée qui ne pouvait conditionner la confirmation de son nouveau sexe, et que le transsexualisme constituait un état médical relevant de la vie privée. Elle soutenait que l'État violait son droit à la vie privée à chaque fois que son transsexualisme était dévoilé par son numéro d'identité masculin. Elle ajoutait que la transformation de son mariage en un partenariat enregistré aurait pour conséquence qu'au regard de la loi elle ne serait plus le père de son enfant et ne pourrait pas non plus en devenir la mère, un enfant ne pouvant avoir deux mères.

18. Le 3 février 2009, la Cour administrative suprême rejeta la demande de la requérante tendant à ce qu'une question préjudicielle fût posée à la Cour de justice des Communautés européennes et écarta le recours de l'intéressée. La haute juridiction estima qu'en adoptant la loi sur la confirmation du genre des personnes transsexuelles le législateur n'avait pas voulu changer le fait que seuls un homme et une femme pouvaient s'unir par le mariage, et elle releva que les partenaires de même sexe pouvaient obtenir une reconnaissance judiciaire de leur relation par le biais de l'enregistrement. Elle expliqua que la Cour européenne des droits de l'homme avait conclu sous

l'angle de l'article 12 de la Convention qu'aucun motif valable ne pouvait justifier de refuser aux transsexuels le droit de se marier mais qu'elle avait admis que la marge d'appréciation était ample à cet égard. Elle rappela que si en vertu du droit finlandais les personnes de même sexe n'étaient pas autorisées à se marier ensemble, elles avaient la possibilité de contracter un partenariat enregistré. Pour la haute juridiction, les effets juridiques et économiques d'un partenariat enregistré étaient pour l'essentiel comparables à ceux du mariage. La Cour administrative suprême ajouta que la question de la transformation de l'institution du mariage en une institution neutre du point de vue de l'appartenance sexuelle touchait à des valeurs éthiques et religieuses importantes et appelait l'adoption d'une loi par le Parlement. Elle conclut que les dispositions en vigueur du droit national n'outrepassaient pas la marge d'appréciation accordée par la Convention à l'État.

### **B. La procédure extraordinaire**

19. Le 29 octobre 2009, la requérante introduisit devant la Cour administrative suprême un recours extraordinaire dans lequel elle demandait à celle-ci d'annuler sa décision précédente du 3 février 2009. Elle indiquait qu'elle avait subi une opération de conversion sexuelle le 29 septembre 2009 et qu'il n'existait plus aucune preuve de son appartenance au sexe masculin telle qu'elle ressortait de son numéro d'identité et de son passeport. Elle estimait ne pas avoir à subir de discrimination à raison de son genre, même si, aux fins de son mariage, elle continuerait à être considérée comme un homme.

20. Le 18 août 2010, la Cour administrative suprême rejeta le recours extraordinaire.

### **C. Autre procédure**

21. À une date non précisée, la requérante saisit également la médiatrice pour l'égalité (*Tasa-arvovaltuutettu, Jämställdhetsombudsmannen*), se plaignant notamment du caractère inapproprié de son numéro d'identité.

22. Le 30 septembre 2008, la médiatrice pour l'égalité déclara qu'elle ne pouvait prendre position sur la question du numéro d'identité, expliquant que le tribunal administratif en avait déjà connu et qu'elle-même n'était pas compétente pour contrôler les décisions des tribunaux. Elle releva en outre que la question était pendante devant la Cour administrative suprême.

## **II. LE DROIT INTERNE PERTINENT**

### **A. La Constitution**

23. L'article 6 de la Constitution (*Suomen perustuslaki, Finlands grundlag*; loi n° 731/1999) se lit ainsi :

« Tous les individus sont égaux devant la loi.

Nul ne peut, sans raison valable, faire l'objet d'une différence de traitement fondée sur le sexe, l'âge, l'origine, la langue, la religion, les croyances, les opinions, la santé, le handicap ou tout autre motif lié à sa personne. Les enfants doivent être traités sur un pied d'égalité et comme des personnes, et ils doivent pouvoir, dans une mesure correspondant à leur degré de maturité, peser sur des questions qui les concernent.

L'égalité des sexes doit être encouragée dans les activités sociales et dans la vie professionnelle, en particulier en ce qui concerne le niveau de rémunération et les autres conditions d'emploi, selon des modalités fixées plus précisément par une loi [d'application].»

## **B. La loi sur le mariage**

24. L'article 1 de la loi sur le mariage (*avioliittolaki, äktenskapslagen*; loi n° 411/1987) énonce que le mariage est l'union entre un homme et une femme.

25. L'article 115 de la même loi (telle que modifiée par la loi n° 226/2001) se lit ainsi :

« Un mariage conclu entre une femme et un homme dans un État étranger devant une autorité de cet État est valable en Finlande dès lors qu'il est valable dans l'État où il a été conclu, ou dans un État dont l'un ou l'autre des conjoints était ressortissant ou dans lequel l'un ou l'autre des conjoints résidait de manière habituelle au moment de la conclusion du mariage. »

## **C. La loi sur les partenariats enregistrés**

26. D'après l'article 1 de la loi sur les partenariats enregistrés (*laki rekisteröidystä parisuhteesta, lagen om registrerat partnerskap*; loi n° 950/2001), tout partenariat entre deux personnes de même sexe et âgées de plus de dix-huit ans doit être enregistré selon les modalités fixées par la loi.

27. L'article 8 § 1 de la même loi est ainsi libellé :

« L'enregistrement du partenariat a les mêmes effets juridiques que la conclusion du mariage, sauf disposition contraire. »

## **D. La loi sur la confirmation du genre des personnes transsexuelles**

28. Selon l'article 1 de la loi sur la confirmation du genre des personnes transsexuelles (*laki transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta, lagen om fastställande av transsexuella personers könstillhörighet*; loi n° 563/2002), il est établi qu'une personne appartient au sexe opposé à celui qui est inscrit dans le registre d'état civil dès lors qu'elle :

« 1) fournit des éléments médicaux attestant qu'elle a, de manière constante, le sentiment d'appartenir au sexe opposé et mène la vie d'une personne appartenant au sexe opposé, et qu'elle a été stérilisée ou est pour une autre raison incapable de procréer ;

2) est âgée de plus de dix-huit ans ;

- 3) n'a pas contracté mariage ni souscrit un partenariat enregistré; et
- 4) a la nationalité finlandaise ou réside en Finlande.»

29. L'article 2 de la même loi prévoit des exceptions à la condition relative au statut marital. Un mariage ou un partenariat enregistré n'empêche pas la confirmation d'un changement de sexe si le conjoint ou partenaire donne son consentement à la confirmation en se présentant en personne devant le bureau d'état civil local. Lorsque l'appartenance au sexe opposé est confirmée, le mariage est transformé *ex lege* en partenariat enregistré ou le partenariat enregistré en mariage. La modification est inscrite au registre d'état civil.

30. Les travaux préparatoires de la loi sur la confirmation du genre des personnes transsexuelles (projet de loi HE 56/2001 vp) indiquent notamment qu'une paternité établie ne peut être annulée uniquement au motif que l'homme concerné devient par la suite une femme. De même, une femme qui a donné naissance légalement reste la mère de l'enfant, même si elle devient ensuite un homme. Les obligations liées à la garde, aux soins et à l'entretien des enfants sont essentiellement fondées sur la parentalité. Le changement de sexe de l'un des parents n'affecte donc pas ces droits et obligations.

### III. DROIT COMPARÉ

31. Il ressort des informations dont la Cour dispose que dix États membres du Conseil de l'Europe (la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la France, l'Islande, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni (Angleterre et pays de Galles uniquement) et la Suède) autorisent le mariage homosexuel.

32. Il apparaît également que dans vingt-quatre États membres (en Albanie, à Andorre, en Azerbaïdjan, en Bulgarie, en Bosnie-Herzégovine, à Chypre, en Croatie, en Estonie, en Géorgie, en Grèce, en Lettonie, au Liechtenstein, en Lituanie, au Luxembourg, dans l'ex-République yougoslave de Macédoine, en République de Moldova, à Monaco, au Monténégro, en Pologne, en Roumanie, en Russie, en Serbie, en Slovaquie et en Slovénie), il n'existe pas de cadre juridique précis réglementant la reconnaissance légale du genre ni aucune disposition juridique traitant spécifiquement de la situation des personnes mariées ayant suivi un processus de conversion sexuelle. L'absence de réglementation dans ces États membres laisse sans réponse un certain nombre de questions, notamment celle de savoir ce que devient le mariage conclu avant l'opération de conversion sexuelle. Six États membres (la Hongrie, l'Italie, l'Irlande, Malte, la Turquie et l'Ukraine) se sont dotés d'une législation sur la reconnaissance du genre. Dans ces pays, la loi pose

spécifiquement une condition de célibat ou de divorce, ou des dispositions générales figurant dans le code civil ou dans les lois sur la famille précisent qu'après un changement de sexe tout mariage existant est annulé ou dissous. Seuls trois des pays membres étudiés (l'Autriche, l'Allemagne et la Suisse) ont ménagé des exceptions permettant à une personne mariée d'obtenir la reconnaissance juridique de son changement de sexe tout en conservant ses liens maritaux.

33. Il apparaît donc que, lorsque le mariage homosexuel n'est pas autorisé, seuls trois pays autorisent par exception une personne mariée à obtenir la reconnaissance juridique de son nouveau sexe sans avoir à mettre fin à un mariage préexistant. Dans vingt-quatre États membres, la situation est peu claire du fait de l'absence de réglementation spécifique.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

34. La requérante se plaint, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, de ne pouvoir obtenir la pleine reconnaissance de son nouveau sexe sans transformer son mariage en un partenariat enregistré. Elle y voit une violation de son droit à la vie privée et familiale.

35. L'article 8 de la Convention se lit ainsi :

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

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

#### A. Arrêt de chambre

36. Dans son arrêt du 13 novembre 2012, la chambre a considéré que les faits de la cause tombaient sous l'empire de l'article 8 de la Convention et relevaient de la notion de « vie privée ». Elle a estimé que le refus d'attribuer à la requérante un nouveau numéro d'identité féminin s'analysait en une ingérence dans l'exercice par l'intéressée de son droit au respect de sa vie privée. Selon elle, cette ingérence avait une base en droit interne, à savoir l'article 2 § 1 de la loi sur la confirmation du genre des personnes transsexuelles, et elle était donc « prévue par la loi ». Elle a conclu que l'ingérence

poursuivait le but légitime que constitue la protection de « la santé et de la morale » et des « droits et libertés d'autrui ».

37. Quant à savoir si les mesures litigieuses étaient nécessaires dans une société démocratique, la chambre a relevé que la requérante et son épouse étaient légalement mariées au regard du droit interne et qu'elles souhaitaient conserver leurs liens maritaux. Or le droit interne n'autorisait le mariage qu'entre personnes de sexe opposé. Elle a observé que la requérante pourrait obtenir un nouveau numéro d'identité féminin uniquement si son épouse consentait à ce que leur mariage fût transformé en partenariat enregistré et qu'en l'absence de pareil consentement la requérante avait le choix entre rester mariée et supporter les désagréments que lui valait son numéro d'identité masculin, ou divorcer de son épouse.

38. La chambre a considéré qu'en l'espèce il fallait mettre deux droits concurrents en balance, à savoir le droit de la requérante au respect de sa vie privée, qui impliquait qu'elle pût obtenir un nouveau numéro d'identité féminin, et l'intérêt de l'État à maintenir intacte l'institution traditionnelle du mariage. Elle a observé que si la requérante obtenait un nouveau numéro tout en conservant ses liens maritaux, on serait en présence d'un mariage entre partenaires de même sexe, ce qui n'était pas autorisé par la législation alors en vigueur en Finlande. Elle a rappelé la jurisprudence de la Cour qui veut que l'article 12 de la Convention n'impose pas aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels, que l'article 8 de la Convention, dont le but et la portée sont plus généraux, ne peut davantage être compris comme imposant une telle obligation et que la question de la réglementation des effets d'un changement de sexe dans le cadre du mariage relève de l'appréciation de l'État contractant concerné.

39. La chambre a constaté que, si le degré de consensus sur le mariage homosexuel évoluait au niveau européen et que certains États membres du Conseil de l'Europe avaient déjà inclus cette possibilité dans leur législation nationale, pareille possibilité n'existait pas en Finlande, même si un projet en ce sens était en cours d'examen devant le Parlement. Elle a souligné que, cela étant, les droits des couples de même sexe étaient protégés par la possibilité de conclure un partenariat enregistré. Tout en reconnaissant que la requérante devait subir quotidiennement des désagréments découlant du numéro d'identité impropre qui lui était attribué, la chambre a estimé que l'intéressée disposait d'une possibilité réelle de modifier cet état de fait puisque son mariage pouvait être transformé à tout moment, *ex lege*, en partenariat enregistré avec le consentement de son épouse. Elle a ajouté que, si pareil consentement n'était pas obtenu, la requérante avait la possibilité de divorcer.

40. La chambre n'a rien vu de disproportionné ni dans le fait d'exiger que l'épouse, dont les droits étaient également en jeu, consentît à une telle transformation ni dans la condition de transformation du mariage de la requérante en un partenariat enregistré, considérant que celui-ci représentait un choix réel offrant aux couples de même sexe une protection juridique peu ou prou identique à celle du mariage. Quant à la circonstance qu'un enfant était issu du mariage, la chambre a observé que rien n'indiquait que la transformation du mariage de ses parents en partenariat enregistré nuirait à la fillette ou à une quelconque autre personne. Elle a estimé que les droits et obligations de la requérante découlant de son lien de filiation paternel ou parental avec sa fille ne seraient pas modifiés par la transformation du mariage en un partenariat enregistré. Jugeant en conséquence qu'il n'avait pas été démontré que les effets du système finlandais fussent disproportionnés et considérant qu'un juste équilibre avait été ménagé entre les intérêts concurrents en jeu, la chambre a conclu à la non-violation de l'article 8 de la Convention.

## **B. Thèses des parties**

### *1. La requérante*

41. La requérante se plaint d'être forcée en application du droit interne à choisir entre deux droits fondamentaux garantis par la Convention, à savoir son droit à l'autodétermination sexuelle et son droit à rester mariée, ce qui l'obligerait dans les faits à renoncer à l'un d'eux. Selon elle, cette législation a pour effet de la placer devant un dilemme. La requérante invoque à cet égard un arrêt rendu le 27 mai 2008 par la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Elle précise que l'objet de sa requête n'est pas de revendiquer l'extension des droits du mariage aux couples de même sexe mais simplement de préserver son mariage actuel avec son épouse. Elle explique que dans son cas le mariage entre personnes de même sexe serait la conséquence fortuite et accidentelle de la reconnaissance juridique de son genre et qu'elle cherche à obtenir la protection d'un droit déjà acquis et non le droit éventuel d'épouser une femme.

42. La requérante estime qu'il y a eu une ingérence tant dans sa vie privée que dans sa vie familiale. Eu égard au raisonnement suivi par la Cour dans les affaires *Parry c. Royaume-Uni* ((déc.), n° 42971/05, CEDH 2006-XV), et *Dadouch c. Malte* (n° 38816/07, 20 juillet 2010), elle considère que le volet «vie familiale» ne peut être exclu en l'espèce. Pour elle, la marge d'appréciation devrait être plus étroite lorsqu'un élément particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'une personne est en jeu et, s'agissant des questions de reconnaissance juridique du genre, la Cour devrait la

restreindre encore davantage et s'orienter vers l'élimination de l'obligation de divorcer. De l'avis de la requérante, la marge d'appréciation accordée aux États ne peut être étendue au point de les autoriser à mettre fin discrétionnairement à des mariages.

43. La requérante soutient que l'obligation de divorcer imposée par la loi sur les personnes transsexuelles constitue une atteinte inutile et disproportionnée à ses droits découlant de l'article 8. Elle estime que l'exercice de mise en balance effectué par la chambre est foncièrement déficient, et ce pour plusieurs raisons.

44. Premièrement, la chambre n'aurait pas mis dans la balance le droit acquis de la requérante et de son épouse à être mariées. La requérante explique que si elle choisissait de faire reconnaître juridiquement son genre, cela mettrait un terme à son mariage, soit par la transformation de celui-ci en un partenariat enregistré, soit par le divorce. Chacun des deux scénarios impliquerait donc la cessation du mariage. La transformation du mariage en un partenariat enregistré serait analogue à un divorce, les conséquences de la transformation ne s'appliquant que pour l'avenir. Vu la nécessité d'obtenir le consentement du conjoint, le divorce dans ces conditions serait « forcé », l'État l'imposant au couple. La requérante estime que la cessation obligatoire de son mariage saperait considérablement les droits qu'elle tient de la Convention, ainsi que ceux de son épouse et de sa fille, et que pareille dissolution d'un mariage valable contredirait l'engagement sous-jacent de pérennité qui distinguerait le mariage d'autres relations. Le mariage continuerait de bénéficier du plus haut degré de protection en vertu de l'article 8. La requérante indique qu'elle-même et son épouse sont mariées depuis dix-sept ans, vivent toujours sous le même toit et élèvent conjointement un enfant qu'elles ont eu ensemble. Elle soutient que la survie de leur relation, malgré le passage de l'une d'entre elles au sexe opposé, démontre le haut degré d'engagement qu'elles ont l'une envers l'autre. Elle estime que d'importantes distinctions demeurent entre le mariage et le partenariat enregistré : selon elle, lorsque le partenaire féminin d'un partenariat enregistré donne naissance à un enfant, les deux parents ne deviennent pas automatiquement parents en droit, comme c'est le cas dans le mariage, et l'adoption n'est pas autorisée quand aucun des partenaires n'est un parent biologique de l'enfant. Elle explique qu'elle-même et sa famille perdraient ces droits, non négligeables selon elle, si le couple acceptait de conclure un partenariat enregistré. Elle ajoute qu'il subsiste un doute quant au point de savoir dans quelle mesure le lien de filiation entre la requérante et sa fille survivrait dans ce cas, la loi sur les personnes transsexuelles ne comportant selon elle aucune disposition à ce sujet. Elle-même et son épouse auraient contracté mariage avec l'idée, inspirée des fortes croyances religieuses qui seraient les leurs,

qu'il s'agirait d'une relation à vie, et elles ne seraient disposées à renoncer à leur mariage en aucune circonstance. La requérante plaide par ailleurs que son passage d'un sexe à l'autre n'a pas nécessairement transformé son couple en un couple homosexuel. Son épouse se serait engagée dans une relation hétérosexuelle il y a dix-sept ans et elle continuerait d'être hétérosexuelle. En conséquence, dégrader la relation du couple en un partenariat enregistré ne correspondrait pas à la réalité de l'hétérosexualité de l'épouse de la requérante, laquelle se retrouverait face à un choix impossible, à savoir apporter son soutien à la requérante ou préserver leur mariage. Enfin, selon la requérante, la situation de leur fille serait similaire à celle des enfants nés hors mariage.

45. Deuxièmement, la requérante allègue que la chambre n'a pas accordé suffisamment d'importance à son droit à l'autodétermination sexuelle. L'absence de reconnaissance juridique de son genre féminin aurait de profondes implications dans sa vie quotidienne. Elle se trouverait en réalité forcée de révéler son transsexualisme à de parfaits inconnus dans des situations quotidiennes que la plupart des gens considèrent comme ordinaires. À titre d'exemple, elle explique que son travail l'amène à beaucoup voyager, mais que son passeport indique toujours qu'elle est un homme. Chaque fois qu'elle voyage avec son passeport actuel, elle serait contrainte d'acheter ses billets d'avion avec le titre «M.» (Monsieur). L'apparition à l'aéroport d'une personne aux caractéristiques féminines munie d'un passeport indiquant qu'elle est de sexe masculin provoquerait inévitablement des questions gênantes, des retards, de l'embarras et du désarroi. Considérant que la Finlande l'a autorisée à changer de prénom afin que celui-ci corresponde à son identité féminine, elle juge illogique qu'on lui refuse la reconnaissance juridique de son genre à ce stade et qu'on la laisse ainsi dans une situation entre deux sexes pendant une période potentiellement indéfinie. Elle indique qu'elle n'a pas choisi de devenir transsexuelle et estime qu'elle ne devrait donc pas être punie par la cessation de son mariage. Elle explique que la condition expresse rendant la reconnaissance juridique du genre dépendante de la cessation du mariage a empêché les juridictions finlandaises de procéder à un examen individualisé tenant compte de sa situation dans son ensemble. Elle ajoute que dans l'affaire *Schlumpf c. Suisse* (n° 29002/06, 8 janvier 2009) la Cour est parvenue à un constat de violation à propos de circonstances similaires. Elle estime que les juridictions nationales ont en outre négligé d'examiner certaines possibilités qui n'auraient pas exigé la cessation du mariage.

46. Troisièmement, la requérante juge inexacte l'hypothèse de la chambre selon laquelle l'intérêt de l'État à protéger le mariage serait fatalement compromis si les transsexuels étaient autorisés à se marier. Elle

soutient que c'est à tort que la chambre est partie du principe que le seul intérêt général en l'espèce était la protection du caractère hétérosexuel du mariage. Elle se défend de chercher à contester l'importance de la protection du mariage hétérosexuel, mais elle considère qu'exiger d'elle qu'elle divorce pour qu'elle puisse obtenir la reconnaissance juridique de son genre constitue pour l'État un moyen inutile et disproportionné d'atteindre son objectif. Partant de l'hypothèse que les cas seraient extrêmement rares, elle estime que le mariage entre transsexuels n'affecterait le mariage hétérosexuel que de manière marginale. Expliquant que les couples mariés qui se trouvent dans la même situation qu'elle-même et son épouse créent l'apparence de mariages homosexuels, l'intéressée ajoute qu'il se pourrait que des mariages *de facto* et *de jure* entre personnes de même sexe existent déjà en Finlande. Elle ajoute que si une personne a obtenu la reconnaissance juridique de son genre dans un État étranger, cette décision est valable en Finlande.

47. Par ailleurs, la requérante reproche à la chambre de ne pas avoir tenu dûment compte des tendances internationales récentes à l'abandon des obligations de divorcer, à la légalisation du mariage homosexuel et au divorce par consentement mutuel. Elle considère qu'il serait possible d'abandonner le divorce forcé, soit en autorisant explicitement le mariage entre transsexuels, soit en légalisant le mariage entre personnes de même sexe. Elle renvoie à des études de droit comparé concernant la reconnaissance juridique du genre et les exigences en matière de statut marital.

48. La requérante expose qu'une évolution vers l'abolition de l'obligation de divorcer est également perceptible en Finlande. Elle indique que la médiatrice finlandaise pour l'égalité a déclaré en 2012 que l'égalité de tous devant le mariage pourrait être une solution propre à permettre le maintien du mariage quand l'un des époux est transsexuel. Elle ajoute qu'à la suite de sa visite en Finlande en 2012, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a également demandé l'abolition de l'obligation de divorcer et que, dans ce contexte, le gouvernement finlandais s'est engagé à établir un groupe de travail chargé d'étudier la possibilité de réformer la législation incriminée. Selon la requérante, il existe aussi une tendance européenne et internationale à l'autorisation des mariages entre personnes de même sexe. Dix pays européens autoriseraient à l'heure actuelle un tel mariage. Une évolution devrait également intervenir en Finlande dans un proche avenir. En février 2013, la commission des affaires juridiques du Parlement aurait rejeté, par une étroite majorité de neuf voix contre huit, une proposition de loi permettant le mariage entre personnes de même sexe. Le soutien de l'opinion publique au mariage homosexuel serait en outre passé de 45 % en 2006 à 58 % en mars 2013.

## 2. Le Gouvernement

49. Le Gouvernement souscrit au raisonnement et au constat de non-violation adoptés par la chambre en l'espèce. Il indique que l'adoption de la législation litigieuse visait à prévenir les inégalités découlant des diverses pratiques administratives suivies dans tout le pays et à fixer des conditions préalables cohérentes pour la reconnaissance juridique du genre. Il explique qu'à l'origine le projet de loi exigeait que la personne demandant la reconnaissance juridique de son genre ne fût pas mariée ni liée par un partenariat enregistré, et n'autorisait pas le mariage ou le partenariat enregistré à se poursuivre sous une autre forme légalement reconnue. Selon lui, c'est parce que ces conditions ont été jugées excessives au cours du processus législatif que le mécanisme de transformation du mariage en partenariat enregistré fut introduit dans les dispositions de la loi. Le Gouvernement déclare que, depuis l'entrée en vigueur de cette loi, au moins quinze mariages ont été transformés en partenariats enregistrés et seize partenariats enregistrés en mariages. Il ajoute que dans neuf cas les conjoints avaient eu des enfants ensemble, et que dans aucun de ces cas la relation juridique parent-enfant n'a été modifiée.

50. Le Gouvernement note que dans ses observations la requérante évoque à plusieurs reprises, à tort selon lui, une législation qui rendrait le divorce obligatoire. Il explique en revanche que, dès lors que le conjoint a donné son consentement, le mariage se transforme automatiquement, *ex lege*, en un partenariat enregistré. L'expression «se transforme» figurant à l'article 2 de la loi sur la confirmation du genre des personnes transsexuelles aurait été délibérément choisie pour montrer que la relation juridique se poursuit simplement sous une dénomination différente et avec un contenu légèrement modifié. Cette continuité préserverait certains droits dérivés, tels que la pension de réversion, et elle ne créerait pas un droit ou une obligation de partage des biens entre les époux. La durée de la relation serait calculée à partir de son commencement, et non à partir du changement de dénomination. Par ailleurs, les droits et obligations découlant de la parentalité ne dépendraient pas du sexe du parent. Par conséquent, il n'y aurait pas de divorce obligatoire en Finlande, mais la voie du divorce relèverait au contraire du choix discrétionnaire de la requérante. La législation finlandaise offrirait la possibilité de concilier le droit à l'autodétermination sexuelle et le droit au mariage, sous la forme d'un partenariat enregistré.

51. Le Gouvernement explique que les différences entre le mariage et le partenariat enregistré apparaissent seulement dans deux domaines: les dispositions relatives à la présomption de paternité fondée sur le mariage et celles de la loi sur l'adoption ne seraient pas applicables dans le cadre d'un

partenariat enregistré, et celles de la loi sur les noms qui concernent le nom de famille du conjoint ne le seraient pas davantage. En revanche, toute personne ayant conclu un partenariat enregistré pourrait adopter l'enfant de son partenaire, et les exceptions susmentionnées ne seraient applicables que dans les cas où la parentalité n'aurait pas été déjà établie. Pour le Gouvernement, on ne peut revenir sur une présomption de paternité fondée sur le mariage ou sur une paternité établie au motif que l'homme est par la suite devenu une femme après une opération de conversion sexuelle. La conversion sexuelle d'un père n'aurait pas non plus d'effets juridiques sur sa responsabilité en ce qui concerne la garde et l'entretien d'un enfant, pareille responsabilité étant fondée sur la parentalité, indépendamment du sexe ou de la forme du partenariat. La requérante ne prétendrait d'ailleurs pas que ses droits et obligations seraient restreints en cas de transformation de son mariage en partenariat enregistré, mais elle insisterait plutôt sur la signification sociale et symbolique du mariage. Le Gouvernement, qui plaide que la requérante n'a fourni aucune preuve du contraire, assure que les droits et obligations juridiques de la requérante à l'égard de son enfant, qu'ils découlent de la paternité ou de la parentalité, ne seraient pas affectés. Il conclut que le droit finlandais n'impose à l'intéressée ni un divorce forcé, ni l'annulation ou la dissolution de son mariage. Pour lui, l'intéressée pourrait poursuivre sa vie familiale sans subir aucune ingérence et rien n'indiquerait dès lors que sa vie privée ou familiale pût être affectée d'une quelconque manière.

52. Le Gouvernement note que si la Cour constitutionnelle fédérale allemande, dans son arrêt du 27 mai 2008, a déclaré inconstitutionnelle une situation similaire, elle a laissé au législateur le soin de décider des moyens propres à y remédier. Il indique que, selon la haute juridiction allemande, le mariage peut être transformé en un partenariat civil enregistré ou en un partenariat civil *sui generis* assorti de garanties juridiques, sous réserve que les droits acquis par le couple et les devoirs découlant du mariage ne soient pas restreints. Dans ces conditions, il juge les dispositions du droit finlandais compatibles avec la jurisprudence pertinente de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

53. Le Gouvernement expose qu'il n'y a toujours pas de consensus européen sur le point de savoir s'il faut ou non autoriser la continuation d'un mariage après la reconnaissance juridique du nouveau sexe d'un conjoint transsexuel opéré ou autoriser le mariage homosexuel. Il en conclut que l'État doit jouir d'une ample marge d'appréciation en la matière et avoir la possibilité de réglementer les effets des changements de sexe sur les mariages préexistants.

### 3. *Les observations des tiers intervenants*

#### a) **Amnesty International**

54. Amnesty International estime que les traités en matière de droits de l'homme doivent autant que possible faire l'objet d'une interprétation harmonieuse de manière à former un ensemble unique d'obligations compatibles entre elles. D'après l'organisation, il est bien établi en droit international des droits de l'homme que l'interdiction générale de la discrimination comprend l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Tant l'identité de genre que l'orientation sexuelle se rapporteraient à des notions hautement subjectives du soi. Souvent, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre s'exprimerait dans le domaine des relations familiales. Dans la grande majorité de ces cas, les organes de jugement concluraient à l'absence dans le chef des autorités d'arguments raisonnables, convaincants, objectifs ou solides aptes à justifier à l'égard d'individus une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle. Les stéréotypes constitueraient une forme de discrimination dans les cas où ils entraîneraient une différence de traitement annihilant ou entravant la jouissance de droits ou libertés fondamentaux. De nombreuses différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle trouveraient leurs racines dans les stéréotypes concernant le rôle des sexes.

55. Selon Amnesty International, le niveau de reconnaissance juridique des couples de même sexe tend à atteindre celui des couples de sexe opposé dans de nombreux États, mais dans beaucoup de pays la loi continue à établir de multiples distinctions. Amnesty International explique que si deux personnes identifiées comme étant des femmes forment un couple, elles passent pour être lesbiennes. Cette assimilation affecterait la dignité et les droits des personnes concernées en leur imposant une définition du sexe pouvant ne pas être conforme à leur propre ressenti. Elle n'aurait du reste pas lieu d'être dans les cas où la loi conférerait le même statut et les mêmes droits à tous les couples. Les États ne pourraient pas imposer une vision particulière des droits à ceux qui ne la partagent pas. Les traditions et les valeurs ne pourraient justifier la restriction de droits, quand bien même ces traditions et valeurs seraient partagées par la majorité de la société.

#### b) **Transgender Europe**

56. Transgender Europe fournit dans ses observations des informations comparatives concernant la situation dans différents États membres du Conseil de l'Europe relativement à la reconnaissance juridique des changements de sexe. Dans certains États membres du Conseil de l'Europe, les personnes transsexuelles ne pourraient pas obtenir la reconnaissance juridique

de leur changement de sexe alors que dans d'autres cette reconnaissance juridique prendrait des formes diverses. Transgender Europe expose que certains des États membres autorisent les couples de même sexe à se marier ou leur offrent la possibilité d'un partenariat enregistré. Parmi les États proposant cette dernière option, certains subordonneraient actuellement cette possibilité à la cessation obligatoire des liens maritaux, alors que d'autres ne poseraient pas semblable condition. D'une manière générale, il existerait parmi les États membres du Conseil de l'Europe une tendance forte à revoir leur approche à la lumière de la Recommandation Rec(2010)5 du Comité des Ministres aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, adoptée le 31 mars 2010. La plupart des nouvelles lois, des révisions et des débats politiques actuels montreraient que les États membres prennent plus en considération le droit à l'autodétermination des personnes transsexuelles lorsqu'ils élaborent une législation les concernant.

### C. Appréciation de la Cour

#### 1. Sur l'applicabilité de l'article 8 de la Convention

57. En l'espèce, la requérante formule son grief sous l'angle de l'article 8 de la Convention. Le Gouvernement ne conteste pas l'applicabilité de cette disposition.

58. La Cour relève que la requérante a cherché à obtenir un numéro d'identité féminin, soutenant qu'à la suite de son opération de conversion sexuelle son ancien numéro d'identité masculin ne correspondait plus à la réalité.

59. La Cour a dit à maintes reprises qu'un transsexuel opéré pouvait se prétendre victime d'une violation de son droit au respect de sa vie privée protégé par l'article 8 de la Convention à raison de l'absence de reconnaissance juridique de son changement de sexe (voir, par exemple, *Grant c. Royaume-Uni*, n° 32570/03, § 40, CEDH 2006-VII, et *L. c. Lituanie*, n° 27527/03, § 59, CEDH 2007-IV). En l'espèce, il n'est pas contesté que la situation de la requérante relève de la notion de « vie privée » au sens de l'article 8 de la Convention.

60. La Cour constate que la présente affaire soulève également des questions pouvant avoir des incidences sur la vie familiale de la requérante. En droit interne, la transformation du mariage actuel de la requérante en un partenariat enregistré requiert le consentement de son épouse. De plus, la requérante et son épouse ont eu un enfant ensemble. En conséquence, la Cour estime que la relation de l'intéressée avec son épouse et son enfant

relève également de la notion de « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention.

61. Partant, l'article 8 de la Convention trouve à s'appliquer en l'espèce, tant en son volet « vie privée » qu'en son volet « vie familiale ».

2. *Sur la question de savoir si l'affaire concerne une obligation positive ou une ingérence*

62. Si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut également imposer à l'État des obligations positives inhérentes à un respect effectif des droits garantis par l'article 8 (voir, parmi d'autres, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 23, série A n° 91, et *Söderman c. Suède* [GC], n° 5786/08, § 78, CEDH 2013).

63. La Cour a dit dans des affaires antérieures que l'article 8 impose aux États l'obligation positive de garantir à leurs citoyens le droit à un respect effectif de leur intégrité physique et morale (voir, par exemple, *Nitecki c. Pologne* (déc.), n° 65653/01, 21 mars 2002, *Sentges c. Pays-Bas* (déc.), n° 27677/02, 8 juillet 2003, *Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, § 42, CEDH 2003-III, *Glass c. Royaume-Uni*, n° 61827/00, §§ 74-83, CEDH 2004-II, et *Pentiacova et autres c. Moldova* (déc.), n° 14462/03, CEDH 2005-I). De plus, pareille obligation peut impliquer l'adoption de mesures spécifiques, notamment la mise en place d'une procédure effective et accessible en vue de protéger le droit à la vie privée (*Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 33, série A n° 32, *McGinley et Egan c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, § 101, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III, et *Roche c. Royaume-Uni* [GC], n° 32555/96, § 162, CEDH 2005-X) ou la création d'un cadre réglementaire instaurant un mécanisme judiciaire et exécutoire destiné à protéger les droits des individus, ainsi que la mise en œuvre, le cas échéant, des mesures en question dans différents contextes (*A, B et C c. Irlande* [GC], n° 25579/05, § 245, CEDH 2010).

64. La Cour observe que les parties ne contestent pas que le refus d'accorder à la requérante un nouveau numéro d'identité (féminin) s'analyse en une atteinte au droit de l'intéressée au respect de sa vie privée. La chambre a également examiné l'affaire sous cet angle. La Grande Chambre, pour sa part, estime que la question à trancher par elle est celle de savoir si le respect de la vie privée et familiale de la requérante implique pour l'État l'obligation positive de mettre en place une procédure effective et accessible, propre à permettre à la requérante de faire reconnaître juridiquement son nouveau sexe tout en conservant ses liens maritaux. Partant, la Grande Chambre

juge plus approprié d'analyser le grief de la requérante du point de vue des obligations positives découlant de l'article 8 de la Convention.

3. *Principes généraux applicables à l'appréciation des obligations positives incombant à un État*

65. Les principes applicables à l'appréciation des obligations positives incombant à un État au titre de l'article 8 sont comparables à ceux régissant l'appréciation de ses obligations négatives. Dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu concerné, les objectifs visés au paragraphe 2 de l'article 8 jouant un certain rôle (*Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 42, série A n° 160, et *Roche*, précité, § 157).

66. La notion de « respect » manque de netteté, surtout en ce qui concerne les obligations positives inhérentes à cette notion ; du fait de la diversité des pratiques suivies et des conditions régnant dans les États contractants, ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 72, CEDH 2002-VI). Néanmoins, la Cour a jugé une série d'éléments pertinents pour l'appréciation du contenu des obligations positives incombant aux États. Certains de ces éléments concernent le requérant, par exemple l'importance de l'intérêt en jeu ou la mise en cause de « valeurs fondamentales » ou d'« aspects essentiels » de sa vie privée (*X et Y c. Pays-Bas*, précité, § 27, et *Gaskin*, précité, § 49), ainsi que l'impact sur l'intéressé d'un conflit entre la réalité sociale et le droit, la cohérence des pratiques administratives et juridiques dans l'ordre interne revêtant une grande importance pour l'appréciation à effectuer sous l'angle de l'article 8 (*B. c. France*, 25 mars 1992, § 63, série A n° 232-C, et *Christine Goodwin*, précité, §§ 77-78). D'autres éléments concernent l'impact sur l'État en cause de l'obligation positive alléguée, par exemple le caractère ample et indéterminé, ou étroit et défini, de cette obligation (*Botta c. Italie*, 24 février 1998, § 35, *Recueil* 1998-I) ou l'ampleur de la charge que l'obligation ferait peser sur lui (*Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, §§ 43-44, série A n° 106, et *Christine Goodwin*, précité, §§ 86-88).

67. Dans la mise en œuvre des obligations positives qui leur incombent au titre de l'article 8, les États jouissent d'une certaine marge d'appréciation. Pour déterminer l'ampleur de cette marge d'appréciation, il y a lieu de prendre en compte un certain nombre de facteurs. Lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est restreinte (voir, par exemple, *X et Y c. Pays-Bas*, précité, §§ 24 et 27, et *Christine Goodwin*, précité, § 90 ; voir également *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 71, CEDH 2002-III).

En revanche, la marge d'appréciation est plus large lorsqu'il n'existe pas de consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe 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, (*X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, § 44, *Recueil* 1997-II, *Fretté c. France*, n° 36515/97, § 41, CEDH 2002-I, et *Christine Goodwin*, précité, § 85). La marge d'appréciation est d'une façon générale également ample lorsque l'État doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou entre différents droits protégés par la Convention qui se trouvent en conflit (*Fretté*, précité, § 42, *Odièvre*, précité, §§ 44-49, *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 77, CEDH 2007-I, *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, § 78, CEDH 2007-V, et *S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, § 94, CEDH 2011).

68. La Cour a déjà eu à examiner plusieurs affaires se rapportant à l'absence de reconnaissance juridique des changements de sexe résultant d'opérations de conversion sexuelle (voir, par exemple, *Christine Goodwin*, précité, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, CEDH 2003-VII, *Grant*, précité, et *L. c. Lituanie*, précité, § 56). Tout en accordant aux États une certaine marge d'appréciation en la matière, elle a jugé que, en vertu des obligations positives découlant pour eux de l'article 8, les États étaient tenus d'assurer la reconnaissance des changements de sexe des transsexuels opérés, notamment en permettant aux intéressés de faire modifier leur état civil, avec les conséquences en résultant (voir, par exemple, *Christine Goodwin*, précité, §§ 71-93, et *Grant*, précité, §§ 39-44).

#### 4. Application en l'espèce des principes généraux

69. La Cour relève tout d'abord que la requérante et son épouse sont légalement mariées conformément au droit interne depuis 1996 et qu'elles souhaitent conserver leurs liens maritaux. En droit finlandais, le mariage n'est autorisé qu'entre personnes de sexe opposé. Les mariages entre personnes de même sexe sont pour l'instant interdits en Finlande, même si la question du mariage homosexuel est actuellement à l'étude devant le Parlement. Par ailleurs, les droits des couples de même sexe sont pour le moment protégés par la possibilité de contracter un partenariat enregistré.

70. La Cour a conscience du fait que la requérante ne revendique pas le droit au mariage pour les homosexuels en général mais qu'elle souhaite simplement préserver son propre mariage. Elle constate toutefois que si l'intéressée obtenait satisfaction, il en résulterait en pratique une situation dans laquelle deux personnes de même sexe pourraient être unies par le mariage. Or actuellement, comme la Cour l'a dit ci-dessus, pareil droit n'existe pas en Finlande. Partant, la Cour doit d'abord examiner si, dans les circonstances

de l'espèce, la reconnaissance d'un tel droit est requise par l'article 8 de la Convention.

71. La Cour réitère sa jurisprudence selon laquelle l'article 8 de la Convention ne peut être compris comme imposant aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels (*Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, § 101, CEDH 2010). Elle a également dit que la question de la réglementation des effets d'un changement de sexe sur le mariage relevait dans une large mesure, mais pas entièrement, de l'appréciation de l'État contractant concerné (*Christine Goodwin*, précité, § 103). En outre, la Convention n'exige pas davantage que des dispositions spéciales soient prises dans des situations telles que celle de l'espèce. Dans l'affaire *Parry* (décision précitée), la Cour a estimé en 2006 que même si le droit anglais n'autorisait pas les mariages entre personnes de même sexe à l'époque des faits les requérantes pouvaient poursuivre leur relation dans tous ses aspects essentiels et lui conférer un statut juridique qui, s'il n'était pas totalement identique au mariage, y était semblable, en concluant un partenariat civil qui emportait pratiquement les mêmes droits et obligations que le mariage. Elle a donc considéré le partenariat civil comme une option valable dans cette affaire.

72. La Cour observe que la présente espèce touche à des sujets qui sont en constante évolution dans les États membres du Conseil de l'Europe. Elle se propose donc de se pencher sur la situation qui prévaut dans d'autres pays membres relativement aux questions soulevées en l'espèce.

73. D'après les informations dont la Cour dispose (paragraphe 31 ci-dessus), il apparaît qu'à l'heure actuelle dix États membres autorisent le mariage entre personnes de même sexe. En outre, dans la majorité des États membres qui interdisent le mariage homosexuel, il n'existe pas de cadre juridique précis réglementant la reconnaissance juridique du genre ni aucune disposition juridique traitant spécifiquement la situation des personnes mariées ayant subi une opération de conversion sexuelle. Parmi les États membres qui interdisent le mariage homosexuel, seuls six se sont dotés d'une législation applicable à la reconnaissance du genre. Dans ces pays, soit la loi pose spécifiquement une condition de célibat ou de divorce, soit des dispositions générales énoncent qu'après un changement de sexe tout mariage préexistant est annulé ou dissous. Il semble que seuls trois États membres ont ménagé des exceptions permettant à une personne mariée ayant changé de sexe d'obtenir la reconnaissance juridique de ce changement tout en conservant ses liens maritaux (paragraphe 31-33 ci-dessus).

74. Dès lors, on ne peut pas dire qu'il existe au niveau européen un consensus sur l'autorisation du mariage homosexuel ni, dans les États qui interdisent pareil mariage, sur la façon dont il convient de réglementer la

reconnaissance des changements de sexe dans les cas de mariages préexistants. La majorité des États membres n'ont adopté aucune législation sur la reconnaissance des changements de sexe. Il apparaît qu'outre la Finlande six autres États seulement se sont dotés d'une telle législation. Les exceptions ménagées pour les transsexuels mariés sont encore plus rares. Ainsi, rien n'indique que la situation dans les États membres du Conseil de l'Europe ait évolué de manière significative depuis que la Cour a rendu ses dernières décisions sur ces questions.

75. En l'absence d'un consensus européen, et compte tenu du fait que la présente affaire soulève indubitablement des questions morales ou éthiques délicates, la Cour estime que la marge d'appréciation à accorder à l'État défendeur demeure large (*X, Y et Z c. Royaume-Uni*, précité, § 44). Celle-ci doit en principe s'appliquer tant à la décision de légiférer ou non sur la reconnaissance juridique des changements de sexe résultant d'opérations de conversion sexuelle que, le cas échéant, aux règles édictées pour ménager un équilibre entre les intérêts publics et les intérêts privés en conflit.

76. Quant à l'ordre juridique interne, la Cour constate que le droit finlandais offre actuellement à la requérante plusieurs options. Premièrement, l'intéressée peut opter pour le *statu quo* sur le plan juridique en conservant ses liens maritaux et en s'accommodant des désagréments que lui vaut son numéro d'identité masculin. La Cour juge établi que dans le système finlandais un mariage légalement contracté unissant deux personnes de sexe opposé n'est pas annulé ou dissous au motif que l'un des époux, après avoir subi une opération de conversion sexuelle, se retrouve être de même sexe que son conjoint. En Finlande, contrairement à la situation qui prévaut dans d'autres pays, un mariage préexistant ne peut être annulé ou dissous unilatéralement par les autorités internes. Partant, rien ne s'oppose à la continuation du mariage de la requérante.

77. Deuxièmement, si la requérante souhaite s'assurer à la fois la reconnaissance juridique de son nouveau sexe et une protection juridique de sa relation avec son épouse, la législation finlandaise permet la transformation de son mariage en un partenariat enregistré si son épouse y consent. En droit finlandais, dès lors qu'est obtenu le consentement du conjoint au changement de sexe, le mariage se transforme automatiquement, *ex lege*, en un partenariat enregistré et le partenariat enregistré en mariage, en fonction de la situation.

78. Le droit interne offre une troisième voie, le divorce. Cette voie est ouverte à la requérante comme à toute autre personne mariée. Contrairement à la thèse de l'intéressée, la Cour n'aperçoit rien dans l'ordre juridique finlandais qui pourrait être interprété comme obligeant la requérante à divor-

cer contre son gré. Au contraire, elle estime que le droit finlandais laisse à celle-ci toute liberté d'user ou non de cette possibilité.

79. Laissant de côté les options du maintien du *statu quo* et du divorce, la requérante s'en prend pour l'essentiel à la deuxième option, celle censée lui permettre de bénéficier à la fois de la reconnaissance juridique de son nouveau sexe et d'une protection juridique de sa relation actuelle. Ainsi, la question clé en l'espèce est celle de savoir si le système dont s'est doté l'État finlandais permet aujourd'hui à celui-ci de respecter ses obligations positives en la matière ou si la requérante devrait être autorisée à conserver ses liens maritaux tout en bénéficiant de la reconnaissance juridique de son nouveau sexe, alors même que cette solution impliquerait un mariage homosexuel entre l'intéressée et son épouse.

80. La Cour constate que, contrairement à la majorité des États membres du Conseil de l'Europe, la Finlande a mis en place un cadre juridique destiné à réglementer la reconnaissance juridique des changements de sexe. Elle observe que, comme l'explique le Gouvernement, la législation litigieuse a pour but d'unifier les diverses pratiques ayant cours dans le pays et d'établir des critères cohérents en matière de reconnaissance juridique du genre. Dès lors que le consentement du conjoint est obtenu, le système permet de concilier la reconnaissance juridique du changement de sexe et la protection juridique de la relation. Le système fonctionne dans les deux sens, et il prévoit ainsi non seulement la transformation du mariage en un partenariat enregistré mais également la transformation du partenariat enregistré en un mariage, selon que l'opération de conversion sexuelle a pour effet de transformer la relation existante en une union entre partenaires de même sexe ou en une union entre partenaires de sexe opposé. D'après les informations fournies par le Gouvernement, il y a eu jusqu'ici trente et une transformations de ce type, qui se répartissent de manière pratiquement égale entre les deux situations susmentionnées.

81. En élaborant ce cadre juridique, le législateur finlandais a choisi de réserver le mariage aux couples hétérosexuels, cette règle ne souffrant aucune exception. Il reste donc à la Cour à déterminer si, eu égard aux circonstances de l'affaire, le système finlandais ménage actuellement un juste équilibre entre les intérêts concurrents en présence et s'il répond au critère de proportionnalité.

82. L'une des préoccupations de la requérante a trait à l'obligation d'obtenir le consentement du conjoint, qui équivaut selon elle à un divorce «forcé». La Cour estime toutefois que, eu égard à l'automatisme de la transformation du mariage en un partenariat enregistré (ou *vice versa*) dans le cadre du système finlandais, le consentement du conjoint à l'enregistrement d'un changement de sexe constitue une exigence élémentaire, conçue pour

protéger un conjoint des effets de décisions unilatérales prises par l'autre. Cette condition représente donc clairement une protection importante pour le conjoint qui ne demande pas la reconnaissance d'un changement de sexe. À cet égard, il convient de relever que le consentement est également requis lorsqu'un partenariat enregistré doit être transformé en mariage. En conséquence, cette exigence s'applique aussi au bénéfice de l'institution du mariage.

83. La requérante se déclare également préoccupée par les différences entre mariage et partenariat enregistré. Comme l'a expliqué le Gouvernement, ces différences concernent l'établissement de la paternité, l'adoption en dehors du cercle familial et le nom de famille. Elles se présentent toutefois uniquement dans la mesure où ces questions n'ont pas été réglées auparavant et sont donc étrangères à l'espèce. Partant, la Cour estime que les différences entre mariage et partenariat enregistré ne sont pas de nature à entraîner un changement substantiel dans la situation juridique de la requérante. En pratique, celle-ci pourrait donc continuer à bénéficier dans le cadre d'un partenariat enregistré essentiellement de la même protection juridique que celle qui lui est assurée par le mariage (voir, *mutatis mutandis*, *Schalk et Kopf*, précité, § 109).

84. De plus, la requérante et son épouse ne perdraient aucun autre droit si leur mariage était transformé en partenariat enregistré. Comme le Gouvernement l'explique de manière convaincante, l'expression «se transforme» figurant à l'article 2 de la loi sur la confirmation du genre des personnes transsexuelles a été délibérément choisie pour illustrer le fait que la relation juridique initiale se poursuit simplement sous une dénomination différente et avec un contenu légèrement modifié. La durée du partenariat est donc calculée à partir de la date à laquelle il a été contracté et non à partir du changement de dénomination. Cet aspect peut se révéler important dans les cas où la durée de la relation constitue une donnée à prendre en compte au regard de la législation interne, par exemple pour le calcul d'une pension de réversion. Partant, la Cour ne peut juger bien fondée l'allégation de la requérante selon laquelle la transformation de son mariage en un partenariat enregistré serait assimilable à un divorce.

85. Par ailleurs, la Cour estime que la transformation du mariage de la requérante en un partenariat enregistré n'emporterait pas d'effets ou n'emporterait que des effets minimes sur la vie familiale de l'intéressée. Elle souligne que l'article 8 protège également la vie familiale des partenaires de même sexe et de leurs enfants (*Schalk et Kopf*, précité, §§ 91 et 94). Dès lors, il importe peu, du point de vue de la protection offerte à la vie familiale, que la relation de la requérante avec sa famille soit fondée sur des liens maritaux ou sur un partenariat enregistré.

86. Les aspects relatifs à la vie familiale se retrouvent aussi dans la relation de la requérante avec sa fille. La paternité de la requérante ayant déjà été valablement établie pendant le mariage, la Cour estime qu'en vertu du droit positif finlandais une éventuelle transformation du mariage en partenariat enregistré n'aurait aucun effet sur le lien de filiation paternelle entre la requérante et sa fille. L'enfant continuerait donc à être considérée comme étant née dans le mariage. En outre, ainsi que l'expose le Gouvernement, dans le système finlandais la paternité présumée sur la base du mariage ou la paternité établie ne peuvent être annulées au motif que l'homme est ultérieurement devenu une femme à la suite d'une opération de conversion sexuelle. Cela est confirmé par le fait, évoqué par le Gouvernement, que dans aucun des cas où une conversion sexuelle a eu lieu en Finlande il n'y a eu de modification des liens de filiation préexistants. De même, le changement de sexe d'un père n'a aucun effet juridique sur sa responsabilité en ce qui concerne les obligations de soins, de garde ou d'entretien vis-à-vis de son enfant, étant donné qu'en Finlande cette responsabilité se fonde sur la parentalité, quel que soit le sexe des parents ou la forme de leur relation. Partant, la Cour juge établi que la transformation du mariage de la requérante en un partenariat enregistré n'aurait aucune incidence sur la vie familiale de l'intéressée telle que protégée par l'article 8 de la Convention.

87. S'il est regrettable que la requérante se retrouve quotidiennement dans des situations où son numéro d'identité inapproprié lui vaut des désagréments, la Cour estime que l'intéressée dispose d'une possibilité réelle de modifier cet état de choses : son mariage peut à tout moment, sous réserve du consentement de son épouse, être transformé, *ex lege*, en un partenariat enregistré. À défaut d'un tel consentement, l'intéressée a toujours la possibilité, comme n'importe quelle personne mariée, de demander le divorce. La Cour considère qu'il n'est pas disproportionné de poser comme condition préalable à la reconnaissance juridique du changement de sexe de la requérante que son mariage soit transformé en partenariat enregistré, celui-ci représentant selon elle une option sérieuse offrant aux couples de même sexe une protection juridique pratiquement identique à celle du mariage (*Parry*, décision précitée). On ne peut donc dire que, du fait des différences mineures qui existent entre ces deux formes juridiques, le système en vigueur ne permet pas à l'État finlandais de remplir les obligations positives qui lui incombent.

88. En conclusion, la Cour estime qu'il n'a pas été démontré que les effets sur la requérante du système finlandais actuel dans son ensemble soient disproportionnés, et elle considère qu'un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts concurrents en jeu.

89. Dès lors, elle conclut à la non-violation de l'article 8 de la Convention.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 12 DE LA CONVENTION

90. À l'origine, la requérante n'avait pas invoqué l'article 12 de la Convention dans sa requête à la Cour. Le 23 mars 2010, la chambre a toutefois décidé d'office de communiquer la requête sous l'angle de cette disposition également.

91. L'article 12 de la Convention se lit ainsi :

« À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. »

### A. Arrêt de chambre

92. Dans son arrêt du 13 novembre 2012, la chambre a observé que la présente affaire ne soulevait en soi aucune question sous l'angle de l'article 12 de la Convention, qui garantit le droit de se marier. Elle a constaté que la requérante était légalement mariée depuis 1996 et que le problème en l'espèce tenait plutôt aux conséquences du changement de sexe de la requérante sur ses liens maritaux avec son épouse, question qui avait déjà été examinée sous l'angle de l'article 8 de la Convention. Eu égard à ses conclusions au regard de cette dernière disposition, la chambre a jugé inutile de se livrer à un examen distinct de l'affaire sur le terrain de l'article 12.

### B. Observations des parties

#### 1. La requérante

93. La requérante reproche à la chambre d'avoir adopté une interprétation sélective de l'article 12 de la Convention. Elle estime qu'il aurait été important de procéder à un examen séparé au regard de cette disposition, qui appelle selon elle, par rapport à l'article 8, une analyse différente consistant à rechercher si la cessation obligatoire du mariage portait atteinte à la « substance du droit de se marier », dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour. La requérante ajoute que pareille analyse aurait en outre permis de remédier au fait que la chambre ne s'est pas penchée sur ses droits familiaux découlant de l'article 8.

94. Elle considère que l'article 12 de la Convention devrait être interprété soit de manière restrictive comme se rapportant seulement à l'acte de contracter mariage, soit de manière plus large comme s'étendant également au maintien du mariage. Elle soutient que dans le premier cas l'article 12 ne serait pas applicable à sa situation puisqu'à l'époque où elles formaient un couple de sexe opposé son épouse et elle avaient de fait contracté mariage. Dans le deuxième cas, en revanche, il serait nécessaire selon elle de recher-

cher si le divorce «forcé» porte atteinte à la «substance même du droit de se marier». Pour la requérante, c'est cette dernière interprétation qu'il faut retenir. L'intéressée estime en effet que permettre à un gouvernement d'intervenir dans un mariage de la façon dont le gouvernement défendeur est intervenu dans son mariage à elle ce serait en pratique vider de toute sa substance le droit de se marier. Ainsi interprété, l'article 12 trouverait donc à s'appliquer en l'espèce, ce qui exigerait un examen de l'affaire sous l'angle de cette disposition.

## 2. *Le Gouvernement*

95. Le Gouvernement partage l'avis de la chambre selon lequel il n'y a pas lieu d'examiner les circonstances de l'espèce séparément sous l'angle de l'article 12 de la Convention. Il estime que la jurisprudence de la Cour ne permet pas de répondre au souhait de la requérante de rester mariée à son épouse de sexe féminin une fois son nouveau sexe confirmé, et que la question de savoir comment réglementer les effets du changement de sexe relève de la marge d'appréciation de l'État contractant. Il ajoute que la Cour administrative suprême a observé en l'espèce que le législateur n'avait pas voulu changer le fait que seuls un homme et une femme pouvaient s'unir par le mariage, mais qu'il avait permis à la relation de se poursuivre sous la forme d'un partenariat enregistré, qui était juridiquement protégé et comparable au mariage. Pour le Gouvernement, la transformation de l'institution du mariage en une institution neutre du point de vue du genre appelle l'adoption d'une loi par le Parlement.

## C. **Appréciation de la Cour**

### 1. *Principes généraux*

96. La Cour rappelle que l'article 12 de la Convention constitue la *lex specialis* pour le droit au mariage. Il garantit le droit fondamental pour un homme et une femme de se marier et de fonder une famille. Il prévoit expressément que le mariage est réglementé par le droit national. Il consacre le concept traditionnel du mariage, à savoir l'union d'un homme et d'une femme (*Rees*, précité, § 49). S'il est vrai qu'un certain nombre d'États membres ont ouvert le mariage aux partenaires de même sexe, l'article 12 ne saurait être compris comme imposant pareille obligation aux États contractants (*Schalk et Kopf*, précité, § 63).

### 2. *Application en l'espèce des principes susmentionnés*

97. La question en jeu concerne les conséquences du changement de sexe de la requérante sur ses liens maritaux. À l'instar de la chambre, la

Grande Chambre estime que cette question a déjà fait l'objet ci-dessus, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, d'un examen qui a abouti à un constat de non-violation de cette disposition. Dans ces conditions, la Cour estime qu'aucune question distincte ne se pose au regard de l'article 12 de la Convention, et qu'il n'y a pas lieu de formuler une conclusion séparée sur le terrain de cet article.

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC LES ARTICLES 8 ET 12

98. Invoquant l'article 14 de la Convention, la requérante allègue qu'en refusant de lui donner un numéro d'identité féminin qui corresponde à son véritable sexe l'État lui fait subir une discrimination. Elle se plaint que ce refus l'oblige à divulguer l'information confidentielle de son transsexualisme, exposant que, contrairement aux autres personnes, elle doit expliquer ce décalage chaque fois qu'on lui demande son numéro d'identité.

99. L'article 14 de la Convention se lit ainsi :

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

#### A. Arrêt de chambre

100. Dans son arrêt du 13 novembre 2012, la chambre a estimé que l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 trouvait à s'appliquer.

101. Elle a ensuite relevé que les griefs de la requérante formulés sur le terrain de l'article 14 avaient trait à l'impossibilité pour l'intéressée d'obtenir un numéro d'identité féminin. Elle a observé que la requérante comparait sa situation à celle des autres personnes en général, y compris les cissexuels et les transsexuels non mariés. Estimant que ces situations ne présentaient pas une similarité suffisante pour être comparées les unes aux autres, elle a conclu que la requérante ne pouvait prétendre se trouver dans la même situation que les autres catégories de personnes qu'elle évoquait.

102. La chambre a ajouté que pour l'essentiel le problème en l'espèce découlait du fait que le droit finlandais n'autorisait pas le mariage entre partenaires du même sexe. Elle a rappelé que, selon la jurisprudence de la Cour, les articles 8 et 12 n'imposent pas aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe, et que l'article 14 combiné avec l'article 8 ne peut pas davantage être compris comme imposant aux États contractants une obligation de garantir aux couples de même sexe le droit de rester mariés. Elle a considéré que, s'agissant de l'obtention d'un

numéro d'identité féminin, la requérante ne pouvait être réputée victime d'une discrimination par rapport à d'autres personnes, à supposer du reste qu'elle pût passer pour être dans une situation comparable à celle de ces personnes. Elle a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

## **B. Observations des parties**

### *1. La requérante*

103. Sous l'angle de l'article 14 de la Convention, la requérante se dit victime d'une discrimination à un double titre.

104. Premièrement, elle explique devoir remplir une condition supplémentaire, à savoir la cessation de son mariage, pour obtenir la reconnaissance juridique de son genre. Elle subirait donc une discrimination par rapport aux cissexuels, dont le genre ferait l'objet d'une reconnaissance juridique à la naissance, sans autre condition. Cette différence de traitement lui vaudrait des problèmes au quotidien.

105. Deuxièmement, la relation de la requérante avec son épouse et son enfant bénéficierait d'une protection juridique inférieure à celle accordée aux mariages hétérosexuels, ce en raison des vues stéréotypées associées à l'identité de genre de la requérante. Les mariages des cissexuels, contrairement au sien, ne courraient pas le risque d'un divorce « forcé ». Or l'identité de genre serait désormais généralement reconnue comme un motif de protection dans le cadre des dispositions qui interdisent la discrimination.

### *2. Le Gouvernement*

106. Le Gouvernement admet que l'article 14 de la Convention est applicable dans la présente affaire, considérant qu'elle tombe sous le coup de l'article 8, mais il estime qu'aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 14. Pour le cas où la Cour parviendrait à une conclusion différente, il soutient que, n'ayant pas de revendication relativement à leur genre, les cissexuels ne sont pas dans une situation similaire à celle de la requérante. Il estime qu'en tout état de cause la Cour devrait conclure à l'existence d'une justification objective et raisonnable. Il ajoute que l'ordre juridique finlandais interdit la discrimination fondée sur le transsexualisme.

## **C. Appréciation de la Cour**

### *1. Principes généraux*

107. La Cour rappelle que l'article 14 de la Convention complète les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas

d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement pour « la jouissance des droits et libertés » qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'emprise de l'une au moins desdites clauses (voir, par exemple, *E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, § 47, 22 janvier 2008, et *Vallianatos et autres c. Grèce* [GC], nos 29381/09 et 32684/09, § 72, CEDH 2013).

108. Selon la jurisprudence bien établie de la Cour, une question ne peut se poser au regard de l'article 14 que lorsqu'il existe une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables. Pareille différence de traitement est discriminatoire si elle ne repose pas sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Par ailleurs, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement (*Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, § 60, CEDH 2008).

109. D'une part, la Cour a dit à maintes reprises que les différences fondées sur le sexe ou sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement sérieuses (*Smith et Grady c. Royaume-Uni*, nos 33985/96 et 33986/96, § 90, CEDH 1999-VI, *L. et V. c. Autriche*, nos 39392/98 et 39829/98, § 45, CEDH 2003-I, *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, § 37, CEDH 2003-IX, *Konstantin Markin c. Russie* [GC], n° 30078/06, § 127, CEDH 2012, *X et autres c. Autriche* [GC], n° 19010/07, § 99, CEDH 2013, et *Vallianatos et autres*, précité, § 77). D'autre part, une ample latitude est d'ordinaire laissée à l'État lorsqu'il s'agit, par exemple, de prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale (*Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], nos 65731/01 et 65900/01, § 52, CEDH 2006-VI). L'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, le domaine et le contexte; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard (*Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, § 38, *Recueil* 1998-II).

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

110. Nul ne conteste en l'espèce que la situation de la requérante relève des notions de « vie privée » et de « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention et qu'elle tombe aussi sous l'empire de l'article 12. En conséquence, l'article 14 combiné avec ces deux dispositions trouve à s'appliquer.

111. La Cour relève que les griefs formulés par la requérante au titre de l'article 14 concernent sa demande de numéro d'identité féminin et les problèmes qu'elle a rencontrés à cet égard. Dans ses observations, la requérante compare sa situation à celle des cissexuels, expliquant que ceux-ci bénéficieraient automatiquement à la naissance de la reconnaissance de leur genre et que leurs mariages, contrairement au sien, ne courent pas le risque d'un divorce « forcé ».

112. La Grande Chambre souscrit à l'avis de la chambre selon lequel la situation de la requérante et celle des cissexuels ne présentent pas une similarité suffisante pour pouvoir être comparées l'une avec l'autre. Partant, la requérante ne peut prétendre se trouver dans la même situation que les cissexuels.

113. En conclusion, la Cour estime qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec les articles 8 et 12.

#### PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par quatorze voix contre trois, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention ;
2. *Dit*, par quatorze voix contre trois, qu'il n'y a pas lieu d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 12 de la Convention ;
3. *Dit*, par quatorze voix contre trois, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec les articles 8 et 12 ;

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 16 juillet 2014.

Johan Callewaert  
Adjoint au 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 des opinions séparées suivantes :

- opinion concordante de la juge Ziemele ;
- opinion dissidente commune aux juges Sajó, Keller et Lemmens.

D.S.  
J.C.

## OPINION CONCORDANTE DE LA JUGE ZIEMELE

*(Traduction)*

1. J'ai voté avec la majorité en l'espèce, mais je souhaiterais ajouter quelques commentaires sur la méthodologie utilisée dans l'arrêt. Pour moi en effet, ce sont en particulier les choix méthodologiques qui constituaient les points délicats dans la présente affaire. L'affaire concerne un droit allégué de rester marié et un droit de changer de sexe. La chambre l'a traitée comme une affaire de droit à la vie privée et du point de vue d'une ingérence dans ce droit. Elle a eu égard à l'absence de communauté de vues en Europe sur le mariage homosexuel lorsqu'elle a examiné la proportionnalité de cette ingérence. Tout en prenant note de l'approche de la chambre, la Grande Chambre a décidé qu'il s'agissait d'une affaire d'obligations positives (paragraphe 64 de l'arrêt). Certes, la Cour a toujours souligné qu'il est difficile de tracer une frontière nette entre les obligations négatives et les obligations positives. Je me demande si la difficulté est réelle ou si c'est le choix de la Cour de laisser cette question relativement ouverte. Cette affaire montre combien la différence peut avoir de l'importance puisqu'en l'occurrence la Grande Chambre a choisi une autre approche que celle de la chambre. Récemment, dans une autre affaire, la Grande Chambre a décidé de ne pas suivre l'approche de la chambre, qui avait traité l'affaire comme une affaire d'ingérence, et d'aborder celle-ci sous l'angle des obligations positives (voir, par exemple, *Fernández Martínez c. Espagne* [GC], n° 56030/07, CEDH 2014).

2. Dans le cadre de l'article 8, la Cour renvoie à sa jurisprudence selon laquelle il n'y pas d'obligation d'accorder aux couples de même sexe un accès au mariage (paragraphe 71 de l'arrêt). En fait, la Cour a déclaré à maintes reprises que, eu égard à l'absence de pratique claire en Europe et au débat en cours dans nombre de sociétés européennes sur cette question, elle ne pouvait pas interpréter l'article 8 comme imposant une telle obligation. Aux fins de cette affaire, la Cour, une fois de plus, se risque à examiner le « consensus européen ». La donne a-t-elle changé depuis sa dernière affaire ? Cela signifie fondamentalement que la Cour tente d'établir le contenu du droit et de la pratique internes dans, si possible, quarante-sept États membres et essaie de déterminer si une pratique ultérieure d'un État peut être apparue et pourrait conduire à une nouvelle interprétation, voire à une modification, d'un traité (article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), ou bien confirmer l'existence d'une *opinio juris* (I. Ziemele, « *Customary International Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights – The Method* », in *Le Juge et la coutume internationale* (Conseil de l'Europe, 2012), pp. 75-83).

3. Cependant, je me demande dans quelle mesure et de quelle manière l'analyse susmentionnée était nécessaire en l'espèce. Cette analyse semble liée au choix de la Cour d'examiner l'affaire du point de vue des obligations positives. Au paragraphe 79 de l'arrêt, la Cour rappelle que « la question clé en l'espèce est celle de savoir si le système dont s'est doté l'État finlandais permet aujourd'hui à celui-ci de respecter ses obligations positives en la matière ou si la requérante devrait être autorisée à conserver ses liens maritaux tout en bénéficiant de la reconnaissance juridique de son nouveau sexe, alors même que cette solution impliquerait un mariage homosexuel entre l'intéressée et son épouse ». Le seul point qui vaut une référence aux données recueillies au cours de l'étude de droit comparé est l'observation que, quoi qu'il en soit, la Finlande appartient déjà à un groupe minoritaire d'États qui reconnaît les conséquences juridiques pertinentes d'un changement de sexe. Cela semble impliquer que la Finlande est assez avancée dans ses processus internes en comparaison d'autres sociétés et se conforme probablement à ses obligations positives, dans la mesure où l'on peut conclure que celles-ci existent.

4. À cet égard, le fait que la Convention n'impose pas à la Finlande l'obligation spécifique d'autoriser le mariage homosexuel n'aide pas la Cour à traiter le problème en l'espèce (paragraphe 79 de l'arrêt). La requérante ne peut prétendre tirer de la Convention un droit de préserver ses liens maritaux. Ce n'est du reste pas ce qu'elle soutient. Elle allègue que le changement qui lui est imposé porte atteinte à son droit à la vie privée. Toutefois, il n'est pas démontré que sa vie familiale au sens de l'article 8 serait véritablement touchée par son changement de sexe. La véritable tâche de la Cour en l'espèce est l'appréciation d'une ingérence dans ses affaires privées; en conséquence, j'aurais suivi, en ce qui concerne la méthodologie, le raisonnement adopté par les juges dissidents, mais sans souscrire à leurs conclusions. Je vois une lacune logique dans la conclusion de la Cour selon laquelle il n'y a pas eu violation en raison de l'absence d'obligation positive spécifique d'introduire une législation sur les mariages de même sexe. S'il s'agissait d'une affaire d'obligations positives, la Cour aurait pu probablement s'arrêter au paragraphe 80 de l'arrêt, dans lequel elle note les progrès effectués par la Finlande parmi d'autres États. Je relève également que le raisonnement, pour la majeure partie, suit en fait les arguments applicables à l'appréciation de la proportionnalité d'une ingérence (paragraphe 81 et 84 et suivants). À la différence des juges de la minorité, j'estime que la protection de la morale reste une justification pertinente pour l'ingérence dans le droit de la requérante à la vie privée dans la mesure où cette ingérence concerne la situation de son mariage et est considérée dans le contexte de l'ample marge d'appréciation laissée aux États.

## OPINION DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES SAJÓ, KELLER ET LEMMENS

(Traduction)

1. À notre grand regret, nous ne pouvons souscrire au constat de non-violation de l'article 8 de la Convention auquel la majorité est parvenue en l'espèce. Nous concentrerons notre raisonnement sur l'article 8 de la Convention. Toutefois, nous pensons que l'affaire aurait dû également être traitée différemment en ce qui concerne tant l'article 12 que l'article 14 combiné avec l'article 8.

### I. Remarques préliminaires

2. L'examen du grief de la requérante au regard de l'article 8 de la Convention a pour point de départ l'idée que l'identité de genre constitue un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu, et que les États sont tenus de reconnaître les changements de sexe des transsexuels opérés (paragraphe 67 et 68 de l'arrêt). À cet égard, la Cour a dit en 2002 qu'en l'absence de « difficultés concrètes ou notables ou [d']atteinte à l'intérêt public » qui découleraient de la reconnaissance du nouveau sexe d'un transsexuel à l'issue d'un processus de conversion sexuelle, « on [pouvait] raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément à l'identité sexuelle choisie par elles au prix de grandes souffrances » (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 91, CEDH 2002-VI). Sur ce point, nous sommes d'accord avec la majorité.

3. Cependant, de notre point de vue, la majorité fonde son raisonnement sur trois hypothèses auxquelles nous ne pouvons adhérer.

4. Premièrement, la majorité déclare que le grief doit s'analyser du point de vue d'une obligation positive (paragraphe 62-64 de l'arrêt). Ce choix est important car la Cour accorde aux États une marge d'appréciation plus large en matière d'obligations positives que d'obligations négatives (*Fadeïeva c. Russie*, n° 55723/00, § 96, CEDH 2005-IV, et *A, B et C c. Irlande* [GC], n° 25579/05, §§ 248-249 et 266, CEDH 2010). Toutefois, le refus de l'État d'accorder à la requérante une nouvelle carte d'identité reflétant son nouveau sexe devrait à notre avis être examiné comme une violation potentielle d'une obligation négative, car cela n'exige pas de démarches importantes des autorités de l'État ni n'implique des conséquences sociales ou économiques majeures. En d'autres termes, pour la majorité, l'ingérence

commise par les autorités de l'État se limite simplement au refus de celles-ci de disjoindre la question de la nouvelle carte d'identité de celle du statut marital de la requérante. Sur ce point, nous sommes en désaccord avec la majorité sur le plan doctrinal.

5. Deuxièmement, un argument décisif à la base de la conclusion de la majorité est l'absence de consensus parmi les États membres du Conseil de l'Europe sur les questions concernant les transsexuels (paragraphe 74 de l'arrêt). À notre sens, ce n'est pas la bonne approche, ne serait-ce que parce qu'elle est contraire à la jurisprudence antérieure de la Cour. La Cour devrait utiliser le consensus général uniquement comme un élément d'un ensemble d'outils et de critères en vue de déterminer l'ampleur de la marge d'appréciation de l'État dans un domaine particulier (*X et autres c. Autriche* [GC], n° 19010/07, § 148, CEDH 2013). En d'autres termes, l'existence d'un consensus n'est pas le seul facteur qui influence l'ampleur de la marge d'appréciation laissée à l'État : cette marge est restreinte « [l]orsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu » (*S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, § 94, CEDH 2011)<sup>1</sup>. De manière générale, lorsqu'il s'agit d'un aspect particulièrement important d'un droit de la Convention, la Cour devrait donc examiner les cas individuels avec une grande minutie et, s'il y a eu ingérence incompatible avec les normes posées par la Convention, statuer en conséquence – même si de nombreux États contractants sont potentiellement concernés. Cette règle s'applique en l'espèce : un aspect particulièrement important de l'identité de la requérante est ici en jeu, d'où la marge d'appréciation plus étroite accordée à l'État. Compte tenu des critiques dont a fait l'objet par le passé la théorie du consensus, lequel a été considéré comme un instrument potentiel de régression permettant de faire prévaloir le « plus petit dénominateur commun » parmi les États membres, nous estimons que l'adhésion de la Cour à cette approche doit avoir ses limites, et que l'absence de consensus ne peut servir à élargir l'étroite marge d'appréciation dont jouit l'État en l'espèce<sup>2</sup>. À cet égard, nous relevons que, lorsqu'elle est apportée, la preuve de l'existence d'un consensus ne dépend pas d'une communauté de vues dans une supermajorité d'États : la Cour jouit d'une certaine latitude s'agissant de valider l'existence de tendances (voir, par

1. Luzius Wildhaber, Arnaldur Hjartarson et Stephen Donnelly, « *No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights* », *Human Rights Law Journal* (2013), vol. 33, pp. 248-263, p. 252.

2. Paul Martens, « Les désarrois du juge national face aux caprices du consensus européen », in *Dialogue entre juges* (Conseil de l'Europe, 2008), pp. 79-99, p. 97. Voir également Eyal Benvenisti, « *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards* », *New York University Journal of International Law and Politics* (1999), vol. 31 (4), pp. 843-854, p. 852.

comparaison, *Vallianatos et autres c. Grèce* [GC], nos 29381/09 et 32684/09, § 91, CEDH 2013)<sup>3</sup>. Nous relevons également que, dans l'arrêt de principe *Christine Goodwin*, précité, la Cour a dit, concernant l'absence de consensus sur la reconnaissance légale du nouveau sexe, que

« l'absence de pareille démarche commune entre les quarante-trois États contractants n'est guère surprenante, eu égard à la diversité des systèmes et traditions juridiques. (...) Aussi la Cour attache-t-elle moins d'importance à l'absence d'éléments indiquant un consensus européen relativement à la manière de résoudre les problèmes juridiques et pratiques qu'à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés. » (*Christine Goodwin*, précité, § 85)

La Cour a ajouté que la question de la reconnaissance juridique du nouveau sexe d'un transsexuel opéré ne relevait plus de la marge d'appréciation de l'État (*Christine Goodwin*, précité, § 93). En ce qui concerne cette « tendance », nous relevons que la reconnaissance juridique des droits des personnes transsexuelles et intersexuelles gagne constamment du terrain au niveau international<sup>4</sup>. Concernant la signification de l'absence de consensus parmi les États membres, nous sommes donc en désaccord avec la majorité d'un point de vue méthodologique.

6. Troisièmement, la majorité part du principe que la requérante avait réellement le choix entre le maintien de son mariage et l'obtention d'un numéro d'identité féminin (paragraphe 76-78 de l'arrêt). Pour nous, il est hautement problématique d'opposer deux droits de l'homme – en l'occurrence, le droit à la reconnaissance de son identité de genre et le droit de maintenir une situation matrimoniale – l'un à l'autre. De plus, nous pensons que la majorité n'a pas suffisamment pris en compte le fait que la requérante et son épouse sont profondément croyantes (paragraphe 44 de l'arrêt), et qu'en conséquence, pour elles, leur mariage durera la vie entière. Enfin, l'épouse de la requérante continue de s'identifier comme une hétérosexuelle. Étant donné leur éducation religieuse, la requérante et son épouse ne peuvent pas se satisfaire d'une transformation de leur mariage en partenariat de même

3. Voir à cet égard l'analyse de la jurisprudence de la Cour dans l'ouvrage de Laurence R. Helfer et Erik Voeten, « *International Courts as Agents of Legal Change: Evidence from LGBT Rights in Europe* », *International Organization* (2014), vol. 68 (1), pp. 77-110, p. 93.

4. Nous observons que, au sein de la juridiction du Conseil de l'Europe, l'existence d'un « troisième genre » a été reconnue par le législateur fédéral allemand (paragraphe 22(3) de la *Personenstandsgesetz* (PStG), en vigueur depuis le 19 février 2007 (BGBl. I p. 122), modifié par l'article 3 de la loi du 28 août 2013 (BGBl. I p. 3458)). En dehors de la juridiction du Conseil de l'Europe, les cours suprêmes de différents pays sont parvenues à la même conclusion (Cour suprême du Népal, Sunil Babu Pant et autres c. Népal, recours n° 917, arrêt du 21 décembre 2007; *High Court* australienne, *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie* [2014] HCA 11 (2 avril 2014); Cour suprême indienne, *National Legal Services Authority v. Union of India and Others*, recours (civil) n° 400 de 2012, arrêt du 15 avril 2014).

sexe puisque ce serait contraire à leurs convictions religieuses. À cet égard, nous estimons que la majorité n'a pas pris suffisamment en compte d'importantes informations factuelles.

7. Sur ce point, nous aimerions souligner que la Cour aurait dû examiner les griefs au regard de l'article 8 en ayant égard à l'importance particulière de l'identité de genre pour un individu, à la marge d'appréciation limitée dont les États bénéficient en conséquence dans ce domaine ainsi qu'aux fortes convictions religieuses de la requérante et de son épouse vis-à-vis de leur mariage.

## II. Article 8 de la Convention

8. La requérante a intérêt à se voir accorder un numéro d'identification féminin car sinon elle se verra dans l'obligation de s'identifier en tant que personne transgenre – et donc révéler un aspect de sa personnalité appartenant à sa sphère la plus intime – chaque fois que le décalage entre son apparence et sa carte d'identité nécessitera des explications. Nous estimons que cela représente plus que des « désagréments » regrettables (paragraphe 87 de l'arrêt). À cet égard, nous renvoyons de nouveau à l'arrêt en l'affaire *Christine Goodwin*, dans lequel la Grande Chambre a déclaré que :

« Le stress et l'aliénation qu'engendre la discordance entre le rôle adopté dans la société par une personne transsexuelle opérée et la condition imposée par le droit qui refuse de consacrer la conversion sexuelle ne sauraient, de l'avis de la Cour, être considérés comme un inconvénient mineur découlant d'une formalité. On a affaire à un conflit entre la réalité sociale et le droit qui place la personne transsexuelle dans une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété. » (*Christine Goodwin*, précité, § 77)

Par ailleurs, le choix qui s'offre à la requérante, à savoir la conversion de son mariage en un partenariat homosexuel, n'est pas une option – comme nous l'avons expliqué ci-dessus –, car les intéressées, mariées depuis 1996, se retrouvent dans des convictions religieuses qui ne permettent pas la transformation de leur relation en un partenariat homosexuel. Leurs dix-sept ans de mariage, pendant lesquels l'assistance et le soutien apportés à la requérante par son épouse ont été déterminants non seulement pour leur relation mais également pour le difficile processus de conversion sexuelle vécu par la requérante, ne nous donne aucune raison de douter du profond attachement de l'intéressée et de son épouse hétérosexuelle à leur mariage. Comme le montre le présent arrêt, la requérante se retrouve contrainte de choisir entre la continuation de son mariage, ce qui relève de la « vie familiale » aux fins de l'article 8, et la reconnaissance légale de son identité de genre, ce qui relève du volet « vie privée » du même article (paragraphe 57-61 de l'arrêt). À partir de là, nous ne pouvons souscrire à la conclusion de la majorité

selon laquelle la requérante disposait de plusieurs options acceptables (paragraphe 76-77 de l'arrêt), et nous nous voyons amenés à conclure qu'elle subira une ingérence dans l'exercice de ses droits au regard de l'article 8, quelle que soit l'« option » choisie.

9. Dans le cadre d'un examen classique de l'ingérence alléguée dans les droits de la requérante au regard de l'article 8, il conviendrait d'examiner si l'ingérence était prévue par la loi et nécessaire dans une société démocratique pour atteindre un ou plusieurs des buts légitimes énumérés à l'article 8 § 2. La première de ces conditions est certainement remplie. Quant à la poursuite d'un but légitime, dans le contexte de sa jurisprudence concernant l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, la Cour a admis que les États avaient un intérêt légitime à protéger le mariage au sens traditionnel du terme en réservant légalement cette institution aux partenaires hétérosexuels, et que cet intérêt pouvait justifier une différence de traitement (*Karner c. Autriche*, n° 40016/98, § 40, CEDH 2003-IX, *Parry c. Royaume-Uni* (déc.), n° 42971/05, CEDH 2006-XV, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, §§ 61-62, CEDH 2010, et *Vallianatos et autres*, précité, §§ 83-85). Lorsqu'elle est amenée à effectuer un examen séparé de l'article 8, la Cour doit cependant déterminer non pas s'il existe une justification de la différence de traitement, mais si une restriction aux droits est autorisée pour atteindre l'un des buts énumérés à l'article 8 § 2. Étant donné que la restriction en jeu ici n'est manifestement pas nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique ou au bien-être économique de la Finlande, ni à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales ou à la protection de la santé, les deux seuls motifs de restriction qui restent sont la protection des droits et des libertés d'autrui ou la protection de la morale.

10. Nous estimons que les droits et libertés d'autrui ne seraient en aucune façon touchés si la requérante et son épouse étaient autorisées à rester mariées malgré le changement de sexe de la requérante. La continuation de leur lien marital n'aurait aucun effet préjudiciable sur les droits d'autrui de se marier ni sur les mariages existants.

11. Deuxièmement, tout en reconnaissant que la protection de la famille traditionnelle peut se justifier par certaines préoccupations morales, nous considérons que la protection de la morale ne fournit pas une justification suffisante de la restriction apportée aux droits de la requérante en l'espèce. Afin qu'elle puisse justifier la présente ingérence dans les droits au regard du deuxième paragraphe de l'article 8, cette ingérence doit être nécessaire dans une société démocratique. La Cour doit en conséquence examiner si l'ingérence était justifiée par l'existence d'un besoin social impérieux et était proportionnée au but légitime poursuivi, et donc déterminer si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts concurrents en cause, une question

qui implique une certaine marge d'appréciation laissée à l'État (*A, B et C c. Irlande*, précité, § 229).

12. Le Gouvernement n'a pas soutenu que l'éventualité pour les transsexuels mariés d'obtenir la reconnaissance légale de leur genre à l'issue du processus de conversion sexuelle poserait des difficultés pratiques notables. Pour dire les choses simplement, le seul intérêt en jeu est l'intérêt général à exclure les couples homosexuels de l'institution du mariage. Sans vouloir nier l'intérêt de l'État à protéger l'institution du mariage, nous estimons que l'importance à accorder à cet argument relève d'une autre question qui doit être considérée séparément. À notre sens, l'institution du mariage ne serait pas mise en danger par un petit nombre de couples qui souhaiteraient conserver leurs liens maritaux dans une situation telle que celle de la requérante. À la lumière de ce qui précède, nous ne pouvons conclure que l'État défendeur peut invoquer un besoin social impérieux pour refuser à la requérante de rester mariée après la reconnaissance légale de son sexe acquis.

13. S'agissant plus spécifiquement de la proportionnalité de l'ingérence, nous relevons que l'État dispose d'une certaine marge d'appréciation concernant la question de savoir si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts concurrents en question. Cela pris en compte, nous estimons néanmoins que le Gouvernement n'a pas démontré que le risque pour la morale était assez substantiel pour mériter l'ingérence en question. À ce sujet, nous relevons que, étant donné que la requérante et son épouse étaient toujours mariées au moment du prononcé de cet arrêt, elles se présentent au monde extérieur comme deux personnes ayant une identité et une expression de genre féminines, et qui sont unies par un mariage légalement valable. En d'autres termes, elles continuent de vivre ensemble comme un couple marié en parfaite conformité avec le droit finlandais, alors même que, aux yeux de nombreuses personnes, elles forment un couple homosexuel. Le changement d'identité de genre de la requérante étant un fait accompli, il est difficile de comprendre en quoi la reconnaissance légale de sa conversion sexuelle aurait un impact significatif (additionnel) sur la morale publique. De plus, nous renvoyons à l'arrêt récent de la Cour suprême indienne, qui relève que la société maltraite les personnes transgenre tout en « oubliant que la faillite morale tient à la mauvaise volonté de la société d'intégrer ou d'accueillir différentes identités et expressions de genre, un paradigme qu'il faut changer »<sup>5</sup>. Comme l'a dit un auteur, la réaction problématique de « haut-le-cœur » de la société vis-à-vis des personnes transgenres n'est pas une notion normative devant être soutenue par la loi<sup>6</sup>.

5. Cour suprême indienne, arrêt du 15 avril 2014, précité, note 4.

6. Alex Sharpe, « *Transgender Marriage and the Legal Obligation to Disclose Gender History* », *The Modern*

14. À la lumière des considérations ci-dessus, l'examen de la question de savoir si la restriction apportée aux droits de la requérante au regard de l'article 8 est justifiée au regard du paragraphe 2 de cette disposition ne peut que nous amener à conclure que l'ingérence dans les droits de la requérante n'était pas nécessaire dans une société démocratique. Dès lors, nous estimons qu'il y a eu violation de l'article 8.

### III. Article 12 de la Convention

15. Dès lors que nous concluons à la violation de l'article 8, nous considérons qu'aucune question séparée ne se pose au regard de l'article 12.

16. Nous aimerions cependant souligner qu'il est bien plus difficile de déterminer si une question se pose au regard de l'article 12 après un constat de non-violation de l'article 8 tel que celui auquel est parvenu la majorité. À notre avis, la majorité aurait dû examiner la question de savoir si l'article 12 garantit non seulement le droit de se marier mais également celui de rester marié à moins que des raisons impérieuses ne justifient une ingérence dans la situation matrimoniale des époux. Nous estimons que la conversion sexuelle subie par l'un des époux n'est pas une raison impérieuse justifiant la dissolution d'un mariage lorsque les deux époux souhaitent expressément poursuivre leurs liens maritaux préexistants. Cet argument trouve appui dans le principe n° 3 des principes de Jogjakarta<sup>7</sup> et des arrêts récents des juridictions constitutionnelles d'Autriche, d'Allemagne et d'Italie, qui ont toutes trois infirmé des décisions posant la dissolution d'un mariage préexistant comme condition préalable à la reconnaissance légale d'une conversion sexuelle<sup>8</sup>.

---

*Law Review* (2012), vol. 75 (1), pp. 33-53, p. 39.

7. Commission internationale de juristes, *Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, mars 2007, disponible à l'adresse suivante : [www.yogyakartaprinciples.org/principles\\_fr.pdf](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_fr.pdf). Le principe 3, qui porte sur le droit à la reconnaissance devant la loi, dispose notamment que : « Aucun statut, tel que le mariage ou la condition de parent, ne peut être invoqué en tant que tel pour empêcher la reconnaissance légale de l'identité de genre d'une personne. »

8. Cour constitutionnelle autrichienne, V 4/06-7, 8 juin 2006, IV.2 ; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 1 BvL 10/05, 27 mai 2008, § 49 ; Cour constitutionnelle italienne, n° 170/2014, 11 juin 2014 (ce dernier arrêt a été rendu après l'adoption du présent arrêt par la Grande Chambre). Nous reconnaissons cependant que la première de ces juridictions a seulement estimé qu'un changement légal de genre n'était pas possible pour les personnes mariées, et n'a pas examiné les conséquences de ce changement pour la situation civile de la personne. Les hautes juridictions allemande et italienne ont quant à elles estimé que la dissolution des mariages dans ces cas était interdite au motif que – contrairement à la situation en l'espèce – la réglementation interne ne prévoyait aucune possibilité de poursuivre la relation sous une autre forme (c'est-à-dire sous la forme d'un partenariat enregistré), et que les droits et obligations des conjoints en auraient donc été diminués.

#### IV. Article 14 de la Convention combiné avec l'article 8

17. Sans aucun doute, les questions soulevées en l'espèce relèvent à la fois de la notion de vie privée et de celle de vie familiale au sens de l'article 8 (paragraphe 59 et 60 de l'arrêt et point 8 ci-dessus). De plus, il n'est pas contesté que la requérante a subi une différence de traitement fondée sur son genre (et non sur son orientation sexuelle, qui est une question distincte et séparée). La majorité souligne à juste titre que, selon la jurisprudence bien établie de la Cour, les différences fondées sur le genre doivent être justifiées par des raisons particulièrement sérieuses (paragraphe 109 de l'arrêt). À notre avis, point n'est besoin de se référer également à la jurisprudence de la Cour en matière d'orientation sexuelle.

18. La question difficile en l'espèce tient à l'identification du groupe auquel la requérante et son épouse peuvent être comparées. La requérante soutient avoir été traitée différemment des cissexuels en ce qui concerne le refus de lui accorder une nouvelle carte d'identité et aussi des hétérosexuels en ce qui concerne la protection de son mariage avec une épouse hétérosexuelle.

19. Nous regrettons que la majorité rejette ces questions simplement au motif que la situation de la requérante et celle des cissexuels ne présentent pas une similarité suffisante (paragraphe 112 de l'arrêt). La majorité ne traite pas la question de savoir si la requérante est soumise à un traitement discriminatoire par rapport aux hétérosexuels (paragraphe 105 de l'arrêt). Nous ne pouvons penser à une quelconque situation – autre que des cas de mariages fictifs ou non consommés, ce qui relève d'une autre question – dans laquelle des conjoints cissexuels et hétérosexuels légalement mariés seraient sommés de choisir entre le maintien de leur situation matrimoniale et l'obtention de cartes d'identité correspondant au genre auquel ils s'identifient. Si les États jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement (*X et autres c. Autriche*, précité, § 98, *Vallianatos et autres*, précité, § 76, et *Konstantin Markin c. Russie* [GC], n° 30078/06, § 126, CEDH 2012), il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention (*ibidem*, § 126). Dès lors, nous estimons que la Cour aurait dû se pencher sur cette question.

20. Dernier point, mais non des moindres, nous estimons que la requérante et son épouse sont victimes de discrimination en raison du fait que les autorités n'ont pas fait de différence entre leur situation et celle des couples homosexuels (voir, *mutatis mutandis*, *Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, § 44, CEDH 2000-IV). En fait, l'ordre juridique national traite leur cas comme si elles étaient homosexuelles. Toutefois, au moins

au moment où elles ont contracté mariage, la requérante et son épouse ne formaient pas un couple homosexuel. Ce serait simplifier à l'excès la situation que de traiter leur relation comme une relation homosexuelle, même si l'on se situe après la conversion sexuelle de la requérante. À notre sens, le point crucial en ce qui concerne la question de discrimination est celui de savoir si l'État a ou non failli à établir une différence entre la situation de la requérante et celle d'un couple homosexuel en se refusant à introduire des exceptions appropriées à la règle excluant les couples homosexuels de l'institution du mariage (voir, *mutatis mutandis*, *Thlimmenos*, précité, § 48). Nous regrettons que cette question n'ait pas été soulevée.

## V. Conclusion

21. En somme, nous ne souscrivons pas aux conclusions de la majorité sur plusieurs points. Premièrement, nous ne sommes pas d'accord avec la majorité en ce qui concerne la nature de l'obligation en question, la méthodologie concernant le degré de contrôle, et la conclusion selon laquelle la requérante disposait d'un choix réel entre la préservation de son mariage et l'obtention de la reconnaissance légale de son nouveau sexe. Deuxièmement, concernant la justification de l'ingérence dans les droits de la requérante au regard de l'article 8, nous soutenons qu'il n'y aurait pas d'atteinte au but légitime de la protection de la famille traditionnelle si les personnes se trouvant dans une situation analogue à celle de la requérante et de son épouse étaient autorisées à rester mariées après la reconnaissance du nouveau sexe de l'un des conjoints. Étant donné qu'il n'y a pas de besoin social impérieux justifiant l'ingérence en question, qui n'était donc pas nécessaire dans une société démocratique, nous estimons que la requérante a subi une violation de ses droits au regard de l'article 8. Troisièmement, nous considérons, à la lumière de la conclusion de la majorité sous l'angle de l'article 8, que les questions soulevées au regard de l'article 12 auraient dû être examinées. Enfin, nous ne sommes pas convaincus que la requérante n'ait pas subi une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention combiné à l'article 8, et nous estimons que l'examen de la Cour aurait dû être plus approfondi à cet égard.

GROSS v. SWITZERLAND  
*(Application no. 67810/10)*

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 30 SEPTEMBER 2014<sup>1</sup>

---

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



SUMMARY<sup>1</sup>**Failure to inform the Court of applicant's death during proceedings concerning her ability to obtain substance enabling her to commit suicide**

The death of an applicant, particularly where the end of his or her life was at the heart of the application, was essential information that had to be communicated to the Court during the proceedings before it. The deliberate failure to comply with that obligation, with the aim of misleading the Court, amounted to an abuse of the right of individual application (see paragraphs 35-37 of the judgment).

**Article 35 § 3 (a)**

*Abuse of right of application – Failure to inform the Court of applicant's death during proceedings concerning her ability to obtain substance permitting her to commit suicide – Role of representative before the Court – Obligation to communicate information concerning the very core of the application – Important new developments – Sufficiently clear intention to mislead the Court*

\*

\* \*

*Facts*

For many years the applicant had expressed the wish to end her life as she was becoming increasingly frail as time passed and was unwilling to continue suffering the decline of her physical and mental faculties. She had made up her mind to end her life by taking a lethal dose of sodium pentobarbital. As she was unable to obtain the substance in question, she had lodged an application with the Court in 2010. In a judgment of 14 May 2013, a Chamber of the Court had found that there had been a violation of Article 8 of the Convention. That judgment was subsequently referred to the Grand Chamber.

It was not until January 2014 that the Court was informed of the applicant's death by the Government, who, when preparing their memorial, had enquired about the applicant's situation and discovered the fact and the circumstances of her death. In October 2011 the applicant had obtained a prescription for a lethal dose of sodium pentobarbital and ended her life by imbibing the prescribed substance on 10 November 2011. According to a police report dated 14 November 2011, no relatives of the deceased could be identified. The report concluded that the applicant

---

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

had committed suicide and that no third person could be found criminally liable in that context.

*Law*

Article 35 § 3 (a): An application could be declared an abuse of the right of individual application if, among other reasons, it was knowingly based on untrue facts. The submission of incomplete and thus misleading information could also amount to an abuse of the right of individual application, especially if the information concerned the very core of the case and the applicant failed to provide a sufficient explanation for the failure to disclose that information. The same applied if important new developments occurred during the proceedings in Strasbourg and where, despite being expressly required to do so by Rule 47 § 7 of the Rules of Court, the applicant failed to disclose that information to the Court, thereby preventing it from ruling on the case in full knowledge of the facts. However, even in such cases, the applicant's intention to mislead the Court must always be established with sufficient certainty. Counsel for the applicant had explained that he had only had contact with his client via an intermediary, who – at her request – had purposely refrained from notifying counsel of the applicant's death. However, having regard to the particular nature of the present case, the fact that counsel for the applicant had agreed at the time to have no direct contact with his client and to communicate with her indirectly through an intermediary gave rise to a number of concerns regarding his role as a legal representative in the proceedings before the Court. In addition to the duties of an applicant to cooperate with the Court and to keep it informed of all circumstances relevant to his or her application, a representative bore a particular responsibility not to make misleading submissions.

It further transpired from her counsel's explanations that the applicant had also taken special precautions to prevent information about her death from being disclosed to counsel, and eventually to the Court, in order to stop the latter discontinuing the proceedings in her case. The fact and the circumstances of the applicant's death concerned the very core of the matter underlying her complaint under the Convention. It was also conceivable that had those facts been known to the Chamber they might have had a decisive influence on its judgment of 14 May 2013 concluding that there had been a violation of Article 8 of the Convention. However, there was no need for the Grand Chamber to speculate on that point since the Chamber's judgment of 14 May 2013 had not become final.

The applicant's motive for withholding the relevant information had been that, regardless of the fact that the ongoing grievance arising from her own personal situation had ceased, the proceedings in her case should continue for the benefit of other people who were in a similar situation. While such a motive might be understandable from the applicant's perspective in the exceptional situation in which she had found herself, the Court found it sufficiently established that by deliberately omitting to disclose that information to her counsel the applicant

had intended to mislead the Court on a matter concerning the very core of her complaint under the Convention.

Accordingly, the applicant's conduct constituted an abuse of the right of application.

*Conclusion:* inadmissible (nine votes to eight).

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

*Akdivar and Others v. Turkey*, 16 September 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV

*Al-Nashif v. Bulgaria*, no. 50963/99, 20 June 2002

*Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* [GC], no. 38433/09, ECHR 2012

*Gustafsson v. Sweden* (revision – merits), 30 July 1998, *Reports* 1998-V

*Hüttner v. Germany* (dec.), no. 23130/04, 9 June 2006

*Kerechashvili v. Georgia* (dec.), no. 5667/02, ECHR 2006-V

*Kowal v. Poland* (dec.), no. 2912/11, 18 September 2012

*Melnik v. Ukraine*, no. 72286/01, 28 March 2006

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

*Nold v. Germany*, no. 27250/02, 29 June 2006

*Pardo v. France* (revision – admissibility), 10 July 1996, *Reports* 1996-III

*Pardo v. France* (revision – merits), 29 April 1997, *Reports* 1997-III

*Popov v. Moldova* (no. 1), no. 74153/01, 18 January 2005

*Predescu v. Romania*, no. 21447/03, 2 December 2008

*Rehak v. the Czech Republic* (dec.), no. 67208/01, 18 May 2004

*Varbanov v. Bulgaria*, no. 31365/96, ECHR 2000-X



**In the case of Gross v. Switzerland,**

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

Dean Spielmann, *President*,  
Josep Casadevall,  
Ineta Ziemele,  
Mark Villiger,  
Isabelle Berro,  
Boštjan M. Zupančič,  
Alvina Gyulumyan,  
Khanlar Hajiyev,  
Dragoljub Popović,  
Ledi Bianku,  
Nona Tsotsoria,  
Ann Power-Forde,  
Vincent A. De Gaetano,  
Linos-Alexandre Sicilianos,  
Helen Keller,  
Helena Jäderblom,  
Johannes Silvis, *judges*,

and Erik Fribergh, *Registrar*,

Having deliberated in private on 5 March and 27 August 2014,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 67810/10) against the Swiss Confederation lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Swiss national, Ms Alda Gross (“the applicant”), on 10 November 2010.

2. The applicant was represented by Mr F.T. Petermann, a lawyer practising in St Gallen, Switzerland. The Swiss Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr F. Schürmann, Head of the Human Rights and Council of Europe Section of the Federal Ministry of Justice.

3. Relying on Article 8 of the Convention, the applicant alleged, in particular, that her right to decide how and when to end her life had been breached.

4. The application was allocated to the Second Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 5 January 2012 notice of the application was given to the Government. It was also decided to grant the case priority (Rule 41). On 14 May 2013 a Chamber, composed of Guido Raimondi, President, Danutė Jočienė, Peer Lorenzen, András Sajó, Işıl Karakaş, Nebojša Vučinić, Helen Keller, judges, and Stanley Naismith, Section Registrar, having deliberated in private, delivered a judgment in which it held by a majority that there had been a violation of Article 8 of the Convention. The joint dissenting opinion of Judges Raimondi, Jočienė and Karakaş was annexed to the judgment.

5. In a letter of 12 August 2013, the Government requested the referral of the case to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention and Rule 73. A panel of the Grand Chamber granted the request on 7 October 2013.

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

7. The applicant and the Government each filed further observations (Rule 59 § 1). In their memorial dated 7 January 2014, the Government informed the Court that the applicant had died on 10 November 2011. The applicant's counsel submitted comments in reply.

8. In addition, third-party comments on the merits of the application were received from: the Alliance Defending Freedom (formerly known as the Alliance Defense Fund), an association based in the United States of America dedicated to protecting the right to life on a worldwide basis, represented by Mr P. Coleman; the European Centre for Law and Justice, an association based in France specialising in questions of bioethics and the defence of religious freedom, represented by Mr G. Puppink; Americans United for Life, an association based in the United States of America dedicated to protecting the right to life from conception until natural death, represented by Mr W.L. Saunders; and Dignitas, an association based in Switzerland whose objective is to ensure that its members receive end-of-life care and die with human dignity, represented by Mr L.A. Minelli. All of the third-party interveners had been given leave by the President to intervene in the written procedure before the Chamber (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3).

## THE FACTS

### THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicant was born in 1931 and died on 10 November 2011.

10. For many years, the applicant had expressed the wish to end her life. She explained that she was becoming increasingly frail as time passed

and was unwilling to continue suffering the decline of her physical and mental faculties. She decided that she wished to end her life by taking a lethal dose of sodium pentobarbital. She contacted an assisted-suicide association – EXIT – for support, which replied that it would be difficult to find a medical practitioner who would be prepared to provide her with a medical prescription for the lethal drug.

11. On 20 October 2008 a psychiatrist, Dr T., submitted an expert opinion in which he observed that there was no doubt that the applicant was able to form her own judgment. From a psychiatric medical point of view, Dr T. did not have any objection to the applicant being prescribed a lethal dose of sodium pentobarbital. However, he refrained from issuing the prescription himself on the ground that he did not want to confuse the roles of medical expert and treating physician.

12. By letters of 5 November and 1 December 2008 and 4 May 2009, the applicant's representative submitted on her behalf a request to be given a prescription for sodium pentobarbital to three further medical practitioners, who all declined to issue the requested prescription.

13. On 16 December 2008 the applicant submitted a request to the Health Board of the Canton of Zurich to be provided with 15 grams of sodium pentobarbital in order for her to commit suicide. On 29 April 2009 the Health Board rejected the applicant's request.

14. On 29 May 2009 the applicant lodged an appeal with the Administrative Court of the Canton of Zurich. On 22 October 2009 the Administrative Court dismissed the appeal. It considered, in particular, that the prerequisite of a medical prescription for obtaining a lethal dose of sodium pentobarbital was in accordance with Article 8 of the Convention. The requirement to obtain a medical prescription served the aim of preventing premature decisions and guaranteed that the intended action was medically justified. It further ensured that the decision was based on a deliberate exercise of the free will of the person concerned. The Administrative Court observed that Dr T., in his expert opinion, had not considered whether the applicant was suffering from any illness which would justify the assumption that the end of her life was near. The wish to die taken on its own, even if it was well considered, was not sufficient to justify the issuing of a medical prescription. Accordingly, the content of the case file did not demonstrate that the necessary prerequisites for issuing a medical prescription had been fulfilled in the instant case. There was therefore a need for further medical examination. Under these circumstances, the Administrative Court considered that there was no sufficient reason to dispense the applicant from the necessity of undergoing a thorough medical examination and of obtaining a medical prescription.

15. On 12 April 2010 the Federal Supreme Court dismissed an appeal lodged by the applicant. It observed, *inter alia*, that the applicant undisputedly did not fulfil the prerequisites laid down in the medical-ethical guidelines on the care of patients at the end of life adopted by the Swiss Academy of Medical Sciences, as she was not suffering from a terminal illness, but had expressed a wish to die because of her advanced age and increasing frailty. Even though the Federal Supreme Court had previously considered that the issuing of a medical prescription for sodium pentobarbital to a person suffering from an incurable, persistent and serious psychological illness did not necessarily amount to a violation of a doctor's professional duties, this exception had to be handled with the "utmost restraint" and did not enjoin the medical profession or the State to provide the applicant with the requested dose of sodium pentobarbital to put an end to her life. The Federal Supreme Court further noted that the issuing of the requested substance required a thorough medical examination and, with respect to the persistence of the wish to die, long-term medical supervision by a specialist practitioner who was prepared to issue the necessary prescription. This requirement could not be circumvented by the applicant's request for an exemption from the necessity of obtaining a medical prescription.

16. On 10 November 2010 counsel for the applicant lodged an application with the Court.

17. On 24 October 2011 the applicant obtained a medical prescription for 15 grams of sodium pentobarbital signed by a medical practitioner, Dr U. On 10 November 2011 she ended her life by imbibing the prescribed substance. According to a police report dated 14 November 2011, no relatives of the deceased could be identified. The report concluded that the applicant had committed suicide with the assistance of EXIT and that no third person was found to be criminally liable in this context.

18. The Court was not made aware of the applicant's death until 7 January 2014 (see paragraph 19 below).

## THE LAW

### THE GOVERNMENT'S PRELIMINARY OBJECTION

#### **A. The Government's submissions to the Grand Chamber**

19. In their memorial to the Court of 7 January 2014, the Government stated that when preparing their memorial they had taken the precaution of enquiring about the applicant's situation at the municipality where she lived and had found out that she had died on 10 November 2011. Thus, by the time the Chamber had adopted its judgment in this case, she had been

dead for approximately one and a half years. Relying on the Court's decision in the case of *Predescu v. Romania* (no. 21447/03, § 25, 2 December 2008), they requested the Court to declare the application inadmissible on the ground of abuse of the right of petition, in accordance with Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

20. The Government submitted that the applicant's counsel had not only failed to inform the Court of the applicant's death – which he should have done at the latest when the Court's Registry provided him with the statement of facts, assuming her to be alive – but had also misled the Court in his submissions by giving the impression that the applicant was still alive.

21. In the Government's view, the conduct of the applicant's counsel had been such as to mislead the Court as regards an essential aspect for its examination of the application.

### **B. Counsel for the applicant's submissions to the Grand Chamber**

22. The applicant's counsel responded that he had not had any personal contact with his client since January 2010 and had only become aware of her death on 9 January 2014, when he had received a copy of the Government's memorial of 7 January 2014.

23. Counsel explained that the applicant had expressed her wish that counsel should send any further correspondence to Mr F., a retired pastor who also voluntarily worked for the assisted-suicide association EXIT. The reason for this arrangement was, *inter alia*, that receiving letters from her counsel directly had caused her stress and that she therefore needed assistance from a person of trust. Thus, after her appeal to the Federal Supreme Court in January 2010, it had been agreed that Mr F. would bring any communications to her personally and explain them to her. Counsel submitted that he had complied with those instructions.

24. Upon receipt of the Government's submissions on 9 January 2014, counsel had immediately contacted Mr F., who had explained to him that he had refrained from notifying him of the applicant's death at the applicant's express request because she feared that the ongoing proceedings would otherwise be discontinued. In the summer of 2011, when it had become clear that the applicant would end her life, she had informed Mr F. that counsel had told her that if she died during the proceedings the case would be at an end, and that she did not want this to happen as she wanted "to open the way for other people in her situation". Mr F. had taken the view that a spiritual adviser's professional duty did not permit disclosure against the applicant's express wishes. Counsel for the applicant further stated that he found it extremely regrettable that Mr F. had not informed him immediately of the applicant's death, as counsel would have duly informed

the Court and would have made an application for the proceedings to be continued nevertheless.

25. Relying on the Court's case-law in previous cases where an applicant had died or had expressed the wish to withdraw his or her complaint during the proceedings before the Commission or the Court (counsel referred to the Court's judgments in *Scherer v. Switzerland*, 25 March 1994, Series A no. 287, and *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, § 21, Series A no. 26), he argued that upon lodging an application with the Convention institutions the latter became master of the proceedings. It was thus for the Court to decide whether the proceedings in a given case should be continued. The decisive factor in that regard was whether, in the Court's view, the case raised general questions of public interest that required further examination.

26. In the instant case, counsel for the applicant invited the Court to continue the proceedings on the ground that the case raised substantive questions regarding compliance with the Convention which required further examination in the public interest. "Euthanasia" was a contentious and much-debated issue in many European countries. Cases of this nature were generally brought by persons who were elderly and/or ill. If proceedings were to be systematically abandoned when such a person died, the questions raised by such cases could never be decided by the Court.

### C. The Court's assessment

27. Article 35 § 3 (a) of the Convention provides:

"The Court shall declare inadmissible any individual application submitted under Article 34 if it considers that:

(a) the application is incompatible with the provisions of the Convention or the Protocols thereto, manifestly ill-founded, or an abuse of the right of individual application; ..."

28. The Court reiterates that under this provision an application may be rejected as an abuse of the right of individual application if, among other reasons, it was knowingly based on untrue facts (see *Akdivar and Others v. Turkey*, 16 September 1996, §§ 53-54, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV; *Varbanov v. Bulgaria*, no. 31365/96, § 36, ECHR 2000-X; *Rehak v. the Czech Republic* (dec.), no. 67208/01, 18 May 2004; *Popov v. Moldova* (no. 1), no. 74153/01, § 48, 18 January 2005; *Kerechasvili v. Georgia* (dec.), no. 5667/02, ECHR 2006-V; *Miroļubovs and Others v. Latvia*, no. 798/05, § 63, 15 September 2009; and *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* [GC], no. 38433/09, § 97, ECHR 2012). The submission of incomplete and thus misleading information may also amount to an abuse of the

right of application, especially if the information concerns the very core of the case and no sufficient explanation has been provided for the failure to disclose that information (see *Hüttner v. Germany* (dec.), no. 23130/04, 9 June 2006; *Predescu*, cited above, §§ 25-26; and *Kowal v. Poland* (dec.), no. 2912/11, 18 September 2012). The same applies if important new developments have occurred during the proceedings before the Court and where, despite being expressly required to do so by Rule 47 § 7 (former Rule 47 § 6) of the Rules of Court, the applicant has failed to disclose that information to the Court, thereby preventing it from ruling on the case in full knowledge of the facts (see *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano*, cited above, and *Miroļubovs and Others*, cited above). However, even in such cases, the applicant's intention to mislead the Court must always be established with sufficient certainty (see *Al-Nashif v. Bulgaria*, no. 50963/99, § 89, 20 June 2002; *Melnik v. Ukraine*, no. 72286/01, §§ 58-60, 28 March 2006; *Nold v. Germany*, no. 27250/02, § 87, 29 June 2006; and *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano*, cited above).

29. Turning to the circumstances of the instant case, the Court notes at the outset that in her application lodged with the Court on 10 November 2010 the applicant complained, relying on Article 8 of the Convention, that the Swiss authorities, by depriving her of the possibility of obtaining a lethal dose of sodium pentobarbital, had violated her right to decide by what means and at what point her life would end. It further observes that on 5 January 2012 notice of her application was given to the respondent Government and that on 14 May 2013 the Chamber delivered a judgment in which it held (by four votes to three) that there had been a violation of Article 8 of the Convention, a finding which was based on the assumption that the applicant was still alive (see paragraphs 65-67 of the Chamber judgment).

30. However, it was later revealed that in the meantime, on 24 October 2011, the applicant had obtained a medical prescription for a lethal dose of sodium pentobarbital and that on 10 November 2011 she had ended her life by imbibing the prescribed substance.

31. This development was not brought to the Court's attention by the applicant or her counsel but by the Government, in their memorial of 7 January 2014, after the case had been referred to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention. When preparing their memorial, the Government had enquired about the applicant's situation and had found out about the fact and the circumstances of her death.

32. The Court has taken note of the explanation submitted in reply by counsel for the applicant that he had been unaware of his client's death because he had only had contact with her via an intermediary, Mr F, who –

at her request – had purposely refrained from notifying counsel of her death. According to Mr F., this was because of her fear that the disclosure of such a fact might prompt the Court to discontinue the proceedings in her case. As her spiritual adviser he had considered himself bound by a professional duty of confidentiality preventing him from disclosing that information against her wishes.

33. However, in the Court’s view, and bearing in mind the particular nature of the present case, the fact that counsel for the applicant had no direct contact with his client but agreed to communicate with her indirectly through an intermediary gives rise to a number of concerns regarding his role as a legal representative in the proceedings before it. In addition to the duties of an applicant to cooperate with the Court (see Rule 44A of the Rules of Court; see also Rule 44C, “Failure to participate effectively”, including the possibility of drawing inferences from the failure of a party “to divulge relevant information of its own motion”) and to keep it informed of all circumstances relevant to his or her application (see Rule 47 § 7, former Rule 47 § 6), a representative bears a particular responsibility not to make misleading submissions (see Rule 44D).

34. It transpires from her counsel’s explanation that the applicant had not only failed to inform him, and by implication the Court, of the fact that she had obtained the required medical prescription, but had also taken special precautions to prevent information about her death from being disclosed to counsel and eventually to the Court in order to stop the latter discontinuing the proceedings in her case.

35. Against this background, the Grand Chamber considers that the fact and the circumstances of the applicant’s death did indeed concern the very core of the matter underlying her complaint under the Convention. It is also conceivable that had these facts been known to the Chamber they might have had a decisive influence on its judgment of 14 May 2013 concluding that there had been a violation of Article 8 of the Convention (see, *mutatis mutandis*, Rule 80 of the Rules of Court; *Pardo v. France* (revision – admissibility), 10 July 1996, §§ 21-22, *Reports* 1996-III; *Pardo v. France* (revision – merits), 29 April 1997, § 23, *Reports* 1997-III; and *Gustafsson v. Sweden* (revision – merits), 30 July 1998, § 27, *Reports* 1998-V). However, there is no need for the Grand Chamber to speculate on this since in any event, in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the Chamber’s judgment of 14 May 2013 has not become final.

36. According to Mr F., the applicant’s motive for withholding the relevant information had been that, regardless of the fact that the ongoing grievance arising from her own personal situation had ceased, the proceedings in her case should continue for the benefit of other people who

were in a similar situation. While such a motive may be understandable from the applicant's perspective in the exceptional situation in which she found herself, the Court finds it sufficiently established that by deliberately omitting to disclose that information to her counsel the applicant intended to mislead the Court on a matter concerning the very core of her complaint under the Convention.

37. Accordingly, the Court upholds the Government's preliminary objection that the applicant's conduct constituted an abuse of the right of application within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention.

### FOR THESE REASONS, THE COURT

*Holds*, by nine votes to eight, that, by reason of the applicant's abuse of the right of application within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention, the application is inadmissible.

Done in English and in French, and notified in writing on 30 September 2014, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

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 following separate opinions are annexed to this judgment:

- (a) concurring opinion of Judge Silvis;
- (b) joint dissenting opinion of Judges Spielmann, Ziemele, Berro, Zupančič, Hajiyeu, Tsotsoria, Sicilianos and Keller.

D.S.

E.F.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE SILVIS

The applicant ended her life by imbibing a lethal dose of sodium pentobarbital on medical prescription while a complaint concerning the denial of her right to obtain such a prescription was pending before the Court. Without having been informed about the change of circumstances, including her death, the Chamber dealt with the case and found a violation of Article 8 of the Convention, on account of a lack of clarity in Swiss law, one and a half years after the applicant had died. However, the Chamber's judgment never became final since the case was referred to the Grand Chamber. It was only after that referral that the Court was notified that the applicant had already obtained the lethal drugs and had subsequently died. Counsel for the applicant had not informed the Court of this, explaining that he had not even been aware of the change in circumstances of his client. I voted in favour of declaring the application inadmissible on the ground of abuse of the right of petition. To my mind, the alternative of just striking the case out would not have sufficiently emphasised the importance of keeping the Court fully informed of new circumstances concerning the core of a complaint.

I would have preferred the Grand Chamber not to establish that the applicant herself had deliberately misled the Court. To my mind, there was no need to establish with "sufficient certainty" the applicant's personal intentions, assuming – implicitly – that she herself was fully aware of the requirements of the Rules of Court. It is preferable for the Court not to enter into the particular way clients and their professional representatives before the Court communicate with each other, as it is clearly set out in Rule 44C that they must participate effectively. Knowledge of the client's circumstances could therefore legitimately be imputed to her counsel. As a professional, acting on behalf of his client, counsel bears the responsibility of disclosing relevant new information (Rule 47 § 6 until 6 May 2013, now Rule 47 § 7). When this responsibility is not adequately assumed, without sufficient explanation, and the new information in question concerns the core of the complaint, then I would think that the conclusion that there has been an abuse of the right of petition should inevitably follow (see *Hüttner v. Germany* (dec.), no. 23130/04, 9 June 2006; *Predescu v. Romania*, no. 21447/03, §§ 25-26, 2 December 2008; and *Kowal v. Poland* (dec.), no. 2912/11, 18 September 2012).

Why did the Court seek to establish whether the applicant herself had deliberately misled the Court? This appears to be a consequence of the Court's earlier case-law restricting findings of an abuse of the right of

petition to cases where there has been an underlying intention on the part of an applicant to mislead. By thus setting the threshold for finding an abuse of the right of petition unnecessarily high in my view, even in an extraordinary case like this, the Grand Chamber has forced itself to undertake the rather speculative exercise of establishing with “sufficient certainty” her state of mind and, implicitly, her procedural legal awareness.

In *Nold v. Germany* (no. 27250/02, § 87, 29 June 2006) the applicant’s intention to knowingly mislead the Court was not yet a necessary condition for finding an abuse of the right of application, since that condition was still subject to exceptions in extraordinary cases as in earlier jurisprudence. In the case of *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* ([GC], no. 38433/09, § 97, ECHR 2012), the Grand Chamber recently found that withholding information could amount to abuse of the right of petition, but that “even in such cases, the applicant’s intention to mislead the Court must always be established with sufficient certainty”. It seems, as has been confirmed in the present judgment, that the Grand Chamber has closed the door to the possibility of reaching a finding of abuse of the right of petition in extraordinary cases without explicitly establishing “with sufficient certainty” that the applicant intended to mislead the Court. I regret this restriction and would have favoured a change in the opposite direction since rules of procedural “hygiene” are weakened when made exclusively dependent on subjective motives as opposed to objectively verifiable reasons.

JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES SPIELMANN,  
ZIEMELE, BERRO, ZUPANČIČ, HAJIYEV, TSOTSORIA,  
SICILIANOS AND KELLER

1. While we agree that the Court cannot condone the behaviour of the applicant's representatives in this case, we are unable to share the view of the majority of the Grand Chamber that the present application is inadmissible under Article 35 § 3 (a) of the Convention on account of an abuse of the right of individual application. Unlike the majority, we consider that the threshold required for a finding of abuse of the right of individual petition has not been reached.

2. The Court's case-law on the abuse of rights is clear. Applications can only be regarded as an abuse of the right of individual application in exceptional circumstances. The Court has, for instance, held that "except in extraordinary cases, an application may only be rejected as abusive if it was knowingly based on untrue facts" (see *Knyazev v. Russia*, no. 25948/05, § 79, 8 November 2007, and *Aleksanyan v. Russia*, no. 46468/06, § 117, 22 December 2008).

3. In the present case, it is necessary to determine whether the behaviour of the applicant's lawyer, of Mr F., or of the applicant herself is decisive.

4. In a previous case, the Court found that counsel's negligent lack of awareness of the commutation of their client's life sentence and their failure to inform the Court once they learned of this fact constituted abuse of the right of individual petition (see *Bekauri v. Georgia* (preliminary objection), no. 14102/02, §§ 23-25, 10 April 2012). In another case, in which a supposed applicant had already died at the time of the submission of his application to the Court, and his signature on the application form had in fact been forged by his wife, the Court found that the forgery and the deliberate concealment of the applicant's death constituted an abuse of the right of individual petition and that the application should accordingly be rejected pursuant to Article 35 § 3. In that judgment, however, the Court held that "an application may only be rejected as abusive within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention in extraordinary circumstances, such as if an application was deliberately grounded on a description of facts omitting or distorting events of central importance" (see *Andrianova and Others v. Ukraine*, no. 10319/04, § 9, 12 December 2013). However, the circumstances of the present case do not indicate any intent to mislead the Court on the part of the applicant's counsel, who – at the applicant's request – had no direct contact with his client.

5. Secondly, we note that, according to the Court’s case-law, a finding of abuse of the right of individual petition is only possible if an applicant intentionally misled the Court, “especially if the information concerns the very core of the case and no sufficient explanation is given for the failure to disclose that information” (see *A.L. v. Poland*, no. 28609/08, § 47, 18 February 2014, with further references). We consider that this intent must be established with a sufficient degree of certainty (see *Mirošubovs and Others v. Latvia*, no. 798/05, § 63, 15 September 2009) and, at least to a certain degree, be attributable to the individual applicant in a given case (see, by contrast, *Bekauri*, cited above, §§ 21-25). In order to penalise an abuse of process by an applicant’s representatives, the Court can use a tool more closely tailored to such situations by banning them from representing future applicants (Rule 36 § 4 (b) of the Rules of Court; see also *Petrović v. Serbia* (dec.), nos. 56551/11 and 10 others, 18 October 2011).

6. The majority accepted that the necessary intent was present owing to the fact that the applicant’s intermediary, Mr F., “purposely refrained” from informing the applicant’s counsel of her death (see paragraph 32 of the present judgment). The majority also expressed concern regarding the fact that the applicant’s counsel had failed to maintain direct contact with her (see paragraph 33 of the present judgment). However, the decisive factor here should not be the intent of the applicant’s representatives. Whatever their role in concealing the applicant’s death from the Court, this cannot be attributed to the applicant.

7. Furthermore, we draw attention to the pejorative nature of the majority’s finding. The inadmissibility of an application due to the abuse of the right of individual petition carries a certain stigma. Ms Gross, deceased, was unable to submit her own views regarding the majority’s assessment and her memory is now burdened with the stigmatising effect of the present judgment.

8. Lastly, we are mindful of the fact that the qualification “abuse of rights” is reserved for cases which cause the Court to “waste its efforts on matters obviously outside the scope of its real mission, which is to ensure the observance of the solemn, Convention-related, engagements undertaken by the States Parties” (see *Petrović*, cited above). In the present context, we note that the number of assisted suicides is high and unlikely to abate in the near future. In the case of Switzerland, for example, the number of foreign residents who travel to the country to seek assistance in taking their own lives is not negligible. Accordingly, we do not consider the Court’s efforts to have been wasted: the issue of assisted suicide is likely to engender future applications to the Court and thus certainly merits examination. We observe that there is undoubtedly a European dimension to this issue:

travel to Switzerland by people wishing to end their lives, for the purpose of availing themselves of the services of assisted-suicide organisations, has triggered heated discussions in various Contracting States.<sup>1</sup>

9. In our view, the Court should have expressed serious doubts as to the question whether the applicant intended to mislead the Court, but should have ultimately left this issue open as the application could have been struck out under Article 37 § 1 (c) of the Convention. The applicant passed away without leaving any heirs or descendants. Under the specific circumstances of the case, the Court should have decided that it was no longer justified to continue its examination within the meaning of Article 37 § 1 (c), without qualifying Ms Gross's behaviour as an abuse of rights.

---

1. See, for example, the debate in the United Kingdom surrounding the draft Assisted Dying Bill [HL] 2014-2015, which is currently before the House of Lords.

GROSS c. SUISSE  
*(Requête n° 67810/10)*

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 30 SEPTEMBRE 2014<sup>1</sup>

---

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



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Défaut d'informer la Cour du décès de la requérante lors d'une procédure portant sur sa capacité à obtenir la substance nécessaire à son suicide**

Le décès d'un requérant, en particulier lorsque la fin de vie de celui-ci est au cœur de sa requête, fait partie des informations essentielles qui doivent être communiquées à la Cour durant la procédure devant elle. Le manquement délibéré à cette obligation, dans le but d'induire la Cour en erreur, constitue un abus du droit de recours individuel (paragraphe 35-37 de l'arrêt).

**Article 35 § 3 a)**

*Requête abusive – Défaut d'informer la Cour du décès de la requérante lors d'une procédure portant sur sa capacité à obtenir la substance nécessaire à son suicide – Rôle du représentant devant la Cour – Obligation de communiquer les informations touchant au cœur même de la requête – Développements importants nouveaux – Intention suffisamment certaine d'induire la Cour en erreur*

\*

\* \*

*En fait*

Depuis de nombreuses années, la requérante souhaitait mettre un terme à sa vie car, devenant de plus en plus fragile avec l'âge, elle ne voulait pas continuer à subir le déclin de ses facultés physiques et mentales. Elle avait décidé de finir ses jours en prenant une dose mortelle de pentobarbital sodique. Face aux difficultés à se voir prescrire la substance en question, elle avait saisi la Cour en 2010.

Par un arrêt du 14 mai 2013, une chambre de la Cour avait conclu à la violation de l'article 8 de la Convention. Cet arrêt fit l'objet d'un renvoi en Grande Chambre.

Ce n'est qu'en janvier 2014 que la Cour fut informée du décès de la requérante par le gouvernement suisse qui, en élaborant son mémoire, s'est enquis de sa situation et a été informé de son décès et des circonstances de celui-ci. En octobre 2011, la requérante s'était fait prescrire par un médecin une dose létale de pentobarbital de sodium et avait mis fin à ses jours en ingérant ladite substance le 10 novembre 2011. Un rapport de police daté du 14 novembre 2011 indique qu'aucun proche de la défunte ne put être identifié. Il conclut que la requérante s'était suicidée et qu'aucun tiers ne pouvait voir sa responsabilité pénale engagée à cet égard.

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

*En droit*

Article 35 § 3 a) : une requête peut être déclarée abusive notamment si elle se fonde délibérément sur des faits controuvés. Une information incomplète et donc trompeuse peut également s'analyser en un abus du droit de recours individuel, particulièrement lorsqu'elle concerne le cœur de l'affaire et que le requérant n'explique pas de façon suffisante pourquoi il n'a pas divulgué les informations pertinentes. Il en va de même lorsque des développements nouveaux importants surviennent au cours de la procédure suivie à Strasbourg et que, en dépit de l'obligation expresse lui incombant en vertu de l'article 47 § 7 du règlement, le requérant n'en informe pas la Cour, l'empêchant ainsi de se prononcer sur l'affaire en pleine connaissance de cause. Toutefois, même dans de tels cas, l'intention de l'intéressé d'induire la Cour en erreur doit toujours être établie avec suffisamment de certitude.

L'avocat de la requérante a expliqué qu'il n'avait été en contact avec sa cliente que par un intermédiaire, lequel, à la demande de l'intéressée, se serait sciemment abstenu de le prévenir du décès de la requérante. Toutefois, eu égard à la nature particulière de la présente affaire, si l'avocat de la requérante a effectivement accepté à l'époque de ne pas avoir de contacts directs avec sa cliente et de communiquer avec elle indirectement par un intermédiaire, cela pose un certain nombre de problèmes relativement au rôle de représentant dans la procédure devant la Cour. Outre l'obligation incombant à tout requérant de coopérer avec la Cour et de la tenir informée de tout fait pertinent pour l'examen de la requête, il incombe tout particulièrement à un représentant de ne pas présenter des observations trompeuses.

Il ressort en outre des explications données par l'avocat de la requérante que celle-ci avait pris des précautions spécifiques pour éviter que la nouvelle de son décès ne fût révélée à son avocat, et en définitive à la Cour, afin d'empêcher cette dernière de mettre fin à la procédure dans son affaire. Or le décès de la requérante et les circonstances qui l'ont entouré touchent au cœur même de la question sous-jacente au grief présenté par l'intéressée au titre de la Convention. Il est également concevable que ces faits, s'ils avaient été connus de la chambre, auraient pu exercer une influence décisive sur son arrêt du 14 mai 2013 concluant à la violation de l'article 8 de la Convention. Quoiqu'il en soit, il est inutile de spéculer sur ce point dès lors que l'arrêt de chambre du 14 mai 2013 n'est pas devenu définitif.

La requérante se serait abstenue de divulguer les informations pertinentes au motif qu'elle considérait que, même si les griefs tenant à sa situation personnelle disparaissaient, la procédure dans son affaire devait continuer pour le bénéfice de toutes les personnes se trouvant dans une situation similaire à la sienne. Si pareille motivation peut se comprendre, du point de vue de la requérante, dans la situation exceptionnelle où celle-ci se trouvait, il est suffisamment établi qu'en omettant délibérément de révéler ces informations à son avocat la requérante entendait induire la Cour en erreur relativement à une question portant sur la substance même de son grief au regard de la Convention.

En conséquence, le comportement de la requérante s'analyse en un abus du droit de recours individuel.

*Conclusion*: irrecevable (neuf voix contre huit).

### **Jurisprudence citée par la Cour**

*Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV

*Al-Nashif c. Bulgarie*, n° 50963/99, 20 juin 2002

*Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano c. Italie* [GC], n° 38433/09, CEDH 2012

*Gustafsson c. Suède* (révision – bien-fondé), 30 juillet 1998, *Recueil* 1998-V

*Hüttner c. Allemagne* (déc.), n° 23130/04, 9 juin 2006

*Kérétschachvili c. Géorgie* (déc.), n° 5667/02, ECHR 2006-V

*Kowal c. Pologne* (déc.), n° 2912/11, 18 septembre 2012

*Melnik c. Ukraine*, n° 72286/01, 28 mars 2006

*Miroļubovs et autres c. Lettonie*, n° 798/05, 15 septembre 2009

*Nold c. Allemagne*, n° 27250/02, 29 juin 2006

*Pardo c. France* (révision – recevabilité), 10 juillet 1996, *Recueil* 1996-III

*Pardo c. France* (révision – bien-fondé), 29 avril 1997, *Recueil* 1997-III

*Popov c. Moldova* (n° 1), n° 74153/01, 18 janvier 2005

*Predescu c. Roumanie*, n° 21447/03, 2 décembre 2008

*Rehak c. République tchèque* (déc.), n° 67208/01, 18 mai 2004

*Varbanov c. Bulgarie*, n° 31365/96, CEDH 2000-X



**En l'affaire Gross c. Suisse,**

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

Dean Spielmann, *président*,  
 Josep Casadevall,  
 Ineta Ziemele,  
 Mark Villiger,  
 Isabelle Berro,  
 Boštjan M. Zupančič,  
 Alvina Gyulumyan,  
 Khanlar Hajiyev,  
 Dragoljub Popović,  
 Ledi Bianku,  
 Nona Tsotsoria,  
 Ann Power-Forde,  
 Vincent A. De Gaetano,  
 Linos-Alexandre Sicilianos,  
 Helen Keller,  
 Helena Jäderblom,  
 Johannes Silvis, *juges*,

et de Erik Fribergh, *greffier*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 5 mars 2014 et 27 août 2014,

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

**PROCÉDURE**

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 67810/10) dirigée contre la Confédération suisse et dont une ressortissante de cet État, M<sup>me</sup> Alda Gross (« la requérante »), a saisi la Cour le 10 novembre 2010 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. La requérante a été représentée par M<sup>e</sup> F.T. Petermann, avocat à Saint-Gall (Suisse). Le gouvernement suisse (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. F. Schürmann, chef de la section des droits de l'homme et du Conseil de l'Europe à l'Office fédéral de la justice.

3. La requérante se plaignait en particulier, sous l'angle de l'article 8, de s'être vu dénier le droit de choisir quand et comment mourir.

4. La requête a été attribuée à la deuxième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour – « le règlement »). Le 5 janvier 2012, elle a

été communiquée au Gouvernement et il a été décidé de réserver un traitement prioritaire à l'affaire (article 41 du règlement). Le 14 mai 2013, après avoir délibéré à huis clos, une chambre de cette section composée de Guido Raimondi, président, Danutė Jočienė, Peer Lorenzen, András Sajó, İşıl Karakaş, Nebojša Vučinić, Helen Keller, juges, ainsi que de Stanley Naismith, greffier de section, a rendu un arrêt concluant, à la majorité, à la violation de l'article 8 de la Convention. À l'arrêt se trouvait joint l'exposé de l'opinion dissidente commune aux juges Raimondi, Jočienė et Karakaş.

5. Le 12 août 2013, le Gouvernement a sollicité le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre au titre des articles 43 de la Convention et 73 du règlement. Le collège de la Grande Chambre a fait droit à cette demande le 7 octobre 2013.

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

7. Tant la requérante que le Gouvernement ont déposé des observations écrites complémentaires (article 59 § 1 du règlement). Dans son mémoire du 7 janvier 2014, le Gouvernement a informé la Cour que la requérante était décédée le 10 novembre 2011. L'avocat de la requérante a soumis des observations en réponse.

8. Des observations sur le fond de l'affaire ont par ailleurs été reçues de l'association Alliance Defending Freedom (anciennement connue sous le nom de Alliance Defense Fund), basée aux États-Unis et vouée à la protection du droit à la vie dans le monde entier, qui était représentée par M. P. Coleman ; du Centre européen pour le droit et la justice, association de droit français spécialisée dans les questions de bioéthique et la défense de la liberté religieuse, qui était représentée par M. G. Puppincck ; de l'association Americans United for Life, basée aux États-Unis et dédiée à la protection du droit à la vie de la conception jusqu'à la mort naturelle, qui était représentée par M. W. L. Saunders ; et enfin de Dignitas, organisation privée de droit suisse dont le but est d'assurer à ses membres une fin de vie et une mort dans le respect de la dignité humaine, qui était représentée par M. L. A. Minelli. Toutes ces organisations avaient été autorisées par le président de la chambre à intervenir dans la procédure écrite devant celle-ci (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement).

## EN FAIT

### LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Née en 1931, la requérante est décédée le 10 novembre 2011.

10. Pendant de nombreuses années, elle avait exprimé le souhait de mettre fin à ses jours, expliquant qu'elle s'étiolait de plus en plus à mesure que le temps passait et qu'elle ne voulait pas continuer à supporter le déclin de ses facultés physiques et mentales. Ayant décidé de mettre fin à ses jours en prenant une dose létale de pentobarbital sodique, elle fit appel à une association d'assistance au suicide, EXIT, qui lui répondit qu'il serait difficile de trouver un médecin disposé à lui prescrire la substance létale.

11. Le 20 octobre 2008, un psychiatre, le docteur T., soumit un rapport d'expertise dans lequel il concluait que la requérante était sans aucun doute à même de former son propre jugement. D'un point de vue psychiatrique, il ne voyait aucune objection à ce que la requérante se fit prescrire une dose létale de pentobarbital sodique. Dans le souci, toutefois, d'éviter toute confusion entre la fonction d'expert médical et celle de médecin traitant, il s'abstint de délivrer lui-même l'ordonnance nécessaire.

12. Par des lettres des 5 novembre 2008, 1<sup>er</sup> décembre 2008 et 4 mai 2009, le représentant de la requérante soumit au nom de sa cliente une demande de prescription de pentobarbital sodique à trois autres médecins généralistes, qui refusèrent tous de délivrer l'ordonnance requise.

13. Le 16 décembre 2008, la requérante demanda à la commission de la santé du canton de Zurich de lui procurer quinze grammes de pentobarbital sodique aux fins de son suicide. Le 29 avril 2009, la commission de la santé rejeta la demande.

14. Le 29 mai 2009, la requérante interjeta appel de cette décision devant le tribunal administratif du canton de Zurich. Le 22 octobre 2009, celui-ci la débouta, estimant en particulier que le fait de subordonner l'obtention d'une dose létale de pentobarbital sodique à une prescription par un médecin était conforme à l'article 8 de la Convention. Il indiqua qu'il s'agissait, au travers de l'exigence d'une prescription, de prévenir des décisions prématurées et d'attester que l'acte envisagé était médicalement justifié. D'après le tribunal administratif, la condition d'obtention d'une prescription permettait en outre de garantir que la décision procédait de l'exercice réfléchi du libre arbitre de la personne concernée. Le tribunal administratif constata que le docteur T., dans son expertise, n'avait pas recherché si la requérante souffrait d'une maladie propre à légitimer la supposition qu'elle était en fin de vie. Il observa que le désir de mourir, même s'il était mûrement réfléchi, ne suffisait pas en soi à justifier la délivrance d'une ordonnance médicale. Il estima en conséquence que rien dans le dossier de l'affaire ne démontrait que les exigences préalables à la délivrance d'une prescription médicale eussent été satisfaites et il considéra que d'autres examens médicaux étaient donc nécessaires. Il conclut dès lors qu'il n'y avait pas de raisons

suffisantes de dispenser la requérante de l'obligation de subir un examen médical approfondi et d'obtenir une ordonnance médicale.

15. Le 12 avril 2010, le Tribunal fédéral, qui avait été saisi par la requérante, débouta l'intéressée, observant en particulier qu'incontestablement elle ne remplissait pas les conditions préalables énoncées dans les directives médico-éthiques concernant les soins aux patients en fin de vie adoptées par l'Académie suisse des sciences médicales, étant donné qu'elle ne souffrait pas d'une maladie en phase terminale mais justifiait son désir de mourir par son âge avancé et sa fragilité croissante. Il indiqua qu'il avait certes considéré dans un arrêt antérieur que la prescription de pentobarbital sodique à une personne souffrant d'une maladie psychologique incurable, persistante et grave n'était pas nécessairement contraire aux obligations professionnelles des médecins, mais que cette exception devait être maniée « avec la plus grande retenue » et n'obligeait pas les médecins ou l'État à fournir à la requérante la dose de pentobarbital sodique requise pour qu'elle pût mettre fin à ses jours. Le Tribunal fédéral releva en outre que la fourniture de la substance demandée était subordonnée à un examen médical approfondi et que la persistance du désir de mourir ne pouvait être établie que sur la base d'une longue surveillance médicale assurée par un spécialiste disposé à délivrer l'ordonnance requise. Pour la haute juridiction, la requérante ne pouvait pas se soustraire à cette exigence en demandant à être exemptée de l'obligation d'obtenir une prescription.

16. Le 10 novembre 2010, l'avocat de la requérante introduisit une requête devant la Cour.

17. Le 24 octobre 2011, la requérante se fit prescrire une dose de quinze grammes de pentobarbital de sodium par le docteur U. Le 10 novembre 2011, elle mit fin à ses jours en ingérant ladite substance. Un rapport de police daté du 14 novembre 2011 indique qu'aucun proche de la défunte ne put être identifié. Il conclut que la requérante s'est suicidée avec l'assistance d'EXIT et qu'aucun tiers ne peut voir sa responsabilité pénale engagée à cet égard.

18. La Cour n'a été informée du décès de la requérante que le 7 janvier 2014 (paragraphe 19 ci-dessous).

## EN DROIT

### SUR L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE DU GOUVERNEMENT

#### **A. Thèse du Gouvernement devant la Grande Chambre**

19. Dans ses observations du 7 janvier 2014, le Gouvernement explique que, dans le cadre de l'élaboration de son mémoire, il s'était renseigné par

acquiesce de conscience auprès de la commune de domicile de la requérante et avait alors appris que l'intéressée était décédée le 10 novembre 2011. Il remarque qu'au moment où la chambre a rendu son arrêt, la requérante était donc décédée depuis environ un an et demi. Invoquant la décision de la Cour dans l'affaire *Predescu c. Roumanie* (n° 21447/03, § 25, 2 décembre 2008), il demande à la Cour de déclarer la requête irrecevable pour abus du droit de recours individuel, en vertu de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

20. Le Gouvernement déclare que non seulement l'avocat de la requérante n'a pas informé la Cour du décès de sa cliente – ce qu'il aurait dû faire selon lui au plus tard lorsque le greffe de la Cour lui a transmis l'exposé des faits dans lequel la requérante était présumée vivante – mais qu'il a en outre abusé la Cour en parlant de l'intéressée comme si elle était encore en vie.

21. De l'avis du Gouvernement, le comportement de l'avocat de la défunte requérante a été de nature à tromper la Cour sur un aspect essentiel pour l'examen de la requête.

### **B. Thèse de l'avocat de la requérante devant la Grande Chambre**

22. L'avocat de la requérante déclare n'avoir plus eu aucun contact personnel avec sa cliente depuis janvier 2010 et n'avoir eu connaissance du décès de celle-ci que le 9 janvier 2014, lorsqu'il a reçu copie des observations du Gouvernement datées du 7 janvier 2014.

23. Il explique que sa cliente avait exprimé le souhait qu'il envoie toute nouvelle correspondance à M. F., pasteur en retraite qui travaillait comme bénévole pour l'association d'assistance au suicide EXIT. Cet arrangement aurait notamment été motivé par le fait que la requérante éprouvait du stress lorsqu'elle recevait directement des lettres de son avocat et qu'elle avait donc besoin à cet égard de l'assistance d'une personne de confiance. C'est ainsi qu'il aurait été convenu, après la saisine du Tribunal fédéral en janvier 2010, que M. F. transmettrait personnellement toutes les communications à la requérante et lui en expliquerait la teneur. L'avocat affirme s'être conformé à ces instructions.

24. Après avoir reçu les observations du Gouvernement le 9 janvier 2014, l'avocat aurait immédiatement contacté M. F., lequel lui aurait expliqué que conformément au souhait exprimé de la requérante il s'était abstenu de lui signaler le décès de celle-ci, qui aurait craint que la procédure en cours ne fût sinon abandonnée. Au cours de l'été 2011, lorsqu'il serait clairement apparu que la requérante allait mettre fin à ses jours, l'intéressée aurait déclaré à M. F. que, aux dires de son avocat, il serait mis un terme à la procédure si elle décédait pendant celle-ci, et qu'elle ne voulait pas que l'on en arrive là car elle souhaitait « ouvrir la voie pour d'autres personnes dans

sa situation». M. F. aurait estimé que le devoir professionnel d'un conseiller spirituel ne l'autorisait pas à faire des révélations qui allaient à l'encontre du souhait exprès de la requérante. L'avocat juge extrêmement regrettable que M. F. ne lui ait pas immédiatement fait part du décès de la requérante, soutenant qu'il en aurait dûment informé la Cour et aurait demandé à ce que la procédure se poursuivît malgré tout.

25. Invoquant la jurisprudence de la Cour dans des affaires antérieures dans lesquelles un requérant était décédé ou avait exprimé le souhait de se désister de sa requête au cours de la procédure devant la Commission ou la Cour (voir, notamment, les arrêts de la Cour dans les affaires *Scherer c. Suisse*, 25 mars 1994, série A n° 287, et *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 21, série A n° 26), l'avocat arguë que dès lors qu'elle est saisie d'une requête la Cour devient maîtresse de la procédure. Ce serait donc à elle de décider si la procédure dans une affaire donnée doit être poursuivie ou non. L'élément décisif à cet égard serait la question de savoir si, de l'avis de la Cour, l'affaire soulève des questions d'intérêt général appelant un examen plus approfondi.

26. En l'espèce, l'avocat de la requérante invite la Cour à poursuivre la procédure, soutenant que l'affaire soulève des questions de fond concernant le respect de la Convention qui appellent un examen plus approfondi dans l'intérêt général. Il explique que «l'euthanasie» est une question controversée, très débattue dans beaucoup de pays européens, et que les affaires de cette nature sont généralement introduites par des personnes âgées et/ou malades. Il estime que si la procédure devait être systématiquement abandonnée en cas de décès d'un tel requérant, les questions soulevées par ce type d'affaires ne pourraient jamais être tranchées par la Cour.

### C. Appréciation de la Cour

27. L'article 35 § 3 a) de la Convention se lit ainsi :

«La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime :

a) que la requête est incompatible avec les dispositions de la Convention ou de ses Protocoles, manifestement mal fondée ou abusive; (...)

28. La Cour rappelle qu'en vertu de cette disposition une requête peut être déclarée abusive notamment si elle se fonde délibérément sur des faits controvés (*Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, §§ 53-54, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, *Varbanov c. Bulgarie*, n° 31365/96, § 36, CEDH 2000-X, *Rehak c. République tchèque* (déc.), n° 67208/01, 18 mai 2004, *Popov c. Moldova (n° 1)*, n° 74153/01, § 48, 18 janvier 2005, *Kérétchachvili c. Géorgie* (déc.), n° 5667/02, 2 mai 2006, *Miroļubovs et autres*

*c. Lettonie*, n° 798/05, § 63, 15 septembre 2009, et *Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano c. Italie* [GC], n° 38433/09, § 97, CEDH 2012). Une information incomplète et donc trompeuse peut également s'analyser en un abus du droit de recours individuel, particulièrement lorsqu'elle concerne le cœur de l'affaire et que le requérant n'explique pas de façon suffisante pourquoi il n'a pas divulgué les informations pertinentes (*Hüttner c. Allemagne* (déc.), n° 23130/04, 9 juin 2006, *Predescu*, précité, §§ 25-26, et *Kowal c. Pologne* (déc.), n° 2912/11, 18 septembre 2012). Il en va de même lorsque des développements nouveaux importants surviennent au cours de la procédure suivie à Strasbourg et que, en dépit de l'obligation expresse lui incombant en vertu de l'article 47 § 7 (ancien article 47 § 6) du règlement, le requérant n'en informe pas la Cour, l'empêchant ainsi de se prononcer sur l'affaire en pleine connaissance de cause (*Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano*, précité, et *Miroļubovs et autres*, précité). Toutefois, même dans de tels cas, l'intention de l'intéressé d'induire la Cour en erreur doit toujours être établie avec suffisamment de certitude (*Al-Nashif c. Bulgarie*, n° 50963/99, § 89, 20 juin 2002, *Melnik c. Ukraine*, n° 72286/01, §§ 58-60, 28 mars 2006, *Nold c. Allemagne*, n° 27250/02, § 87, 29 juin 2006, et *Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano*, précité).

29. En l'espèce, la Cour relève d'emblée que, dans la requête introduite par elle le 10 novembre 2010, la requérante alléguait, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, qu'en la privant de la possibilité d'obtenir une dose létale de pentobarbital de sodium les autorités suisses lui avaient dénié le droit de choisir quand et comment mourir. Elle constate en outre que la requête a été communiquée au gouvernement défendeur le 5 janvier 2012 et que la chambre a rendu le 14 mai 2013 un arrêt – fondé sur l'hypothèse que la requérante était toujours en vie – qui concluait (par quatre voix contre trois) à la violation de l'article 8 de la Convention (paragraphe 65-67 de l'arrêt de chambre).

30. Il est toutefois apparu par la suite que dans l'intervalle, le 24 octobre 2011, la requérante avait réussi à se faire prescrire par un médecin une dose létale de pentobarbital de sodium et que le 10 novembre 2011 elle avait mis fin à ses jours en ingérant ladite substance.

31. Ces faits ont été portés à la connaissance de la Cour non pas par la requérante ou son avocat mais par le Gouvernement, dans son mémoire du 7 janvier 2014, après le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre au titre de l'article 43 de la Convention. En élaborant son mémoire, le Gouvernement s'est enquis de la situation de la requérante et a été informé de son décès et des circonstances de celui-ci.

32. La Cour a pris note de l'explication de l'avocat de la requérante suivant laquelle il n'avait été en contact avec sa cliente que par un

intermédiaire, M. F., lequel, à la demande de l'intéressée, se serait sciemment abstenu de le prévenir du décès de la requérante. M. F. aurait expliqué que M<sup>me</sup> Gross craignait que la divulgation de son décès n'incitât la Cour à abandonner la procédure dans son affaire. En tant que conseiller spirituel de la requérante, M. F. se serait estimé tenu par un devoir professionnel de confidentialité qui l'aurait empêché de révéler cette information contre le souhait de l'intéressée.

33. Eu égard à la nature particulière de la présente affaire, la Cour estime toutefois que si l'avocat de la requérante a effectivement accepté à l'époque de ne pas avoir de contacts directs avec sa cliente et de communiquer avec elle indirectement par un intermédiaire, cela pose un certain nombre de problèmes relativement au rôle de représentant dans la procédure devant elle. Outre l'obligation incombant à tout requérant de coopérer avec la Cour (article 44 A du règlement ; voir également l'article 44 C du règlement, qui traite du « [d]éfaut de participation effective » et prévoit la possibilité de tirer des conclusions du refus d'une des parties « de divulguer de son propre chef des informations pertinentes ») et de la tenir informée de tout fait pertinent pour l'examen de la requête (article 47 § 7 – ancien article 47 § 6 – du règlement), il incombe tout particulièrement à un représentant de ne pas présenter des observations trompeuses (article 44 D du règlement).

34. Il ressort des explications données par l'avocat de la requérante que non seulement celle-ci avait omis de l'informer lui-même, et par implication la Cour, du fait qu'elle avait obtenu la prescription médicale requise, mais qu'elle avait également pris des précautions spécifiques pour éviter que la nouvelle de son décès ne fût révélée à son avocat, et en définitive à la Cour, afin d'empêcher cette dernière de mettre fin à la procédure dans son affaire.

35. À la lumière de ce qui précède, la Grande Chambre estime que le décès de la requérante et les circonstances qui l'ont entouré touchent en réalité au cœur même de la question sous-jacente au grief présenté par l'intéressée au titre de la Convention. Il est également concevable que ces faits, s'ils avaient été connus de la chambre, auraient pu exercer une influence décisive sur son arrêt du 14 mai 2013 concluant à la violation de l'article 8 de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, l'article 80 du règlement de la Cour, *Pardo c. France* (révision – recevabilité), 10 juillet 1996, §§ 21-22, *Recueil* 1996-III, *Pardo c. France* (révision – bien-fondé), 29 avril 1997, § 23, *Recueil* 1997-III, et *Gustafsson c. Suède* (révision – bien-fondé), 30 juillet 1998, § 27, *Recueil* 1998-V). Quoi qu'il en soit, la Grande Chambre juge inutile de spéculer sur ce point dès lors que, en vertu de l'article 44 § 2 de la Convention, l'arrêt de chambre du 14 mai 2013 n'est pas devenu définitif.

36. M. F. aurait expliqué que la requérante s'était abstenue de divulguer les informations pertinentes au motif qu'elle considérait que, même si les

griefs tenant à sa situation personnelle disparaissaient, la procédure dans son affaire devait continuer pour le bénéfice de toutes les personnes se trouvant dans une situation similaire à la sienne. Si pareille motivation peut se comprendre, du point de vue de la requérante, dans la situation exceptionnelle où celle-ci se trouvait, la Cour juge suffisamment établi qu'en omettant délibérément de révéler ces informations à son avocat la requérante entendait l'induire en erreur relativement à une question portant sur la substance même de son grief au regard de la Convention.

37. En conséquence, la Cour accueille l'exception préliminaire du Gouvernement selon laquelle le comportement de la requérante s'analyse en un abus du droit de recours individuel au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention.

#### PAR CES MOTIFS, LA COUR

*Dit*, par neuf voix contre huit, que la requête est abusive au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et la déclare irrecevable.

Fait en français et en anglais, puis communiqué par écrit le 30 septembre 2014, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

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 des opinions séparées suivantes :

- opinion concordante du juge Silvis ;
- opinion dissidente commune aux juges Spielmann, Ziemele, Berro, Zupančič, Hajiyev, Tsotsoria, Sicilianos et Keller.

D.S.  
E.F.

## OPINION CONCORDANTE DU JUGE SILVIS

(Traduction)

La requérante mit fin à ses jours en ingérant une dose létale de pentobarbital de sodium obtenue sur prescription médicale alors qu'elle alléguait dans une requête pendante devant la Cour une violation de son droit d'obtenir pareille prescription. Sans avoir été informée de l'évolution de la situation, et notamment du décès de l'intéressée, la chambre traita l'affaire et, un an et demi après la mort de la requérante, constata une violation de l'article 8 de la Convention à raison d'un manque de clarté du droit suisse. Cependant, l'arrêt de la chambre ne devint jamais définitif car l'affaire fut déferée à la Grande Chambre. Ce n'est qu'après ce renvoi que la Cour fut avertie que la requérante avait déjà obtenu la substance létale et était ensuite décédée. L'avocat de la requérante n'avait pas signalé ce fait à la Cour, expliquant qu'il n'était pas au courant du changement de situation de sa cliente. J'ai voté en faveur d'une déclaration d'irrecevabilité de la requête à raison d'un abus du droit de recours individuel. À mon sens, l'autre solution consistant à rayer simplement la requête du rôle n'aurait pas suffisamment souligné l'importance de garder la Cour pleinement informée des faits nouveaux concernant le cœur d'une affaire qui lui est soumise.

J'aurais préféré que la Grande Chambre ne cherche pas à établir que la requérante elle-même avait délibérément induit la Cour en erreur. À mon avis, il n'était pas nécessaire d'établir avec « suffisamment de certitude » l'intention personnelle de la requérante, et de supposer ainsi – implicitement – que l'intéressée connaissait parfaitement les arcanes du règlement de la Cour. Il est préférable que la Cour n'entre pas dans les modalités particulières de communication qui ont cours entre les requérants et les professionnels du droit qui les représentent devant elle, dès lors que leur participation effective est explicitement prévue par l'article 44 C du règlement de la Cour. On pouvait donc légitimement attendre de l'avocat de la requérante qu'il fût informé de la situation de sa cliente. En tant que professionnel agissant au nom de son client, l'avocat a la responsabilité d'informer la Cour de tout nouveau fait pertinent (article 47 § 6 du règlement jusqu'au 6 mai 2013, à présent article 47 § 7 du règlement). Lorsque cette responsabilité n'est pas assumée de manière adéquate, sans explication suffisante et que la nouvelle information en question concerne le cœur de l'affaire, alors je pense qu'un constat d'abus du droit de recours individuel doit inévitablement s'ensuivre (*Hüttner c. Allemagne* (déc.), n° 23130/04, 9 juin 2006, *Predescu c. Roumanie*, n° 21447/03, §§ 25-26, 2 décembre 2008, et *Kowal c. Pologne* (déc.), n° 2912/11, 18 septembre 2012).

Pourquoi la Cour a-t-elle cherché à établir si la requérante elle-même l'avait délibérément induite en erreur? Cela semble découler de la jurisprudence antérieure selon laquelle les constats d'abus de droit de recours individuel devaient se limiter aux affaires dénotant de manière sous-jacente une intention trompeuse du requérant. Mais en fixant ainsi inutilement haut, de mon point de vue, le seuil pour constater un abus du droit de recours individuel, même dans une affaire extraordinaire comme celle-ci, la Grande Chambre s'est astreinte à un exercice plutôt spéculatif consistant à établir avec «suffisamment de certitude» l'état d'esprit et, implicitement, les connaissances juridiques procédurales de l'intéressée.

Dans l'affaire *Nold c. Allemagne* (n° 27250/02, § 87, 29 juin 2006), l'intention du requérant d'induire délibérément la Cour en erreur n'était pas encore une condition nécessaire pour conclure à l'existence d'un abus du droit de recours individuel, étant donné que cette condition souffrait toujours des exceptions dans des cas extraordinaires. Dans l'affaire *Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano c. Italie* ([GC], n° 38433/09, § 97, CEDH 2012), la Grande Chambre a récemment conclu que la rétention d'informations pouvait s'analyser en un abus du droit de recours individuel, mais que «même dans de tels cas, l'intention de l'intéressé d'induire la Cour en erreur doit toujours être établie avec suffisamment de certitude». Il semble, ainsi que le confirme le présent arrêt, que la Grande Chambre ait fermé la porte à la possibilité de parvenir à un constat d'abus du droit de recours individuel sans établir explicitement «avec suffisamment de certitude» que le requérant avait l'intention de tromper la Cour. Je regrette cette restriction et aurais préféré un revirement à cet égard, considérant que les règles d'«hygiène» procédurale s'affaiblissent dès lors qu'elles dépendent exclusivement de motifs subjectifs et non de raisons objectivement vérifiables.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES  
SPIELMANN, ZIEMELE, BERRO, ZUPANČIČ, HAJIYEV,  
TSOTSORIA, SICILIANOS ET KELLER

(Traduction)

1. Tout en convenant que la Cour ne saurait tolérer le comportement des représentants de la requérante en l'espèce, nous ne pouvons souscrire au point de vue de la majorité de la Grande Chambre selon lequel la présente requête est irrecevable en application de l'article 35 § 3 a) de la Convention à raison d'un abus du droit de recours individuel. Contrairement à la majorité, nous estimons que le seuil requis pour un tel constat d'abus n'a pas été atteint.

2. La jurisprudence de la Cour sur l'abus de droit est claire. Une requête ne peut être qualifiée d'abusives que dans des circonstances exceptionnelles. La Cour a dit par exemple que «sauf cas exceptionnels, une requête ne peut être rejetée comme étant abusive que si elle a été fondée sciemment sur des faits controuvés» (*Kniazev c. Russie*, n° 25948/05, § 79, 8 novembre 2007, et *Alexanian c. Russie*, n° 46468/06, § 117, 22 décembre 2008).

3. En l'espèce, il convient de déterminer si le comportement de l'avocat de la requérante, de M. F., ou de la requérante elle-même a été déterminant.

4. Dans une affaire précédente, la Cour a jugé que la négligence des avocats du requérant, qui ignoraient que la peine d'emprisonnement à perpétuité de leur client avait été commuée en une peine à durée fixe et n'avaient pas prévenu la Cour de ce fait dès qu'ils en avaient eu connaissance, constituait un abus du droit de recours individuel (*Bekauri c. Géorgie* (exception préliminaire), n° 14102/02, §§ 23-25, 10 avril 2012). Dans une autre affaire, dans laquelle un homme censé être requérant était en fait déjà mort au moment de l'introduction de la requête à la Cour et dont la signature sur le formulaire de requête avait été imitée par son épouse, la Cour a estimé que le faux en écritures et la dissimulation délibérée du décès du requérant s'analysaient en un abus du droit de recours individuel et que la requête devait en conséquence être rejetée en application de l'article 35 § 3. La Cour a cependant précisé dans cet arrêt qu'«une requête ne [pouvait] être rejetée comme étant abusive au sens de l'article 35 § 3 de la Convention que dans des circonstances exceptionnelles, par exemple lorsqu'elle [était] délibérément fondée sur une description des faits omettant ou déformant des événements d'une importance capitale» (*Andrianova et autres c. Ukraine*, n° 10319/04, § 9, 12 décembre 2013). Or les circonstances de l'espèce ne dénotent aucune intention de tromper la Cour de la part de l'avocat de la

requérante, qui – à la demande de sa cliente – n'avait pas de contact direct avec celle-ci.

5. Deuxièmement nous relevons que selon la jurisprudence de la Cour un constat d'abus du droit de recours individuel n'est possible que si un requérant a intentionnellement induit la Cour en erreur, « particulièrement lorsque les informations pertinentes concernent le noyau de l'affaire et que le requérant n'explique pas de façon suffisante son manquement à les divulguer » (*A.L. c. Pologne*, n° 28609/08, § 47, 18 février 2014, avec d'autres références). Nous estimons que cette intention doit être établie avec suffisamment de certitude (*Miroļubovs et autres c. Lettonie*, n° 798/05, § 63, 15 septembre 2009) et, au moins jusqu'à un certain point, doit pouvoir être attribuée au requérant lui-même dans une affaire donnée (voir, *a contrario*, *Bekauri*, précité, §§ 21-25). Pour sanctionner un abus de procédure par les représentants d'un requérant, la Cour peut avoir recours à un outil mieux adapté à de telles situations, à savoir l'interdiction de représenter de futurs requérants (article 36 § 4 b) du règlement de la Cour; voir également *Petrović c. Serbie* (déc.), nos 56551/11 et 10 autres, 18 octobre 2001).

6. La majorité admet que l'intention nécessaire était présente en raison du fait que l'intermédiaire choisi par la requérante, M. F., s'est « sciemment abstenu » d'informer l'avocat de la requérante de la mort de sa cliente (paragraphe 32 de l'arrêt). La majorité exprime également sa préoccupation concernant le fait que l'avocat de la requérante n'ait pas maintenu des contacts directs avec celle-ci (paragraphe 33 de l'arrêt). Toutefois, l'élément décisif ici ne devrait pas être l'intention des représentants de la requérante. Quel qu'ait été leur rôle dans la dissimulation de la mort de leur cliente, celle-ci ne peut en être tenue pour responsable.

7. De plus, nous attirons l'attention sur le caractère péjoratif du constat de la majorité. L'irrecevabilité d'une requête à raison d'un abus du droit de recours individuel implique une certaine stigmatisation. La défunte M<sup>me</sup> Gross n'a pas été en mesure de présenter ses propres vues quant à l'appréciation de la majorité et l'effet stigmatisant du présent arrêt pèse à présent sur sa mémoire.

8. Enfin, il nous importe que la qualification d'« abus de droit » soit réservée aux affaires ayant amené la Cour à « gaspiller ses efforts à s'occuper de questions manifestement en dehors du champ de sa véritable mission, qui consiste à veiller à l'observation par les États parties de leurs engagements solennels découlant de la Convention » (*Petrović*, précité). En l'espèce, nous relevons que le nombre de suicides assistés est élevé et peu susceptible de diminuer à l'avenir. Dans le cas de la Suisse, par exemple, le nombre de résidents étrangers qui se rendent dans ce pays en vue d'y rechercher une assistance pour mettre fin à leurs jours est loin d'être négligeable. En

conséquence, nous considérons que les efforts de la Cour n'ont pas été gaspillés : la question du suicide assisté est susceptible de générer des requêtes futures à la Cour et donc mérite certainement d'être examinée. Nous relevons la dimension indubitablement européenne de cette question : les voyages vers la Suisse de personnes désireuses de mourir en utilisant les services d'associations d'aide au suicide ont donné lieu à des débats passionnés dans différents États contractants<sup>1</sup>.

9. À notre avis, la Cour aurait dû mettre sérieusement en doute l'intention de la requérante de la tromper mais laisser en définitive cette question ouverte : en effet, la requête aurait pu être rayée du rôle en vertu de l'article 37 § 1 c) de la Convention. La requérante est décédée sans laisser d'héritiers ou de descendants. Dans les circonstances particulières de l'affaire, la Cour aurait dû décider qu'il ne se justifiait plus de poursuivre l'examen de la requête, au sens de l'article 37 § 1 c), sans qualifier le comportement de M<sup>me</sup> Gross d'abus de droit.

---

1. Voir, par exemple, le débat au Royaume-Uni autour du projet de loi sur l'aide à la mort (*Assisted Dying Bill* – [HL] 2014-2015), qui est actuellement examiné par la Chambre des lords.